

UNA VISIÓN CRÍTICA DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD (ADI) Y LA CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO ESQUEMA CONCEPTUAL REFERENCIAL Y OPERATIVO (ECRO) PARA PROFUNDIZARLA

Ariel R. CAPLAN

SUMARIO: 1. Aclaración preliminar.- 2. La fuerza de su génesis.- 3. La deconstrucción y reconstrucción del art. 113 inc. 2 de la CCABA y de algunas previsiones básicas de la ley 402. 3.1. ¿Dónde está y qué es la ADI? 3.2. Competencia-atribución: originaria y exclusiva y su relación con la competencia originaria de la CSJN y ¿la (im)procedencia? del Recurso Extraordinario. 3.3. El objeto de la ADI. 3.3.1. ¿Qué es una norma de carácter general? 3.3.1.1. Las sentencias colectivas. 3.3.1.2. Los fallos plenarios. 3.3.1.3. Las normas generales previas a la CCABA. 3.3.1.4. Las normas generales ocultas, es decir las omisiones. 3.3.2. Autoridades de la Ciudad. 3.4. ¿Alguno o todos? los efectos de la ADI. 3.5. ¿Cuándo se produce la derogación? 3.6. El mecanismo del reenvío. 3.6.1. ¿Qué es el reenvío? 3.6.2. Tipo de norma sujeta al reenvío. 3.6.3. El plazo para la ratificación. 3.6.4. La mayoría para la ratificación. 3.6.5. Los efectos de la ratificación de la Legislatura y la difícil cuestión del caso concreto. 3.6.5.1. ¿Cuáles son los efectos que no se alteran? 3.6.5.2. ¿Cuál es el caso concreto al que se refiere la norma en el procedimiento declarativo mediante un control abstracto de (in)constitucionalidad de una norma general? ¿Cómo incide el caso concreto mencionado en la CCABA en la relación del control difuso con el concentrado de (in)constitucionalidad?- 4. Algunas consideraciones sobre la ley 402. 4.1. La aplicación supletoria del CCAyT y los defectos formales. 4.2. Sobre las normas procesales específicas para la ADI (arts. 17 a 26). 4.2.1. Legitimación. 4.2.2. El régimen de costas. 4.2.3. Las medidas cautelares.- 5. La construcción de un nuevo esquema conceptual referencial y operativo.

1. Aclaración preliminar

Intentaremos hacer un análisis de la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad (ADI) de la CABA mediante la deconstrucción

del bloque conceptual edificado a partir del texto constitucional local ¿enriquecido? ¿empequeñecido? ¿potenciado? ¿encausado? ¿limitado? con la reglamentación legislativa y la jurisprudencia del TSJ y de la C.S.J.N.

Recurrimos a la deconstrucción porque entendemos con DERRIDA que "...el derecho es esencialmente deconstruible, ya sea porque está fundado, construido sobre capas textuales interpretables y transformables (esto es la historia del derecho, la posible y necesaria transformación, o en ocasiones la mejora del derecho), ya sea porque su último fundamento por definición no está fundado. Que el derecho sea deconstruible no es una desgracia. Podemos ver ahí la oportunidad política de todo progreso histórico..."¹.

Queremos ensayar un método crítico que no resulte forzosamente tributario del *statu quo*. Por eso no tomaremos ni al texto constitucional local, ni a la ley reglamentaria², ni a la doctrina judicial imperante como si fueran Verdades Reveladas y trataremos de tamizarlos a la luz de la finalidad prevista para la ADI en un Estado que organizó a sus *instituciones autónomas* como una *democracia participativa*³.

La deconstrucción del texto constitucional local, su reglamentación legislativa y la Doctrina de los Tribunales Cimeros de la Ciudad y de la Nación nos acercará a un análisis sin supuestos que no sería posible si nos limitáramos a la importante aunque insuficiente tarea de exhibir o recrear un sistema lógico endogámico que sólo se nutra de sus propios productos y desperdicios. Un trabajo de ese último tenor obturaría el libre pensamiento e impediría el aporte de nuevas ideas en cuya búsqueda estamos empeñados.

No se trata de un sistema novedoso sino de transitar un camino ya seguido en "...los desarrollos de los Critical Legal Studies o de trabajos como los de Stanley Fish, Barbara Herrstein-Smith, Drucilla Cornell, Samuel Weber y otros, que se sitúan en la articulación entre literatura, filosofía, derecho y los problemas político-institucionales, se encuentran hoy, desde el punto de vista de cierta deconstrucción, entre los más fecundos y los más necesarios. [...]

1 Madrid, 1ª impresión 1997 reimpresa en 2002, Tecnos, 2002. Jaques DERRIDA, *Fuerza de Ley*, p. 35.

2 Ley 402, B.O. 985, tratada y aprobada sobre tablas en la 13ª Sesión Ordinaria del 8 de junio de 2000 de la Legislatura de la CABA.

3 Conf. art. 1 CCABA.

responden a los programas más radicales de una deconstrucción que querría, para ser consecuente con ella misma, no quedarse enclaustrada en discursos puramente especulativos, teóricos y académicos sino, contrariamente a lo que sugiere Stanley Fish, tener consecuencias, cambiar las cosas, intervenir de manera eficiente y responsable (aunque siempre mediatizada evidentemente), no sólo en la profesión sino en lo que llamamos la ciudad, la polis, y más generalmente el mundo. No cambiarlos en el sentido sin duda un poco ingenuo de realizar una intervención calculada, deliberada y estratégicamente controlada, sino en el sentido de la intensificación máxima de una transformación en curso...”⁴. Y quisiéramos, con este trabajo, contribuir a la evolución de la práctica jurídico-política de nuestra *Atenas*⁵ mediante la interposición y trámite de las Acciones Declarativas de Inconstitucionalidad (ADI).

No esperaremos a la lenta transformación de la legislación o de la jurisprudencia empujada por los hechos para poner en funcionamiento nuestra imaginación. Analizaremos nuevos escenarios y situaciones que nos podrían llevar a una multiplicidad de conclusiones diferentes e incluso contrarias a las ya arribadas. Finalmente nos esforzaremos para construir, a partir de tales conclusiones, un Esquema Conceptual Referencial Operativo (ECRO)⁶ propio de la ADI que resulte funcional a la finalidad para la que fue creado. Lo haremos en la convicción de que la ADI es (será) lo que hacemos de (con) ella y de que queda mucho por hacer. Pensamos que la práctica concreta de la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad no se desarrolla con los alcances y las posibilidades que brinda el texto constitucional, lo que va en desmedro tanto de la Constitución Nacional como de la de la CABA, posibilitando la subsistencia de normas de alcance general que vulneran a alguna de ellas o a ambas a la vez.

4 DERRIDA, Jacques, ob. cit., págs. 22/3.

5 Así llamó a la CABA el Dr. GORDILLO al compararla no sin cierta ironía con su vecina *Esparta*, es decir la Provincia de Buenos Aires, en sus palabras en la clausura de las Jornadas sobre Acción de Amparo en la CABA desarrolladas por la Legislatura y la ADACABA, pronunciadas en la Legislatura el 28/6/06.

6 Debemos a Enrique PICHON RIVIERE el desarrollo de esta denominación para un sistema de ideas y conceptos articulados entre sí que resultan idóneos para operar sobre la realidad modificándose con el resultado de cada operación. Si bien el objeto del ECRO de PICHON era el de la Psicología Social la misma idea podría ser aplicable a otras ciencias sociales (si es que existe tal cosa), como la jurídica.

En este trabajo intentaremos desentrañar algunas de las razones que contribuyan a explicar semejante fenómeno.

2. La fuerza de su génesis

La redacción del art. 113 inc. 2 de la CCABA que contempla la ADI en la CCABA fue producto del consenso unánime en la Comisión de Justicia y Seguridad de la Convención Constituyente entre los cuatro bloques que la integraban, posibilitando su ulterior aprobación unánime ⁷.

Nos referimos a la voluntad común conformada por: (i) un partido que ahora está fuera del mapa político local (Nueva Dirigencia ⁸), (ii) un frente deshecho en la actualidad (Frepaso ⁹) que obtuvo la mayor cantidad de constituyentes, constituyó la primera minoría ¹⁰, designó a la presidenta de la Convención ¹¹ y colocó al frente de la estratégica Comisión de Redacción a su luminaria jurídica quien ahora *sólo habla a través de sus sentencias* ¹², (iii) otro partido que si bien era el oficialismo de la CABA constituía la segunda minoría ¹³ en la Convención (U.C.R.) ¹⁴,

7 Los seis capítulos del Título V de la CCABA referidos al Poder Judicial fueron aprobados unánimemente al ser considerados en general. Al tratarse el art. 113 en particular se votó inciso por inciso “...*justamente para dejar constancia...*” de que los cinco primeros fueron aprobados por unanimidad tal como lo señaló la presidencia de la Convención, en ese momento ejercida por Inés Pérez Suárez, cosa que no ocurrió con otros incisos del mismo artículo.

8 Con cinco de 60 constituyentes.

9 Constituido en 1994 por el Frente Grande, el partido PAIS (Política Abierta para la Integridad Social), la Unidad Socialista (integrada por los partidos Socialista Popular y Socialista Democrático, hoy fusionadas en el “Partido Socialista”), y el Partido Demócrata Cristiano.

10 Obtuvo 25 de 60 constituyentes.

11 Nos referimos a Graciela FERNÁNDEZ MELJIDE.

12 Nos referimos al Dr. Eugenio R. ZAFFARONI, actual integrante de la CSJN, quien presidió la Comisión de Redacción y tuvo una destacada actuación en la Constituyente de la CABA, además de ser el mentor y uno de los coautores de uno de los Proyectos de ley Reglamentaria de los Procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, Instancia de Constitucionalidad, y Conflicto de Poderes (junto a los legisladores Raúl PUY [P.S.D.] y Agustín ZBAR [U.C.R.], -Proyecto 199902691-) sobre cuya base se elaboró la ley 402 que a criterio nuestro constituye su versión empeorada.

13 Obtuvo 19 constituyentes de 60.

14 Entendemos que la circunstancia de que quienes gobernarán la CABA, con independencia de su color partidario, hayan sido una minoría en la cons-

y finalmente (iv) un P.J.¹⁵ enrolado en una línea diferente a la de su orientación actual. Este mosaico político produjo un debate similar al que creemos que se entablaría en la actualidad entre las distintas corrientes de la Ciudad que se siguen nutriendo con las mismas personas e ideas que sostuvieron a los sectores mencionados aunque mezclados en forma distinta.

Para decirlo con palabras de quien presidía dicha Comisión se arribó "...a un proyecto consensuado entre los cuatro bloques políticos [...] Cada uno de ellos dejó de lado sus lógicas divergencias en aras de que el proyecto tuviera la mayor legitimidad que le confiere el consenso alcanzado, sin que por ello ninguno de los bloques [...] haya debido abjurar de sus posiciones principistas"¹⁶.

El texto constitucional no fue el producto de una mayoría circunstancial sino del consenso general alcanzado teniendo en consideración "... el aporte de todas las organizaciones intermedias vinculadas con el quehacer forense y jurídico..."¹⁷.

Estas circunstancias resultan relevantes al momento de interpretar la cláusula constitucional en cuestión puesto que de la voluntad popular constituyente expresada por "...los representantes del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, reunidos en Convención Constituyente por imperio de la Constitución Nacional..."¹⁸ resultó una construcción común: "...ha sido obra de todos..."¹⁹ y por lo tanto no puede ser reglamentada ni interpretada volviendo a los criterios particulares dejados de lado en la solución consensuada que debe ser acatada sin remilgos.

Hacemos esta reflexión puesto que dada la casi contemporaneidad entre el debate de la constituyente y los fallos inaugurales del

tituyente influyó en la proliferación de mecanismos de participación y control (entre ellos la ADI) que generalmente son resistidos por quienes gobiernan más allá de las posiciones sostenidas desde el llano.

15 Obtuvo 11 de 60 constituyentes.

16 Del discurso del Convencional ENRÍQUEZ (U.C.R.), defendiendo el Dictamen unánime y consensuado de Comisión N°102.

17 Del discurso del Convencional Enríquez citado *supra* refiriéndose a la Asociación de Abogados de Buenos Aires, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y a representantes del Encuentro de Jueces de la Justicia Nacional por una Justicia Independiente.

18 Preámbulo CCABA.

19 El constituyente Enríquez en el discurso citado sostuvo de esa obra común: "Creo que éste es el hecho más rescatable y destacable".

TSJ -con todo lo que ello implica ²⁰- lo más probable es que el ánimo, experiencia y formación de sus integrantes estuvieran más ligados a las limitaciones propias del control constitucional difuso practicado en forma exclusiva que al texto inequívoco de la nueva norma constitucional que dispone, además del mencionado, un control centralizado (ADI) con algunas particularidades a las que nos referiremos más adelante.

Exploraremos si en la reglamentación y especialmente en la interpretación judicial del ADI predominó el apego a algunas de las doctrinas en pugna en la constituyente (en especial la que impulsaba limitar el control de constitucionalidad al difuso) por sobre el texto constitucional que sostiene una solución distinta. Si esta hipótesis se verificara expresada en forma de sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la CABA, *estaríamos frente a una inconstitucional institucionalización judicial de la resistencia al cambio que el art. 113 inc. 2 de la CCABA impone al establecer un sistema centralizado de contralor que convive y se complementa con el tradicional control difuso de constitucionalidad. Ello implicaría alterar la voluntad popular plasmada en el consenso al que llegaron los representantes del pueblo de la Ciudad Autónoma en su Convención Constituyente y fundante, lo que resultaría inaceptable en una república que se precie de tal.*

Para ahondar la cuestión resulta útil recordar las distintas posiciones sostenidas en la constituyente con anterioridad al consenso al que se arribó en la Comisión. Estas posiciones, a grandes rasgos fueron ²¹: (i) el Frepaso, en su mayoría, planteaba la creación de un Tribunal Constitucional que funcionara en forma paralela con el

20 Entre otras cosas que sus integrantes hubieran sido designados por un jefe de gobierno perteneciente al sector que en la constituyente se manifestó predominantemente opuesto al control concentrado de constitucionalidad entendiéndose que debería limitárselo al control difuso. Lo mismo cabe decir de la mayoría de la Legislatura que acordó tales designaciones.

21 Basamos la presente síntesis en los Anteproyectos generales de Constitución de la CABA de los Partidos Políticos de entonces, en la posición de distintos constituyentes expresadas en el debate, en especial las del constituyente Castells, en distintos proyectos; y en la síntesis realizada en la Legislatura en ocasión del debate de la ley 402 por el legislador DE GIOVANNI invocando su experiencia en la constituyente sin que fuera desmentido por ninguno de sus pares, muchos de ellos constituyentes (diez para ser precisos, a saber: Jorge D. ARGÜELLO, Delia B. BISUTTI, Liliana CHIERNAJOWSKY, Fernando A. FINVARB, Aní-

Superior Tribunal de Justicia de la CABA, (ii) la U.C.R. y el sector de Nueva Dirigencia eran mayoritariamente partidarios de limitarse al control difuso siguiendo el sistema de EE.UU. plasmado en nuestra Constitución Nacional y por lo tanto ligado a la práctica del Derecho en lo que fue la Capital Federal, (iii) mientras en el bloque justicialista, si bien las opiniones estaban divididas, había un proyecto del convencional CASTELLS que impulsaba soluciones mixtas, lo que resultó su color distintivo.

Finalmente se aprobó con el voto de todos los constituyentes presentes la solución descripta en el art. 113 inc. 2 de la CCABA que si bien se explica por sí misma va a ser objeto de una deconstrucción en el capítulo que sigue.

Cuando existen diferencias como las ya mencionadas sólo puede construirse el consenso unánime obtenido si todos reconocen una finalidad común lo suficientemente relevante como para aunar concepciones tan disímiles. Y ella fue la necesidad de derogar (de una manera acorde a una república representativa, democrática y participativa ²²) a esa patología del ordenamiento jurídico que son las normas generales inconstitucionales cuya mera existencia denuncia el abuso del poder del Estado que las engendró.

Todos los constituyentes vieron en las normas generales inconstitucionales un elemento que distorsiona el andamiaje jurídico y amenaza a la misma Constitución al punto de poder llegar a convertirla en la más grande de las *mentiras de Estado*. En nuestro sistema constitucional en el que "...toda ley del poder legislativo ordinario o poder constituido está subordinada a la Constitución emanada del poder constituyente extraordinario, y su validez está condicionada por su acatamiento a la letra y espíritu de la Constitución" ²³, la presencia en el ordenamiento jurídico de una norma general repugnante a la Constitución pone en crisis a todo el sistema.

Tal como lo señaló el Dr. BALBÍN en un fallo haciendo lugar a un ADI integrando el TSJ "...Ya en 1803, en el célebre caso *Marbury vs. Madison*, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que respecto de esta cuestión 'no hay términos medios, o la constitución

bal IBARRA, Eduardo JOZAMI, Alicia PIERINI, Raúl A. PUY, Enrique O. RODRÍGUEZ y Clorinda A. YELICIC) o asesores de dicha convención como el mismo DE GIOVANNI.

22 Conf. art. 1 CCABA.

23 SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de Derecho Constitucionala*, 1956, Buenos Aires, Kapelusz, p. 93.

es una ley superior, suprema y no modificable por medios ordinarios, o está al nivel de los actos legislativos ordinarios y, como dichos actos, puede ser alterada cuando la legislatura lo estime oportuno' (US Supreme Court, 1803, *Marbury v. Madison*, 5 US 137)"²⁴. En nuestro medio la Constitución es una norma suprema no modificable por una simple ley y la ADI con su efecto derogatorio tiene la finalidad de encargarse de que estas hermosas palabras se verifiquen en la realidad.

Cuando una norma inconstitucional mantiene su vigencia, es aplicada y acatada por la ciudadanía, resulta ser la Constitución la que se transforma en la *mentira de Estado*, como también lo es cada derecho y garantía consagrado constitucionalmente que no se verifica en la realidad y como lo son las leyes que no se aplican o cualquier otra omisión de realizar lo que la constitución manda a hacer. El mundo está lleno de *mentiras de Estado*²⁵, pero en este trabajo nos limitaremos a ocuparnos de aquellas que podrían enmendarse con un uso adecuado de la ADI y las que contribuyen a impedir que eso ocurra.

Los constituyentes fueron de conscientes que las normas generales contrarias a la constitución impuestas a la ciudadanía constituyen un foco infeccioso que hay que extirpar a la brevedad, para evitar que su eventual proliferación torne a la Constitución en letra muerta. Por esa razón, más allá de las diferencias existentes en cuanto a los medios a utilizar, primó la intención común de depurar al ordenamiento jurídico de esa enfermedad autoinmune que puede incubarse en las entrañas de cualquiera de los tres poderes del Estado. Por y para eso se creó un sistema de control de (in)constitucionalidad compuesto de dos subsistemas uno concentrado y otro difuso cuya interpretación e implementación resulta complementaria y debiera hacerse de la forma que resulte más adecuada a su finalidad: remover del ordenamiento jurídico a las normas inconstitucionales y sus consecuencias de la forma más eficaz posible.

En tal sentido en los discursos de la constituyente se sostuvo que "...Como bien señalaba Alexis de Tocqueville, el poder concedido a

24 En "Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/ADI" Expte. 2671/2003.

25 DERRIDA, p.ej., señala que el lema de "*Libertad, Igualdad, Fraternidad*" al ser oficial en Francia constituye una mentira de Estado (*La Razón del más Fuerte -¿Hay Estados canallas?*, capítulo 5 "*Libertad, Igualdad, Fraternidad* o cómo no poner lemas", Madrid, 2005, Trotta, pág. 82).

los tribunales para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes constituye una de las barreras más formidables jamás levantadas contra la tiranía”²⁶, que se establecía “...un control constitucional moderado o limitado por el reenvío”²⁷; “lo que queremos es una justicia democrática [...]Una institución no es democrática únicamente por provenir de la elección popular, ni todo lo que no proviene de ese origen es necesariamente aristocrático. Una institución es democrática cuando es funcional para el sistema democrático, es decir, cuando es necesaria para su continuidad, como sucede con el judicial”²⁸; se describió a la ADI como “...un camino construido con ingenio y con talento. De modo tal que el resto queda a cargo de los hombres, de aquellos hombres que designen a los jueces, de los que designen a quienes integrarán el Consejo de la Magistratura y de los propios jueces que tendrán que saber ajustar su función al sentido, al espíritu y al marco que aquí le hemos querido dar”²⁹. Según el Dr. ZAFFARONI se incorporó: “...al tribunal superior en el control de constitucionalidad erga omnes, pero como siguiendo las últimas tendencias no vemos la necesidad de suprimir el control difuso, proponemos un tribunal superior que ejerza los dos controles: la última instancia del control difuso y también originariamente el control centralizado”³⁰. Y la convencional GARRÉ señaló citando a TOCQUEVILLE que: “...La fuente de legitimidad de la jurisdicción es profundamente distinta de la del Poder Legislativo, que es la representación de la voluntad popular. En la jurisdicción, hay una esfera de cosas indecibles, los derechos fundamentales son límites a esa mayoría y son protegidos, incluso, contra esa mayoría. [...]Es indispensable para el ejercicio de su rol de contrapoder; contrapoder en el sentido de instrumentos de la tutela de los derechos fundamentales que generalmente se ejercen contra el poder. En estas sociedades desiguales, en estas sociedades injustas, el ejercicio del contrapoder es hoy más necesario que nunca...”³¹.

26 Discurso del Dr. Enríquez en la Convención Constituyente 9ª Sesión Ordinaria, pág. 1382.

27 Castells, Conv. citada, pág. 1389.

28 Castells, Conv. citada, pág. 1391. Última parte haciendo cita del doctor Zaffaroni.

29 Castells, Conv. citada, pág. 1392.

30 Conv. cit., pág. 1400.

31 Convención Constituyente, pág. 1409-1410.

Resulta clara la intención polifónica del constituyente traducida en el texto de la CCABA de que la regulación constitucional de la ADI pone en cabeza del TSJ la protección de los derechos fundamentales consagrados en la CCABA y en la CN de la agresión de normas generales inconstitucionales (generadas y/o aplicadas por el mismo Estado que integra dicho Tribunal) como consecuencia de una patología autoinmune del poder que afecta gravemente al Estado de Derecho.

La ADI, como el amparo ³², es una acción y una garantía de y para la Constitución.

El texto constitucional establece con toda claridad el objeto, tribunal competente, y efectos de la ADI. Ello es más que suficiente para ponerlo en práctica por lo que cualquier inclusión de requisitos negativos para su procedencia que no fueran los expresamente impuestos en la norma constitucional (art. 113 inc. 2), ya fueran introducidos por vía reglamentaria o pretoriana, importaría una restricción de una garantía constitucional que goza de plena operatividad. Recordemos que “los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos” ³³ y que la norma que prevé la ADI debe interpretarse en forma sistemática y en conjunto con el resto de las cláusulas constitucionales para que constituya una adecuada hermenéutica de la Ley Suprema (*Fallos*, 167:121; 181:343; 194:371, entre muchos otros).

Resulta predicable a la ADI lo que se ha sostenido en relación al amparo en la CABA en el sentido de que ni siquiera es aconsejable reiterar el texto constitucional en la reglamentación legislativa “...a efectos de que no subsistan dudas sobre la innecesariedad de su regulación legal y, a su vez, con la intención de desalentar o dificultar eventuales futuros intentos reformistas que pretendan consagrar nuevas cortapisas a la procedencia de la acción” ³⁴.

Por el momento sólo diremos que en el régimen público local se estableció un control centralizado de constitucionalidad sobre cualquier norma de carácter general, con efecto derogatorio de la norma cuestionada y declarativo de su inconstitucionalidad *erga omnes* que

32 También incluido en la CCABA (art.14).

33 Art.10 CCABA

34 “Tras el amparo porteño: el desafío de reglamentar sin restringir”, Ariel R. CAPLAN, Fernando LODEIRO MARTÍNEZ y Guillermo SCHEIBLER, LL 2006-D-1052.

convive con el control difuso y que cuando se tratara de una ley, la Legislatura podría insistir con su vigencia (en nada puede modificar la inconstitucionalidad ya declarada por el TSJ) con una mayoría ¿agravada? y que el tribunal competente sería el Tribunal Superior de Justicia de la CABA el que a su vez es la última autoridad local en materia de control difuso de constitucionalidad siendo la ADI una de sus atribuciones constitucionales.

En este trabajo tendremos presente como muy bien enseñaba SÁNCHEZ VIAMONTE que si bien todo Estado tiene su Derecho no todo Estado es un Estado de Derecho. En el Estado de Derecho, el Derecho es la razón del poder mientras que en el totalitario, absolutista o despótico el poder es la razón del Derecho.

La CABA está organizada como un Estado de Derecho, republicano, democrático, representativo y participativo de ahí que la vigencia de una norma inconstitucional afecte sus principios constitutivos máspreciados a los que se herirían de muerte si se tolerara que la decisión del Poder Legislativo ratificando la vigencia de una norma general inconstitucional restara todo efecto a la sentencia declarativa de inconstitucionalidad del TSJ o menoscabara el control difuso.

Recordemos que “Estado de derecho significa sociedad o comunidad de hombres libres, organizada jurídica y políticamente, en la cual el gobierno está subordinado a una voluntad normativa, emanada de la sociedad con carácter de voluntad constituyente. Para eso requiere la presencia de una Constitución escrita, es decir, de un orden jurídico integral y estable, impuesto con igual autoridad a gobernadores y a gobernados. Solamente en estas condiciones existe la institución de la libertad”³⁵.

3. La deconstrucción y reconstrucción del art. 113 inc. 2 de la CCABA y de algunas previsiones básicas de la ley 402

El artículo 113 inc. 2 (CCABA) está construido en base a capas textuales superpuestas que imponen una serie de interpretaciones sucesivas para después entender y reconstruir su unidad conceptual acorde a su contexto inmediato que es el resto del texto constitucio-

³⁵ *El problema contemporáneo de la libertad*, Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, Editorial Kapelusz & Cía., Buenos Aires, 1945, pág. 234.

nal cuya integración lógica y armónica constituirá la plomada con la que verificaremos la rectitud de la reconstrucción aquí intentada.

El art. 113 de la CCABA dispone que “Es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer” en una serie de cuestiones detalladas en seis distintos incisos. Nosotros nos detendremos en el segundo referido a la ADI y que textualmente dice:

“2. 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 3 meses de la sentencia declarativa por mayoría de los 2/3 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”.

3.1 ¿Dónde está y qué es la ADI?

La Constitución local tiene una sistematización que no es azarosa sino relevante para una adecuada interpretación.

La ADI se encuentra previsto en la CCABA, dentro del *Libro Segundo: Gobierno de la Ciudad, Título Quinto: Poder Judicial, Capítulo Segundo: Tribunal Superior de Justicia*, que está formado por cuatro artículos; en los dos primeros ³⁶ se estatuye la cantidad de miembros, requisitos, forma de designación y remoción de sus integrantes mientras que en los dos últimos ³⁷ (donde se encuentra la ADI) se fijan sus competencias y atribuciones.

La misma ubicación en el texto constitucional revela que la ADI forma parte del diseño del gobierno de la CABA y constituye una atribución del TSJ que hace al sistema de pesos y contrapesos propio de la división de poderes en una república. Las *atribuciones* son facultades-deberes que deben ejercitarse de manera inexcusable, puesto que como lo ha dicho el Tribunal cimero en diversas oportunidades y en relación a distintas cuestiones, cuando el Estado dispone de una atribución que por definición no es una mera facultad

³⁶ Arts. 111 y 112 CCABA.

³⁷ Art. 113 en cuyo inciso 2 está previsto la ADI y art. 114 CCABA.

“...al par que le asiste el poder para hacerlo le incumbe la obligación de realizarlo...”³⁸; y este criterio es de aplicación en la materia que nos ocupa. En consecuencia el TSJ no sólo debe tramitar y resolver como por derecho corresponda y con criterio amplio las ADI sin crear requisitos no previstos en el texto constitucional o contrarios a este último, sino también promoverlas de oficio conforme lo prevén diversas disposiciones constitucionales y reglamentarias (arts. 14, 15, 113 inc. 2 CCABA, art. 27 inc 4 CCAyT, art. 2 ley 402).

Que lo expresado en el párrafo anterior sea contrario a la doctrina y a la práctica del TSJ no es un hecho para pasar por alto y por eso lo resaltamos. Sin embargo, tratándose de un ensayo, ejercemos la libertad de disentir y levantamos la esperanza de que algún día se adopte este criterio que consideramos más coherente con el espíritu y el texto de nuestra constitución.

Hablamos de esperanza³⁹ y no de ilusión porque esta última es propia de los ilusos. Nuestra esperanza está basada en la confianza en la evolución de las instituciones además de ser el producto de nuestra formación progresista incompatible con el pesimismo. Somos optimistas. Creemos en el poder de la Justicia para transformar la realidad y para transformarse a sí misma. Pensamos que eso es posible, cuando tal como citó el Dr. ZAFFARONI en la constituyente, fue una sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos la que desencadenó la Guerra de Secesión y que esa misma Corte que legitimó el *apartheid* con el tristemente célebre *iguales pero separados* fue la que en 1957 decretó la inconstitucionalidad de la ley de Virginia que prohibía el matrimonio entre afroamericanos y blancos. Y vemos ahora algo que hace pocos años resultaba inimaginable. Algo sobre lo que también teníamos esperanzas: vemos cómo la CSJN sigue de cerca, examina, corrige y fija plazos a actos de gobierno referidos al largamente postergado saneamiento del Riachuelo. El Tribunal cimero entiende que su función no se agota con señalar la omisión y condenar a que se la subsane y sigue de cerca la acción del poder político para asegurar que el derecho a un ambiente no muera en los intersticios de la burocracia y que, por lo tanto, no se limite a ser una mera expresión de deseos en una sentencia sino que se transforme en una realidad concreta. Así ejerce la jurisdicción la

38 Cía. de Tranvías Anglo Argentina c/Gobierno de la Nación s/Nulidad e inconstitucionalidad de leyes y decretos”, Consid. 10°, 30.09.65.

39 En sentido de expectativa razonable de cambio.

CSJN cuyos fallos son tomados de ejemplo por todos los tribunales del país. Por eso no nos parece aventurado imaginar un TSJ que haga lo que no hizo hasta ahora. Y al tomar conocimiento de una norma inconstitucional ponga en marcha de oficio una ADI para removerla del ordenamiento jurídico y ahorrarnos mayores trastornos. Tenemos la esperanza de que el TSJ trate todas las ADI que se sometan a su consideración *sin otro requisito de que tenga por objeto una norma general local debidamente individualizada y de que se indique cuáles son las previsiones constitucionales vulneradas*. El resto debiera ser tarea del tribunal y eso incluye la prueba cuando resultara necesaria.

La ADI fue incluida en el *Libro Segundo: Gobierno de la Ciudad* del texto constitucional y más precisamente en el *Título Quinto: Poder Judicial* y no en el *Segundo: Derechos Políticos y Participación Ciudadana*, y eso tiene su explicación: si bien esta acción y garantía constitucional constituye un canal de participación ciudadana puede ponerse en funcionamiento sin que lo impulse ningún ciudadano, puesto que como ya se dijo en la constituyente “En la jurisdicción, hay una esfera de cosas indecibles, los derechos fundamentales son límites a esa mayoría y son protegidos, incluso, contra esa mayoría...”⁴⁰. Ésa es la verdadera finalidad de la: ADI proteger a los derechos consagrados en la Constitución de los abusos de todos los poderes del Estado por más popular que resulte el desvío, y dicha tarea se le encomienda al TSJ de manera irrenunciable e indelegable.

Recordemos que la CCABA organizó a las instituciones autónomas de nuestra república representativa (incluido el TSJ) de una manera democrática y participativa (art. 1 CCABA), y el carácter participativo constituye una prevención al abuso de representación que es un abuso de poder (tanto en el sentido político como en el del mandato) por parte de quienes son portavoces de la voluntad popular.

Ya se dijo que todo sistema representativo es necesariamente conservador⁴¹, y ello resulta las más de las veces cierto. Así sucede cuando los representantes tejen su propia red de intereses y derechos, distintos o a expensas de los de sus representados. La participación y la descentralización son los dos obstáculos que la CCABA

40 Conv. cit., pág. 1409-1410.

41 Guy DEBORD, *El Planeta Enfermo*, Barcelona, Anagrama, Colección Argumentos.

ideó contra dicha perversión de la república representativa, y la ADI es un mecanismo útil a ambas ⁴².

Sin embargo en el caso de las leyes, en consideración a que son sancionadas por los representantes del pueblo y no por una burocracia en donde la representatividad se diluye, *es la Legislatura la que tiene la última palabra en relación a su vigencia pero nunca en lo que se refiere a su constitucionalidad, cuyo análisis y resolución es una función judicial indelegable* (arts. 108 y 113 CCABA).

En nuestro sistema constitucional local una mayoría legislativa podría decidir que continúe vigente una ley cuya inconstitucionalidad ya es cosa juzgada pero nunca podría pronunciarse sobre su constitucionalidad sin vulnerar el principio de división de poderes propio de la república, del que ningún estado provincial ni el de la CABA (por si cabe la diferencia) podrían apartarse por mandato de la C.N. (arts. 5, 6, 129 C.N.), que no admite ninguna forma diferente de gobierno que no sea la republicana y representativa adoptada para la nación (art. 1 C.N.) y para la CABA (arts. 1, 10, 77, 80, 98, 105 inc.12, etc. CCABA).

La ratificación legislativa producto del reenvío sólo impide que el pronunciamiento judicial en la ADI tenga efecto derogatorio, pero no deja sin efecto a la sentencia declarativa con las consecuencias propias de la cosa juzgada a las que nos referiremos más adelante cuando analicemos eso de que “...*La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ...*” (3.6.5.2.)

Constituiría un verdadero *escándalo jurídico* que menoscabaría la tan mentada *seguridad jurídica* que una norma declarada inconstitucional en una ADI (derogada o vigente por su ratificación legislativa) fuera luego considerada constitucional al ser examinada en un caso concreto en virtud del control difuso, ya sea referida a una relación o situación jurídica posterior o previa a la sentencia declarativa de inconstitucionalidad.

Terminamos este acápite con algo que aunque obvio es necesario repetirlo y es que el resultado de una acción declarativa de inconstitucionalidad siempre será una sentencia declarativa y como tal tiene todos los efectos propios de estas sentencias cuando quedan firmes que es justamente dar certeza en relación a la constitucio-

42 Sería útil a la descentralización cuando las comunas existan y empiecen a ejercitar este resorte constitucional que abreviamos como ADI.

nalidad de la norma general cuestionada con los alcances de la cosa juzgada sin perjuicio de su efecto derogatorio que cuando se tratara de leyes puede no producirse por efecto del reenvío.

3.2. Competencia-atribución: originaria y exclusiva y su relación con la competencia originaria de la CSJN y ¿la (im)procedencia? del recurso extraordinario

La norma constitucional se refiere a la competencia-atribución originaria y exclusiva del TSJ, lo que podría considerarse como una redundancia teniendo en cuenta que los pronunciamientos de dicho tribunal no están sujetos a ser revisados por ningún otro de la CABA, y podría entenderse que hubiera alcanzado con la primera de las definiciones (Originaria), puesto que por regla general los procesos que ahí se inician ahí terminan. Sin embargo la inclusión expresa de la exclusividad resulta necesaria para reafirmar que se trata de un remedio de Derecho Público local a ser dirimido sólo por ante el TSJ, lo que excluye expresamente a todas las causas que competan en forma originaria y exclusiva a la CSJN, es decir, las previstas por los arts. 116 y 117 de la C.N. y su reglamentación (arts. 1° de la ley 48, 2° de la ley 4055 y 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58) en los casos que determina la jurisprudencia del Tribunal cimero.

En razón de ello, cuando una norma local fuera impugnada por ser contraria a la Constitución Nacional cuando se habilita la competencia originaria de la CSJN, no puede serlo por una ADI -que sólo se ventila ante el TSJ- sino a través de las acciones que correspondan de acuerdo a las normas federales y con los requisitos y consecuencias en ellas previstas (p.ej. la acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 322 CPCCN que es bien distinta a la ADI -a diferencia de ésta requiere para su admisión un perjuicio o lesión actual del actor y que éste no dispusiera de otro medio legal para subsanarlo o un amparo o la acción que corresponda de acuerdo a la materia que se trate ⁴³-).

43 Conf. Osvaldo A. GOZAÍNI: “No existe a nivel federal una acción directa contra la inconstitucionalidad de las leyes; circunstancia que ha llevado a aplicar la vía sumaria (en su momento) o sumarísima de la acción declarativa para lograr la inaplicabilidad de ley. La Corte reconoció la pretensión en los precedentes Aserradero Cliper S.R.L. (La Ley, 103 pág. 315) y en el caso Santiago del Estero, provincia de c/Estado Nacional y/o YPF (1985/08/20, ED, 115-

Como la procedencia de la competencia originaria de la CSJN guarda relación con la ADI puesto que cuando corresponde la primera no procede la segunda, recordamos "...que no basta que una provincia sea parte en el pleito, sino que es necesario que lo sea en una causa de manifiesto contenido federal o en una causa civil ⁴⁴, caso en el cual resulta esencial la distinta vecindad de la contraria, o la extranjería, quedando excluidas de dicha instancia las que se vinculan con el derecho público local" ⁴⁵.

Asimismo la exclusividad contenida en la norma de la CCABA no menoscaba la jurisdicción federal extraordinaria cuando ella proceda puesto que no puede ser limitada por ninguna norma de Derecho Público local (art. 31 CN).

La procedencia del Recurso Extraordinario en la ADI fue contemplada expresamente en el proyecto de ley reglamentario presentado por los entonces secretarios letrados del Tribunal ⁴⁶.

361) cuando posibilitó que ante la falta de una acción de inconstitucionalidad expresamente regulada, sea la acción meramente declarativa el medio propio para hacerlo. Ahora bien, esta apertura procesal no ha precisado las condiciones necesarias para la admisibilidad, pero alguna de ellas se advierten en el resonado caso Peralta (La Ley, 1991-C, 140) donde se utilizan los presupuestos del amparo para aceptar la vía declarativa" *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y anotado*, 1ra edición, T. II, La Ley, 2002, pág. 186.

44 Tal como lo detalló la CSJN en el sonado caso "Mendoza" (M. 1569. XL. "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)"; en "las causas B.2303.XL 'Barreto, Alberto Damián y otra c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios', C.4500.XLI 'Contreras, Carlos Walter c/ Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios' y 'Zulema Galfetti de Chalbaud e Hijos Sociedad de Hecho c/Santa Fe, Provincia de s/daños y perjuicios', del 21 de marzo, del 18 de abril y del 9 de mayo de 2006, respectivamente, esta Corte ha tenido oportunidad de definir un nuevo contorno del concepto de causa civil -a los efectos de determinar la competencia originaria de este Tribunal por razón de la distinta vecindad o de extranjería- limitándolo a aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, tanto en lo que concierne a la relación jurídica de que se trata como en el examen sobre la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial ventilada y, en su caso, en la determinación y valuación del daño resarcible".

45 CSJN Tomo: 329 Mayoría: PETRACCHI, HIGHTON DE NOLASCO, MAQUEDA, LORENZETTI, ARGIBAY. Disidencia: FAYT. Abstención: ZAFFARONI. Exp.: T. 801. XLI. ORI - Fecha: 08/08/2006.

46 Art. 32 inc. a del proyecto CARAM N° 199902226.

Ello sucedería en el supuesto de una sentencia que careciera de una debida fundamentación ⁴⁷ basándose en consideraciones genéricas que sólo trasluzcan una simple convicción personal de los magistrados sin estar debidamente apoyada en alguna consideración jurídica objetiva o que se opusiera o ignorase el derecho aplicable (*Fallos*, 307:821; 308:54) lo que la descalificaría como acto jurisdiccionalmente válido en los términos de conocida doctrina de la CSJN sobre arbitrariedad.

Asimismo correspondería el recurso extraordinario cuando exista cuestión federal suficiente en los términos de la ley 48.

El Tribunal cimero ya estableció al considerar un recurso de hecho contra una resolución del TSJ que había rechazado un recurso extraordinario en una ADI que "...cabe recordar la jurisprudencia del Tribunal que señala que: 'no habiendo denegatoria del fuero federal ni, en su caso, privación de justicia, los autos que resuelven cuestiones de competencia no constituyen sentencias definitivas' (*Fallos*, 311:2701; 315:66), así como aquella otra que indica que: 'las cuestiones de hecho, prueba y derecho público local son ajenas, como regla y por su naturaleza, a la instancia del art. 14 de la ley 48' (*Fallos*, 314:1336, entre otros), en virtud del debido respeto a las atribuciones de las provincias de darse sus propias instituciones y regirse por ellas (*Fallos*, 305:112, entre otros). *Pero es importante resaltar que tales principios reconocen excepciones, especialmente cuando las decisiones judiciales afectan el derecho de defensa de las partes, por falta de adecuada fundamentación* (*Fallos*, 313:1296 y 318:312)..."

⁴⁸. Y lo mismo cabría afirmar cuando se ve afectado algún otro derecho constitucional puesto que todos tienen idéntica jerarquía y trascendencia ⁴⁹. Una interpretación contraria a la señalada más arriba resultaría inadecuada puesto que si se entendiera al término *exclusivamente* como una barrera a la interposición del recurso extraordinario, cuando la cuestión exceda el ámbito local afectando un derecho constitucional consagrado por la C.N. o se tratara de una

⁴⁷ Conf. *Fallos*, 301:108, 865; 304:289; 307:1054; 312:1036, entre tantos otros.

⁴⁸ Del dictamen de la Procuración General de la Nación al que se remitió la mayoría en el RECURSO DE HECHO, en autos: "Traizoz, Juan Fermín c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires". El destacado es nuestro.

⁴⁹ (CSJN T:315 F: 1943; T: 310 F: 2709; T. 272, p. 231; T. 255, p. 293 y t. 264, p. 94., T. 324 F.2895 y F. 975, T.328 Causa 17768, entre tantos otros).

sentencia arbitraria estaríamos frente a una disposición inconstitucional de la CCABA y que por lo tanto podría ser objeto de una ADI. Pero cabe recordar que como lo señaló la CSJN: “Es deber de la Corte agotar todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir con su inconstitucionalidad, ya que la inconstitucionalidad es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable”⁵⁰. Y esta interpretación es posible considerando que el término *exclusivamente* no implica excluir al recurso extraordinario cuando se dan los requisitos de la ley 48 o se trata de una sentencia arbitraria, sino que significa que el TSJ es el único Tribunal que entiende en esta acción en instancia única y exclusiva salvo cuando procede el recurso extraordinario de naturaleza excepcional.

Sin perjuicio de ello cabe tener en cuenta como dato ilustrativo que de las 144 ADI registradas en la base informática del TSJ⁵¹ desde el año 1999 hasta mayo 2008 se rechazaron 134. Sólo se interpusieron 19 recursos extraordinarios⁵² y todos fueron rechazados por el TSJ. En cuatro causas se interpusieron Recursos de Queja en la CSJN de las que una sola tuvo resolución favorable⁵³ (tanto la queja como el extraordinario), dos fueron rechazadas por el art. 280 CPCN⁵⁴

50 Autos: “Llerena Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal” -causa N° 3221-. Tomo: 328 Mayoría: ZAFFARONI, HIGHTON DE NOLASCO. Disidencia: BELLUSCIO, ARGIBAY. Abstención: FAYT, LORENZETTI. Exp.: L. 486. XXXVI. - Fecha: 17/05/2005.

51 No estamos en condiciones de asegurar que el número corresponda a todas las ADI iniciadas aunque posiblemente así sea, de cualquier modo entendemos que constituye su inmensa mayoría y por lo tanto un número más que representativo en términos estadísticos.

52 Causas: 7/99; 48/99; 60/99; 18/99; 70/99; 65/99; 158/99; 386/00; 480/00; 575/00; 596/00; 1268/01; 2535/03; 2490/03; 2577/03; 3103/04; 4172/05; 4795/06; 5296/07.

53 I.7.XXXVI, “Iraizoz, Juan Fermín c/GCBA” 03.04.01

54 D.616.XXXV, “Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado de la Ciudad de Buenos Aires” 25.04.00 y F.652.XXXV “Farkas, Roberto y otro c/GCBA” 04.07.00

y otra por considerar que no se trataba de una sentencia definitiva o equiparable a tal ⁵⁵.

3.3 El objeto de la ADI

“Contra 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”

Señala claramente la CCABA que su objeto es cualquier norma general emanada de cualquier autoridad de la CABA que resultara contraria a la Constitución Nacional o a la local. Entendemos junto con la minoría del TSJ ⁵⁶ que no importa si dicha norma no estuviera vigente o se hallara derogada, aunque la mayoría ⁵⁷ sostenga lo contrario. El tema guarda relación con la cuestión de si el efecto de la ADI es solamente la derogación de la norma cuestionada o si además la sentencia declarativa de inconstitucionalidad tiene el efecto declarativo de inconstitucionalidad que su propia denominación le asigna ⁵⁸. Es este segundo criterio el que subyace en la posición del Juez MAIER al considerar en el precedente señalado que tiene sentido una ADI contra normas derogadas porque continúan aplicándose a situaciones jurídicas previas, y el seguido por la Dra. RUIZ que entiende que el temperamento de la mayoría de entonces menoscaba las atribuciones constitucionales del TSJ.

El texto es lo suficientemente claro como para incluir a todas las normas generales de la Ciudad y a todas las autoridades, y la mención de leyes y decretos es meramente ejemplificativa tal como surge de la referencia a *...cualquier otra norma de carácter general...* lo que comprende incluso a la misma Constitución local en el caso de que alguna de sus disposiciones contradigan la CN.

⁵⁵ L.406.XXXV, “Losa, Néstor Osvaldo c/GCBA” 15.02.00

⁵⁶ Compuesta entonces por MAIER y RUIZ en TSJ “Ortiz Basualdo S.M. y otra c/GCBA S/ADI y sus acumulados”, 4/6/99.

⁵⁷ Compuesta por MUÑOZ, CONDE, CASÁS antes de la sanción de la ley 402 en el fallo citado en la nota al pie que precede y con posterioridad a ello en Causa n° 2309/03 “Natacha SA c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”.

⁵⁸ Volveremos sobre esto en 3.4.

3.3.1 ¿Qué es una norma de carácter general?

Una norma general es lo contrario a una norma individual o de alcance particular mientras la segunda alcanza a uno o más individuos determinados en base a una relación jurídica particular con cada uno de ellos, la primera alcanza a un grupo indeterminado (determinable o no) de personas o a muchas personas determinadas *en virtud de pertenecer al grupo objeto de la norma*.

Una norma para ser general no requiere estar referida a todos los habitantes de la CABA, basta que tenga por objeto un conjunto indeterminado de ellos. También tendría carácter general la que individualice a cada una de las personas a la que está dirigida cuando dicha individualización fuera la consecuencia de pertenecer a un grupo determinado. Para mencionar un ejemplo, si un acto administrativo alcanzara a todos los alumnos de un colegio éste sería de carácter general aun cuando se detallara el nombre, apellido, DNI y domicilio de cada uno de ellos. No nos parece posible entender de otra manera la cláusula constitucional sin malinterpretarla.

En un caso algunos jueces del TSJ entendieron que para que una norma pueda ser calificada como general y por lo tanto ser objeto de una ADI debería estar referida a una pluralidad indeterminada de personas, y que eso no ocurre cuando se las individualiza o cuando se trata de instrucciones internas de un órgano administrativo que sólo alcanzan a sus integrantes ⁵⁹.

Entendemos que este criterio crea una restricción no prevista en la CCABA que tiene como consecuencia impedir la interposición de la ADI en supuestos previstos por la Constitución local y que de esta forma subsista la vigencia de una norma inconstitucional. El art. 113 inc. 2 se limita a requerir que la norma sea general, y eso ocurre cuando alcanza a una generalidad con sus integrantes determinados o sin determinar. Lo mismo sucede cuando la generalidad es la consecuencia de integrar un organismo y estar sometidos a sus normas organizativas o disciplinarias que no por ello dejan de ser

⁵⁹ TSJ, “Farn y otros c/GCBA S/ADI” (14/9/05) Voto de A. M. CONDE con adhesión de CASÁS. En este sentido coincidimos con el criterio del Dr. LOZANO, quien en su voto en dicha causa incluyó los reglamentos organizativos como actos de alcance general y por lo tanto comprendidos dentro de los que pueden ser objeto de ADI.

generales en cuanto regulan la conducta de grupos de personas por la sencilla razón de pertenecer a ellos.

La CCABA se refiere a una norma general sin aclarar que además de ser general deba tener por objeto a sujetos indeterminados. Si se siguiera la interpretación que aquí cuestionamos se podría impedir la promoción de ADI contra normas electorales o impositivas con el sencillo mecanismo de incluir en ellas al padrón electoral o de contribuyentes respectivamente, cosa que es posible tanto en ésta como en tantas otras materias. Como también se podría, con el mismo criterio, afirmar que tales normas tienen siempre a sus destinatarios individualizados en los respectivos padrones.

Pensamos que el carácter general de la norma surge de que se aplica a un grupo de personas más allá de su individualización, puesto que con los recursos informáticos actuales son muy pocas las generalidades que no puedan ser particularizadas.

La intención de la Constitución local es la de excluir a las cuestiones exclusivamente individuales e incluir a las generales cuyos destinatarios fueran o no individualizables o individualizados. Eso surge de la naturaleza político institucional de la ADI dentro del diseño constitucional del gobierno. Es por ello que sostenemos que pueden ser objeto de ADI todas las normas que alcancen a cualquier sector o grupo social más allá de que se individualice o no a quienes lo integran e incluso cuando el rasgo común fuera la pertenencia a un organismo determinado y la sujeción a sus normas internas, que no por internas dejan de ser generales.

La individualización de quienes son alcanzados por una norma general no la transforma en particular. Ya casi no hay generalidad que no esté detallada en una base de datos. No es la individualización sino su aplicabilidad a un universo (que siempre está integrado por individuos en algún momento individualizables) lo que hace que una norma tenga carácter general. No importa que se detalle cómo se compone dicho universo.

3.3.1.1 *Las sentencias colectivas*

Cabe preguntarse si las sentencias *erga omnes* producto de acciones colectivas podrían considerarse normas generales y por lo tanto ser cuestionadas a través de una ADI.

Hay que tener presente que la ADI no es la única acción en nuestro ordenamiento jurídico a través del cual se dictan sentencias con

alcance *erga omnes* puesto que tal como lo dispuso la CSJN “...la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del *nomen juris* específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (*Fallos*, 312:2192, disidencia del juez Petracchi, 320:875, entre otros)”⁶⁰. Tienen alcance colectivo también todas las acciones que tienen por objeto intereses o derechos de incidencia colectiva, ya por estar referidas a bienes e intereses colectivos e indivisibles o a individuales homogéneos⁶¹.

Como vemos estas sentencias constituyen verdaderas normas generales emanadas de autoridades de la Ciudad. Sin embargo estas causas colectivas, aun cuando dieran por resultado sentencias *erga omnes* y en ellas se hubiera planteado o resuelto alguna cuestión constitucional o las mismas sentencias fueran inconstitucionales, forman parte del control difuso de constitucionalidad que en nuestro sistema coexiste sobre el control concentrado, y una vez que pasan a autoridad de cosa juzgada en lo que se refiere al caso concreto y particular (que por abarcar una generalidad o ser *erga omnes* no deja de serlo) no pueden ser revisadas por una ADI, puesto que esta última es una acción autónoma y no un recurso contra otra sentencia. La vía idónea contra estas sentencias son las recursivas propias del proceso de que se trate, pudiendo incluso plantearse la apelación por inconstitucionalidad ante el TSJ⁶². En todo caso podría interponerse una ADI contra la norma general inconstitucional en que la sentencia colectiva se hubiera basado y esta norma quedaría

60 3/5/05, V.956. XXXVIII, “Verbitsky Horacio s/hábeas corpus”.

61 Según la clasificación realizada por CAPLAN en *Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Platense, 2008, pág. 175 y ss., donde aclara que los bienes e intereses colectivos e indivisibles son los que afectan necesariamente a una pluralidad de sujetos, tal como sucede con el medio ambiente o a la defensa de la competencia -arts. 41, 42, 43 CN y 14 Constitución de la CABA-, a la seguridad social -arts. 14 CCABA y 14 bis CN-, del patrimonio natural, cultural o histórico -arts. 14 CCABA y 41 de la CN-, y que los bienes individuales homogéneos “son los de los usuarios y consumidores en cuanto tales o el derecho a la no discriminación o el derecho a la vida o a la libertad o cualquier otro afectado o amenazado por un mismo acto, hecho u omisión perjudicando a un número determinado o indeterminado pero determinable de personas”.

62 Arts. 27 a 35 ley 402.

derogada a partir del dictado de la sentencia de la ADI (según la CCABA) o de su publicación (según ley 402) cosa que no ocurre con ninguna sentencia colectiva por más efecto *erga omnes* que tuviera. Claro que teniendo en cuenta las particularidades de tal supuesto el debate sería muy limitado, puesto que el TSJ debería admitir los efectos de cosa juzgada *erga omnes* propio de algunas sentencias colectivas al pronunciarse de modo tal que dicho pronunciamiento tendría por único objeto terminar de remover todo vestigio de la norma inconstitucional declarada como tal en una acción colectiva mediante la derogación que constituye uno de los efectos de la sentencia de la ADI. El otro efecto, es decir el declarativo de inconstitucionalidad, ya se habría producido en la sentencia colectiva *erga omnes* previa puesto que éstas, una vez firmes, agotan la instancia judicial con carácter de cosa juzgada.

Cuando en las causas colectivas se decreta alguna inconstitucionalidad, la cuestión normalmente llega al TSJ por el recurso de inconstitucionalidad, pero aun cuando ello no suceda, su pronunciamiento no resulta revisable ni susceptible de acción alguna que lo cuestione en su ámbito de aplicación (incluida la ADI).

3.3.1.2 Los fallos plenarios

En el CCAyT si bien está previsto el recurso de inaplicabilidad de la ley (art. 252) y el consiguiente fallo plenario, su jurisprudencia sólo obliga a las partes del juicio en que fue dictado, puesto que dicho cuerpo normativo no dispone otra cosa.

Sin embargo, como está constitucionalmente dispuesta la transferencia de la Justicia ordinaria a cargo de los hoy jueces nacionales a la Justicia de la CABA o que ésta llegue a un acuerdo distinto para la transferencia de la función judicial de la Nación a la Ciudad ⁶³, y teniendo en cuenta que en la Justicia ordinaria local -civil, comercial, laboral, penal (temporariamente en la órbita de la Nación)- los fallos plenarios constituyen una doctrina obligatoria para todos los casos por un tiempo determinado, entendemos que vale la pena analizar la cuestión para el caso de que la transferencia judicial prevista incluya la obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria. Diferimos la cuestión para tal supuesto ya que con anterioridad a que ello suceda

63 Cláusula transitoria 13 CCABA y art. 129 C.N.

esta doctrina plenaria no podría ser objeto de una ADI porque se trata de normas que no pueden atribuirse a una autoridad local sino nacional, cosa que no sucedería con ulterioridad al traspaso puesto que estaríamos en la misma situación de toda norma general previa a la CCABA que puede ser objeto de una ADI tal como contempla expresamente la ley 402.

En este supuesto, sin detenernos a analizar la constitucionalidad de esta doctrina judicial obligatoria, habrá que distinguir al fallo plenario como sentencia de un caso concreto, de la doctrina obligatoria por un tiempo determinado. El primero está sujeto al régimen recursivo propio de la causa, en cambio el segundo (la doctrina judicial obligatoria) sí podría ser cuestionado mediante una ADI cuando la Justicia pase a la CABA, si vulnerara a la CCABA o a la CN, puesto que constituiría una norma general, emanada de una autoridad de la CABA o nacional ejerciendo la jurisdicción local transferida a las autoridades autónomas en cumplimiento de un mandato constitucional (cláusula transitoria 13 CCABA y art. 129 CN), cuya aplicación es general y excede el marco de la litis que lo generó.

3.3.1.3 las normas generales previas a la CCABA

Inicialmente el TSJ limitó las ADI a las normas de carácter general que hubieran sido dictadas por las autoridades posteriores a la autonomía de la CABA ⁶⁴. Esta doctrina era, a nuestro criterio, contraria a la letra y al espíritu de la CCABA e implicaba establecer por vía pretoriana una restricción que la norma local de mayor jerarquía no preveía. De esta forma se limitó hasta junio del año 2000 (fecha de sanción de la ley 402) el ejercicio de la ADI a una mínima parte del ordenamiento jurídico de la CABA, dado a su reciente constitución y autonomía.

Afortunadamente la ley 402 dio por terminada la cuestión al incluir expresamente ⁶⁵ como objeto de la ADI a las normas dictadas con anterioridad a la sanción de la Constitución de la Ciudad. Sin embargo queremos precisar que la cuestión excede lo meramente reglamentario y la inclusión de tales normas surge claramente de la previsión constitucional que habla de normas generales de la Ciu-

64 Así sucedió en las causas “Artes Visuales S.R.L.” y “Bill”, entre otras.

65 Art. 1 ley 402.

dad sin ningún tipo de limitación fuera de ser sancionadas por sus autoridades sin hacer referencia alguna al tiempo de su sanción ni al tipo de autoridad que las creó. Son autoridades de la ciudad tanto las previas (de facto y de *iure*) como las posteriores a la Constitución local. Entender lo contrario llevaría al absurdo de que una norma inconstitucional dictada por un Jefe de Gobierno elegido por la voluntad popular de los ciudadanos de la CABA o una ley sancionada por la Legislatura con idéntica legitimación popular podrían ser declaradas inconstitucionales y eventualmente derogadas por un pronunciamiento del TSJ en una ADI, mientras que otras dictadas por un funcionario a quien nadie votó, ya sea por haber sido elegido por un presidente constitucional o por el dictador de turno, no lo podría ser. Ello sería claramente repugnante al texto de la CCABA y a la voluntad de los constituyentes.

Nos parece importante sostener esto puesto que entendemos que para excluir a las normas generales previas a la Constitución local no alcanzaría una ley o una simple reforma de la ley 402 sino que sería necesario modificar la referida cláusula constitucional. Dado que una ley que excluyera a las normas previas a la CCABA del objeto de la ADI sería inconstitucional y por lo tanto susceptible de ser declarada como tal, y eventualmente derogada por una ADI que más de uno con gusto iniciaría.

De las diez ⁶⁶ sentencias declarativas de inconstitucionalidad dictadas por la TSJ decretando la inconstitucionalidad en ADI, siete tuvieron por objeto normas legislativas, cuatro de ellas dictadas por la Legislatura de la CABA ⁶⁷, una por el Congreso de la Nación ⁶⁸ en ejercicio de las facultades legislativas sobre el territorio de la Capital Federal que el entonces art. 67 inc. 27 ⁶⁹ le confería, y dos se

66 Expte: 143/99 “Fiore, Savino Enrique”; Expte: 506/2000 “Hipódromo Argentino de Palermo S.A.”; Expte: 826/01 “Salgado, Graciela Beatriz”; Expte: 1530/02 “De Cristóbal de Sieber, Graciela Esther”; Expte: 1867/02 “Gordillo, Agustín Alberto”; Expte: 2535/03 “Asociación por los Derechos Civiles (ADC)”; Expte: 2671/03 “Gil Domínguez, Andrés”; Expte: 4627/06 “Gigacable S.A. c/ GCBA”; Expte: 5167/07 “Unión de Músicos Independientes Asociación Civil”; Expte: 5296/07 “Gil Domínguez, Andrés”.

67 Expte: 1867/02 “Gordillo”, 2671/03 y 5296/07 “Gil Domínguez” ambas; 4627/06 “Gigacable S.A.”.

68 Expte: 2535/03 “ADC”.

69 Reemplazado por el art. 67 inc. 30 después de la reforma de 1994.

trataron de Ordenanzas dictadas por el viejo Concejo Deliberante ⁷⁰. De las otras tres, dos fueron resoluciones posteriores a la autonomía ⁷¹ y la otra un decreto anterior a la Constitución local ⁷².

3.3.1.4 *Las normas generales ocultas, es decir las omisiones*

Entendemos que se encuentran comprendidas dentro de la definición constitucional de *normas generales* las omisiones administrativas o legislativas de mandatos constitucionales expresos, en especial los referidos a los derechos humanos.

Atento al carácter operativo de los derechos consagrados constitucionalmente, la omisión de resguardarlos o de cumplir con las obligaciones ahí establecidas sólo son posibles mediante la existencia de verdaderas normas generales ocultas, las más de las veces (no siempre) ni siquiera escritas. No puede premiarse el accionar inconstitucional clandestino ni su ocultamiento sustrayéndolo del eficaz control centralizado de la ADI y dejándolo sujeto al engorroso, largo, multitudinario e individual control difuso.

Las omisiones de este tenor, que en realidad encubren normas generales que no por clandestinas son menos perjudiciales, *deben ser derogadas a través de la ADI revirtiendo la omisión lo que se logra ordenándose la ejecución de la acción omitida en un plazo determinado*.

Cuando se tratara de una omisión que afectara el extenso menú de *derechos y libertades* contemplados en el Pacto de San José de Costa Rica o alguno de los otros de derechos humanos incorporados a la Constitución, debería el TSJ a través de una ADI de oficio o instancia de parte (sea esta pública o privada) dictar el acto omitido con alcance general tal como lo dispone el art. 2 de PSJCR que textualmente reza: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro

70 Expte: 826/01 “Salgado” y 5167/07 “Unión de Músicos Independientes Asoc. Civil”.

71 Expte: 143/99 “Fiore” y 506/2000 “Hipódromo Argentino de Palermo S.A.”.

72 Expte: 1530/02 “De Cristóbal de Sieber”.

carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”, puesto que la ADI es un mecanismo constitucional del que resultan las medidas *de otro carácter* referidas en dicha Convención para garantizar los derechos humanos vulnerados por acción u omisión -que en realidad es la peor de las acciones-.

Las omisiones fueron expresamente contempladas en el art. 3 del proyecto BELLOMO donde además se fijaba un plazo máximo de 15 días para el cumplimiento de la sentencia (art. 29 f). La legisladora PIERINI con muy buen criterio sostuvo en el debate parlamentario de la ley 402 que “Nuestra Constitución sostiene que los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o la insuficiencia de la reglamentación, y ésta no puede cercenarlos. Esto quiere decir que la posibilidad de declarar inconstitucional una omisión reiterada o, por lo menos, un retardo o una mora, sería viable; y hay alguna legislación extranjera que da ejemplos al respecto. Puedo mencionar la legislación de Brasil, y, en particular, en el orden nacional, la Constitución de la provincia de Río Negro, donde se establece claramente que incluye entre las formas de acción de inconstitucionalidad, la inconstitucionalidad por mora. ¿Por qué? Es interesante traer a colación la inconstitucionalidad por mora o por omisión, porque el Estado tiene dos clases de obligaciones en materia de derechos humanos. En relación con los derechos individuales, es obligación del Estado respetar los límites, es decir, se trata de una obligación de ‘no hacer’: de no encarcelar, de no reprimir, de no violentar la vida, la dignidad o la libertad de las personas. Pero, en materia de derechos económicos y sociales, el Estado tiene obligaciones de ‘hacer’. Y la cuestión de la inconstitucionalidad, cuando se omiten determinadas normativas en relación con los derechos económicos y sociales, podría ser uno de los temas que abra un nuevo punto en el debate, para alcanzar muy posiblemente por la vía judicial lo que en otros países se llama el mandato de incumplimiento o el ‘mandado de injunção’, o el ‘mandamis’ de otros procedimientos; en otras palabras, se trata de que el Poder Judicial le imponga a la Legislatura o al Poder Ejecutivo legislar, decretar o resolver sobre determinados temas cuya omisión genera violación de derechos fundamentales”.

La ley 402 no contempló expresamente a las omisiones pero sin embargo puede incluírselas en el objeto de las ADI tanto por vía reglamentaria como jurisprudencial, puesto que constituyen o revelan verdaderas normas generales ocultas. Este criterio surge de una

interpretación razonable de lo que se entiende por *norma general* en el art. 113 inc. 2 de la CCABA que contempla la finalidad de la ADI como mecanismo tendiente a preservar el Estado de Derecho además de derivar del carácter republicano, democrático y participativo de nuestro gobierno.

3.3.2 Autoridades de la Ciudad

Basta determinar la existencia de una norma general local expresa o tácita (como ocurre con las vías de hecho generalizadas u omisiones) contrarias a la CN o CCABA para que proceda la ADI, puesto que si algo de eso pasa es porque alguna autoridad hizo lo que no debía o no hizo lo que constitucionalmente debía hacer. Si algo distingue a una autoridad es justamente la posibilidad de dictar normas de carácter general y la existencia de estas últimas revelan la de la primera. Eso no significa que la referencia a las Autoridades de la Ciudad resulte superflua puesto que si una autoridad federal o de otra provincia, vulnerando la autonomía de la CABA dictara una norma general para la CABA ésta sería inconstitucional. Sin embargo dicha norma no sería cuestionable por medio de la ADI (remedio local) que no puede ser aplicada a los conflictos interjurisdiccionales que son esencialmente federales y de competencia originaria de la CSJN (arts. 116 y 117 C.N.).

En la CABA podrían dictar normas generales inconstitucionales las autoridades que integran cualquiera de sus tres poderes e incluso algún ente descentralizado o repartición autárquica o cualquiera otra. Para ser más precisos, nos referimos a las siguientes autoridades:

(i)“...el Tribunal Superior de Justicia, el Consejo de la Magistratura, los demás tribunales que la ley establezca y el Ministerio Público”⁷³ como integrantes del Poder Judicial y en la medida que dicten normas generales, sean éstas Resoluciones o Acordadas o como decidan llamarlas en el futuro -lo que excluye a los jueces de primera instancia que no lo hacen-; (ii) La “Legislatura; (iii) El Poder Ejecutivo de la CABA; (iv) Las Comunas a través de los organismos y funcionarios que las representen; (v) Los Interventores Federales, sus órganos y funcionarios; (vi) El Ente único Regulador de

73 Art.107 CCABA.

Servicios Públicos⁷⁴ si dictara resoluciones de alcance general; (vii) Cualquier ente descentralizado o repartición autárquica creados por la Legislatura⁷⁵ que dictara normas de alcance general; (viii) Las autoridades legislativas, judiciales y ejecutivas previas a la autonomía⁷⁶ exceptuadas las judiciales dictadas en fueros que no hubieran pasado a la órbita local puesto que ello caería bajo la competencia originaria de la CSJN (arts. 116 y 117 C.N.) y por lo tanto excedería las atribuciones del TSJ, quien recién podría entender en una ADI contra tales normas cuando la CABA se haga cargo de la Justicia Ordinaria local tal como reza el art. 129 de la C.N.; (ix) o cualquier otra autoridad de la CABA que, con o sin facultades, dictara normas de carácter general u omitiera dictar las que estaba constitucionalmente obligada a hacer, pues justamente el hecho de haberla dictado u omitido es lo que la transforma de facto o de *iure* en autoridad de la Ciudad al responsable de esa acción u omisión.

3.4 *¿Alguno o todos? los efectos de la ADI*

“La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma”

La letra del texto constitucional nos recuerda que es la sentencia declarativa la que hace perder vigencia a la norma cuestionada pero ello no le quita el efecto propio de las sentencias, es decir, el de cosa juzgada en lo que es objeto de la misma y con el alcance previsto para la acción iniciada que en la ADI es necesariamente *erga omnes* por el carácter declarativo y el análisis abstracto que debe realizarse de la norma cuestionada. Se trata de una sentencia declarativa de certeza sobre la (in)constitucionalidad de una norma general y ello sólo puede hacerse con alcance general.

La existencia de un efecto declarativo de inconstitucionalidad adicional y diferenciado de la derogación impuesta por el texto constitucional (que puede no producirse tratándose de la ratificación

74 Art. 138 CCABA.

75 Art. 80 inc. 18 CCABA.

76 El TSJ se había pronunciado inicialmente por la inadmisibilidad de una ADI contra normas dictadas con anterioridad a la Autonomía (Causas “Artes Visuales” y “Bill”), pero luego de la sanción de la ley 402 que expresamente las contempla varió su criterio admitiéndolo contra tales normas (Causas “Salgado” y “ADC”).

en caso de las leyes) fue de alguna manera considerado por el juez MAIER cuando sostuvo que el TSJ podría "...imponer a la declaración de inconstitucionalidad efectos menos severos..."⁷⁷, lo que no sería posible si el efecto único y exclusivo de la ADI fuera la derogación de la norma sin tener además los efectos propios de las sentencias declarativas *erga omnes*.

La derogación de la norma inconstitucional es una (no la única) consecuencia de la sentencia declarativa y presupone su existencia con los efectos propios de las sentencias. Lo dicho revela que la pérdida de vigencia de la norma resulta de una sentencia que como tal tiene además los efectos propios de la cosa juzgada, y ello tiene dos importantes consecuencias: (i) ningún pronunciamiento judicial posterior a que pase en autoridad de cosa juzgada una sentencia de una ADI declarando la inconstitucionalidad podría sostener la constitucionalidad de la norma ya declarada inconstitucional sin afectar el principio de cosa juzgada y (ii) en caso de que se tratara de una ley que no perdiera su vigencia por haber sido ratificada por la Legislatura, además de lo señalado en (i) la declaración de inconstitucionalidad por medio de la ADI le impediría al Poder Ejecutivo aplicar la ley inconstitucional que, aunque vigente, fue objeto de una sentencia declarativa de inconstitucionalidad. Lo antedicho resulta relevante puesto que como los efectos derogatorios de la sentencia de la ADI se proyectan sólo hacia el futuro podrían ventilarse infinidad de controversias en relación a los efectos de la norma declarada inconstitucional en relaciones jurídicas particulares que no se ventilaron en la ADI. Sostenemos que en dichos juicios, propios del control difuso, no puede volver a revisarse la (in)constitucionalidad de la norma ya decretada inconstitucional sin afectar el principio de cosa juzgada, por lo que sólo deberían limitarse a examinar y juzgar las consecuencias de la inconstitucionalidad ya declarada en la relación jurídica particular objeto del mismo. Esta afirmación es válida aun cuando se tratara de una ley ratificada por la Legislatura puesto

77 Expte. N° 2535/03 "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" voto del Dr. MAIER. En el particular se trataba la (in)constitucionalidad de una ley del Congreso Nacional y "...de lograr una transición ordenada entre el régimen anterior y la asunción de competencias por parte de la Ciudad", pero si bien es un supuesto muy particular, la solución encontrada por este juez resulta coherente con lo que planteamos en este trabajo.

que ella no revoca la sentencia de la ADI como si fuera un tribunal de alzada ni purga su inconstitucionalidad, sino que permite que una norma inconstitucional siga vigente. *Vigente pero declarada inconstitucional por una sentencia del TSJ con efectos erga omnes que hace cosa juzgada.*

Ésta es la única interpretación posible siguiendo un criterio sistemático, puesto que la declaración de inconstitucionalidad es un resorte exclusivo del Poder Judicial y la ratificación de la Legislatura no guarda relación con la constitucionalidad de la norma cuya consideración está reservada a la justicia por expreso mandato constitucional (arts. 108 y 113 CCABA). Interpretar lo contrario sería sobrepasar la expresa prohibición del art. 108 de la Constitución local, que establece que *en ningún caso* el Poder Legislativo podrá *ejercer funciones judiciales ni arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas* y ello incluye a la ADI donde, como ya lo señalamos, la participación de la Legislatura está limitada a la vigencia de la norma evitando el efecto derogatorio de la ADI, pero no implica ningún pronunciamiento referido a la constitucionalidad. Así se armonizan los arts. 108 y 113 de la CCABA entre sí y con el principio de separaciones de poderes propio del sistema republicano adoptado por la CN, que la Constitución local ratifica y no puede alterar.

En cuanto a la imposibilidad del Poder Ejecutivo de aplicar una ley declarada inconstitucional por una sentencia del TSJ aunque estuviera vigente por haber sido ratificada por la Legislatura surge de lo ya expresado en los párrafos que preceden y de la obligación del Jefe de Gobierno de respetar la Constitución local y la nacional que emana del texto mismo de ambas Constituciones, del compromiso o juramento que en tal sentido le impone el art. 98 de la CCABA antes de su asunción y de la obligación de “Hacer cumplir, como agente natural del Gobierno Federal, la Constitución y las leyes nacionales” (art. 105 inc. 12 CCABA) y de lo expuesto en 4.2.1.

3.5 ¿Cuándo se produce la derogación?

El texto constitucional indica que *...la declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma...* Y tratándose de una acción declarativa la sentencia firme constituiría el acto derogatorio según la letra de la Constitución, pero una vez más la norma reglamentaria -siguiendo el criterio de uno de los cinco proyectos de ley

presentados ⁷⁸- previó otra cosa y dispuso que la derogación (aun cuando corresponda el reenvío) se produce al publicarse la sentencia en el Boletín Oficial de la Ciudad ⁷⁹.

No compartimos el temperamento seguido en la ley reglamentaria y hubiéramos preferido que se siguiera el criterio del anteproyecto de ley reglamentaria propuesto por ZAFFARONI, PUY y ZBAR que disponía la pérdida de vigencia "...desde la fecha en que fue dictada la sentencia..." ⁸⁰. Entendemos que el temperamento asumido conspira contra la finalidad de la ADI de excluir a la norma antijurídica al disponer una postergación innecesaria de 48 horas en la derogación de la norma inconstitucional, que como tal, no tuvo siquiera derecho a existir.

Sin embargo el plazo breve para la publicación (48 hs.) y la convención no del todo ficticia (y por lo tanto no del todo cierta) de que así se le otorgaría a la derogación una adecuada publicidad o al menos una equivalente a la de su promulgación, nos permite concluir que si bien esta disposición no es la mejor tampoco resultaría inconstitucional si no causara ningún perjuicio.

3.6 El mecanismo del reenvío

“salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los 3 meses de la sentencia declarativa por mayoría de los 2/3 de los miembros presentes”

La Constitución limita el efecto derogatorio -no el declarativo- de las sentencias de las ADI a las leyes, fijando un plazo para la ratificación de 3 meses y una mayoría de 2/3 de los miembros presentes en la Legislatura, y cada una de estas cuestiones requiere un tratamiento particular que haremos a continuación.

⁷⁸ Nos referimos al presentado por PIERINI, Alicia Beatriz (proyecto N° 199903276) art. 9.

⁷⁹ Conf. arts. 23 y 24.

⁸⁰ Art. 9 de dicho proyecto (N° 199902691) siendo que el mismo criterio fue seguido en forma expresa en los proyectos de Roque BELLOMO, N° 199902056, en su art. 31, y en forma tácita por los presentados por Abel FLEITAS ORTIZ DE ROSAS y Facundo SUÁREZ LASTRA junto con Liliana SÁNCHEZ DEL VALLE (Proyectos N° 199900689 y N° 199900604 respectivamente), que al no aclarar la cuestión se estaría a lo dispuesto en el texto constitucional.

3.6.1 ¿Qué es el reenvío?

La ratificación legislativa constituye una condición a la que está subordinada la derogación que, como ya señalamos no es el único efecto de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad. Es una condición porque se trata de un hecho incierto y futuro. No es una condición suspensiva porque no suspende los efectos de la derogación, tampoco es una condición resolutoria porque si se produjera nadie podría usufructuar de las consecuencias propias de su derogación ⁸¹. Se trata de una condición resolutoria de existencia o de una condición *sui generis*, la que una vez producida trae como consecuencia no la resolución de la derogación sino su inexistencia. La cuestión va más allá de la discusión doctrinaria sobre nulidades o inexistencias, ya que se trata de una inexistencia impuesta por el diseño constitucional que establece que cuando hay ratificación no hubo nunca derogación y algo que no sucedió es inexistente aunque quiera llamárselo de otro modo por un prurito propio de otro debate.

Se podría afirmar que esto genera incertidumbres durante estos tres meses -si es que son tres meses como más adelante veremos- pero en realidad no es así puesto que con o sin derogación hay una sentencia declarativa de inconstitucionalidad con alcance *erga omnes* (debido al carácter abstracto de la cuestión) y a partir de allí todos -incluido el Estado- saben a qué se exponen si se apoyan sobre los pies de barro de una ley que por inconstitucional no será tomada como válida por ningún tribunal. De modo que más que incertidumbres hay certezas; queda en cada uno decidir qué hacer y asumir la consiguiente responsabilidad incluida la del art. 56 de la CCABA que establece que “Los funcionarios de la administración pública de la Ciudad, de sus entes autárquicos y descentralizados, son responsables por los daños que ocasionan y por los actos u omisiones en que incurrieran excediéndose en sus facultades legales...”.

3.6.2 Tipo de norma sujeta al reenvío

El texto constitucional limita el procedimiento del reenvío a las leyes. Ello no deja lugar a dudas en relación a las sancionadas por la Legislatura de la Ciudad pero abrió un interrogante en relación

81 Conf. art. 557 C.C.

a otras normas legislativas que fueron dictadas por el Congreso de la Nación en ejercicio de sus otrora facultades legislativas sobre el territorio de la Capital Federal (art. 67 inc. 27⁸² C.N.)⁸³, y a las Ordenanzas dictadas por el viejo Concejo Deliberante⁸⁴ que como ya dijimos pueden ser cuestionadas a través de una ADI por estar así previsto en el texto constitucional y en la ley reglamentaria.

Entendemos que en todos los casos en que se cuestione por medio de una ADI una norma legislativa que, por ser previa a la autonomía no fue sancionada por la entonces inexistente Legislatura, debe cumplirse con el procedimiento del reenvío. Ello es así debido al carácter de sucesor del Estado de la CABA de las atribuciones de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y las del Estado Nacional que le fueran transferidas (art. 7 CCABA). Así lo dispuso la mayoría del TSJ en los tres casos que declararon la inconstitucionalidad de este tipo de normas legislativas⁸⁵. En una de ellas, al declararse la inconstitucionalidad de una ley dictada por el Congreso de la Nación⁸⁶ fue muy claro el voto de Alicia E. C. RUIZ⁸⁷ en este sentido con la adhesión del juez Marcelo Pablo VÁZQUEZ, mientras que Julio V. MAIER (con cuyo pronunciamiento se conformó la mayoría) compartió el criterio aunque con algún matiz que no modificó el mecanismo del reenvío⁸⁸. Asimismo cuando el TSJ declaró la inconstitucionalidad de dos Ordenanzas del Concejo Deliberante dispuso en forma expresa el reenvío a la Legislatura⁸⁹.

Resulta curioso que en la parte resolutive de las sentencias de ADI que declararon inconstitucional a normas legislativas, en tres

82 Reemplazado por el art. 67 inc. 30 después de la reforma de 1994.

83 Como ocurrió en ADC c/GCBA s/ADI Expte. 2535/03.

84 Como sucedió en autos: “Artes visuales” y “Bill”.

85 Causas “Fiore”, “Hipódromo Argentino de Palermo S.A” y “ADC”.

86 Expte. 2535/03 Causa ADC.

87 Considerando 2.

88 Proponía una declaración de inconstitucionalidad con efectos “menos severos en aras de lograr una transición ordenada entre el régimen anterior y la asunción de competencias por parte de la Ciudad” poniendo “... en conocimiento de la Legislatura y del Poder Ejecutivo esta decisión a efectos de tomarla en consideración para ejercer sus competencias...”.

89 En el punto “5” de la parte Resolutive de “Salgado Graciela Beatriz c/ GCBA s/ADI” y “Unión de Músicos Independientes Asoc. Civil c/GCBA s/ADI”.

de ellas ⁹⁰ se refirieron en forma expresa a la posibilidad de la ratificación mientras que en las otras dos ⁹¹ se limitaron a ordenar la notificación a la Legislatura tal como lo exige el art. 24 2º párrafo de la ley 402. De cualquier forma la falta de mención expresa al mecanismo del reenvío no implica menoscabo alguno para su ejercicio. Además el art. 24 de la ley 402 se limita a exigir solamente la notificación a la Legislatura de la sentencia “... a los efectos previstos en el Art. 113 inc 2 de la Constitución de la Ciudad”.

3.6.3 El plazo para la ratificación

“los tres meses de ⁹² [...] desde... la sentencia declarativa”

Los plazos fijados por el poder constituyente son perentorios, fatales y no susceptibles de ser modificados ni de consentirse los actos realizados fuera de su límite temporal, porque se trata de cuestiones que hacen a la conformación del ordenamiento jurídico positivo y por lo tanto de orden público e indisponible por las partes interesadas como por cualquiera de los poderes constituidos.

El plazo de tres meses en cuestión no se suspende ni siquiera por la eventual concesión del recurso extraordinario, puesto que dicha vía recursiva guarda relación con el efecto declarativo de certeza de la sentencia que es independiente de la derogación o ratificación de la ley que impacta sobre su vigencia y no sobre su constitucionalidad. Este criterio fue sostenido en el proyecto de ley reglamentaria presentado por CARAM y elaborado por los entonces secretarios letrados del TSJ ⁹³.

El texto constitucional fija un plazo de tres meses desde la sentencia declarativa mientras que la ley reglamentaria fija como punto de partida para dicho término el día en que fuera notificada. Nos

90 “Gordillo Agustín Alberto c/GCBA (Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires) y otro s/ADI”, “Salgado Graciela Beatriz c/GCBA s/ADI” y “Unión de Músicos Independientes Asoc. Civil c/GCBA s/ADI”.

91 Expte: 2671/03 “Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/ADI” y Expte: 5296/07 “Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/ADI”.

92 “De” es una preposición que según el diccionario de la RAE tiene 27 acepciones. Dado el contexto resulta aplicable la décima de ellas que la considera como sinónimo de “desde, punto en el espacio y en el tiempo. De Madrid a Toledo; abierto de nueve a una”.

93 Art. 32 inc a del proyecto N° 199902226.

parece que esto constituye una alteración del plazo dispuesto en la Constitución máxime cuando en la ley no se fija un plazo para realizar la notificación como sí lo previó uno de los proyectos que le sirvió de antecedente ⁹⁴. Esto resulta de dudosa constitucionalidad porque podría significar una alteración sustancial de los plazos constitucionales cuando la Constitución dispone claramente que se trata de *tres meses de la sentencia*.

La solución adecuada hubiera sido no alterar el plazo constitucional ⁹⁵ ni quitarle tiempo a la Legislatura y eso se hubiera logrado fijando en la ley reglamentaria que la sentencia deba ser notificada en el día y con habilitación de días y horas inhábiles ⁹⁶. Lástima que no se hizo así. Está en juego el cumplimiento de plazos dispuestos en la Constitución que no pueden ser modificados por ley. De haberse seguido este criterio la reglamentación hubiera respetado los plazos constitucionales sin menoscabar las funciones de la Legislatura en lugar de postergarlos por un tiempo indeterminado como lo hace la ley reglamentaria ⁹⁷.

La solución seguida en la ley 402 es disvaliosa porque priva a la gran mayoría de los mortales que se enteran de la sentencia por su publicación ⁹⁸ de notificarse por ese medio de cuándo se tendrá certeza sobre la derogación de la ley declarada inconstitucional.

Si se admitiera la constitucionalidad del inicio del cómputo del plazo de los tres meses fijado en la ley reglamentaria éste se empezaría a contar desde que se notificara la sentencia a la Legislatura, de lo contrario si se sostuviera que debe primar el punto de inicio fijado en la Constitución local, éste comenzaría en la fecha del dictado de la sentencia. La incertidumbre sobre cuál de los dos criterios es el adecuado (nosotros preferimos el último) es una situación delicada puesto que una ratificación extemporánea sería inválida y podría

94 Nos referimos al art. 32 del proyecto del FREPASO elaborado por Roque BELLOMO que preveía un plazo de 24 horas a partir del cual se empezaría a contar los tres meses para la ratificación legislativa.

95 Así sucedió en el proyecto de ZAFFARONI, art. 9.

96 La notificación en el día y con habilitación de días y horas inhábiles es una práctica corriente en nuestros tribunales.

97 Nos referimos al art. 24 de la ley 402.

98 Conf. art. 23 ley 402 y a las normas sobre acumulación del CCAyT de aplicación subsidiaria.

dar lugar a un conflicto de poderes o a otra ADI o a ambas controversias a la vez que deberían tramitar acumuladas ⁹⁹.

El plazo de tres meses fijado en el texto constitucional termina a los tres meses siguientes y en el día que tenga el mismo número de día de su fecha de iniciación. Así, un plazo que principie el quince de un mes, terminará el día quince de tres meses posteriores al del inicio del plazo (art. 25 CC) en base al calendario Gregoriano (art. 23 CC) y *ante la falta de previsión expresa en contrario entendemos que el plazo comprende el tiempo en que la Legislatura está en receso* (art. 28 CC).

La Legislatura en un caso ¹⁰⁰ dispuso que no debe computarse el receso legislativo, es decir el período comprendido entre el 15 de diciembre hasta el último día de febrero (art. 74 CCABA).

No compartimos este criterio puesto que cuando en la Constitución se excluyó el período de receso para computar un plazo de la Legislatura se lo hizo en forma expresa, como sucede con el de 60 días fijado para la designación de jueces, donde se aclaró que de su cómputo quedaba *excluido el receso legislativo* (art. 118).

La cuestión es delicada puesto que si bien corresponde a cada órgano estatal interpretar la Constitución en el ejercicio de sus atribuciones lo debe hacer sin alterar sus términos, y dicho ejercicio está sujeto al control jurisdiccional de constitucionalidad ¹⁰¹. En el caso mencionado la cuestión no llegó al TSJ puesto que los acontecimientos ulteriores lo tornaron prácticamente abstracto, pero ello no impide señalar que el criterio seguido fue inconstitucional y podría dar lugar a un conflicto de poderes.

El TSJ ya se pronunció en una ADI sobre la inconstitucionalidad de otro intento de modificar un plazo constitucional y entendemos que la doctrina mayoritaria en dicho fallo ¹⁰² (referido al procedi-

99 Conf. art. 13 inc. a) ley 402 y a las normas propias de la acumulación.

100 Resolución 12/2004 de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que ratifica el art. 5 y cláusulas transitorias 2 y 5 de la L. 31 y el art. 5, 1er párrafo, de la L.54 declarados inconstitucionales en el Expte. 1867/02 “Gordillo Agustín A. c/GCBA y otro s/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”. Único caso de ratificación hasta el presente.

101 Conf. voto de la Dra. CONDE en causa N° 2671/2003 (“Gil Domínguez”) al que adhirió la Dra. RUIZ.

102 En expte 2671/2003 “Gil Domínguez Andrés”, mayoría conformada por Ana Ma. CONDE, Alicia RUÍZ (adhiriendo al voto de la Dra. CONDE) José O. CASÁS, Carlos BALBÍN.

miento para la elección de jueces y al carácter suspensivo del plazo para hacerlo que la reglamentación había otorgado a la audiencia pública) resulta aplicable a lo que aquí manifestamos en el sentido de que no puede la Legislatura modificar un plazo que le impone la Constitución para el ejercicio de una atribución propia.

El criterio sostenido no cercenaría la atribución de la Legislatura de ratificar una ley declarada inconstitucional sino que evitaría que la inestabilidad de la derogación sea prolongada más allá del tiempo tolerado por la CCABA.

Aun en la peor de las hipótesis, es decir cuando la sentencia fuera dictada y notificada el primer día del receso (16 de diciembre), todavía quedarían los primeros 16 días de marzo para la ratificación, lo que resultaría posible si hubiera el consenso político para hacerlo. Además cabe señalar que nada impide a los legisladores trabajar en construir el consenso necesario para la ratificación durante el receso ni a ratificar la ley inconstitucional en sesiones extraordinarias que podrían ser convocadas por el presidente del cuerpo, el jefe de gobierno o a solicitud de 1/3 de los legisladores, que es un número menor que el requerido para la ratificación ¹⁰³.

Es por eso que sostenemos que el texto constitucional computa el período de receso dentro de los tres meses fijados para la ratificación y que cualquier decisión en contrario resultaría inconstitucional.

3.6.4 La mayoría para la ratificación por parte de la Legislatura

El texto constitucional dispone que la ratificación legislativa de la ley declarada inconstitucional requiere una mayoría de los 2/3 de los miembros presentes. Sin duda se refiere a los presentes en la sesión donde se trate la ratificación en los casos excepcionales en que ello suceda. El tema impone dejar las letras por los números para luego volver al análisis constitucional de la cuestión.

¿Qué nos dicen los números? Nos dicen que la mayoría requerida es variable puesto que se calcula sobre los *presentes* (cosa variable con el límite del quórum) y no sobre los *miembros*, como ocurre en

103 En ningún caso la ratificación podría requerir un número menor al voto de 21 legisladores que constituirían los 2/3 del quórum (mayoría absoluta de legisladores).

otros supuestos ¹⁰⁴. También indican que la cantidad de votos necesarios para la ratificación pueden llegar a las 2/3 partes del quórum es decir de la mayoría absoluta ¹⁰⁵. Es así como, cuando la Legislatura sesiona con el mínimo para tener quórum, una ley inconstitucional podría ser ratificada con el voto del 34% de sus miembros, que como se ve está muy lejos de la sensación que da la mención de 2/3 (66,66%) del texto constitucional. Esto implica entre otras cosas que nuestra Constitución exige una mayoría más exigente para la ratificación de una ley vetada (que puede serlo por cualquier cuestión razonable aun cuando la norma fuera constitucional) que a una derogada por haber sido declarada inconstitucional por la TSJ en una ADI. No compartimos el criterio seguido en la CCABA, sólo nos queda dejar constancia de nuestro disenso.

Pero hay otra cuestión que puede ser sujeta a interpretación, y ello es cuando los 2/3 de los presentes en la sesión ratificatoria fuera inferior a la mayoría requerida por la CCABA para la sanción de dicha ley. Esto podría ocurrir en los supuestos en los que se exige mayoría absoluta o 2/3 de los miembros (CCABA arts.81 y 82 respectivamente) para la sanción de una ley.

Aquí cabe preguntarse si es posible, teniendo en cuenta a la Constitución como un todo, que una ley declarada inconstitucional pueda ser ratificada por la Legislatura por una mayoría menor a la que la misma Constitución impone para su sanción. La respuesta positiva resultaría de una interpretación excesivamente literal del art. 113 inc. 2 y sin tener en cuenta el resto de las disposiciones constitucionales ni la finalidad político-institucional de la ADI. Mientras que la respuesta negativa implicaría una interpretación armónica de la Constitución en donde no puede ratificarse una ley sin cumplir los requisitos para sancionarla puesto que el término y el concepto de ratificación en un órgano colegiado así lo exigen atento a que ello

104 P.ej., disminución de tributos a morosos (art. 51) reforma constitucional (art. 60), aumento de legisladores (art. 68), régimen electoral (art. 69), quórum y pedido de convocatoria a Sesiones Extraordinarias (art. 74), modificación de tope presupuestario de la Legislatura (art. 75), remuneración del personal de la Legislatura (art. 76), levantar las inmunidades a los legisladores (art. 78), suspensión o destitución de diputados (art. 79), la legislación prevista en los arts. 81 y 82, requerir la presencia del Gobernador o funcionarios del Poder Ejecutivo o de los jueces del TSJ (art. 83), insistencia en leyes vetadas (arts. 87/8), juicio político (art. 93).

105 Conf. art. 74 CCABA.

implica reiterar lo ya hecho. No sería ratificación si se pudiera hacer con una mayoría menor, sino otra cosa, y el texto constitucional habla de ratificación. De forma tal que entendemos que la cláusula constitucional debiera ser interpretada en el sentido de que la mayoría de los 2/3 de los presentes impuesta constitucionalmente es una mayoría mínima aplicable a todos los casos, pero que no puede ser inferior a la requerida para la sanción de las leyes a ratificar cuando para ello se requiere una superior, como podría ser en los casos previstos en los arts. 81 y 82 de la CCABA, que resultarían de aplicación a los supuestos que ellos contemplan, aun en caso de ratificación por el reenvío.

Entendemos que ésta sería una interpretación sistemática del texto constitucional en la materia que nos ocupa, que además resulta funcional a la finalidad de la ADI prevista en la misma Constitución que es la de remover en forma rápida y al menor costo posible esa patología del ordenamiento jurídico que es la ley inconstitucional, que no merece ninguna contemplación ni interpretación favorable a su vigencia. En el caso de ser posibles dos interpretaciones de las cuales una traiga como consecuencia la vigencia de una ley inconstitucional y la otra su derogación, hay que estar por esta última porque es obligación del TSJ velar por el respeto de su Constitución como corresponde a un Estado de Derecho y cumplir con el juramento o compromiso de desempeñarse conforme a sus preceptos y de hacerla respetar.

3.6.5 Los efectos de la ratificación de la Legislatura y la difícil cuestión del caso concreto

“...La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercidos por todos los jueces y por el Tribunal Superior”

El tema requiere respuestas a una serie de reflexiones: (i) ¿los efectos de qué no se alteran?; (ii) ¿cuál es la relación entre el control difuso y la sentencia declarativa sobre una ley ratificada por la Legislatura?; (iii) ¿cuál es el caso concreto al que se refiere la norma en el procedimiento declarativo de un control abstracto de inconstitucionalidad de una norma general? Abordaremos cada uno de estos interrogantes por separado para desarrollar una mayor claridad expositiva.

3.6.5.1 *¿Cuáles son los efectos que no se alteran?*

El texto constitucional resulta claro en el sentido de que la ratificación *no altera sus efectos en el caso concreto*, pero ¿a qué efectos se refiere? ¿a los de la ratificación? ¿a los de la ley? ¿o a los de la declaración de inconstitucionalidad? Vale la pena hacer un esfuerzo de interpretación gramatical.

La redacción establece primero una regla general sobre uno de los efectos de la sentencia (el derogatorio que por ser exclusivo de la ADI requiere tratamiento expreso) y dispone que “La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma”. Luego de este efecto (la derogación) que se produce como regla general por la sentencia declarativa contiene una excepción. Así es y por eso empieza con la palabra “*salvo*” que indica justamente una salvedad. Se utiliza este adjetivo en su segunda acepción, que según la RAE es el de exceptuado, omitido. Entonces, la sentencia produciría la derogación a no ser que (salvo que) fuera ratificada por la Legislatura.

Luego, como una limitación a los efectos de la ratificación, como una excepción a la excepción (que se aplica cuando la ley no es derogada pese a haber sido declarada inconstitucional por haberse producido la ratificación) se establece que dicha *ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto*. O para explicar lo ya dicho: la ratificación legislativa no altera los otros efectos de la sentencia que son los de la declaración de inconstitucionalidad en el caso concreto que tiene efectos *erga omnes* al tratarse de una confrontación en abstracto de la norma cuestionada con disposiciones constitucionales.

3.6.5.2 *¿Cuál es el caso concreto al que se refiere la norma en el procedimiento declarativo mediante un control abstracto de (in)constitucionalidad de una norma general? ¿Cómo incide el caso concreto mencionado en la CCABA en la relación del control difuso con el concentrado de (in)constitucionalidad?*

Lo primero es señalar aquello que por obvio no siempre se tiene en cuenta. *Según el texto constitucional en e la ADI podría ventilarse un caso concreto que no se vería afectado por la ratificación legislativa*. No puede suponerse que para los constituyentes o, lo que es peor, para la Constitución un *caso concreto* y *ningún caso* fuera lo mismo.

Se impone determinar qué se considera como caso concreto en una acción cuyo objeto es un control abstracto de (in)constitucionalidad. Resulta imprescindible hacerlo debido al tenor de la jurisprudencia uniforme del TSJ que dispone que la ADI “...no está destinada a obtener el pronunciamiento judicial respecto de situaciones jurídicas particularizadas[...]ni admite acumular pretensiones condenatorias”¹⁰⁶. Criterio que llevó a sostener que la “Ausencia de caso concreto” constituía uno de los requisitos exigidos en la jurisprudencia del TSJ para la admisión de la ADI¹⁰⁷.

Corresponde prestar atención a esta materia porque no se puede entender que en la ADI no debiera existir un *caso concreto* cuando la norma constitucional lo menciona en forma expresa al disponer que la ratificación legislativa de la ley declarada inconstitucional no altera los efectos de la sentencia en *el caso concreto*.

Si asumiéramos como válida la doctrina del TSJ y nos preguntáramos cuál es el caso concreto - que menciona la CCABA- en una ADI si en ésta no se pueden considerar situaciones jurídicas particularizadas ni articular pretensiones condenatorias, nos responderíamos que el caso concreto en la ADI sería el examen sobre la (in) constitucionalidad de una norma general de la CABA. Es decir que *la consideración (en abstracto) de si una norma general es (in)cons-*

106 TSJ, “Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/ADI”, sentencia del 30.11.00, con cita de “Massalín Particulares S.A. c/GCBA s/ADI” (05.05.99), “Aguirre de Luque, Irma Ma. Octavia c/GCBA s/ADI” (08.09.99), “Yaryura, Felipe Nicolás c/GCBA s/ADI” (13.10.99) y “Ducros, Juan Carlos c/GCBA s/ADI” (13.10.99). Criterio que se mantuvo en “Gabas, Alberto Aníbal c/GCBA s/ADI” (16.06.04), con cita de “Domínguez, Eva Noemí c/GCBA s/ADI” (16.09.99) tal como se lo citó en el trabajo detallado en la cita siguiente.

107 Mabel DANIELE, “Acción declarativa de inconstitucionalidad en el ordenamiento de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en Juan Carlos CASSAGNE, Director, *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, 2007, Buenos Aires, La Ley, T. II, Capítulo duodécimo. En dicho trabajo se explica el criterio del TSJ sin adoptar una posición al respecto, simplemente refiere que “El hecho de que la CCABA establezca un control mixto de constitucionalidad obliga a ser riguroso en el deslinde de ambas vías. Por ello para que sea procedente la ADI el TSJ ha requerido que la acción se plantee de forma abstracta. Vale decir, que se analice la norma general a través de su confronte directo con el texto constitucional. Por ende, es indispensable que no se lo introduzca como una controversia en la que se aleguen lesiones concretas en la causa, ya que si no sería materia de control difuso”.

titucional constituiría el caso concreto de la ADI, y en consecuencia dicha sentencia declarativa de certeza no es afectada ni siquiera por la ratificación que sólo impide la derogación de la ley ratificada que sería inconstitucional para todos.

Sostenemos el efecto *erga omnes* de la sentencia declarativa, aun cuando la ratificación le reste el efecto derogatorio, porque es imposible darle otro alcance a un pronunciamiento en abstracto sobre la (in)constitucionalidad de una ley. Reiteramos que la ratificación no revoca la sentencia ni le quita todos sus efectos (lo que sería lo mismo) sino que impide la derogación de la ley cuestionada puesto que esa es la salvedad que incluye el art. 113 inc. 2 de la CCABA.

Que una norma declarada judicialmente inconstitucional esté vigente es algo tan viejo como el control difuso de (in)constitucionalidad al que estamos habituados.

Lo novedoso es que alcance un solo pronunciamiento judicial de certeza (la sentencia en una ADI) para terminar con la controversia sobre su (in)constitucionalidad y ésta es una de las bondades del sistema del control concentrado, que de esta manera simplifica la ciclópica y engorrosa tarea del control difuso. Ésta es la forma armónica y operativa de articulación entre dos subsistemas (el concentrado y el difuso) que integran el sistema único de control de (in)constitucionalidad diseñado en la CCABA, de modo que uno simplifica la tarea del otro.

En la interpretación contraria del TSJ prima la visión de los dos subsistemas (el difuso y el concentrado) como antagonicos, tal como se planteó inicialmente en las posiciones previas de los constituyentes en lugar de considerar adecuadamente que la solución adoptada en la CCABA (producto de un consenso que prestigia a la política local) fue que ambas modalidades coexistan y se complementen como corresponde a dos subsistemas para obtener el objetivo común, que es el de preservar las Constituciones nacional y local.

Sostenemos la presente interpretación puesto que es la que más se adecua al texto constitucional y a su finalidad de remover del ordenamiento jurídico positivo a las normas generales inconstitucionales y de reparar sus secuelas de la forma más rápida, sencilla y eficaz.

Coincidimos con la doctrina del TSJ en cuanto entiende que la ADI no requiere situaciones jurídicas particulares ni que se articulen pretensiones condenatorias, pero una cosa muy distinta, que

no compartimos, es que se las excluya o, lo que es peor, que se las considere una causal de inadmisibilidad de la ADI.

El mismo TSJ reconoció en un fallo unánime que la exclusión de situaciones jurídicas particularizadas y el impedimento de acumular a las ADI pretensiones condenatorias no constituye una previsión constitucional. Al rechazar una ADI en base a la copiosa jurisprudencia previa a la que hicimos referencia, señaló que “La ley 402, al reglar la acción, no modificó el criterio reseñado en los párrafos precedentes. El art. 17 expresa que la demanda tiene por ‘exclusivo objeto’ el análisis de la validez de las normas de carácter general” ¹⁰⁸. Esto implicó reconocer que la ley reglamentaria podría haber sentado el criterio contrario al de la doctrina del TSJ, lo que a su vez significa reconocer que la limitación no surgía de la CCABA sino de la doctrina propia del tribunal, lo que podría constituir un ejercicio equívoco de sus atribuciones constitucionales.

Sin perjuicio de ello creemos que la disposición legal de que “La acción declarativa de inconstitucionalidad tiene por exclusivo objeto el análisis de la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general...” ¹⁰⁹ no excluye la posibilidad de que ese análisis de la norma general se lo haga en abstracto y además en relación a algún caso concreto y que de ello resulte una condena determinada. No hay nada en la ley ni en la CCABA que lo impida. Entendemos que es la doctrina del TSJ lo único que lo hace y que dicha jurisprudencia contradice lo previsto en la CCABA y en la ley 402, aunque coincidimos en que si esta última hubiera sido más específica nos hubiera ahorrado este debate, como nos lo ahorró el relativo a las normas generales previas a la CCABA. En tal sentido cabe recordar que la existencia de un caso concreto en el Proyecto de Ley reglamentario N° 199902226 que fuera elaborado por los secretarios letrados del TSJ ¹¹⁰ con agregados, ampliaciones y correcciones a cargo del Dr. Andrés GIL DOMÍNGUEZ ¹¹¹, también presume la existencia de un caso concreto en el sentido que aquí mencionamos cuando

108 Expte. 577/2000 “Asoc. Med. Municipales de la CBA c/GCBA s/acción declarativa” 30/11/00, Consid. 3 *in fine* suscripto por A. M. CONDE, G. A. MUÑOZ, A. E. RUIZ, J. B. J. MAIER, J. O. CASÁS.

109 Art. 17 ley 402.

110 Entonces Horacio G. A. CORTI, Mariana DÍAZ, Viviana DI PIETROMICA, Saúl Alberto GONZÁLEZ, María J. ROTACHE y José Luis SAID.

111 Conforme surge de los fundamentos de dicho proyecto.

establece que pueden limitarse los efectos de las cautelares en las ADI *sólo en relación con el accionante* ¹¹².

Creemos que los constituyentes y su producto: la Constitución, cuando mencionan el *caso concreto* no sólo se refieren al análisis abstracto de constitucionalidad de la norma cuestionada (que constituye una secuencia lógica previa a considerar la (in)constitucionalidad aplicable a un caso particular) sino también a la situación jurídica particularizada sometida a consideración y a la pretensión de condena que puede o no plantearse en una ADI.

Según una centenaria jurisprudencia de la CSJN, para entender que existe *caso, causa o controversia* siempre se requirió "...que la acción tenga por finalidad fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto..." ¹¹³ y que exista un "...interés concreto, inmediato y sustancial..." ¹¹⁴ ventilándose en el juicio. No existe razón alguna para considerar que los constituyentes de la Ciudad hubieran entendido algo distinto al mencionar al caso (al que además -para evitar dudas- le agregaron el adjetivo de *concreto* que es lo opuesto a lo exclusivamente abstracto-) en el art. 113 inc. 2 de la CCABA.

No nos parece posible que *el caso concreto* mencionado en la Constitución local fuera algo diferente a lo entendido por ello en la jurisprudencia imperante, que siempre requirió una controversia sobre relaciones jurídicas individualizadas y particulares.

La Constitución local cuando se refiere a un *caso concreto* en la ADI se refiere a lo que el TSJ considera una causal de su rechazo: que se refiera a una relación jurídica particular que pueda incluso tener alguna pretensión condenatoria.

No puede confundirse esta cuestión con el requisito de que la norma objeto de la ADI tenga carácter general (lo que excluye a los actos de aplicación) porque ello no impide que cuando se cuestione la norma general se solicite un pronunciamiento respecto a una relación jurídica individual, lo que podría implicar dejar sin efecto el acto de aplicación particular que afecta a la actora, puesto que éste

112 Art. 25 de dicho proyecto.

113 Del Voto del Dr. FAYT en autos: "La Rioja Provincia de c/Consejo de la Magistratura y otro s/acción declarativa de certeza -ley 18.198 nacional electoral", Tomo: 328 Exp.: L. 609. XLI. Fecha: 14/06/2005.

114 "PRODELCO c/PEN s/amparo", 321:1252 Exp.: P 475 XXXIII, 07/05/1998. Voto del Dr. Petracchi.

es uno de los *efectos en el caso concreto* a los que se refiere el art. 113 inc. 2. Ello es así dado que si bien un acto particular no puede nunca ser el objeto principal de una ADI debería ser revocado judicialmente cuando resulta la consecuencia inmediata de la norma general declarada inconstitucional en la ADI, por estar referida a la relación individual que configura *el caso concreto* que le dio lugar.

En el sistema constitucional de la CABA coexiste el control centralizado con el difuso, y entender al primero de la forma que aquí indicamos no hace más que ratificarlo, puesto que una vez declarada la inconstitucionalidad en una ADI comprendiendo una relación jurídica particular, el control difuso podría ser ejercido en relación a millones de situaciones jurídicas individuales que podrían plantearse con posterioridad o se estuvieran ventilando con anterioridad a la sentencia de la ADI para resolver cada una de las situaciones individuales no comprendidas en ella.

No vemos cuál sería el sentido de excluir la relación individual de quien inicia la ADI del alcance de la sentencia y menos aun la de rechazar la acción por tal motivo y así posibilitar que la norma inconstitucional siga con su derrotero dañino. Por la salud de nuestro sistema constitucional debería alentarse la promoción de ADI y excluir de su ámbito a las relaciones jurídicas particulares es una forma de hacer justamente lo contrario. No se puede limitar las ADI a los activistas del Derecho Constitucional, a los filántropos jurídicos o al ámbito excepcional del *pro-bono* sino que habría que intentar expandirlas.

Cabe mencionar como dato ilustrativo que ha habido casos de sentencias declarativas de inconstitucionalidad que afectaron a relaciones jurídicas particulares ya sea porque al momento de resolverse y plantearse la cuestión era una sola la empresa afectada por la norma general cuestionada ¹¹⁵ o bien porque la derogación de la norma dejaba sin efecto una obligación que pesa por sobre las relaciones jurídicas particulares sin necesidad de acto de aplicación alguno ¹¹⁶.

115 En el Expte. 506/2000 “Hipódromo Arg. de Palermo S.A. c/GCBA s/ADI”, 28/6/01, se había cuestionado una norma que gravaba hipódromos, canódromos y similares cuando en la CABA hay un solo hipódromo y ningún canódromo.

116 En el Expte. 4627/06 “Gigacable S.A. c/GCBA s/ADI” se cuestionó una ley que imponía obligaciones mayores a los nuevos prestadores de servicios

En síntesis: sostenemos que el art. 113 inc. 12 CCABA cuando señala que *La ratificación de la Legislatura no altera*[...los efectos de la sentencia de la ADI...] *en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior*, se refiere a que la ratificación no menoscaba: (i) la declaración abstracta de inconstitucionalidad (que siempre existirá al hacerse lugar a una ADI), (ii) ni sus efectos en la relación jurídica particular invocada si es que ello sucedió, (iii) ni sus posibles efectos condenatorios entre las partes del litigio (que pueden o no haber en la ADI y que constituyen -los mencionados en (ii) y (iii)- elementos esenciales para la existencia de *caso concreto*), como tampoco impide: (iv) que los múltiples potenciales afectados por la ley inconstitucional inicien su planteo judicial propio del control difuso por ante los tribunales de primera instancia hasta llegar al TSJ. Claro que quienes así lo hagan contarán con la ventaja de que la inconstitucionalidad declarada en la ADI ya es cosa juzgada y que ningún juez podrá apartarse de ella.

No nos referimos a la indudable influencia que tiene una sentencia del TSJ sobre las Cámaras y los jueces de primera instancia que dictan sus sentencias sabiendo que finalmente serán revisadas por el Tribunal Superior, sino al principio de cosa juzgada que tiene a su vez raigambre constitucional atento a que “El respeto por la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional y, por ello, no es susceptible de alteración ni aun por vía de la invocación de leyes de orden público, toda vez que la estabilidad de las sentencias, en la medida en que constituyen un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es también exigencia del orden público con jerarquía superior”¹¹⁷.

Entonces, el control difuso ulterior a la sentencia declarativa de inconstitucionalidad no se abocará a la (in)constitucionalidad ya resuelta sino que se limitará a constatar si en el caso concreto (que ahora es la relación jurídica individual que se somete al control difuso por no haber sido incluida en el centralizado) corresponde o no

de cable de las exigidas a los anteriores, y con la derogación de la ley 1877 se terminó con tales obligaciones afectando relaciones jurídicas individuales, una de las cuales estaba en cabeza de la actora siendo las otras empresas afectadas prácticamente inexistentes.

117 CSJN. Exp.: R. 356. XXXVII. R. 343. XXXVII. R. 350. XXXVII. -Fecha: 27/12/2005

hacer lugar a lo que se peticione en base a la inconstitucionalidad ya pasada en autoridad de cosa juzgada.

4. Algunas consideraciones sobre la ley 402

La ADI, al ser una acción y garantía de la Constitución, a la vez que constituye una atribución (entendida como facultad-deber) del TSJ cuya regulación constitucional resulta suficiente para su eficacia, no podría ser restringida a través de la ley reglamentaria. Ésta debería limitarse a lo meramente procesal evitando cualquier cuestión sustantiva.

Con muy buen criterio la regulación -aunque con algunos excesos a los que nos referimos en este trabajo- se hizo en el marco de una *ley de procedimientos ante el TSJ*¹¹⁸ que supo sortear algunas tentaciones inconstitucionales como lo fue el plazo de caducidad, que pese a ser introducido en dos de los cinco proyectos presentados¹¹⁹ finalmente no fue incluido en el texto de la ley evitándose así una sentencia adversa en una ADI, como sucedió con el de la ley de amparo¹²⁰. Asimismo la ley 402 amplió notablemente el ámbito de la ADI al incluir situaciones que la jurisprudencia previa del TSJ había restringido, como sucedía con las normas generales anteriores a la CCABA, aunque fue insuficiente su texto expreso¹²¹ para evitar la exclusión de la Defensoría del Pueblo como legitimado activo para cuestionar leyes, exclusión que el TSJ insistió en un fallo dividido¹²², pese a que la ley legitima a esa Defensoría en forma clara y expresa¹²³.

La ley 402 fue elaborada por la Legislatura reconociendo como antecedente cinco iniciativas¹²⁴, cuya referencia resulta ilustrativa

118 Conforme reza su propio título.

119 Conforme lo preveía el Artículo 8 del Proyecto presentado por BELLOMO (Proyecto N° 199902056) y en el 478 del proyecto presentado por FLEITAS (Proyecto N° 199900689).

120 Expte. N° 5296 “Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/ADI”

121 Art. 18 Inc. 3 L.402.

122 Expte. 575/2000 con mayoría conformada por los jueces CASAS, CONDE y MUÑOZ y minoría a favor de la legitimación según los votos de MAIER y Alicia RUIZ.

123 Expte. 575/2000 12/12/2000.

124 Proyectos de Roque BELLOMO (Bloque FREPASO); de Facundo SUÁREZ LASTRA y Liliana SÁNCHEZ DEL VALLE (Bloques: P.J. y U.C.R.); de Abel FLEITAS DE

para conocer la intención de los legisladores puesto que revelará las cuestiones previstas en alguno de los proyectos que decidieron incluir, excluir, ignorar o tomar un criterio diferente.

La ADI se encuentra regulada por: (i) ciertas normas generales comunes a todos los procedimientos del TSJ derivados del art. 113 de la CCABA ¹²⁵ (aplicación supletoria del CCAyT, la designación de un juez de trámite y que las notificaciones se hacen de oficio ¹²⁶), (ii) Normas comunes a la ADI con el conflicto de poderes y demandas de la Auditoría ¹²⁷, y finalmente (iii) normas específicas para la ADI (arts. 17 a 26). No nos ceñiremos a todas las normas procesales porque ello excedería el límite de páginas dispuesto para este trabajo, sino que nos referiremos a algunas cuestiones puntuales.

4.1 La aplicación supletoria del CCAyT y los defectos formales

La aplicación supletoria del CCAyT brinda a la ADI un marco procesal determinado que contribuye a dar certeza sobre el trámite procesal mediante la aplicación de normas conocidas por litigantes y jueces que están enraizadas en nuestras prácticas forenses.

Sin embargo teniendo en cuenta que la ADI constituye uno de los remedios previstos para extirpar la inconstitucionalidad de nuestro ordenamiento jurídico, una vez planteado su trámite y su resolución se torna de orden e interés público ¹²⁸. Es por eso que hubiéramos

ROSAS (Bloque Nueva Dirigencia); de Alicia PIERINI que reproduce el anteproyecto del Dr. Julio MAIER con algunos cambios (Bloque: P.J.), de Cristian CARAM (Bloque U.C.R.) elaborado sobre la base del trabajo realizado por los Dres. Horacio G. A. CORTI, Mariana DÍAZ, Viviana DI PIETROMICA, Saúl Alberto GONZÁLEZ, María J. ROTAECHÉ y José Luis SAID; agregados, ampliaciones y correcciones del Dr. Andrés GIL DOMÍNGUEZ; de Raúl PUY, Eugenio ZAFFARONI, Agustín ZBAR también construido en base del anteproyecto del Dr. MAIER (Bloques FREPASO y U.C.R.).

¹²⁵ Conf. art. 1 ley 402.

¹²⁶ Conf. arts. 2, 3 y 4 respectivamente de la ley 402.

¹²⁷ Art. 113 inc.1.

¹²⁸ No lamentamos recurrir a esta categoría que podría calificarse de imprecisa puesto que como lo señaló el Dr. MUÑOZ en su última conferencia pública, el interés público es como el amor: imposible de definir pero quien alguna vez lo sintió sabe dónde encontrarlo y cuál es su importancia. Que sirva esta digresión como un reconocimiento hacia quien tanto sirvió al interés y al orden público en su actuación como magistrado.

preferido que se instituyera un procedimiento de oficio, sin perenciones de instancias, ni preclusiones procesales ¹²⁹, con mayores facultades instructorias del TSJ y que ordene en caso de desistimiento de la acción que el Ministerio Público la tome a su cargo o el TSJ siga adelante de oficio con su trámite, cosa que debería suceder como consecuencia de las funciones propias del Ministerio Público y el carácter de atribución del TSJ que tiene la ADI.

Entendemos que todo ello hubiera sido adecuado atento que en la ADI la cuestión excede el interés individual del actor aun cuando (según nuestra opinión contraria a la doctrina del TSJ) podrían incluirse cuestiones relativas a relaciones jurídicas particulares acumulables con peticiones condenatorias.

Por las mismas razones ya expresadas y coherentemente con nuestra opinión de que la norma constitucional del art. 113 inc. 2 no constituye una mera norma de competencia ¹³⁰ sino una atribución (derecho deber) del TSJ y que por lo tanto debería ser impulsada de oficio, sostenemos que todos los defectos formales de la demanda en una ADI debieran ser subsanables y subsanados de la forma prevista en el art. 5 de la ley 402, y si pasado el plazo de tres días ahí fijados sin que la parte lo hiciera el TSJ podría hacerlo de oficio o seguir adelante el proceso sin su cumplimiento cuando ello no fuera indispensable (como sería el caso de la denuncia del domicilio real del accionante ¹³¹) para proseguir el proceso. Esto último sería perfectamente posible en la actualidad toda vez que la intimación prevista en el art. 5 no contiene ningún apercibimiento previsto.

Ello es coherente con el carácter de “...acción *civis et populo*, de carácter eminentemente preventivo...” ¹³² y preponderantemente altruista de la ADI y con la obligación de todas las autoridades la

129 La eficacia de procedimientos sin preclusiones o etapas procesales irreversibles está demostrada en la experiencia seguida en la mayoría de los procesos arbitrales internacionales (p.ej. los de la Cámara de Comercio Internacional [CCI]), donde la posibilidad de volver a etapas anteriores, ofrecer pruebas conducentes en cualquier etapa del proceso o agregar en cualquier momento contestaciones o hechos nuevos etc., no hace más que acercar la verdad formal a la material y agilizar el procedimiento. Si bien la cuestión excede este trabajo la dejamos planteada.

130 Como lo sostuvo el TSJ en el Expte. 18/99 mediante resolución del 16/9/99 y lo reiteró el Dr. CASÁS en su voto en el Expte. 575/2000 del 12/12/2000.

131 Requerido en el art. 19 inc. 1.

132 Conf. voto del Dr. MAIER, Causa 575/00 del 12/12/2000, Considerando 1.

CABA, incluido el TSJ, de respetar y hacer respetar las Constituciones nacional y local.

4.2 Sobre las normas procesales específicas para la ADI (arts. 17 a 26)

Ya nos referimos a muchas de ellas más arriba; por razones de espacio nos detendremos solamente sobre tres cuestiones: (i) Legitimación, (ii) Costas y (iii) Cautelares.

4.2.1 Legitimación

Siguiendo el criterio ya expresado sostenemos que cualquier limitación a la legitimación de esta verdadera acción popular que el mismo TSJ podría impulsar de oficio hubiera resultado inconstitucional, y por eso aplaudimos la legitimación amplísima sostenida por la ley que incrementó la reconocida previamente por el TSJ, que sigue desconociendo la legitimación de la Defensoría del Pueblo para plantear la inconstitucionalidad de las leyes.

La ley reglamentaria reconoce legitimación a las personas físicas, jurídicas, a la Defensoría del Pueblo de la CABA y a todos los organismos del Ministerio Público. La legitimación no pudo ser mayor y lo celebramos. La definición de personas jurídicas comprende tanto a las de carácter público como a las de carácter privado¹³³. En nuestro medio son personas jurídicas de carácter público el Estado Nacional, las Provincias y los Municipios, las entidades autárquicas y la Iglesia Católica. Mientras que tienen carácter privado las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar, y las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar (conf. art. 33 CC).

Y todas ellas están legitimadas para interponer la ADI a excepción del Estado Nacional y el de otras provincias y municipios pues-

133 Conf. art. 33 C.C.

to que encuentran en los arts. 116 y 117 de la C.N. un obstáculo insalvable.

Esto significa que tanto las comunas como el Poder Ejecutivo de la CABA están legitimados, para no decir obligados, a interponer una ADI cada vez que descubran una norma general inconstitucional que no estén en condiciones de derogar por sí y ante sí.

Tal como lo señala GORDILLO¹³⁴, al analizar la situación de la Administración frente a la ley inconstitucional en el orden nacional, cabe recordar que la Procuración del Tesoro de la Nación entendió que si bien el Poder Ejecutivo no puede derogar leyes ni declarar su inconstitucionalidad y está obligado a cumplirlas, también "...Es patente que, por tanto, el Poder Ejecutivo puede y debe examinar la validez de la ley; y si considera que ella es inconstitucional puede... adoptar cualquiera de las siguientes actitudes: a) Ejercer ... el derecho de veto. b) *Plantear su inconstitucionalidad ante el Poder Judicial de la Nación en los casos y bajo los procedimientos judiciales establecidos.* c) Promover su derogación..."¹³⁵. Agrega GORDILLO que el cumplimiento de la norma inconstitucional por el Poder Ejecutivo mientras impulsa alguna o la totalidad de estas tres opciones es la tesis dominante, y agrega que "...la exacerbación reglamentarista del Poder Ejecutivo y sus órganos dependientes... no puede ni debe llevar a una 'obediencia' ciega de la propia norma ilegal o inconstitucional. Una cosa es cumplir la ley aunque fuera inconstitucional, y otra muy distinta pretender 'cumplir' lo que no es sino el resultado del propio libre ejercicio de arbitrio no sujeto a control. El reglamento antijurídico no puede cumplirse sin incurrir en responsabilidad".

Si esto es lo que se considera en el orden nacional, en el que no existe una ADI ni una ley como la 402, con mayor razón es aplicable en el orden local, en el que existen estos mecanismos que habilitan al control abstracto de (in)constitucionalidad. Sólo habría que agregar un cuarto supuesto no incluido en el dictamen citado ni en la opinión del maestro GORDILLO por no existir en el orden nacional. Y éste es cuando una ley es declarada inconstitucional por una ADI y la Legislatura la ratifica. En tal supuesto, el Poder Ejecutivo debería optar por no cumplirla amparándose en los efectos de la

134 GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, T° I, VII-31 8, 5ª edición, Bs. As., Fundación de Derecho Administrativo.

135 Dictámenes 72:137 (5/II/60); 67:189 (22/12/58); 64:100 19/2/58. El destacado es nuestro.

cosa juzgada de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad; de lo contrario tanto el Estado como el funcionario que las ejecutara serían responsables de las consecuencias de la ejecución de la ley inconstitucional (art. 56 CCABA).

Es por todo ello que sostenemos que el Poder Ejecutivo está legitimado para interponer la ADI y para remover la ley repugnante a la Constitución, que de lo contrario se vería obligado a aplicar contrariando su obligación de respetar y hacer respetar las Constituciones local y nacional ¹³⁶.

4.2.2 *El régimen de costas*

No compartimos el criterio sostenido por el art. 25 de la ley 402 que establece un régimen de costas en el orden causado con independencia del resultado del proceso apartándose del principio de la derrota universalmente aceptado ¹³⁷.

Tampoco coincidimos con la necesidad de una exención de tasa de justicia como la prevista en el art. 26 de la ley reglamentaria, puesto que hubiera alcanzado con determinar que se tributa la correspondiente a juicios con valor indeterminado, que siempre fue un monto accesible, siendo que existe además la posibilidad de iniciar un beneficio de litigar sin gastos para quienes no pudieran pagarlo.

Entendemos que estamos, en la mayoría de los casos, frente a una acción altruista pensada en favor del bien común que debiera alentarse, y eso no se lo hace castigando a quien la promueve o a sus letrados, verdaderos trabajadores del Derecho, privándolos de una adecuada compensación por su labor profesional que es también un derecho de raigambre constitucional (art. 14 bis C.N. y art. 43 CCA-BA).

Creemos que cuando el Estado crea una norma inconstitucional dejada sin efecto por una ADI debe hacerse cargo de los gastos que

¹³⁶ Arts. 98 y 105 inc. 2 CCABA.

¹³⁷ Coincide de una manera atenuada con este criterio el proyecto reglamentario CARAM donde se distingue el régimen de costas, aplicando el principio objetivo de la derrota cuando se trate de una persona física o una jurídica defensora de los derechos e intereses colectivos. En cambio, cuando el actor fuera la Defensoría del Pueblo, la auditoría General o el Ministerio Público, éstos sólo podrían ser condenados en costas en caso de temeridad. Siempre el TSJ podría eximir de costas (art. 34).

se ocasionaron, empezando por los honorarios razonables de los abogados intervinientes. Lo decimos sin pudor y en defensa de nuestra profesión y como una forma de reconocimiento a colegas como GORDILLO¹³⁸ o GIL DOMÍNGUEZ¹³⁹, que en forma desinteresada dedicaron horas a defender la Constitución de leyes que nos perjudicaban a todos. Lo mismo cabe decir en relación a los abogados del Estado que muchas veces defienden a la Norma Fundamental sosteniendo los actos de la Administración o las leyes de la Legislatura cuando son atacadas por intereses espurios. No queríamos pasar por alto la cuestión.

4.2.3 Las medidas cautelares

El TSJ hasta el presente no hizo lugar a ninguna medida cautelar en una ADI basado en el carácter abstracto de la acción¹⁴⁰. Nosotros creemos que tales medidas procederían aun cuando se estuviera frente a una cuestión abstracta en todos los casos en que procede la suspensión de los actos administrativos por aplicación supletoria del art. 189 del CCAyT (conf. art. 2 ley 402). Ello es cuando la ejecución del acto cuestionado pudiera causar graves daños, y fuera de inconstitucionalidad manifiesta o su ejecución causare mayores perjuicios que su suspensión.

Imaginemos una ley que disponga en forma intempestiva cerrar todos los hospitales y/o todas las escuelas públicas y privadas de la CABA, o que transforme a todas las calles en peatonales, o que impida la circulación de los ciudadanos por barrios enteros; o un decreto que fije un impuesto al aire o al paso poniendo un podómetro a cada ciudadano; o una disposición que los triplique, u otra que disponga la construcción de depósitos de residuos nucleares subterráneos en todas las intersecciones de avenidas de la CABA, exceptuando aquellas por donde pasa el subterráneo; o una ley que le imponga a quienes no puedan pagar el servicio de salud la donación de un órgano cada cuatro consultas impagas hasta llegar a la ablación final o tantos otros absurdos, crueldades y/o injusticias que podríamos imaginar y que no queremos escribir para evitar sugerir malas ideas. No

138 Expte: 1867/02 “Gordillo, Agustín Alberto c/GCBA y otro s/ADI”.

139 Exptes: 2671/03, 5296/07, 5155/07.

140 Causas: 4681/06, 52/99, 60/99, 81/99, 386/00, 826/01, 1268/01, 1542/02, 2309/03, entre otras.

hay duda de que cualesquiera de estos supuestos serían claramente inconstitucionales y que deberían ser suspendidos mediante una medida cautelar hasta que se dictara sentencia definitiva en la ADI.

Ante estas situaciones inimaginables frente al escenario tristemente familiar de multitudes golpeando las puertas de las instituciones desnaturalizadas o cerradas o sin recursos, Asambleas Populares en los barrios debatiendo qué hacer o gritando ¡Qué se vayan todos ! sin saber a dónde y en tal caso cómo se organizaría la salud o la educación o cómo se resolvería el conflicto en cuestión, ¿podría el Tribunal esperar los traslados, audiencias, publicaciones, presentaciones de *Amicus Curiae* etc. para suspender la vigencia de semejantes arbitrariedades? ¿Podría esperarse que millones de amparos resuelvan la misma cantidad de casos particulares? ¿Cómo se atendería la situación de aquellos que desconocen los mecanismos del control difuso o que no pueden acceder a su utilización? ¿Por qué tenemos que recurrir a los extremos para entender lo simple?

Sostenemos que proceden las cautelares en la ADI y señalamos que de los seis proyectos de leyes reglamentarias cuatro las preveían, aunque con carácter excepcional ¹⁴¹, uno sin mencionar tal carácter ¹⁴² y el sexto ¹⁴³, que constaba de un único artículo a ser agregado al CCAyT, sostenía que resultaría aplicable lo dispuesto en dicho cuerpo normativo sobre la materia, es decir que serían procedentes si se cumpliera con los requisitos del art. 189 del CCAyT.

El régimen de la ley 402 admite las cautelares. Lo hace en forma expresa en su art. 14 (aplicable a la acción declarativa de atribuciones o competencia que son acumulables con las ADI -art.13 inc. a ley 402-) y por lo tanto están previstas en las ADI acumuladas con dicha controversia y si lo están en éstas bien puede aplicarse el mismo criterio a las ADI no acumuladas a otro proceso.

Consideramos que las cautelares proceden en las ADI con los recaudos propios del CCAyT o del art. 14 de la ley 402 el primero de aplicación subsidiaria y el segundo de aplicación analógica cuando no directa en el caso de la acumulación señalada. También creemos que el TSJ podría y hasta debiera iniciar ADI de oficio y que también podría disponer medidas cautelares sin necesidad de petición

141 Art. 17 proyecto de BELLOMO y arts. 13 de los proyectos de ZAFFARONI, FLEITAS y PIERINI.

142 Proyecto CARAM N° 199902226 art. 25.

143 Proyecto de SUÁREZ Lastra N° 199900604.

de parte cuando fueran indispensables para evitar un daño de imposible o dificultosa reparación ulterior (p.ej. la pérdida de una o más vidas u otros daños irreparables no tan graves) o para evitar que una probable sentencia favorable resultare ineficaz.

5. La construcción de un nuevo esquema conceptual referencial y operativo

Con base en todo lo antedicho, teniendo en cuenta el carácter de verdadero anticuerpo del ordenamiento jurídico de la ADI, que actúa en defensa de las normas generales inconstitucionales autoinmunes que lo agreden, se puede construir un Esquema Conceptual Referencial y Operativo que lo rija basado en las siguientes premisas:

5.1 La CCABA incluyó la ADI dentro del diseño del gobierno de la CABA como una atribución (facultad-deber) del TSJ y no como una mera cuestión de competencia.

5.2 La ADI es una acción y una garantía de y para la Constitución. Constituye un mecanismo ciudadano propio de la democracia participativa y como tal no puede ser restringido ni limitado por vía reglamentaria o pretoriana mediante requisitos negativos de procedencia no previstos expresamente en la Constitución. En cambio sí podría por cualquiera de esas dos vías, según fuera el caso, ampliarlo a situaciones que si bien no están expresamente contempladas en el texto constitucional se derivaran del carácter republicano, democrático y participativo de nuestro gobierno y de la obligación de todas las autoridades de respetar y hacer respetar la Constitución como *podría ser el caso de las omisiones administrativas o legislativas*¹⁴⁴ *que son tan nocivas como las normas generales inconstitucionales.*

5.3 Mediante la ADI, frente a las omisiones en materia de Derechos Humanos, se deberían dictar medidas generales tendientes a garantizarlos en los términos de los arts. 1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica.

5.4 La ADI constituye uno de los canales de participación ciudadana y de descentralización (al poder ser promovidos por las comunas contra una resolución del Jefe de Gobierno) institucionalizado por la CCABA.

144 Ya nos referimos en el punto 3.3.1.4 a esta cuestión ya ahí nos remitimos.

5.5 La ADI puede ser promovida por cualquier autoridad de la Ciudad (a excepción de la que pudiera derogarla) en el ámbito de sus atribuciones y competencias específicas, incluido el TSJ, que podría actuar de oficio.

5.6 Dada la naturaleza predominantemente altruista de la ADI, que excede el interés personal de quien la interpone, en caso de duda hay que estar por la procedencia de la acción (*in dubio pro actione*) la que una vez iniciada debería tramitar hasta su finalización, y en caso de desistimiento la acción debería continuar en cabeza del Ministerio Público ¹⁴⁵ o de oficio por el TSJ. Además, todos los defectos formales resultan subsanables, incluso de oficio .

5.7 La sentencia tiene los efectos propios de toda sentencia declarativa de certeza con alcance *erga omnes*. Sin perjuicio de ello, produce también la derogación de la norma inconstitucional con la excepción de las leyes ratificadas por el sistema del reenvío. En tales casos no se produciría la derogación aunque subsistirían los efectos *erga omnes* de la cosa juzgada declarativa de inconstitucionalidad.

5.8 El control difuso y el concentrado de (in)constitucionalidad son dos subsistemas que integran el sistema de control de (in)constitucionalidad. La sentencia haciendo lugar a una ADI debe acatarse en el control difuso posterior. En tales casos los jueces competentes deberían limitarse a juzgar las implicancias de la inconstitucionalidad ya decretada y firme en la relación jurídica particular sometida a su examen pero no podrían volver a juzgar lo ya juzgado es decir la inconstitucionalidad de la norma general.

5.9 El control concentrado contrariamente a la jurisprudencia del TSJ admite la presentación de un caso concreto y la acumulación de pretensiones condenatorias.

5.10 Es una obligación esencial del TSJ garantizar que sus sentencias no resulten burladas por la realidad, y por lo tanto deben decretarse medidas cautelares para garantizar su eficacia o para evitar perjuicios irreparables o de muy dificultosa reparación ulterior.

5.11 En el caso de ser posibles dos interpretaciones de las cuales una traiga como consecuencia la vigencia de una ley inconstitucional y la otra su derogación, hay que estar por esta última porque

¹⁴⁵ Dentro de cuyas obligaciones está la de defender la constitucionalidad y legalidad (art. 125 CCABA, art. 29 incs. 2, 5 y 6 de la ley 1903).

es obligación del TSJ velar por el respeto de su Constitución, como corresponde a un Estado de Derecho.

5.12 Las sentencias de las ADI son revisables por medio del recurso extraordinario cuando hay cuestión federal suficiente o sentencia arbitraria.

Pensamos que siguiendo estas premisas y las desarrolladas en el resto del presente trabajo se podría ampliar el estrecho pasillo por donde hoy circula encorsetada la ADI. Ello constituiría una contribución a la construcción de un ordenamiento jurídico más acorde con la Constitución local, profundizaría el carácter participativo de nuestra democracia y daríamos nuevos pasos hacia una sociedad donde resulte más reconfortante la vida.

Creemos que los criterios aquí expuestos están en consonancia con la intención de los constituyentes y la finalidad de la Constitución de asegurar al pueblo de la CABA el cumplimiento del mandato expreso "...de afirmar su autonomía, organizar sus instituciones y promover el desarrollo humano en una democracia fundada en la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia y los derechos humanos, reconociendo la identidad en la pluralidad, con el propósito de garantizar la dignidad e impulsar la prosperidad de sus habitantes y de las mujeres y hombres que quieran gozar de su hospitalidad..."¹⁴⁶, para lo que resulta indispensable remover las normas generales y las omisiones inconstitucionales que como buenas hijas del abuso de poder constituyen una enfermedad autoinmune que amenaza al bienestar general, a la libertad individual y al Estado de Derecho.

146 Preámbulo de la CCABA.

Bibliografía

Agustín A. GORDILLO, *La administración paralela: el parasistema jurídico-administrativo*, 1982, Primera edición, Madrid, Civitas (3ª Reimpresión, Madrid, 2001).

Agustín A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, 8ª ed., 2004, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo.

Alejandro NIETO, Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *El derecho y el revés: diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, 1998, Barcelona, Ariel.

Ariel CAPLAN, “El amparo colectivo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en Mabel DANIELE, Directora, *Amparo en la Ciudad autónoma de Buenos Aires*, 2008, La Plata, Platense.

Carlos F. BALBÍN, Director, *Código contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires, comentado y concordado*, 2003, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Carlos S. NINO, *Un país al margen de la ley*, 1992, Buenos Aires, Emecé (reedición: Ariel, Barcelona, 2005).

Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, *El problema contemporáneo de la libertad*, 1945, Buenos Aires, Kapelusz.

Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE *Manual de Derecho Constitucional*, 1956, Buenos Aires, Kapelusz.

Enrique Pichon-Riviere, *Del Psicoanálisis a la psicología social*, 1971, Buenos Aires, Galerna.

Germán J. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, 2001, Buenos Aires, Ediar, T. I, II, III.

Guido CALABRESI, *Ideals, beliefs, attitudes and the law: Private Law Perspectives on a Public Law Problem*, 1985, NY, Syracuse University Press.

Guillermo A. MUÑOZ y Carlos Manuel GRECCO, *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo*, 1999, Buenos Aires, Ad-Hoc.

Guy DEBORD, *El Planeta Enfermo*, Barcelona, Anagrama, Colección Argumentos.

Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, comentada*, 1996, Santa Fe, Rubinzal.

Inés A. D'ARGENIO, Directora, *Ejercicio de la función pública, ética y transparencia*, 2007, La Plata, Platense.

Jaques DERRIDA, *Fuerza de Ley*, 1ª impresión, 1997, reimpresión en 2002, Madrid, Tecnos.

Jaques DERRIDA, *La Razón del más fuerte-¿Hay Estados canallas?*, 2005, Madrid, Trotta.

Mabel DANIELE, “Acción declarativa de inconstitucionalidad en el ordenamiento de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en Juan Carlos CASSAGNE, Director, *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, 2007, Buenos Aires, La Ley, T. II, Capítulo duodécimo.

María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 3 ed. act. y amp., 2005, Buenos Aires, La Ley.

Osvaldo A. GOZAÍNI, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y anotado*, 1ª edición T. II, 2002, Buenos Aires, La Ley.

Raúl G. FERREIRA, *La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires*, 1997, Buenos Aires, Depalma.

Raúl G. FERREIRA, *Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías*, 2001, Buenos Aires, Ediar.

Roberto GARGARELLA, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, 2008, T. 1 y 2, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

“Tras el amparo porteño: el desafío de reglamentar sin restringir”, Ariel R. CAPLAN, Fernando LODEIRO MARTÍNEZ y Guillermo SCHEIBLER, La Ley 2006-D, 1052.

Abreviaturas utilizadas

ADI: Acción/es Declarativa/s de Inconstitucionalidad prevista/s en el art. 113 inc. 2 de la CABA

CABA: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

CSJN: Corte Suprema de Justicia

CN: Constitución Nacional

CC: Código Civil

ECRO: Esquema conceptual referencial operativo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia