

LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Juan Carlos Cassagne¹

Resumen: Estudio de la acción declarativa de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y actos administrativos en el derecho argentino como consecuencia del principio y derecho a una tutela judicial efectiva.

Palabras clave: Acción declarativa. Inconstitucionalidad. Tutela judicial.

Summary: Study of the Declarative Action of unconstitutional laws, administrative norms and administrative acts in the Argentinian Law as a consequence of the principle and right for effective judicial protection.

Key words: Declarative Action. Unconstitutional. Judicial Protection.

Recibido: 9 de mayo de 2018 Aceptado: 25 de agosto de 2018

1 Profesor Emérito de la UCA y Consulto de la UBA. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid y Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Profesor Ad Honorem de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

SUMARIO

- I. Sobre la acción declarativa de inconstitucionalidad en el derecho argentino
- II. La triple faz de la tutela judicial efectiva (mandato vinculante, derecho y garantía)
- III. El desarrollo del principio
- IV. Fundamento del principio de la tutela judicial efectiva en el derecho argentino

I. SOBRE LA ACCIÓN DECLARATIVA

DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO

La posibilidad de promover acciones declarativas de inconstitucionalidad ha sido una cuestión debatida con anterioridad al fenómeno del llamado nuevo constitucionalismo² e implica una posición claramente favorable a la primacía del poder constituyente sobre el poder constituido en cuanto hace efectivo el carácter supremo de la Constitución (art. 31 C.N.) al tiempo que entraña una limitación a los poderes del legislativo, con el objeto de preservar los derechos fundamentales y demás derechos y garantías reconocidos en la Carta Magna. En el fondo, su reconocimiento afirma la tendencia moderna de limitar al máximo el poder constituido que ejercen los legisladores, dando preferencia al poder constituyente sobre las mayorías ocasionales del Parlamento.

Sin embargo, la necesidad de reconocer con amplitud la procedencia de acciones declarativas de inconstitucionalidad se acrecienta en el nuevo constitucionalismo. En efecto, las transformaciones que han acontecido en el plano del papel del juez y de la jerarquía de las fuentes, como consecuencia de la pérdida de la centralidad de la ley y de la prevalencia de

2 Expresión que preferimos a la de neoconstitucionalismo por la carga ideológica populista que le imprimen buena parte de sus cultores.

los principios generales y de los tratados internacionales sobre las leyes, hacen que se potencie la función jurisdiccional en la creación del derecho aplicable en cada caso. El juez no procede ya como mero aplicador de la norma escrita mediante un proceso de subsunción o aun de deducción, sino que tiene que integrar ante todo los principios generales a la solución de la controversia mediante una ponderación razonable de todos los principios y normas atinentes al caso que debe resolver.

Gestada en el derecho norteamericano, la acción declarativa de inconstitucionalidad fue tardíamente reconocida por la doctrina y jurisprudencia argentinas, en el curso de un proceso evolutivo marcado por una tendencia creciente a favor de su procedencia, superando los escollos interpretativos que se presentaron al punto que, actualmente, su viabilidad puede afirmarse en el sistema constitucional³.

Si la Constitución no prevalece en el ordenamiento no puede haber justicia efectiva (art. 31 C.N.). De ahí la trascendencia que reviste radicar el fundamento de la acción declarativa de inconstitucionalidad en el principio de la tutela judicial efectiva. Este principio aparece reconocido, con mayor o menor determinación, en el derecho internacional de los tratados de derechos humanos (arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 2º ap. 3 inc. a); b) y c) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos). Puede advertirse, el principio se reafirma a raíz de su adopción por la Constitución española (art. 24 C.E), proyectando su influencia a los derechos latinoamericanos a través de la doctrina y jurisprudencia que actúan como vasos comunicantes.

3 Vid. El caso "Colegio de Abogados de Tucumán c/Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro" de fecha 14/04/2015 (AR/JUR/3750/2015) y el caso "Johnson diversey de Argentina S.A.2, de fecha 10/07/2014.

En el sistema argentino la declaración judicial de inconstitucionalidad (que traduce la incompatibilidad o repugnancia con la Constitución) no se limita a las leyes o actos formalmente legislativos, sino que comprende también a los reglamentos y actos administrativos siendo esta una significativa diferencia con respecto a lo que acontece en el ámbito de otros ordenamientos extranjeros, como -por ejemplo- el derecho uruguayo⁴.

II. LA TRIPLE FAZ DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (MANDATO VINCULANTE, DERECHO Y GARANTÍA)

En la doctrina que postula el principio hay consenso en el sentido de asignarle la condición de paradigma a la tutela judicial efectiva como un mandato amplio que engloba el derecho y la garantía de la defensa en juicio. Al ser un paradigma proporciona una nueva visión sobre la protección judicial, convirtiéndola en un mega-principio o supra-concepto que agrupa todos los sub-principios que, en el derecho clásico, integraban la garantía de la defensa en juicio (derecho a ser oído, a producir prueba y a que se dicte una decisión fundada) poniendo el acento en la efectividad de la protección judicial. En rigor, se trata de un derecho humano⁵ o fundamental.

Ahora bien, la tutela judicial efectiva puede ser descripta a través de tres aspectos diferentes. En primer lugar, como principio general del derecho, es decir, como mandato que vincula a los jueces y protagonistas del proceso mediante una función integradora, que desplaza cualquier norma que se oponga a la realización efectiva de la tutela judicial, además de la posibilidad de cubrir vacíos normativos. En segundo término, si se toma el concepto moderno del derecho subjetivo (en un

4 En Uruguay, la declaración de inconstitucionalidad se circunscribe a las leyes o decretos departamentales con fuerza de ley, integrando el contencioso de derecho público, véase: Durán Martínez, Augusto, *Contencioso-Administrativo*, 2ª ed. Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2015, pp. 13-15.

5 Durán Martínez, Augusto, *Contencioso...*, cit. p. 362.

sentido amplio que incluye todos los intereses que protege el ordenamiento), la tutela judicial efectiva constituye una facultad que confiere el derecho a accionar judicialmente, sin trabas ni escollos de ninguna especie. Por último, la tutela judicial efectiva precisa, para realizarse en plenitud, disponer de las acciones procesales que garanticen el acceso pleno a la justicia, la defensa en el trámite del juicio y la ejecución de la sentencia, lo que incluye también, como se verá más adelante, la tutela anticipada y las llamadas medidas autosatisfactivas.

III. EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO

En la última parte del siglo XX, aproximadamente desde treinta años atrás, la tutela judicial efectiva ha cobrado gran relevancia en el plano jurídico, gracias al impulso dado por la doctrina en España, con motivo de su recepción constitucional (art. 24 C.E.). Su proyección en Hispanoamérica, particularmente en la Argentina, ha sido notable, habiendo sido recogido tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires del año 1994, aunque no siempre se han desprendido de él las consecuencias que cabe extraer en punto a reafirmar la tendencia hacia un control judicial pleno y sin cortapisas de la actividad administrativa.

Nuestra Constitución, en línea con el molde de los antecedentes normativos y proyectos preconstitucionales, consagró en su art. 18 la garantía de la inviolabilidad “de la defensa en juicio de las personas y de los derechos”, siguiendo el Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina elaborado por Alberdi⁶.

Esa garantía apuntaba, entonces, a brindar protección judicial a los derechos individuales y tendía a tutelar, fundamen-

6 En la parte primera, cap. II, el art. 19 del Proyecto de Alberdi expresa que “el derecho de defensa judicial es inviolable”.

talmente, la libertad de los ciudadanos, configurando uno de los ejes en los que se concretaba la filosofía constitucional.

En su evolución posterior, la garantía⁷ de la defensa fue perfeccionando la técnica protectoria mediante la ampliación de su sentido originario. Tal es lo que ocurrió con el trasplante del debido proceso adjetivo, proveniente del derecho norteamericano⁸, y, más modernamente, con el llamado “derecho a la jurisdicción”.

Mientras el debido proceso adjetivo desarrolla positivamente la protección de los derechos a exponer y plantear con amplitud las pretensiones en el proceso o procedimiento administrativo (derecho a ser oído), a ofrecer y producir la prueba conducente y a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas, el derecho a la jurisdicción reclama, simultáneamente, el derecho a ocurrir ante un juez en procura de justicia a fin de obtener una sentencia justa y motivada susceptible de los recursos previstos en las leyes, junto

7 Las garantías constitucionales constituyen medios tendientes a asegurar la protección de los derechos y a afianzar la seguridad jurídica. Actúan como instrumentos para contener el poder y lograr una buena Administración; han sido establecidas en el plano de las normas y principios de la Constitución nacional y de las leyes; ver Linares, Juan Francisco, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina. Razonabilidad de las leyes*, Depalma, Buenos Aires, 1944, ps. 203/206; Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional y comparado*, t. V, 1ª ed., Alfa, Buenos Aires, 1953-1963, p. 355. Para Carrió, cuando aludimos a las “formas de protección de los derechos”, “queremos aludir a la acepción restringida de la palabra ‘garantía’ o sea la que se refiere a la posibilidad que tiene el titular de un derecho de poner en movimiento el aparato estatal, particularmente el jurisdiccional, a fin de que éste actúe a su servicio y lo tutele” (cfr. Carrió, Genaro R., *Recurso de amparo y técnica judicial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 28).

8 Ver, por todos: Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1970, p. 17 y ss.

con la exigencia de que el proceso se sustancie con rapidez, dentro de plazos razonables⁹.

Estas garantías, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina¹⁰ consideraron, en su momento, incluidas en la garantía del art. 18 de la C.N. o vinculadas a ella, resultan sustancialmente potenciadas en virtud de la recepción de la tutela judicial efectiva, en el *sentido* que pasamos a exponer¹¹.

En efecto, no obstante la similitud que guardan las garantías constitucionales clásicas del ordenamiento constitucional argentino con la tutela judicial efectiva, esta última, como aconteció con la garantía constitucional innominada del debido proceso adjetivo¹², se caracteriza por su mayor amplitud no sólo en el plano garantístico sino también en cuanto a la protección del interés general en procurar una buena administración¹³, proyectándose también en los requisitos del procedimiento administrativo que se exigen para acceder a la justicia¹⁴.

9 Bidart Campos, Germán J., *Derecho constitucional*, t. 2, Ediar, Buenos Aires, 1969, p. 473 y ss.

10 "Alcaraz, Anatalia y otros c. Cía Sansinena SA", Fallos 247:246 (1950), Bidart Campos, Germán J., *Derecho constitucional*, t. 2, cit., ps. 499/500.

11 Una postura contraria a la sustentada en el texto ha sido sostenida por Luqui en una obra excelente (Luqui, Roberto Enrique, *Revisión judicial de la actividad administrativa*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 241 y ss.) sobre la base de que nada agrega de nuevo a la clásica garantía de la defensa en juicio que preceptúa el art. 18 de la CN. Sin embargo, ambas garantías guardan una relación de género y especie, en el sentido de que la tutela judicial efectiva comprende a la garantía de la defensa y, al propio tiempo, es más amplia, habida cuenta que tutela, entre otras cosas, el acceso a la justicia para que ésta sea efectiva. En suma, se trata de una nueva categoría histórica que supera algunos dogmas antiguos, como el de la justicia revisora (en el contencioso administrativo).

12 Art. 1º, inc. f, LNPA.

13 Cfr. Fernández, Tomás Ramón, "Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor", REDA, núms. 15/16, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 51 y ss.

14 Canosa, Armando N., "Influencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa", ED 166-988.

Los principales matices diferenciales comprenden variados aspectos ya que la tutela judicial efectiva apunta 1) a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso, 2) a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial y, 3) a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción (ejecución de sentencias, medidas preventivas y autosatisfactivas).

Resulta evidente que se trata de una garantía que armoniza de modo cabal con el reparto de funciones propio de la separación de poderes que ha instituido nuestra Constitución, al prescribir positivamente el sistema judicialista (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional), en el cual los jueces son los órganos encargados de resolver los conflictos entre los particulares y el Estado¹⁵.

En Argentina, antes de la moderna configuración del principio, un destacado sector de la doctrina¹⁶ propició, en su momento, la postura que afirmaba la plenitud de la jurisdicción frente a las interpretaciones restrictivas que, con fundamento en las concepciones del contencioso-administrativo francés y español, propugnaban la limitación de los poderes del juez sobre la base de la naturaleza esencialmente revisora¹⁷ que atribuían a esta clase de jurisdicción (la cual era concebida como una jurisdicción de excepción).

15 Un completo desarrollo del principio y consecuencias que derivan de la adopción del sistema judicialista se encuentra en la excelente tesis doctoral de Bosch, Jorge Tristán, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública?*, Zavalía, Buenos Aires, 1951, p. 36 y ss. Según este autor, la Constitución Argentina de 1853 representa, más que una ruptura con los antecedentes españoles, un salto adelante dentro de la línea evolutiva de las instituciones de la Metrópoli (ob. cit., p. 45).

16 Linares, Juan Francisco, "Lo contencioso administrativo en la justicia nacional federal", LL 94-919 y ss., especialmente p. 926; Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. 2, 1ª ed., Macchi, Buenos Aires, 1980, p. XIX-21 y ss.

17 Fiorini, Bartolomé, *¿Qué es el contencioso?*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 88.

Recién en la última década algunos ordenamientos y la jurisprudencia —en forma limitada, por cierto— han comenzado a transitar por el camino correcto. Sin dejar de reconocer la influencia que ha tenido en esta evolución la obra de los juristas vernáculos, que actuaron como verdaderos pioneros en este campo para desterrar los ápices formales que caracterizaban el contencioso-administrativo de su época, no se puede menos que señalar la profunda gravitación que entre nosotros ha alcanzado la doctrina española a partir de la fundación de la “RAP” (Revista de Administración Pública) y de la publicación de las obras y trabajos científicos de sus juristas más eminentes¹⁸.

A continuación abordaremos la recepción en el ordenamiento del principio de la tutela judicial efectiva y la incompatibilidad que plantea su vigencia constitucional con el dogma revisor y, particularmente, con el carácter preceptivo del requisito del agotamiento de la vía administrativa (mal llamada “instancia administrativa”), sin dejar de advertir que, tal como ha dicho González Pérez, “el derecho a la tutela judicial efectiva que se despliega, básicamente, en tres momentos diferentes del proceso (en el acceso a la jurisdicción, en el debido proceso y en la eficiencia de la sentencia) es, en definitiva, el derecho de toda persona a que se ‘haga justicia’, que se traduce, en el plano jurídico administrativo, en que siempre que crea que puede pretender algo con arreglo a Derecho frente a un ente público, tenga la seguridad de que su petición será atendida por unos órganos independientes y preparados”¹⁹. Por tales razones, la moderna tutela preventiva, así como las medidas autosatisfactivas, forman parte de la tutela judicial efectiva.

18 García de Enterría, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1992; González Pérez, Jesús, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Madrid, 1992; Fernández, Tomás Ramón, “Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1976, p. 728.

19 González Pérez, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, t. I, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1998, p. 17.

IV. FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL DERECHO ARGENTINO

1. En el orden nacional

La recepción del principio en nuestro país se ha visto favorecida, primero, por el propio sistema y por una serie de principios de rango constitucional anteriores a la reforma de 1994, y, a partir de ésta, por la recepción en la Constitución del llamado Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos).

La adopción del sistema judicialista de control de los actos del Ejecutivo y demás poderes del Estado (ex arts. 100 y 101 CN) y la previsión constitucional que, en forma expresa, veda al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales (art. 109 CN), completan la garantía de la defensa prescrita en el art. 18 de la Constitución nacional que cabe asimilar a la consagración del debido proceso como garantía innominada por parte de la jurisprudencia.

A su vez, el Preámbulo de nuestra Constitución revela el propósito que persiguieron los constituyentes al proclamar, entre los fines del Estado, el de “afianzar la justicia”, configurando así un principio jurídico afín a la efectividad de la tutela judicial debida a los particulares, en cuanto éste constituye el modo principal de afianzamiento de la justicia (en sentido lato).

De esa manera, la conexión entre la garantía de defensa y la tutela judicial efectiva se produjo sin forzar la positividad constitucional y aun antes de la reforma constitucional de 1994, en la cual el principio se introdujo a raíz de la incorporación al ordenamiento constitucional del Pacto Internacional de San José de Costa Rica (art. 75 inc. 22 C.N.).

Antes de la referida reforma constitucional 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación —en uno de sus fallos nota-

bles— sentó el principio con fundamento en que “*la idea directriz de la división de poderes que opera sincrónicamente con otra idea directriz de nuestro sistema constitucional – que emerge de la garantía del debido proceso – cuál es el principio pro actione a que conduce el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, que se deriva, necesariamente, del art. 18 de la Constitución nacional, cuya regulación se integra, además, con las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, que al ser aprobado por la ley 23.054 y ratificado el 5 de diciembre de 1984, tiene el carácter de ley suprema de la Nación, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución nacional*”²⁰.

Operada la recepción constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyos arts. 8º y 25 consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio que nutre ese derecho adquirió plena operatividad constitucional, obligando también a las Provincias, habida cuenta de que los pactos internacionales y máxime, aquellos incorporados expresamente a la Constitución nacional constituyen conforme a su art. 31 la ley suprema de la Nación, debiendo entenderse como reza el inc. 22 del art. 75 que los derechos reconocidos por ellos complementan los derechos y garantías constitucionales.

Con algunas excepciones²¹, el principio de la tutela judicial efectiva goza en nuestro país de un amplio consenso doctrinario²².

20 *In re “Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros”*, Fallos 315:1492 (1992) y en ED 148-338, considerando 15; “*Serra, Fernando H., y otro c. Municipalidad de Buenos Aires*”, Fallos 316:2454 (1993), con nota de Bianchi, Alberto B., “¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?”, LL 1995-A, 395.

21 Luqui, Roberto E., en su excelente obra *Revisión judicial de la actividad administrativa*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 241 y ss.

22 Cfr. Aberastury, Pedro, *La justicia administrativa*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 37 y ss.; Gallegos Fedriani, Pablo O., *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Abaco, Buenos Aires, 2002, p. 29; García Pulles, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 100 y ss. con otra terminología, aunque en varias partes de su obra hace mención a la tutela judicial efectiva (v.gr. p. 71 y p. 1049, punto 13).

2. En el orden provincial

En el marco de la evolución hacia el reconocimiento de la tutela judicial efectiva se ubica la nueva Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994, que eliminó una serie de instituciones y principios procesales que habían terminado por anquilosar el sistema provincial, al haber contribuido a generar, por cierto, típicas denegaciones de justicia.

De ese modo, se han separado construcciones procesales que, fuera de no existir razones valederas que justificaran su alojamiento en el texto constitucional, traducían barreras formales en punto al acceso y al derecho a obtener una sentencia sobre el fondo del proceso, circunscribiendo las controversias judiciales a las pretensiones planteadas en sede administrativa. Así ocurrió, entre otras figuras procesales, con conceptos que traducían una rémora a la plenitud del ejercicio de la potestad jurisdiccional, al suprimirse requisitos cuyo cumplimiento estricto y exclusivo se exigía para habilitar la acción contencioso administrativa, tales como los relativos a que el acto proviniera de autoridad administrativa, la previa denegación o retardación en sede administrativa y que los derechos fueran gestionados por parte interesada, extremos éstos que habían sido usados como verdaderas válvulas de cierre de la jurisdicción.

La Constitución de 1994 comienza por prescribir, en su art. 15, que la Provincia de Buenos Aires “asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial”, agregando que “las causas deberán decidirse en tiempo razonable”, y que “el retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas, cuando sean reiteradas, constituyen falta grave”.

El otro precepto constitucional (art. 166, último. párrafo), que resulta trascendente para la protección de los derechos de las personas, al eliminar el recaudo de la decisión previa que agotaba la vía administrativa como requisito ineludible de admisibilidad de la pretensión procesal.

En este aspecto, si bien no todas las opiniones coinciden en punto a si se mantiene o no el principio en el plexo constitucional²³ lo cierto es que a partir de ahora el requisito tiene origen legal, y no constitucional, sin que la Constitución establezca criterio o pauta alguna que vincule al legislador.

Por otra parte, si se repara en que el último párrafo del art. 166 dispone que los casos que determinan la competencia de los tribunales en lo contencioso-administrativo resultarán conformes a los procedimientos que prescriba la ley, la cual “establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”, va de suyo que, fuera de tales supuestos, dicho principio no existe. Aunque la Constitución consagra la regla del no agotamiento, por medio de una habilitación constitucional expresa permite que la ley tipifique excepciones, las cuales podrían configurarse en la medida en que armonicen con las garantías y principios constitucionales, particularmente con la tutela judicial efectiva.

Es cierto que al no establecer pauta limitativa alguna para consagrar las excepciones, el legislador podría llegar a exce-

23 Perrino, Pablo Esteban, “El régimen de agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense”, ED 184-842. Aun cuando cabe ubicar a este autor en una línea garantística afín a la que propugnamos, ha interpretado que la Constitución mantiene el principio. En cambio, para D’Argenio la nueva disposición constitucional consagra como principio la inexistencia del agotamiento de la vía administrativa, posición que compartimos. Ver D’Argenio, Inés, “El juzgamiento de la contienda administrativa en la Provincia de Buenos Aires,” REDA, núms. 19/20, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 404 y Soria, Daniel Fernando, “El agotamiento de la vía en el proceso administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, REDA, núms. 24/26, Depalma, Buenos Aires, p. 54, nota 31.

derse en la determinación de los supuestos. Sin embargo, en tal caso, jugará siempre el límite de razonabilidad para poder impugnar toda decisión legislativa que afecte el principio de la tutela judicial efectiva, cuya incompatibilidad con el dogma revisor y la exigencia generalizada del requisito del agotamiento de la vía administrativa han sido cabalmente demostradas en la doctrina argentina²⁴ y española²⁵.

Veamos, a continuación, cómo se proyecta o debe proyectarse el principio de la tutela judicial efectiva en el ordenamiento argentino.

-
- 24 Cfr. Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. 2, cit., p. XIX-21 y ss., postura que ha mantenido en las ediciones posteriores del Tratado; Mairal, Héctor A., *Control judicial de la Administración pública*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1984, ps. 346/347. Para un mayor desarrollo del tema se puede ver el lúcido trabajo de Tawil, Guido S., "Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción, la inactividad de la Administración y su fiscalización judicial", ED 128/958; y Simón Padrós, Ramiro, "El carácter revisor y el denominado principio de congruencia en el proceso contencioso-administrativo", REDA, núms. 19/20, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 497/525; ver también Bielsa, Rafael, *Sobre lo contencioso-administrativo*, Santa Fe, 1949, p. 149, y la nota de Bianchi, Alberto B. al fallo "Ekmekdjian" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, antes citada.
- 25 Cfr. Fernández, Tomás Ramón, "Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 16, Madrid, 1976, p. 728; Muñoz Machado, Santiago, "Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 26, Madrid, ..., 1980, p. 497; Fernández Torres, Juan Ramón, *La jurisdicción administrativa revisora y la tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998, ps. 29 y 55; y el prólogo de García de Enterría, Eduardo a la obra de Fernández Torres, Juan Ramón, *La jurisdicción administrativa revisora y la tutela judicial efectiva*, cit., ps. 21 y 55. Con anterioridad, Nieto y Parada Vázquez criticaron la evolución regresiva y formalista de la jurisprudencia en orden a la conceptualización de la jurisdicción como puramente revisora, ver Nieto, Alejandro, "Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso", RAP, nro. 57, Madrid, 1968, p. 33.

3. La admisión de la acción declarativa de inconstitucionalidad de las leyes y la superación de los escollos constitucionales

El reconocimiento de la acción declarativa de inconstitucionalidad en nuestro derecho, si bien registra antecedentes que podrían reputarse favorables a su admisión constitucional²⁶ ocurrió recién en 1985 al resolver la Corte el caso “*Santiago del Estero c/Nación Argentina*”²⁷.

Para arribar a la admisión de la acción declarativa de inconstitucionalidad la jurisprudencia argentina tuvo de superar varios escollos, producto de una interpretación constitucional basada en un círculo de argumentos que implicaban una falsa petición de principios tan erróneos como contradictorios.

Esa senda jurisprudencial, que negaba la acción declarativa de inconstitucionalidad, particularmente de leyes, no fue la seguida por el derecho norteamericano en la década del treinta del pasado siglo, cuando reconoció la aptitud de la acción declarativa²⁸ para configurar en caso o controversia. Por el contrario, la Corte Suprema Argentina, con apoyo en los arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional y en el art. 2 de la ley 27, consideró que la actuación de los tribunales judiciales no podría invadir el ámbito reservado al Poder Legislativo mediante la emisión de declaraciones generales y abstractas²⁹ en la inteligencia de que la aceptación de esta clase de acciones conculcaba el principio de la separación de los poderes.

En esa línea, la Corte entendía que de aceptarse la procedencia de las acciones declarativas de inconstitucionalidad de

26 Señalados en el dictamen del Procurador General de la Nación Dr. Eduardo H Marquardt, en el caso “Hidronor” (Fallos 307:1387).

27 Fallos 307:1379, en el que se reproduce el dictamen del Dr. Marquardt.

28 Véase: Bianchi, Alberto B., *La acción declarativa de inconstitucionalidad en el Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*, 2ª ed., Tº II, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 757 y ss.

29 Fallos: 307:1387.

las leyes ello implicaba violar la presunción de validez de las leyes y, en el caso, de actos administrativos, que el reconocimiento de la acción afectaba la presunción de legitimidad de los actos administrativos.

Por ese motivo, se acudía a un concepto restringido de la actividad del Poder Judicial concibiéndola solo como una función reparadora y retributiva de lesiones materiales causadas al derecho ajeno³⁰.

En cualquier caso y como lo advirtió el Dr. Maquardt en el dictamen que emitió en el caso "*Hidronor c/Santiago del Estero*" la tendencia jurisprudencial negatoria de la acción declarativa envolvía una contradicción con el sistema constitucional ya que por aplicación de esa doctrina, en las acciones declarativas admitidas por los ordenamientos provinciales en los que se ventilaban puntos de derecho federal, la Corte no podría conocer de ellas por vía de la apelación extraordinaria, con lo que se frustraba el control constitucional que le corresponde ejercer al Alto Tribunal.

Resta por decir que el argumento que fundaba la improcedencia de las acciones declarativas de inconstitucionalidad, basado en la presunción de validez de las leyes, no reviste el menor análisis por cuanto la admisibilidad de esta clase de acciones (siempre que no se trate de consultas, juicios hipotéticos o declaraciones)³¹ lejos de conculcar el principio de la separación de poderes viene a reforzarlo, pues, de lo contrario, el Poder Legislativo podría violar la Constitución sin que el Poder Judicial pueda ejercer el control de constitucionalidad en los casos concretos sometidos a su juzgamiento, además de

30 C.S. *Ibíd.*em.

31 Sagues, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, Tº I, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2003, os. 178-179, señala que en el control abstracto de inconstitucionalidad (como acontece en las naciones populares) el demandante puede no hallarse "*involucrado en una relación jurídica específica donde se aplique la norma que él juzga inconstitucional!*"

la circunstancia de que tal presunción de validez no surge del texto constitucional ni de ningún principio general de derecho.

Lo mismo acontece con la llamada presunción de legitimidad del acto administrativo que, en todo caso, no constituye un principio absoluto ya que cede frente a la presencia de nulidades manifiestas³² en el acto administrativo, habiéndose propiciado su eliminación en la doctrina uruguaya³³ y brasileña³⁴.

El planteamiento jurisprudencial de la acción declarativa de inconstitucionalidad ha carecido, en general, de suficiente claridad conceptual como consecuencia de no haber deslindado los diferentes tipos de procesos.

Durante mucho tiempo se siguió utilizando el mecanismo de la acción meramente declarativa del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación como la vía apta para canalizar esta clase de pretensiones, no obstante que, como se verá seguidamente, no constituye el único cauce procesal para promover acciones declarativas de inconstitucionalidad ya que, en forma paralela o mediante acumulación con otras pretensiones (según los distintos casos en que ello proceda) la pretensión de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y actos administrativos puede canalizarse a través de a) la acción declarativa directa de constitucionalidad, b) la acción de amparo prevista en el art. 43 de la C.N. (que sirve también para fundamentar la acción precedente) y c) el proceso de impugnación de reglamentos y actos administrativos que prescriben los arts. 23 y 24 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

32 Cassagne, Juan Carlos, *El acto administrativo, Teoría y régimen jurídico*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 357-360.

33 Durán Martínez, Augusto, "La presunción de legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso", en *Estudios de Derecho Público*, vol. II, Mastergraf, Montevideo, 2008, p. 227 y ss.

34 Rhein Schirato, Vitor, "Repensando a pertinencia dos atributos dos atos administrativos", en el libro *Os caminhos do ato administrativo*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, os. 125-130.

4. La acción declarativa directa de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y actos administrativos: la causal de arbitrariedad

A partir de la década del ochenta del siglo pasado, la Corte Suprema comenzó a reconocer la procedencia de acciones declarativas de inconstitucionalidad siguiendo, en parte, los criterios expuestos por el ex Procurador General de la Nación, Dr. Marquardt en el recordado dictamen emitido en el caso “Hidronor c/ Provincia de Neuquén”, en el año 1971³⁵.

En una apreciable porción de casos en que la Corte sostuvo la procedencia constitucional de esta acción la encuadró en el art. 322 del CPCCN que regula la acción meramente declarativa de certeza. Sin embargo, esta norma fue diseñada para regir en las relaciones entre particulares y sólo por analogía y ante el vacío legislativo existente puede acudir a ella en el derecho público, porque los requisitos que contemplan no resultan compatibles, en todos los supuestos, con las situaciones que vinculan a los particulares y el Estado, cuando se emiten leyes, reglamentos o actos inconstitucionales.

En otros casos, la Corte aceptó la procedencia de las llamadas acciones directas de inconstitucionalidad sin exigir el cumplimiento de los requisitos que prescribe el art. 322 del CPCCN (situación de incertidumbre, lesión actual y no disponer de otro medio legal), los cuales resultan incompatibles con la índole de una acción que, respecto de una situación controversial en ciernes, procura prevenir daños futuros.

Con esta última afirmación no queremos decir que no proceda la acción meramente declarativa de certeza en el orden constitucional, sino que ella sólo tiene sentido en caso de duda sobre el alcance de una norma o acto mientras que la situación

35 El dictamen del Dr. Marquardt se publicó más tarde a continuación del fallo “Santiago del Estero c/ EN” (Fallos 307:1387), y recibió un elogioso comentario por parte de Germán J. Bidart Campos (LL 154-515).

de incertidumbre no se da en las acciones declarativas directas de inconstitucionalidad en las que se alega y se pretende demostrar la certidumbre de su inconstitucionalidad.

En esta acción declarativa directa de inconstitucionalidad tampoco resulta lógico exigir que la lesión sea actual habida cuenta que, por lo común, estas acciones tienen por objeto la prevención de daños futuros³⁶, ni menos aún que no se disponga de otro medio legal porque se trata de una exigencia vinculada al carácter subsidiario que se atribuía erróneamente a la acción de certeza y que no tiene lógica alguna imponer en este tipo de acciones en que se procura economía de tiempo y la tutela judicial efectiva dentro de un plazo razonable.

El reconocimiento de la procedencia de la acción por parte de la Corte se llevó a cabo a partir del fallo “Constantino Lorenzo” de 1985³⁷, que consideramos un precedente fundamental en la materia, cuyas principales líneas fueron recogidas en diferentes precedentes posteriores³⁸. No obstante, fallos subsiguientes se inclinaron por la procedencia de la vía de la acción meramente declarativa de certeza prevista en el art. 322 del CPCCN. Los errores jurisprudenciales cometidos al encuadrar la acción en el art. 322 del CPCCN provienen de no haber advertido que se trata de dos acciones distintas (la declarativa de certeza y la acción directa de inconstitucionalidad) que tienen diferente objeto y requisitos.

36 Véase el dictamen del Dr. Marquardt (reproducido en Fallos 307:1387, especialmente p. 1399) donde se puntualiza que: “...cabe afirmar que el sistema de control constitucional norteamericano es de carácter concreto, pero se ejerce no sólo por la vía reparatoria o retributiva, sino también preventiva... Rasgo característico de ese régimen es la posibilidad de impedir la ejecución de leyes inconstitucionales”. De ahí que la Corte argentina acepta la procedencia cuando se busca precaver un acto “en ciernes” (Fallos 307:1379, *in re* “Santiago del Estero”, de 1985).

37 Fallos 307:2384.

38 Véase Fallos 310:2342; 317:335, 317:1224 y 320:691.

A su vez, uno de los principales escollos que debieron superar las acciones declarativas de inconstitucionalidad ha sido el argumento basado en la inexistencia de causa o controversia o de “caso contencioso”, a la luz de los arts. 116 y 117 de la CN y de la ley 27.

Al respecto, de la jurisprudencia de la Corte norteamericana que sirve de fuente doctrinaria a nuestra interpretación constitucional, en razón de tratarse de un sistema judicial de similares características, se desprende el alcance amplio que atribuyen al concepto constitucional de caso o controversia, que se configura siempre que: a) no se trate de obtener un pronunciamiento consultivo o hipotético; y b) existiera “una controversia real y sustancial que admitiese una solución específica mediante una decisión de carácter definitivo”³⁹. Poco más tarde, en el año 1941, la Corte –en el caso “Maryland Casualty Co. V. Pacific Coal and Oil Co.”– expresó que “La diferencia entre una acción abstracta y una controversia prevista por la ley de sentencias declarativas es necesariamente una diferencia de grado y sería difícil, sino imposible, establecer un patrón definido para determinar en todo caso cuando hay tal controversia. Básicamente, la cuestión es en cada caso si los hechos alegados, teniendo en cuenta todas las circunstancias, muestran que hay una sustancial controversia, entre partes que tienen intereses legales opuestos, de suficiente inmediatez y realidad para autorizar la emisión de una sentencia declarativa”⁴⁰, con remisión al caso “Aetna”⁴¹.

En resumidas cuentas, si se cumplen las circunstancias antes señaladas, no hay obstáculo constitucional para el reconocimiento de las acciones declarativas directas⁴² de

39 La frase pertenece al Chief Charles Evans Hughes, en el caso “Aetna Life Insurance Co. v. Haworth (300 US 227).

40 312 US 273.

41 300 US 227, 239-242.

42 Bianchi, Alberto B., Control de constitucionalidad, T°1, Abaco, Buenos Aires, 1992, p. 415 se pronuncia a favor de la procedencia de la acción declarativa directa de inconstitucionalidad advirtiendo que, según la

inconstitucionalidad y así lo ha reconocido la Corte en el antes citado caso “Constantino Lorenzo” cuando expresó que “...resulta preciso disipar la confusión entre las peticiones abstractas y generales de inconstitucionalidad que no pueden revertir forma contenciosa por la ausencia de un inmediato interés del particular que efectúa la solicitud... y las acciones determinativas de derecho de base constitucional cuya titularidad alega quien demanda y quien tiende a prevenir o impedir las lesiones de tales derechos...”, refiriéndose, más adelante (Considerando 5°), a la admisión de la acción directa de inconstitucionalidad⁴³.

Consecuentemente, al no existir un marco legal positivo en el derecho nacional para encuadrar la acción declarativa directa de inconstitucionalidad y ser inaplicable en muchos casos, la regulación procesal civil del art. 322 del CPCCN⁴⁴, la procedencia de la acción directa encuentra sustento constitucional en el principio de la tutela judicial efectiva que se desprende de los arts. 8 y 25 de la CADH y, asimismo, en una interpretación extensiva del precepto contenido en el art. 43 de la CN, dado que la positivación constitucional del principio, supera el marco de la acción de amparo. Por lo demás, la regulación constitucional contribuye al objetivo de afianzar la justicia que prescribe el preámbulo de la Constitución.

En síntesis, la acción declarativa directa de inconstitucionalidad, de acuerdo a la jurisprudencia nacional y norteamericana, procederá aun cuando a) se trate de una acción preventiva interpuesta para prevenir daños futuros, b) no configure una

jurisprudencia de la Corte, la expresión directa se referiría a la instancia originaria y habría sido tomada del caso “Gomen” (Fallos 310:142) de 1987. Sin embargo, en “Constantino Lorenzo” la Corte había empleado el concepto de acción directa sin hacer alusión a que se refería a la instancia originaria.

43 Fallos 307:2384 (1985).

44 Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, cit., T°1, p. 414, señala que el art. 322 del CPCCN “está claramente desbordado con la acción declarativa creada por la Corte”.

hipótesis de consulta o de un pronunciamiento hipotético que excluya el carácter real y sustancial que debe revestir la causa, c) la controversia se entable entre partes con intereses contrarios y d) el demandante persiga con la acción la realización de un interés inmediato.

La configuración de la acción declarativa directa de inconstitucionalidad no agota el ámbito de las acciones declarativas de inconstitucionalidad pues, aparte de la acción meramente declarativa de certeza, pueden promoverse distintas clases de acciones en las que se persiga también la obtención de una sentencia declarativa, tales como a) la acción impugnatoria de actos y reglamentos (art. 23 y ss. de la LNPA), y b) la acción prevista en el art. 43 de la CN (que aparte de regular el amparo, no excluye las acciones declarativas de inconstitucionalidad), sin perjuicio de la opción para acumular, en un proceso de conocimiento, una pretensión declarativa con una pretensión de condena o constitutiva.

En cuanto a la legitimación para accionar y el derecho subjetivo que la sustenta nos inclinamos por una noción amplia del interés tutelado, abarcativa del antiguo interés legítimo y de los nuevos derechos de incidencia colectiva conforme a la regulación establecida en el art. 43 de la C.N., siendo indiferente que el derecho debatido en la controversia sea de derecho público o de derecho privado.

El panorama que hemos descripto quedaría trunco sino hiciéramos referencia a las causales de inconstitucionalidad. Se trata de un tema bastante descuidado por la doctrina e incluso por la jurisprudencia, habiéndose tratado de extender los vicios que existen en el contencioso administrativo francés (en el recurso por exceso de poder particularmente en una de sus variantes, la desviación de poder⁴⁵) lo que podría ser

45 En Francia, si bien el Consejo de Estado carece de competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley, por cuanto tal facultad pertenece, en exclusiva, al Consejo Constitucional, puede anular un acto administra-

aplicable para los vicios de los reglamentos y actos administrativos, pero no para los defectos de las leyes. En ese sentido, los vicios de la voluntad en el reglamento, así como en el acto administrativo no tienen la misma regulación ya que al ser la norma legal el producto de un órgano colegiado se precisa acudir a reglas especiales para invalidar las leyes. En tales casos, se puede admitir como regla que el vicio de la voluntad o de la desviación de poder de uno o varios legisladores no afecta la validez de la ley siempre que la mayoría de las voluntades que concurrió para sancionar la ley no se encuentre viciada.

En grandes líneas, la causal de arbitrariedad de las leyes aglutina los distintos vicios que pueden afectar a las leyes ya sean estas meramente formales o formales-materiales (es decir, de normas de alcance general que integran el ordenamiento positivo) ya que, siendo la arbitrariedad un acto contrario a la justicia, la razón o las leyes, el control de constitucionalidad de los actos legislativos que efectúan los jueces abarca todas las facetas que configuran el concepto de arbitrariedad desde la violación de los principios generales del derecho, de los textos constitucionales y del derecho de los tratados de derechos humanos hasta la irrazonabilidad de las normas legales, que incluye el análisis sobre la llamada razonabilidad ponderativa así como el de la razonabilidad de la selección (del principio de igualdad)⁴⁶.

La técnica del control de razonabilidad, que en forma sucinta hemos descrito, es comparativamente semejante a la construcción sobre el control de proporcionalidad de los actos estatales efectuada en la doctrina y jurisprudencia alemanas

tivo que viola una regla constitucional, véase: Morand Deviller, Jacqueline, *Droit Administratif*, LGDJ, 13^a ed., París, 2013, p. 236.

46 Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1970, p. 111 y ss. Mientras la razonabilidad ponderativa requiere que la ley guarde una adecuada proporción entre antecedente y consecuente, cuya razonabilidad de la igualdad exige que en antecedentes iguales se imputen similares consecuencias, sin excepciones arbitrarias.

y en el derecho de la Unión Europea, habida cuenta que el principio de proporcionalidad integra el principio de razonabilidad⁴⁷, motivo por el cual se propugna, para determinar la irrazonabilidad de una norma legal o incluso reglamentaria, acudir a los criterios básicos que rigen el control de proporcionalidad, basado en tres sub-principios que conducen a un juicio de: a) adecuación; b) necesidad y c) proporcionalidad en sentido estricto⁴⁸, habiéndose considerado que el principio de proporcionalidad “es el test esencial en materia de libertades y derechos fundamentales”⁴⁹.

47 Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la actividad administrativa*, 1ª ed., Marcial Pons, Argentina-Madrid, 2009, p. 202.

48 Barnes, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública* N° 135, Madrid, 1994, p. 495 y ss.

49 Fernández, Tomás Ramón, *Sobre los límites constitucionales del poder discrecional, de acción jubilar*, pronunciada en la Facultad de Derecho de San Sebastián, el 12 de Mayo de 2010, reproducida en el libro *Sobre la ley, el Poder Discrecional y el Derecho* (Tomás Ramón Fernández y Juan Carlos Cassagne), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 41.