

## ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

*Víctor Trionfetti*

### 1. Introducción.

Este trabajo debe ser considerado como una continuación del que en esta Revista expusiera en el año 1999<sup>1</sup> al abordar las funciones del entonces flamante Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Cinco años después de aquel artículo, mi visión del tema no ha permanecido igual, afortunadamente; algunas de las hipótesis y prospectivas que expuse fueron confirmadas por la práctica y determinados problemas y desafíos insinuados siguen vigentes.

Deseo realizar ahora una redescrición de la denominada acción declarativa de inconstitucionalidad. Para cumplir con tal propósito, tendré en cuenta los nuevos elementos deónticos que se han incorporado: 1) La sanción de la ley 402 que regula los procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo que incluye la reglamentación de la acción declarativa de inconstitucionalidad (ADI); 2) el derrotero seguido por la jurisprudencia del Tribunal Superior en materia de ADI.

En lo que crea conveniente, ratificaré o profundizaré algunas de mis consideraciones anteriores. Continúo creyendo que el fundamento más importante de la ADI es su capacidad de desplegarse como herramienta de participación ciudadana.

### **2. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, un fenómeno social demasiado complejo para aceptar los viejos odres del control constitucionalidad**

La sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en octubre de 1996 estableció un nuevo modelo de federalismo, su antecedente inmediato fue la reforma de la constitución nacional en 1994.

Este *nuevo federalismo* asumió la facticidad de múltiples fenómenos (demográficos, culturales, urbanos, etc.) y contempló los particularismos locales y regionales. El binomio nación-provincia, todavía válido como estructura, resultaba insuficiente. El país tiene actualmente una complejidad territorial cuyas demandas no pueden ser gestionadas satisfactoriamente desde el perímetro de atendibilidad impuesto por el constituyente originario en el lapso 1853/1860. Muchos centros urbanos y determinadas regiones tienen agendas y desafíos genuinos, específicos y relevantes que no logran encontrar un espacio adecuado y útil de gestión en el viejo molde del sistema federal.

---

<sup>1</sup> *El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*; Revista de Derecho Procesal; Medios de Impugnación II, nº 3, Rubinzal Culzoni, Bs. As. 1999.

La ciudad de Buenos Aires, fenómeno urbano con demandas y asuntos específicamente locales, posee un abanico de problemas y variables cuya gestión impone una reingeniería de su regulación en el marco federal<sup>2</sup>.

Me parece plausible asumir como premisa axiológica el de que todas las herramientas de participación de la ciudadanía, todas las opciones en las que los hombres se vuelven protagonistas y no espectadores de su propia biografía individual y social, en definitiva, toda dimensión que posibilite autonomía e inclusividad es digna de nuestra atención. La ADI puede ser una herramienta que coadyuve en ese sentido.

La participación es un instrumento para articular las diferencias, para integrarlas o preservarlas; la participación requiere tanto una redescrición del concepto de ciudadanía como una recuperación/creación del espacio público. Ciudadanía y espacio público se suponen recíprocamente. Sin ellos no hay república, y sin república no hay democracia. Sin el correcto funcionamiento de estos elementos, el texto constitucional de la Ciudad sólo es como un buen guión cinematográfico que no encuentra quien lo produzca o se convierte en su versión apócrifa y ominosa.

Creo que una de las claves del sistema constitucional de la ciudad está en la noción de *democracia participativa* (conf. art 1º, CCBA). A través de ella tal vez sea posible atender una agenda de temas vinculados con la construcción y gestión del poder que modifique algunos problemas importantes. Veamos algunos de esos problemas:

- a) Los representantes del Pueblo tienen una legitimidad débil<sup>3</sup> y, en general, no hay correspondencia entre lo que hacen y el catalogo de intenciones y promesas con el que se encaraman el poder.
- b) El concepto de 'representación' es siempre, inexorablemente deficitario, pues asume necesariamente la ausencia del representado.
- c) El control democrático (de la mayoría) sobre el Estado y los grupos económicos es nulo o muy débil.

---

<sup>2</sup> Espacio profundo, la ciudad forma parte del escenario de la Historia y del imaginario social. La ciudad, su caída o conquista, representa la toma del poder (Roma, Constantinopla, Berlín, Bagdad, etc.), la visión moral y el castigo (Sodoma y Gomorra); la huida y el refugio (Mahoma); el final o el comienzo del principio (Jerusalén). La ciudad forma parte sustantiva de la literatura universal (Platón, Dickens, Joyce, Borges, Victor Hugo, Dick, Calvino, Piglia, etc.), y de muchas otras manifestaciones del arte. La ciudad representa la esperanza o la desesperanza (migraciones hacia o desde los centros urbanos); la ciudad acoge, contiene, refugia, pero también aliena, excluye, diferencia, mata.

<sup>3</sup> Con relación a los problemas de la representación resulta interesante la posición de Ernesto Laclau quien sostiene que la relación de representación implica que una particularidad asume la representación de universalidad que la trasciende. Y esto es lo que él denomina una "relación hegemónica" y "hegemonía", para Laclau, es la categoría fundamental de lo político. Una relación hegemónica es una relación por la cual la universalidad se constituye a partir de un elemento de particularidad. Puede verse en la web (<http://www.revistaphronesis.com.ar/numero9/main9.htm>) una síntesis de la Conferencia dictada por Ernesto Laclau en Buenos Aires, el 18 de julio de 2002 en la UBA donde aborda estos problemas.

- d) En el gobierno del 'Pueblo y para el Pueblo' cómo puede ser que la mayor parte de ese 'Pueblo' sufra continuas violaciones de sus derechos fundamentales por exclusión o empobrecimiento. No se explica cómo gran parte de los habitantes del país tiene sus biografías canceladas desde su nacimiento (cuando éste es posible) porque no hay lugar, no hay oportunidad, no hay esperanza, no hay justicia. Muchas veces las políticas públicas están divorciadas del tiempo biológico de los seres humanos concretos, de carne y hueso. No sólo hay un tiempo cronológico sino un tiempo oportuno (*Cronos y Kairos*).
- e) El actual sistema no demuestra que los más talentosos, honestos y capaces asuman las funciones de dirección. La mayor parte de la clase política ha sido incapaz o corrupta (y ese escenario no abarca sólo la segunda década infame –1989/2001- sino que se extiende muchas décadas más atrás). En el caso del Poder Judicial, por ejemplo, el máximo tribunal, ha ratificado por acordada los golpes antirepublicanos y antidemocráticos de 1930, 1943, 1955, 1966 y 1976. En el caso del Congreso de la Nación, ha acompañado con la legislación neoliberal la política de la segunda década infame.
- f) La democracia representativa exhibe un desplazamiento de los representados en función de los propios intereses de los representantes y de los grupos económicos y corporaciones.
- g) A pesar de lo plausible que resultan los textos constitucionales con sus contenidos deónticos tuitivos de derechos individuales y sociales, no se advierte ninguna permeabilidad sustantiva de las clases dirigentes y élites económicas que tiendan a generar cambios significativos en la dirección señalada por aquellos textos fundamentales.

Todo esto no sólo dice algo de la clase política, dice, al mismo tiempo –y tal vez con mayor énfasis- algo sobre nosotros como sociedad, pues esa clase política se gesta y egresa del cuerpo social. Es la sociedad la que produce y reproduce a la clase política. Debería ser la sociedad la que genere, también los anticuerpos que eviten estas disfunciones del sistema democrático.

Me pareció, al fin de cuentas, oportuno realizar estas consideraciones porque ellas son presupuestos de abordaje de cualquier instituto procesal. Resultaría un automatismo digno de la mano del Dr. Caligari, hablar de una acción como la ADI sin antes bosquejar siquiera algunas premisas de mayor espesor que los meros aspectos técnicos. Describir ciertos presupuestos epistemológicos o ideológicos –a veces ambos términos suelen ser sinónimos- nos evita la complicidad o la estupidez.

## **2. Un control de constitucionalidad mixto.**

La constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece dos sistemas de control de constitucionalidad (control mixto). Sin embargo, esto no es algo que la constitución nos recite apenas la leemos. Concluir en la existencia de esa clase de control de constitucionalidad es el resultado de una interpretación sistémica de una serie de enunciados normativos de la

CCBA que están muy lejos de ser claros. El art. 113, inciso 2º, de la CCBA, en particular, tiene una redacción que ofrece múltiples lecturas.

La elección y construcción de algunas de las alternativas hermenéuticas que presenta el texto del art. 113, inciso 2º, al menos la que he postulado en anteriores trabajos, en armonía en cierta manera con la reglamentación legal de la norma y la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, se basa en dos pautas interpretativas:

- a) La de que el control de constitucionalidad instaurado por la ADI, es un desarrollo puntual del art. 1º de la CCBA en cuanto 'La Ciudad de Buenos Aires, conforme el principio federal establecido en la Constitución nacional, **organiza sus instituciones como democracia participativa** y adopta para su gobierno la forma republicana y representativa (...)' (*el destacado me pertenece*).
- b) La afirmación de que el sistema de control de constitucionalidad establecido por el art. 113 inc. 2º no es *jurisdiccional*, sino *participativo* y, por lo tanto, no es susceptible de engarzarse o conectarse con el control de constitucionalidad federal a través del recurso extraordinario federal. El sistema diseñado por el art. 113, inc. 2º de la CCBA es una forma de administrar en escala estratégica, a través de la institución de un espacio público local, la forma de discutir la validez de derecho local, por eso la ADI, es más un desarrollo de una variante o instancia de una forma de gobierno (democracia participativa) que un proceso judicial. La ADI es una institución vinculada a los modos de crear o invalidar normas generales locales. Es un territorio eminente público y político, en manos de todas las personas, en donde todos pueden participar y cuya escenificación es ante un tribunal constitucional con inclusión de toda la comunidad, que no concluye –en el caso de leyes locales– con la decisión del tribunal constitucional sino que se clausura con una decisión, política, de los legisladores locales de sostener o no, la validez de la norma que se hubiera declarado inconstitucional. El proceso, permite ser protagonista a cualquier persona (demandante o *amicus*) y, por eso es participativo, y, eventualmente, a los representantes del pueblo (reenvío mediante), en un proceso, obviamente, también público. El rol del Tribunal Superior de Justicia es, por un lado de coordinación y articulación de la instancia constitucional y concluye con un pronunciamiento jurídico sobre el objeto de la acción. Pero la más importante tarea del Tribunal Constitucional está en garantizar el desarrollo del proceso previsto en el art. 113 inc. 2º como un mecanismo participativo, es decir, como un espacio público para los ciudadanos<sup>4</sup>. Un espacio público en donde se pueda poner en crisis lo unívoco. Está en la tésis de cualquier democracia verdaderamente participativa la posibilidad de que existan circularidad de sentidos. Lo contrario es bajar la cabeza y aceptar que desde una especie de Sinaí moderno nos digan que es lo verdadero y lo falso, lo bueno y lo malo, lo bello y feo, y eso no es tan malo, lo malo es aceptarlo para siempre.

---

<sup>4</sup> Uso la voz 'ciudadano' en un sentido amplio, no encorsertada a los juegos del lenguaje vinculados al sistema electoral, sino extendida a la dimensión de todo lo relacionado con lo humano. Abarca, entonces, personas por nacer, generaciones futuras, extranjeros, niños, etc.

La combinación de los dos controles de constitucionalidad trabaja como un movimiento de pinzas para mantener la fuerza normativa de la Constitución. En el caso del control difuso, esta vía enfatiza la relación entre derechos y tutela de esos derechos, ya que si no hay acción no hay derecho y para ello, los derechos declarados deben ser efectivos y sólo pueden serlo si las personas tienen acción para exigir su aplicación. El control difuso, opera sobre casos, trabaja prioritariamente sobre la tensión entre facticidad y validez buscando alivianar los puntos críticos en materia de eficacia del sistema jurídico. El control abstracto, en la forma que entiendo lo establece la CCBA, busca integrar en el proceso de producción del derecho local al ciudadano, pues éste se encuentra autorizado para interpretar por sí mismo la constitución y ostentar la fuerza normativa de las normas constitucionales por vía de la ADI. Es una herramienta que las personas tienen para interpelar a los poderes constituidos y recordarles quien es el soberano.

De la misma manera, la constitución diseña un sistema que, por su dinámica, junto con otras variables, conjura en gran medida la tensión entre el precompromiso constitucional y la dinámica democrática, pues existe una instancia legitimada por la propia constitución para que la democracia no resulte, finalmente, atada por aquella<sup>5</sup>.

### **3. La constitución: un texto abierto a la interpretación de la comunidad viviente.**

El control de constitucionalidad es un sistema de preservación de la supremacía constitucional. Nada nuevo bajo el sol. Sin embargo, cualquier sistema de control de constitucionalidad, es también, una forma de reescribir la constitución. Si cualquier enunciado normativo establece un marco de posibilidades interpretativas, los enunciados constitucionales mucho más. Son normas muy generales, abiertas, dúctiles, a veces, bellas. Y es bueno que así lo sea. Una constitución no podría vivir demasiado si pasase por alto la polisemia, pero, además, es imposible -semióticamente imposible-, un texto autorreferente.

El propio texto constitucional contiene la confesión expresa de su incompletitud pues prevé la posibilidad de su reforma total o parcial (art. 30 en caso de la Constitución Federal y art. 60, CCBA) y, también, autoriza la reglamentación de sus normas. Y es lógico que así sea. Una descripción posible –pero no excluyente- consiste en ver a la Constitución como un abanico de pautas de orientación axiológica; pero de pautas que no poseen pretensiones de clausura.

---

<sup>5</sup> Para una lúcida exposición de esta problemática, véase a Holmes, Stephen, en el *Precompromiso y la paradoja de la democracia*; en la obra de Elster, Jon y Slagstad, Rune; *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pág. 217 y sgtes.

Ningún sistema constitucional puede vivir aislado del medio en que pretende tener vigencia. La Constitución se retroalimenta a partir de los desafíos concretos que debe afrontar la sociedad. También, sin llegar a la reforma constitucional, muchas normas de la ley fundamental son reinterpretadas y descriptas por las nuevas generaciones, por los nuevos auditorios, cuyos problemas y desafíos resignifican los enunciados normativos de la Ley Fundamental (vrg.: El caso *Sejean*<sup>6</sup>). Esto parece comprensible pues el texto de la CN, es tributario de la de la Modernidad, cuyo discurso emancipatorio y de progreso era '*natural*'. Un texto cerrado a las re descripciones no respondería ideológicamente a la Modernidad, sería axiomático; sería como un texto que asumiera que sólo desde él y por él se realiza el progreso. En ese sentido nuestra Constitución, además de racional, es pragmática pues asume –al tolerar su reforma- que las cláusulas constitucionales deben y pueden adaptarse a las necesidades de la generación viviente. El texto constitucional se recibe por cada generación, con beneficio de inventario. Esa misma senda sigue el texto de la constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

Esta falta de pretensión de clausura de la Constitución me recuerda la posición de Antonio Negri quien considera al poder constituyente como un proceso absoluto y radical<sup>7</sup>. En tal sentido, el poder constituyente nunca terminaría y la Constitución sólo es un intervalo (¿una tregua?) entre una y otra manifestación del poder constituyente que, incluso, se manifiesta a través de la Constitución (vrg.: a través de la interpretación constitucional).

Llegados a este punto, es oportuno señalar otro aspecto importante: el control de constitucionalidad también es una herramienta para 'reformular' la Constitución. Pensemos qué sucede cuando en un caso concreto un tribunal constitucional, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, declara la constitucionalidad de un enunciado normativo pero sólo si se lo interpreta en un sentido determinado y no en otros. ¿No se establece una clausura del texto constitucional a través de ese troquelado hermenéutico? ¿No se pasa de un marco abierto de posibilidades interpretativas a un solo y exclusivo sentido de validez posible? La respuesta parece que debe ser afirmativa y la consecuencia, no puede ser otra que la de ver que esa actividad –el control de constitucionalidad- modifica las posibilidades del texto constitucional, excluyendo unas y autorizando otras. Y esto lo hace un poder constituido, no el poder constituyente. Lo realiza, además, un poder constituido que tiene la última palabra. Y esto resulta casi inevitable porque el poder constituyente no opera '*on line*', no posee un 0800 con el que nos podamos comunicarnos en cualquier momento. Ahora bien, es partir de este montaje de la dinámica del sistema de control de constitucionalidad en donde aparecen ciertas preocupaciones de algunos autores sobre el rol de los jueces (vgr.: Bickel, Nino, Roberto Gargarella, Elster, etc.) y la función antimayoritaria de éstos por cuanto con sus decisiones anulan consensos tomados por los legítimos

---

<sup>6</sup> CSJN, Fallos, 308:2268.

<sup>7</sup> Negri Antonio, *El Poder Constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Libertarias/Prodhufi, Madrid, 1994; páginas 35 a 49.

representantes. De la misma manera, otros autores (el ya citado Stephen Holmes, por ejemplo) nos hablan de la tensión que existen entre constitución y democracia, es decir, entre el perenne conflicto y tensión que pervive entre el precompromiso originario (constitución) y los desafíos y encrucijadas de cada generación con los problemas de su tiempo (democracia).

Estimo que todos estos problemas, aunque no encuentren una solución definitiva, pueden atemperarse por sistemas y herramientas como las que se instauran en la CCBA en materia de control de constitucionalidad.

#### 4. La ADI

El inciso segundo del art. 113 de la CCBA dispone que es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer *“Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior”*.

La norma transcripta establece un control de constitucionalidad con principios, arquitectura y funcionamiento radicalmente distintos de los conocidos, al menos en comparación con los existentes en el derecho procesal nacional y con los de los ordenamientos provinciales.

Resultó y resulta, todavía hoy, un verdadero desafío para el Tribunal Superior la interpretación del texto del inc. 2º de art. 113 de la CCBA. A favor del Tribunal puede señalarse que el texto es críptico, por no decir confuso. Lo cierto es que, en una primera etapa de su funcionamiento, el Tribunal Superior, tuvo una interpretación dividida y hasta errática de los alcances la referida norma.

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia en materia de ADI puede dividirse –no sin algunos riesgos explicativos- en dos etapas cuya frontera la establece la sanción de la ley 402 de Procedimiento ante el Tribunal Superior.

En la *primera etapa* se destaca:

- a) El señalamiento del Tribunal –por unanimidad- del carácter novedoso de la acción declarativa que la hace imposible de asimilar a otros institutos establecidos en el ámbito nacional (*“Farkas, Roerto y otro c/GCBA s/acción declarativa”, 18/2/1999*).

- b) La afirmación de que la ADI no comprende situaciones jurídicas individualizadas, tiene un carácter abstracto y no se asimila al instituto previsto en el art. 322 del CPCCN pues éste sí abarca situaciones jurídicas individualizadas (*Massalin Particulares S.A. c/GCBA*<sup>8</sup>, 5/5/1999). Esta posición unánime del Tribunal, luego comenzará a dividirse, llegando al punto de máxima inflexión con relación a la posición de si la ADI era una acción de carácter abstracto y no contenciosa en el fallo *Defensora del Pueblo c/GCBA*, 1/9/1999).
- c) En la decisión recaída en *Ortiz Basualdo y otros c/GCBA* (4/6/1999) se produce una primera división de los integrantes del Tribunal en su interpretación de la ADI, división que se mantendrá, luego, en otros fallos. En ese fallo el voto de mayoría estableció que el control de constitucionalidad a través de la ADI no abarca normas locales derogadas, aun cuando sea aplicables o sus consecuencias se proyecten en el presente o futuro. Sin embargo, el tribunal siguió destacando la novedad del instituto y su falta de asimilación incluso a institutos procesales vigentes en el ámbito de la Ciudad (voto, juez Conde).

También en este fallo aparece un dato interesante: el juez Casas, integrante del voto mayoritario, afirma que “es dable advertir que cuando una norma derogada ha desplegado sus efectos o potencialmente pueda hacerlo, resulta manifiesto que los mismos no pueden ser materia de expreso cuestionamiento constitucional por quienes se encontraban o se hallen en la esfera subjetiva de su aplicación generándoles gravamen. Se configura a su respecto un *caso contencioso* o *causa judicial* concreto y no una cuestión abstracta, que, como tal, una vez propuesto, debe ser tratado y decidido por los jueces competentes (...). Sobre esto puede observarse que: a) El juez Casas excluye del control abstracto a quienes ‘se hallen en la esfera subjetiva de la norma cuestionada’. Lo que importa acortar extremadamente la legitimación para desplegar la ADI pues una persona puede estar alcanzada de muchas maneras por los efectos de una norma y sin embargo, igualmente estaría autorizada para proponer una ADI, según la inteligencia de este voto. Lo importante sería que quien interpone la acción no despliegue ‘su caso’; b) el juez Casas asume que no es posible resolver, a través de la ADI, casos contenciosos o judiciales. Esta posición –sin embargo- se va a contradecir, cuando el mismo juez, al integrar el voto de mayoría en *Defensora del Pueblo c/ GCBA* (16/9/1999) afirme que “[h]asta tanto el legislador no reglamente los presupuestos procesales de esta acción resulta aplicable la más que centenaria exigencia

---

<sup>8</sup> En esta acción la empresa actora promovía la inconstitucionalidad de los arts. 48, 175 y 179 de la ordenanza fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, y de las intimaciones de pago que, en virtud de esa normativa, el Gobierno de la ciudad le había efectuado en razón de imputarle diferencias en el pago del ABL. La actora también pretendía que los pagos hechos se declararan definitivos y liberatorios. Como se observa, en esta etapa temprana, el Tribunal advirtió, aunque sin pormenorizar en esta interpretación que se trataba de un caso contencioso que excedía el marco de la ADI.



establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de que los tribunales deben limitar su intervención a las causas en que exista un interés jurídicamente reconocido para accionar (*Fallos*: 156:318; 242:353; 243:176; 245: 553; 256:104 y 110; 303:393; 304:1088; 306:1125; 307:2384; 308:1489; 310:2342; 311:2589; entre otros)". Por lo tanto, en este último fallo sí se requiere estar *alcanzado subjetivamente por la esfera de aplicación de la norma*, de lo contrario no se explica la posibilidad de que deba existir un *interés jurídicamente reconocido para accionar*. Tampoco puede dejar de señalarse que la jurisprudencia que cita el voto de mayoría se refiere a los tribunales federales cuya matriz de control de constitucionalidad es diferente y que, por otra parte, la 'naturaleza' de la ADI es un presupuesto para la reglamentación y no una consecuencia de ésta. Sin embargo, el Tribunal en posteriores resoluciones volverá a expresar que la ADI no contempla situaciones jurídicamente individualizadas y tiene carácter abstracto.

- d) En el caso "*Bill, Juan Carlos c/GCBA s/acción declarativa*" por sentencia del 16/7/1999 el Tribunal Superior, por voto de mayoría, estableció como doctrina la imposibilidad de controlar a través de la ADI normas nacionales locales<sup>9</sup>.
- e) En la misma línea que en fallo *Bill*, el Tribunal Superior, también por voto de mayoría, estableció como doctrina (*Artes Visuales S.R.L. c/GCBA, 4/10/1999*) que el control de constitucionalidad previsto por la vía de la ADI no comprendía normas dictadas por el ex Consejo Deliberante, restringiendo, por lo tanto, el alcance de la expresión "*autoridades de la Ciudad*" utilizada por el inc. 2º del art. 113, de la CCBA. Como veremos, esta doctrina resultó descalificada por la ley 402.
- f) Como causas importantes dentro de esta etapa, también debe hacerse mención de la primera sentencia estimatoria en una ADI. Me refiero al fallo, del 4/10/1999, en la causa "*Fiore, Savino E. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad*"; allí el Tribunal declaró inconstitucional una resolución de alcance general dictada por la Secretaría de Gobierno y Obras Públicas. Igualmente, es oportuno evocar la sentencia pronunciada en el caso "*Doy, Miguel c/GCBA s/acción declarativa*"<sup>10</sup> por el cual el

<sup>9</sup> Recuérdese que hasta la reforma de 1994 de la Constitución Federal el Congreso de la Nación dictaba leyes de carácter local para la ciudad de Buenos Aires.

<sup>10</sup> El actor solicitó la declaración de nulidad e inconstitucionalidad del decreto n° 3135/98 dictado el 23/12/98, mediante el cual se aprobó el Proyecto de Reordenamiento Contractual de la Concesión de la Autopista 9 de Julio AV 1 "Arturo Umberto Illia", Tramo Norte, y del contrato que como consecuencia suscribió el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con la empresa Concesionaria Vial Metropolitana S.A. de fecha 8/1/99. La jueza Ruiz, por la mayoría, expresó que "[c]omo la regulación del peaje está relacionada con otras materias en el entramado de una regulación más amplia, la valoración de la constitucionalidad de la primera trasciende el objeto de una acción declarativa (art. 113, inc. 2º, CCBA y art. 17 y cc, ley 402) ya que pondría en crisis, en todo o en parte, otros aspectos del llamado Reordenamiento Contractual que no pueden ser considerados en este expediente, porque no son normas generales.

Aún cuando se pretendiera limitar la declaración de inconstitucionalidad a una sola norma (peaje), la sentencia resignificaría todo el Reordenamiento Contractual, porque cada una de las obligaciones y de los derechos allí reconocidos resultarían modificados por la vinculación e

Tribunal interpretó los alcances de una norma de carácter general, disponiéndose una interpretación restringida, ya que se fijó como doctrina *que los supuestos del art. 113, inc. 2º, CCBA, es conditio sine qua non para la admisibilidad formal que la impugnación esté dirigida contra una norma general y local, pero no habilita una eventual declaración de inconstitucionalidad “en abstracto” cuando los efectos de la decisión judicial se proyectan más allá del campo de aplicación razonable de la norma cuestionada, situación que inevitablemente —como ya quedara demostrado— se produciría en este proceso.* (voto de la jueza Ruiz, por la mayoría).

### *Segunda etapa:*

La sanción de la ley 402<sup>11</sup> (8/6/2000) dirimió, con el propio peso de su texto, muchas dudas y modificó la doctrina establecida por algunos fallos de Tribunal Superior, aunque ha dejado, todavía pendientes, varios interrogantes.

Dentro del acotado espacio de este trabajo, merecen destacarse como decisiones interesantes en materia de ADI desde la vigencia de la ley 402, las siguientes:

- a) La sentencia manipulativa (según la clasificación de la doctrina europea) dictada en el 12/12/2000 en la causa *Defensora del Pueblo c/GCBA s/acción declarativa*. Recordemos que ya en 1999 el Tribunal había desestimado la legitimación de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Bs.As. para interponer acciones por la vía del inc. 2º, art. 113, CCBA. Sin embargo, luego, la ley 402 en su art. 18 estableció: *Se encuentran legitimados para interponer la acción declarativa de inconstitucionalidad: 1) Las personas físicas; 2) Las personas jurídicas; 3) La Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 4) Los/las titulares de cada uno de tres organismos que componen el Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.* La Defensoría del Pueblo de la ciudad interpuso acción de inconstitucionalidad contra lo dispuesto en los arts. 197 y 199 del Código Fiscal de la ciudad. El Tribunal, a través

---

interdependencia que existe entre ellos. Los efectos de una sentencia de ese tipo irían aún más lejos, afectando disposiciones incluidas, por ejemplo, en el Convenio de Renegociación de 1993. Las remisiones que se encuentran en los contratos, convenios y reordenamientos aprobados desde 1981 impiden determinar, por ejemplo, cuál es el subsistema normativo en el cual se incluye el Anexo XI Cuadro Tarifario, en buena medida porque no está demostrado en esta causa cuáles son las cláusulas o disposiciones referidas al peaje —en los contratos y renegociaciones previas a 1998— que están vigentes y cuáles fueron derogadas.

Si el Tribunal entiende que el Anexo XI Cuadro Tarifario es violatorio de la CCBA o de la CN y deroga el decreto 3135/98, excede la cuestión sometida a control abstracto de constitucionalidad y deja en una situación jurídicamente indeterminada todos las restantes cláusulas del Reordenamiento que habían sido aprobadas. Si el Tribunal opta, en cambio, por derogar el Anexo XI Cuadro Tarifario, paradójicamente deja subsistente la norma impugnada (el decreto) pero, aún así no evita la alteración pretoriana del Reordenamiento Contractual, acerca del cual no debía expedirse. Es esta paradoja —insisto— la que revela que la acción del art. 113, inc. 2º, CCBA no es la vía idónea para resolver la cuestión planteada por la actora”.

<sup>11</sup> Publicada en el BOCBA n° 985 del 17/7/00.

de una sentencia interlocutoria, se propuso resolver la cuestión acerca de si la Defensoría del Pueblo tenía legitimación procesal para interponer por vía de la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2ª de la CCBA, una pretensión de invalidez contra una ley local, a partir de la ley 402. El voto de mayoría contestó negativamente. El fallo exhibe con contundencia el rol de los tribunales constitucionales y el carácter altamente ficcional de la división entre poder constituyente y constituido pues el tribunal sin declarar inconstitucional el inc. 2, art. 18 de la ley 402<sup>12</sup> le asigna una interpretación excluyente de otros sentidos. Sin embargo, la saga sobre la legitimación de la Defensoría del Pueblo en materia de ADI no termina allí. La legislatura sancionó el 22/11/01 la ley 707 por la cual se modifica el inciso h), del art. 13, de la Ley N° 3 (el que queda redactado del siguiente modo: “promover acciones administrativas y judiciales en todos los fueros, inclusive el Federal. Tiene legitimación para interponer la acción prevista por el art. 113, inc. 2), de la Constitución de la Ciudad y sus normas reglamentarias, contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, anteriores o posteriores a la sanción de la Constitución de la Ciudad, para determinar si son contrarias a la misma o a la Constitución Nacional.” La ley 707 fue una respuesta de un poder constituido a otro de igual orden.

- b) El 19/4/2001 el Tribunal Superior dicta una sentencia interlocutoria en la causa “*Arguello, Jorge c/GCBA s/acción declarativa*” en la que el juez Muñoz, por la mayoría, afirma que la ADI, de conformidad con la regulación que le imprime la ley 402 es una acción popular. El dato no es menor, pues este criterio viene a coincidir con la tesis de los jueces del Tribunal Superior que, en fallos anteriores y por la minoría, habían sostenido el mismo carácter abierto y popular de la acción (juez Maier). Sin embargo, creo que el error hermenéutico del juez Muñoz estuvo en definir el carácter de acción popular de la ADI a partir y como consecuencia de la reglamentación infraconstitucional. En todo caso serían las normas constitucionales las que fundan y explican o justifican una reglamentación y no a la inversa. La reglamentación no vuelve *popular* a la acción, pues ese carácter está en el texto constitucional que el legislador sólo regula.
- c) En el fallo *Alegre Pavimentos S.A. c/GCBA s/acción declarativa* (15/5/2001) hay una interesante distinción de la interacción de los controles de constitucionalidad locales. En dicho pronunciamiento, el juez Casas señaló que “[n]ada impide que una misma persona impugne, de forma abstracta, una norma general en los términos de la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal y, a la vez, controvierta —por la vía administrativa o judicial que en cada caso corresponda— un acto de aplicación de aquella norma general. En

---

<sup>12</sup> Lo que habría creado la paradoja de declarar inconstitucional una norma general de manera oficiosa. De manera tal que hubiera sido una declaración incidental ajena al trámite del reenvío previsto en el CCBA y en la propia ley 402. ¿Pero qué efectos hubiera tenido una declaración tal? A mi modo de ver, siendo el Tribunal Superior el exclusivo y excluyente tribunal para la ADI, la decisión hubiera tenido efectos *erga omnes*.

*tales circunstancias tramitarán, de manera simultánea, dos procesos diferentes, con efectos también diferentes. Contrariamente a lo sostenido por el Gobierno de la Ciudad, el mantenimiento del carácter abstracto de la acción declarativa de inconstitucionalidad exige que los planteos de carácter particular se efectúen por otras vías que, con tal fin, son previstas por el orden jurídico-procesal de la Ciudad. Lejos de haber una incompatibilidad, se verifica la coexistencia de diferentes vías procesales que, interpretadas de manera sistemática, impiden su confusión”.*

- d) En ‘Salgado Graciela c/GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad’ se declara la inconstitucionalidad de los arts. 41 inc. e) y 81 de la ordenanza n<sup>a</sup> 40.593 (Estatuto del Docente Municipal) pues impedían a las personas mayores de treinta y cinco años de edad inscribirse en los concursos para ingresar a la carrera docente en áreas de educación inicial. Los votos de los jueces Maier y Ruiz, cada uno por sus fundamentos y con distintos matices, utilizaron la doctrina de las clasificaciones sospechosas y el test del estricto escrutinio constitucional para el examen de validez de las normas cuestionadas..

Pero el caso ‘Salgado’ también dividió aguas en el Tribunal Superior al suscitarse el interrogante de si una decisión que declara a una ordenanza o una porción del texto de ésta inválido, debe cumplir con el reenvío a la Legislatura previsto en el inc. 2º, art. 113 de la CCBA. La posición mayoritaria –por la afirmativa- fue defendida por el juez Muñoz en estos términos: “*Con anterioridad al dictado de la ley n° 402, el Tribunal debatió la posibilidad o imposibilidad de considerar la inconstitucionalidad de las Ordenanzas por medio de la acción de inconstitucionalidad. La mayoría (que integré) sostuvo: a) que por “autoridades de la Ciudad” la Constitución hacía referencia sólo a aquellas estatuidas por la propia Constitución —Jefe de Gobierno, Legislatura, Consejo de la Magistratura, etc.—, y no abarcaba a las que gobernaron la ex Municipalidad —Congreso de la Nación en su intervención como legislatura local, Intendente, Concejo Deliberante—; b) que el mecanismo de ratificación por el Poder Legislativo de la norma declarada inconstitucional no era posible de ser aplicado a las ordenanzas —normas materialmente legislativas emanadas de un órgano con esa competencia— por haber desaparecido el órgano de creación.*

*Considero que el mecanismo de comunicación y eventual ratificación por la Legislatura de las normas que resultan de su competencia resulta la “clave de bóveda” en la arquitectura institucional que equilibra los poderes locales. Por ello, sólo admitía invalidar leyes (y no ordenanzas), para dar al Poder Legislativo la posibilidad de volver a considerarlas.*

*Ahora bien, el criterio que sostuvimos en esos fallos, que como dije fueron dictados con anterioridad a la sanción de la ley n° 402, no fue seguido por la Legislatura al dictar la ley de procedimientos ante el Tribunal. Expresamente la ley recogió la posición de los jueces que integraron la minoría del Tribunal. Así, el art. 17 dispone “La acción declarativa de inconstitucionalidad tiene por exclusivo objeto el análisis de la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, anteriores o posteriores a la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para determinar si son contrarias a esa constitución o a la Constitución Nacional”. El Poder Legislativo, en ejercicio de su competencia de reglamentar la Constitución*

consideró que el art. 113 no impide al Tribunal considerar normas no emanadas de los Poderes establecidos por la Constitución. Si esa limitación no existe para el Tribunal tampoco debe existir para la Legislatura que deberá intervenir en el reenvío que la Constitución prevé para el caso de las leyes, cuando las Ordenanzas cuestionadas sean normas materialmente legislativas.

En atención a que el Estatuto del Docente aprobado por la Ordenanza n° 40593 es, más allá de su nombre, una norma materialmente legislativa por haber emanado del órgano que en la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires cumplía la función legisferante, criterio que se ratifica en el hecho de haber sido modificada en varias ocasiones por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y en que la sustitución normativa sólo puede ser efectuada por ese poder (art. 80, numeral 2, incs. a y b); corresponde efectuar la notificación de la sentencia a la Legislatura, como lo establece el art. 24, ley n° 402, con la finalidad prevista en el art. 113, inc. 2, CCBA." La jueza Ruiz, contraria el reenvío, señala tal que "[l]a Ordenanza 40.593 (Estatuto Municipal del Docente) tuvo reformas parciales por ley. Sin embargo, es interesante advertir que, en tales ocasiones, la Legislatura preservó el carácter de Ordenanza del cuerpo normativo en forma expresa, más allá de hacer uso legítimo de la competencia que la CCBA le atribuyera en materia educativa (art. 80, inc. 2, b).

El articulado de cada una de las leyes modificatorias recoge esta actitud de los legisladores. Cito, apenas con carácter ejemplificativo que se lee en el art.1 de la ley 475 "Modificase el Aparatado V del art. 8 de la Ordenanza n° 40.593, que será reemplazado por el siguiente texto:...". En el art.1. de la ley 301 reitera "Modificase el Estatuto del Docente aprobado por Ordenanza n° 40.593, AD 230.000 y modificatorias en la forma que se determina en el Anexo I del presente."

Como he señalado en otros votos, el cambio político-jurídico-institucional que sobrevino con la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (CN, 129), con la sanción de la CCBA, con la consecuente y paulatina conformación de nuevos órganos y la desaparición de algunos de los existentes, provoca la vigencia y validez de normas generales cuyo origen es anterior y regulan materias que desde la instalación de la Legislatura sólo podrán prescribirse por ley local, paradigmáticamente las ordenanzas. El esquema constitucional de la Ciudad ante la magnitud de este problema ha establecido que aquellas normas preserven su validez y su vigencia, sin perjuicio de la atribución de competencias a los nuevos poderes del estado local y de la advertencia general consagrada en el art 140 CCBA.

En cuanto al tema que nos ocupa en este punto de la decisión considero que el Tribunal debiera actuar con la misma prudencia con la que lo ha hecho hasta aquí la Legislatura al reformar ordenanzas, es decir, respetando cuidadosamente el Título Tercero, Capítulo Tercero "Sanción de las Leyes" de la CCBA).

Todo el sistema de formación de las leyes se traduce en una actividad positiva y expresa de la Legislatura. El art. 86 de la CCBA exige el empleo de una fórmula especial para considerar con rango de ley a determinado producto normativo. Esa no es una fórmula poco significativa. Es el síntoma que descubre en el marco de la CCBA qué es ley entre muchas otras normas generales del ordenamiento, aún resultado de la actuación del legislativo. El constituyente impuso al legislador al momento de sancionar una ley que manifieste, en forma clara y precisa, que es consciente de que eso es lo que justamente está haciendo, cuando dice: "La Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sanciona con fuerza de ley..."

e) Un significativo fallo sobre la interpretación de la relación entre el sistema de control de constitucionalidad concentrado y objetivo local y el sistema de control de constitucionalidad difuso federal, está plasmado en “YPF S.A. c. GCBA s/ADI” el 27/02/02”. El recurso extraordinario federal contra la sentencia dictada en un proceso de ADI fue rechazado porque, entre otros argumentos,

1. *Los demandantes optaron por ejercer la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º de la CCBA y reglamentada en la ley 402. La elección de esa vía les impone atenerse a todas las consecuencias derivadas de la preferencia por el tipo de proceso escogido. Entre esas consecuencias, se encuentra la improponibilidad del recurso extraordinario federal contra la sentencia desestimatoria recaída en este proceso.*

*Tal como bien ha señalado en otra causa mi colega, el Dr. Casás, “el mantenimiento del carácter abstracto de la acción declarativa de inconstitucionalidad exige que los planteos de carácter particular se efectúen por otras vías que, con tal fin, son previstas por el orden jurídico-procesal de la Ciudad. Lejos de haber una incompatibilidad, se verifica la coexistencia de diferentes vías procesales que, interpretadas de manera sistemática, impiden su confusión” (ver su voto en “Alegre Pavimentos SACICAFI c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 366/00, resolución del 15/05/01). Desde esas acertadas premisas adelanto que el recurso interpuesto no puede prosperar.*

2. *La acción instaurada no propuso la resolución de un conflicto intersubjetivo jurídicamente relevante, sino un puro problema internormativo. Se solicitó el control de constitucionalidad objetivo previsto en el art. 113, inc. 2º de la CCBA y, por lo tanto, la falta de causa o caso que ello importa determina, en atención a lo normado en el art. 2 de la ley federal n° 27, que el recurso federal interpuesto resulta inadmisibile. Debe recordarse que en la jurisdicción federal no se admiten pronunciamientos abstractos acerca de la interpretación o de la validez de las leyes o actos de los otros poderes (Fallos 12:373; 156:318; 256:386) y que al planteo efectuado en este proceso le resulta aplicable lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Droguería Aries S.A. c. Provincia de Santa Fe y otros” (20/4/99). La doctrina, también, ya ha señalado que “La justicia nacional sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos; y no puede resolver cuestiones en abstracto, ni hacer declaraciones de esta naturaleza; ni decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley sino cuando se trata de su aplicación a casos contenciosos que ocurren” (González Calderón, Juan A. , Derecho Constitucional Argentino, t. III, 3ra. edición, Buenos Aires, 1931, p. 454).*

3. *La acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º de la CCBA no es, en sentido estricto una vía jurisdiccional contenciosa sino un mecanismo participativo para la formación y control del derecho local, interactúa con el control difuso de constitucionalidad que estuvo, está y estará expedito para el recurrente a través de las vías procesales correspondientes (vrg: demanda, amparo, acción declarativa del art. 277 del CCAyT, etc.) en la medida que el planteo se adecue y satisfaga las normas procedimentales correspondientes.*

*Entonces, no es posible recurrir a un sistema de control construido a partir de la hegemonía del derecho federal sobre el derecho local, en los supuestos del art. 113, inc. 2ª CCBA, dado que aquel sistema es admisible sólo cuando existen*

*partes adversas y se persigue en concreto la determinación de los derechos de éstas, situación que no se presenta en esta causa (voto jueza Ruiz).*

## 5. La reglamentación de la ADI.

La ley 402 reglamenta el procedimiento ante el Tribunal Superior de Justicia e introduce importantes precisiones en torno a la ADI.

Los aspectos generales que establece la ley son:

- Reglamenta la competencia originaria y apelada del Tribunal Superior de Justicia.
- Establece en el procedimiento ante el Tribunal Superior la aplicación supletoria de los códigos procesales locales.
- Todos los procesos cuentan con un *juez de trámite*.
- Los plazos se cuentan por días hábiles judiciales.
- Las notificaciones son de oficio. No existe notificación por ministerio de la ley.

En cuanto al procedimiento por vía de ADI, la ley dispone:

### a. Facultades de juez de trámite (art. 5).

Tiene facultades saneatorias y puede ordenar la subsanación de defectos formales, entendidos como aquellos que no están vinculados a la carga de fundamentación de la acción y calidad argumentativa de la acción, pues el tribunal no es coautor de la demanda ni realiza tareas de edición sobre el escenario internormativo en conflicto propuesto en la acción, ya que de otro modo el Tribunal estaría, en buena medida, 'apropiándose de la acción'.

### b. Admisibilidad.

Desde la radicación de la ADI o desde la subsanación de los defectos, el Tribunal tiene treinta días para expedirse sobre la admisibilidad. Si la acción es formalmente admitida, el juez de trámite da traslado por treinta días al Jefe de Gobierno de la Ciudad a fin de que comparezca y conteste demanda y, en su caso, ofrezca la prueba documental y ofrezca la prueba restante. Es importante destacar que si bien el Gobierno tiene la carga procesal comparecer y de contestar la acción, los alcances y consecuencias de esta conducta no guardan en absoluto semejanza con un proceso contencioso ordinario. ¿Qué consecuencias trae aparejado el incumplimiento de esa carga?

La incomparecencia del Gobierno –posible pero poco probable- no determina ningún tipo de rebeldía ni presuponen un incremento en las probabilidades de éxito de la pretensión de la parte actora derivadas de

esa contingencia procesal<sup>13</sup>. El objeto procesal de la ADI carece de la disponibilidad que si tiene en los procesos contenciosos. Los desistimientos del derecho, conciliaciones, allanamientos, transacciones sobre el objeto del proceso son inviables pues estos institutos no son commensurables con el fin y razón de la ADI.

Por ejemplo, el caso del desistimiento del derecho es inviable porque en la acción declarativa no hay ningún sujeto autoafirmando una posición de ventaja deóntica respecto de otro y que, en el curso del trámite procesal, desista de esa posición/preensión con las consecuencias jurídicas (cosa juzgada) de no poder ser luego ostentadas en ningún otro proceso. Ello se explica, porque lo único que hace el actor en la ADI es proponer la decisión de un conflicto internormativo extraño, en sí mismo, a cualquier persona concreta, aunque, por vía de hipótesis, pueda inferirse quien o quienes puedan resultar abarcados por esa clase de conflictos. Tampoco es imprescindible que el Gobierno adopte una actitud agonal o de controversia. El Gobierno también podría aceptar la hipótesis del actor. Sin embargo, tampoco esta posibilidad resulta dirimente. La concordancia entre actor y gobierno en que determinadas normas son inconstitucionales no altera el desarrollo del proceso, pues este es participativo y abierto a la comunidad. Igualmente, deberán escucharse las eventuales voces del Ministerio Público, los *amicus curiae*, del tribunal y, en su caso, la Legislatura.

Entre las facultades del Tribunal, está la posibilidad de citar a la Defensoría del Pueblo o, en el caso de tratarse de una norma general que no sea ley o decreto, de citar a la autoridad de la que emana la norma cuestionada.

Contestado el traslado por parte del Gobierno o vencido el plazo para hacerlo, toma intervención el Ministerio Público, a través del Fiscal General.

Es en el plano de la admisibilidad donde puede advertirse un incipiente cambio en la jurisprudencia del Tribunal. De una etapa, que podemos calificar de permisiva, poco a poco, se ha comenzado a poner un mayor énfasis en el control de los recaudos de admisibilidad. Recaudos que no se limitan a los clásicos aspectos extrínsecos de una demanda sino, también, a la precisión en la definición del objeto de la pretensión. Es decir, la admisibilidad comprende, en muchos aspectos, lo que comúnmente los autores denominan fundabilidad.

Esta posición restrictiva ha sostenida por la juez Ruiz al señalar que "la carga de claridad y alegación que se vincula con el principio dispositivo, el derecho de defensa y el principio de congruencia, está siempre en cabeza de quien deduce la acción" ( in re, "*Kismer de Olmos, Raquel c/ GCBA s/*

---

<sup>13</sup> Sin embargo, no resulta tan inimaginable –y de hecho sucede con más frecuencia de la deseada- que los fundamentos de la posición del Gobierno no estén a la altura de los temas que se proponen por vía de la acción declarativa.



*acción declarativa de inconstitucionalidad – amparo*”, res. interlocutoria del 18/10/02).

c. Legitimación y pretensión.

En armonía con los principios de democracia participativa (generación de espacio público y redefinición del concepto de ciudadanía), el art. 18 de la ley 402 no deja resquicio para dudar que estamos ante una acción popular. Todas las personas físicas y de existencia ideal pueden interponer la acción. En cuanto a los órganos de control, la Defensoría del Pueblo está expresamente habilitada (inc. 3º). También tienen específica mención los titulares de los tres organismos que componen el Ministerio Público de la Ciudad Autónoma.

La pretensión en una ADI es *ante* el Tribunal, pero del mismo modo, también ante toda la comunidad, el Gobierno y la Legislatura. ¿Pero contra o frente a quién se deduce la ADI? En realidad frente a nadie en particular, porque no se busca la declaración de una posición de ventaja o la condena de un sujeto específico. A punto tal que, como vengo sosteniendo, podemos asumir que todos los intervinientes posibles en una ADI podrían coincidir en la plausibilidad de la acción, es decir, actor, gobierno, ministerio público, *amicus curiae*, tribunal y legislatura podrían coincidir en que determinada norma es inconstitucional.

La ADI propone una hipótesis de conflicto entre un producto del poder constituido (normas generales infraconstitucionales) y un producto del poder constituyente federal o local (normas constitucionales), siendo simplemente anecdótico, pero irrelevante para establecer la legitimación del pretensor, responder al interrogante de en qué medida éste tiene interés legítimo o un derecho subjetivo vinculado al problema internormativo. Sin embargo, cuando la voluntad del pretensor se manifiesta en el sentido de modificar una concreta situación particular en un sentido preferido, se está ante un caso, y la acción –entonces- resulta inadmisibles<sup>14</sup>.

Aunque razones de espacio impiden extenderse sobre otros aspectos relativos a la legitimación, parece conveniente mencionar que uno de los temas más interesantes en este tópico se plantea respecto de la figura de los legisladores y su legitimación en materia de ADI. En este sentido, el eje del problema pasa por definir si no existe la posibilidad de una ‘apropiación’ del mecanismo participativo (ADI) por parte de los legisladores o bloques que no obteniendo las mayorías o consensos

---

<sup>14</sup> Podría argüirse que alguien que tenga ‘un caso’ le bastara maquillar la ADI omitiendo toda consideración sobre el particular. Es correcto. Pero esa persona deberá sortear un territorio de gran disputabilidad de su pretensión (jueces, fiscales, autoridad que emitió la norma, *amicus curiae*, legislatura, etc.) para triunfar. Tampoco es sencillo plantear una inconstitucionalidad de una norma despojada de toda consideración subjetiva. Además, la ADI no es un proceso urgente y no admite medidas cautelares. Estos factores contribuyen a enervar su utilización camuflando un caso. Pero si detrás hubiera un caso y las normas realmente son repugnantes a la Constitución ¿importa? De manera tal que es posible que esto suceda, incluso que suceda por lo que yo denomino ‘factor inverso’ (ver *Prospectiva*),.

necesarios en el ámbito de la Legislatura para lograr determina ley o determinado contenido en una ley, intentan luego obtener, por vía de ADI, lo que no pudieron alcanzar por vía del sistema democrático de formación y sanción de las leyes<sup>15</sup>.

e. Prueba.

Aunque la cuestión que se puede proponer en una ADI remite a un examen entre normas con el fin de verificar su compatibilidad, nada impide que para realizar ese test de constitucionalidad haya que verificar o corroborar determinados supuestos fácticos, vgr.: cumplimiento de los pasos procedimentales para que una ley pueda ser válida: quórum, mayorías, procedimiento de doble lectura, audiencias públicas, impacto ambiental, etc.

La prueba debe ofrecerse con la demanda y acompañarse toda la documental de que se intente valerse o individualizarse la que se encuentre en poder de terceros.

f. *Amicus Curiae*.

Los *amicus curiae* o asistentes oficiosos son personas, organizaciones, etc. presentan opiniones fundadas sobre el tema objeto de debate. No son partes, y en este sentido no cobran honorarios judiciales ni pueden recurrir<sup>16</sup> aunque si tienen la carga de constituir domicilio.

La presentación del *amicus curiae* no es objeto de traslado a las partes sino que se incorpora en el expediente y queda a disposición de quienes participen en la audiencia, es decir, de las partes, el Ministerio Público y demás citados (Defensor del Pueblo, autoridad de la que emana la norma cuestionada si no es ley o decreto, tercero u otros *amicus curiae* que fueran convocados a la audiencia). El plazo para que los *amicus* presente sus opiniones vence diez días antes de la audiencia y por ser un plazo procesal rige el plazo de gracia.

El Tribunal si lo considera pertinente, puede citar al *amicus* a fin de exponga su opinión en el acto de la audiencia y de forma previa a los alegatos de las partes.

g. Audiencia.

El art. 8 de la ley 402 dispone que las audiencias se desarrollan oralmente y en presencia del Tribunal en pleno. La norma materializa más que el derecho a ser escuchado ante los jueces de manera directa (principio de inmediación), el de participación política en un espacio público ordenado. La audiencia es uno de los formatos del espacio público. Por otro lado, la exigencia de que la audiencia se desarrolle en presencia del pleno del

<sup>15</sup> Estos temas fueron considerados en la sentencia del 21/11/2001 en "Arguello, Jorge Martín c. Gobierno de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad".

<sup>16</sup> En realidad las únicas resoluciones que pueden ser recurribles para las partes en materia de ADI son las resoluciones del juez de trámite y las providencias simples del Tribunal. La sentencia definitiva, no es recurrible pues no hay otro tribunal superior, no hay caso o controversia, ni asunto contencioso.

Tribunal guarda concordancia<sup>17</sup> con lo dispuesto en la ley 7 en su art. 22 prescribe que el Tribunal Superior de Justicia actúa en pleno en los asuntos en que tiene competencia originaria y ello incluye, obviamente, a todos los trámites de carácter sustantivos como son las audiencias ya que en ellas la actividad de los jueces es infungible e indelegable. La razón es que en la audiencia se genera el verdadero despliegue del espacio público donde se incorporan desarrollos argumentativos de los citados que pueden contribuir de manera sustantiva a la interpretación del tema objeto de debate. Sin embargo, la presencia de los miembros del Tribunal se justifica pues la verdadera riqueza de la audiencia no está sólo en los alegatos que las partes puedan hacer, sino en la posibilidad de las interrogaciones que el Tribunal puede formular a los citados, generando, a partir de preguntas, solicitudes de aclaración o profundización de los tópicos en cuestión una apertura discursiva más interesante y creativa que la mera regurgitación de lo expuesto en las presentaciones escritas.

La audiencia se convoca dentro de los cuarenta días de agregado el dictamen del Ministerio Público o de vencido el plazo para hacerlo. El plazo puede ser ampliado por veinte días. La convocatoria a la audiencia –lo impone el carácter participativo de la acción- es publicada en el boletín oficial y en dos diarios de gran circulación. El carácter participativo y principios vinculados al sistema republicano imponen el libre acceso a la audiencia, dándose prioridad, en caso de problemas de espacio, a los medios de comunicación.

#### h. Sentencia.

Si la sentencia es estimatoria la norma cuestionada pierde vigencia con la publicación de la sentencia en el B.O. Sin embargo, si se trata de una **ley** se notifica la sentencia a la Legislatura. Si no la ratifica la ley pierde vigencia desde la publicación en el B.O. *¿Cuándo se publica, antes o después del reenvío?*

La sentencia, para precisar una terminología que utilicé con cierta ligereza en el artículo aludido en la nota 1, debe decirse que la sentencia estimatoria no deroga la norma sino que la invalida<sup>18</sup>. El efecto de tal invalidación está sujeto, en el caso de las leyes, a lo que decida o realice la Legislatura.

#### i. Costas.

La ley 402 establece que las costas siempre serán en el orden causado (art. 25. Asimismo, la ley 402, en concordancia con la ley 327 de tasas judiciales, dispone la exención de ese tributo para el proceso previsto en el art. 113 inc. 2, de la CCBA.

<sup>17</sup> El art. 8 de la ley 402, aunque puede parecer, a tenor de lo expresado por el art. 22 de la ley 7, como redundante, no lo es. El art. 8 de la ley 402 es una norma general aplicable para todo tipo de proceso ante el Tribunal en que se convoque a una audiencia.

<sup>18</sup> La derogación es un acto legislativo, la invalidez un acto jurisdiccional o judicial; una norma es inconstitucional y, por lo tanto inválida; una norma que se deroga no necesariamente es inválida; derogar es aplicar el principio 'lex posterior'; invalidar es aplicar la jerarquía normativa, es decir, el principio de 'lex superior'. La derogación puede ser tácita o por costumbre, la invalidez requiere una declaración expresa.

j. Plazo para dictar sentencia.

La ley 402, omitió fijar el plazo para dictar sentencia en materia de ADI. El Tribunal, por jurisprudencia uniforme y aplicando analógicamente el plazo fijado para resolver el recurso de inconstitucionalidad, establece que el plazo para sentenciar es de ochenta (80) días hábiles.

k. Precedente desestimatorio vinculante.

El art. 20 de la ley 402 dispone que *'si el Tribunal Superior rechaza la demanda podrá en el futuro declarar la inadmisibilidad de una nueva acción declarativa de inconstitucionalidad, que se plantee respecto de la misma norma e invocando la lesión de idénticos principios, derechos o garantías constitucionales a los debatidos en la demanda previamente rechazada; todo ello sin perjuicio del control difuso que pueda ejercerse sobre la norma'* Esta norma debe ser aplicada con extremo cuidado y sólo para cuando el tribunal se haya pronunciado sobre el fondo del asunto traído. Si el tribunal aplicara la norma sobre aquellos asuntos que fueron rechazados solo por cuestiones de admisibilidad, se crearía el riesgo de desnaturalizar la acción o darle un gran poder a aquéllos que no desean que este proceso se desarrolle, pues bastaría interponer una cuestión mal planteada intencionalmente, para obtener el rechazo de la acción y obliterar -si no se comprende bien el mecanismo del Art. 20 de la ley 402- nuevos planteos correctamente formulados sobre el mismo tema.

l. Vínculos con el control federal de constitucionalidad

La ausencia del carácter jurisdiccional-contencioso de la ADI se revela con claridad pues el único y exclusivo objeto de la pretensión es la declaración de invalidez de una norma general. No hay ningún bien de la vida que asegurar sobre ningún sujeto individual o colectivo. El sistema prevé que frente a una sentencia estimatoria (declaración de invalidez) sea el propio autor o titular del poder constituido del que emane la norma el que decida – en el tramo final de la ADI (reenvío)- la suerte de la ley invalidada. En un sistema jurisdiccional contencioso esto no es posible porque importaría la violación de la división de poderes. Pero ¿por qué no se viola la división de poderes en el caso de la ADI? Porque subsiste plenamente el control difuso. La ratificación de la ley por parte de la legislatura no impide el pleno control constitucional, por vía contenciosa, del material legislativo ratificado. Esto demuestra que la ADI no es un proceso adversarial, sino un mecanismo para generar un espacio público, un lugar para que la comunidad empareje las rebarbas y distancias que el sistema representativo crea por su propia lógica. El proceso que instrumenta la ADI es más una petición de iniciativa legislativa, cuyo objeto inmediato es una declaración de invalidez y cuyo objeto mediato es una modificación legislativa.

## PROSPECTIVA

Sólo podemos especular acerca de los obstáculos y escollos con los que se enfrentará deberá superar la ADI. Muchos son los precipicios que hay en el

camino de desarrollo de esta acción. Veamos algunos de los factores que pueden afectar el carácter participativo de la ADI.

El *factor corporativo I*. La ADI desplaza el protagonismo de los jueces en el control de constitucionalidad, ya que el tribunal superior es una bisagra para articular un diálogo entre la gente y los legisladores. Asimismo, en materia de control concentrado de constitucionalidad sobre leyes, el Tribunal –debido al reenvío- no tiene la última palabra. Esta situación puede ser vista como una pérdida de poder por parte de sectores del Poder Judicial y como un mal ejemplo para lo que desde la sociología jurídica se puede entender como ‘*corporación judicial*’ que perdería hegemonía en la construcción de significantes socialmente relevantes.

El *factor corporativo II*. (político). La clase política es desplazada por la ciudadanía que encuentra a través de la ADI un espacio real, no virtual, un espacio continuo, no agendado, una forma de tomar la palabra y no de ‘ser hablados’. La acción declarativa es claramente interpelativa de la Legislatura pues pone sobre ésta la carga de pronunciarse y tomar posición frente a una sentencia estimatoria construida en un proceso participativo. Estas circunstancias podrían resultar difíciles de digerir para ciertos sectores de la política en los que el pacto, el intercambio de favores y la asunción de posiciones de espalda de la gente o el clientelismo parece ser la única forma de ‘hacer’ la política.

El *factor inverso*. Este factor, inevitable en alguna medida por ser inherente a las reglas del juego democrático, es la apropiación por los sectores del poder económico, financiero, lobistas profesionales, etc. de la utilización de la ADI para obtener decisiones a favor de esos sectores. Dicho de otro modo, la acción declarativa admite tanto que sea planteada por *Amnesty Internacional* como por la *Asociación del Rifle*. Esas son las reglas del juego. Sin embargo, el proceso cuenta con las propias normas de autorregulación, la existencia de publicidad, participación, la intervención de jueces independientes y técnicos, y –en el caso de leyes- la intervención de la Legislatura en caso de sentencia estimatoria, todos elementos de atemperación del factor inverso. De cualquier manera, la ADI funcionará en la dirección que la sociedad elija que debe funcionar.

El *factor educativo*. Poco o nada se ha hecho para difundir esta herramienta participativa. Ni en el ámbito universitario (contadas algunas excepciones) ni a nivel barrial o de centro de gestión. Si como sostenía Dewey, la educación es el laboratorio de la democracia, por ahora nuestro laboratorio poco ha ensayado sobre la ADI.

El *factor federal*. La ADI es una forma de debatir el derecho local. Es un mecanismo de producción de derecho local y de construcción del sentido de ese derecho. La ADI fuerza a cualquier norma local a inclinarse ante la Constitución y rendirle pleitesía y, del mismo modo, es una suerte de ceremonia pública en donde la vocación de jerarquía de la Constitución se construye y ratifica. También la ADI auspicia que se escuche a quien sea sobre un tema constitucional. Pero esta forma de construir y debatir sobre el derecho

local, es –aunque suene tautológico- *local, es decir, autónoma*. Es para la Ciudad y en la Ciudad. Es lo propio de la Ciudad. Porque lo propio de la Ciudad es su autonomía. La Ciudad es Autónoma por decisión del poder constituyente federal. La Ciudad ha optado, en ejercicio de su autonomía, darse una forma, una vía, un escenario, un sistema de producir derecho, de construir sentidos deónticos de manera abierta. La ADI es un proceso semiótico donde participa la gente no sólo los técnicos. De manera tal que cualquier inserción del control federal sobre la ADI, pongamos por caso, a través del recurso extraordinario federal, es una clara intromisión no sobre una decisión judicial local sino sobre un proceso para construir derecho local y, por carácter reflexivo, es una forma de infringir el art. 129 de la CN, es decir, la autonomía consagrada y garantizada por la Ley Fundamental.