

NOTA PRELIMINAR

El tema que he escogido para este libro: “*acción declarativa de inconstitucionalidad*”, es la nominación existente en la Constitución de la Provincia de Córdoba y a la que, de aquí en adelante denominaré como “*pretensión declarativa de inconstitucionalidad*”, pasando del control de constitucionalidad concentrado al difuso, que es el sistema más adecuado, para la *tutela judicial efectiva* de los *derechos fundamentales*, o *derechos naturales* o, como ahora se los denomina, *derechos humanos*.

Haré referencia concreta de la doctrina y jurisprudencia, para comprender la evolución del instituto, desde el ámbito del Derecho Constitucional, Derecho Público Provincial y Municipal, Derecho Procesal, Derecho Internacional Público, Derecho Administrativo y, en especial, de la Filosofía del Derecho que, con sus aportes en temas de *valores, principios, ética jurídica y derechos fundamentales*, resultan necesarios para comprender el concepto y finalidad del nuevo paradigma de la *tutela judicial efectiva*, que es el principal avance del desarrollo del *constitucionalismo contemporáneo*, al que así prefiero denominar, en lugar de *neoconstitucionalismo*, dado que se trata de avances del constitucionalismo clásico, que superan el positivismo legal, para ingresar al Estado Constitucional de Derecho, en base a criterios morales, valores y principios generales del derecho, que con su correcta interpretación y aplicación, se concentra en el principio de *tutela judicial efectiva*.

La elección de este tema, se debe a que la llamada *acción declarativa de inconstitucionalidad* (que es una “*pretensión*” procesal), como competencia originaria y exclusiva del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (sistema concentrado), surgió hace cien años, más precisamente con la Reforma Constitucional de 1923, cuando en Europa comenzaba a instalarse la idea de un Tribunal, Consejo o Corte Constitucional, de control de constitucionalidad externo

al Poder Judicial y *concentrado*, distinto a nuestro sistema de control de constitucionalidad, que interno en el Poder Judicial y *difuso* dado que la función jurisdiccional constitucional la ejercen todos los jueces.

La llamada *acción declarativa de inconstitucionalidad* (ADI), como lo recepta la Constitución de Córdoba (artículo 165, inciso 1^a, apartado “a”), desde el punto de vista del Derecho Procesal, conceptualmente es una *pretensión*, cuyo objeto y fin es la declaración de invalidez de una norma inconstitucional, e incompatible con el principio de *supremacía constitucional* (art. 31 de la Constitución Nacional [CN]).

En la Provincia de Córdoba, se interpone en un *caso concreto*, en donde se cuestiona una norma o acto con efectos generales, que se impugna por ser inconstitucional, lo que primero fue con respecto a normas de la Constitución de Córdoba, lo que luego se extendió a derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, en una suerte de mutación por adición, de manera que quedó encuadrada en la definición del caso constitucional, en los términos del art. 116 de la CN.

Ubico al instituto en el sistema de control de constitucionalidad *difuso*, pese a la existencia de controles atípicos a nivel provincial, que resultan incoherentes con nuestro sistema de control de constitucionalidad *difuso*. Esta incoherencia sistémica, con elementos propios del sistema concentrado, configura un error conceptual, al cual me referiré específicamente, mediante un estudio previo de los distintos sistemas y modelos de control de constitucionalidad que existen en el derecho constitucional comparado, para precisar conceptos y evitar antinomias.

Ese estudio lo culminaré con los fundamentos de la función jurisdiccional constitucional del Poder Judicial, propia de todos sus jueces, y un estudio lingüístico y de sintaxis castellana, sobre la nominación que registra la Constitución de Córdoba y su jurisprudencia, en cuanto se basa en la *acción meramente declarativa de certeza*, que configura otro error conceptual en cuanto al objeto y fines de la *pretensión* directa de inconstitucionalidad.

Asimismo, pondré especial énfasis en señalar el carácter de *orden público* que tienen las normas constitucionales preceptivas, orgánicas y programáticas y su relación con el reparto ejemplar de

competencias supremas que regula la CN y que prevalecen sobre las normas provinciales (constitucionales, legales y actos administrativos de alcance general).

También será objeto de este estudio: la prohibición de dictar opiniones consultivas; sobre el falso presupuesto de “*incertidumbre*” de la relación jurídica, para que proceda la pretensión declarativa de inconstitucionalidad; sobre el carácter *preventivo* de la sentencia; el carácter de *orden público* indisponible de las normas constitucionales; la declaración de inconstitucionalidad *por omisión* y de *oficio*; las legitimaciones *activas* y *pasivas*; y, sobre los alcances de la sentencia.

Demostraré que la competencia *originaria* y *exclusiva* atribuida al TSJ de Córdoba, para conocer y resolver los casos concretos de acción declarativa de inconstitucionalidad, está superado en la doctrina, además de ser anti sistémico, al no asegurar la administración de justicia con la función jurisdiccional constitucional de todos los jueces, como lo exige nuestro sistema de control de constitucionalidad *difuso*. A ello se suma otro error, cual es aplicar el proceso de la *acción declarativa de mera certeza* (art. 422 del CPCCN y 413 del CPCC), cuyo objeto y requisitos, son diferentes a los que requiere la pretensión o acción directa de inconstitucionalidad.

Analizaré la evolución de la revisión jurisdiccional de los actos administrativos discrecionales, de reserva de la administración y de las llamadas “*cuestiones políticas*” que se dicen “no revisables”, en función de los derechos políticos que recepta la CN y su relación con la llamada “*acción popular*”.

Debo agradecer lo valiosos aportes y cambios de ideas que dieron mis maestros, los profesores Dr. Guillermo Becerra Ferrer, Dr. Pedro J. Frías y el Dr. Domingo Juan Sesín, lo que me ha permitido avanzar y terminar este libro, con el que trato de forjar una herramienta útil para la enseñanza del Derecho Procesal Constitucional y la defensa de los derechos fundamentales o derechos naturales, hoy denominados *derechos humanos*.

Este libro tiene como principales destinatarios, a los estudiantes, abogados y docentes de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derecho Administrativo, en cuanto a su formación como operadores jurídicos en el control de Estado y encuentren una herramienta útil, simple, que los tenga actualiza-

dos en todo lo que se refiera a los valores y principios que conforman el nuevo paradigma de *tutela judicial efectiva*, para cumplir el fin liminar del Estado Constitucional de Derecho *afianzar la justicia*, con razón práctica discursiva alexiana.

Las afirmaciones de Alexis, en materia moral, conllevan a una confianza destacable que deposita en una suerte de *código de razón práctica*, constituido por veintiocho reglas que orientan el discurso argumentativo procedimentalmente, garantizando que se puedan responder racional y correctamente problemas o preguntas *prácticas* sobre lo bueno o lo malo, lo justo o lo injusto, lo correcto o lo incorrecto.

Ese diálogo racional discursivo o argumentativo, lo constituye *la pretensión de corrección* que acompaña toda aseveración humana y, para ello, podemos dividir a las veintiocho reglas, en dos grupos:

- a) las reglas válidas para toda argumentación práctica racional: no contradicción, universalidad, claridad lingüística y conceptual, verdad empírica, atención por las consecuencias y ponderación o razonabilidad; y,
- b) en un segundo grupo en el plano de la argumentación: las ideas de libertad e igualdad entre las personas, siendo las más importantes: quien puede hablar puede tomar parte en el discurso; todos pueden problematizar cualquier aserción; todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso; todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades; y, a ningún hablante puede impedírsele ejercer esos derechos por coacción externa o interna.

A modo de síntesis, se puede afirmar que, en el discurso argumentativo, lo que realmente opera es un procedimiento de negociación y de toma de decisiones, lo que así puede apreciarse en las deliberaciones de los tribunales colegiados, como acto previo de la sentencia.

Dicho procedimiento argumentativo, es el que debe presidir todo estilo de vida democrática y es el que debemos pensar juntos, para la defensa del sistema de los derechos fundamentales, en especial contra todos los abusos que cometen tanto los gobiernos autocráticos o hegemónicos, como las corporaciones o poderes económicos y sociales dominantes, como así también de los actos de corruptela activa y pasiva, que desnaturalizan nuestro sistema republicano de gobierno y atentan contra los sectores más vulnerables (personas en

situación de calle, niños, ancianos, discapacitados, pobres por debajo de la línea de sustentación, desocupación, carencia de necesidades básicas para una vida digna, carencia de medicinas, de protección a la vida y la salud y falta de vivienda y alimentación).

La *moral* o la *corrección*, operan como un límite que circula por el derecho, a través de los *principios*. Para su aplicación, se requieren *ponderaciones* y no silogismos (como en la hipótesis de reglas), como la aplicación del principio de *proporcionalidad* (la intervención debe procurar el fin constitucional; ser la menos gravosa entre las disponibles; y, debe compensarse o equilibrarse con beneficios) y, en el caso extremo de que prosiga la duda, cuando se cuestiona la constitucionalidad de una ley, se debe privilegiar lo establecido por el legislador o autoridad democrática.

No hay un Estado Constitucional de Derecho, sin un sistema político democrático y republicano, en que las instituciones hayan seguido la evolución del pensamiento filosófico, con fundamento en el diálogo o dialéctica de Platón, en donde los poderes políticos (Ejecutivo y Congreso), interactúan desde posiciones contrarias, donde el oficialismo y la oposición van de la tensión de los opuestos a la síntesis, que no siempre se concreta en buenos resultados técnicos, pero que, es la mejor manera de *convencer* y lograr equilibrios que contengan soluciones para una sana convivencia en sociedad. Ello no ocurre, cuando no se garantiza la libertad de expresión y todo se impone, sea a fuerza de mayorías automáticas o legitimidades fugaces, donde se congela la realidad, por la miopía política.

Para conocer la realidad social, con mayor precisión, se requiere del diálogo enriquecedor entre todas las fuerzas políticas, para aportar la mejor solución a las diversas necesidades de la población, con leyes que resulten válidas, sin lagunas, indeterminaciones, falta de claridad, antinomias o contradicciones que dificultan su aplicación, tanto más, cuando son la causa de la violación de derechos humanos, que, en definitiva, deben dar lugar a su revisión judicial.

Esa revisión, por la vía del control de constitucionalidad, debe ser atribuida como competencia a todos los jueces (control difuso), y no solo a algunos -sin que nada lo justifique-, dado que, conforme al constitucionalismo contemporáneo, todos los jueces deben aplicar el Derecho y no solo la ley, dando oportunidad para el libre acceso a la justicia, con procesos judiciales simples (sumarios, por ser de puro

derecho), con amplitud de legitimación activa y pasiva, para obtener una sentencia que declara la invalidez de la norma cuestionada, pero que, en caso que cause agravio, permita hacer uso del *derecho a recurrir* y, en consecuencia, debe estar regulado el trámite a seguir en *doble instancia* y, en su caso, de la vía del recurso extraordinario, que, como sabemos, no es una instancia, sino solo la revisión del Derecho aplicado. Para estas vías recursivas, debe garantizarse que los tribunales colegiados, obren como tales, y no en forma unipersonal (como solución impuesta presupuestariamente o por comodidad), dado que es relevante la *deliberación o diálogo* jurídico entre los integrantes del tribunal, por ser ésta la finalidad de ser, que tiene como órgano *colegiado*, lo que hará posible una mayor precisión en la decisión, lo que así sucede con una interpretación de las normas, que se base en valores, principios y directivas constitucionales. Dicha sentencia, debe ser ejecutables, para que exista realmente una *tutela judicial efectiva*, que cumpla con el fin liminar del Estado de *afianzar la justicia*, con independencia e imparcialidad de los jueces.

Sin conocer los derechos, ni los instrumentos para defenderlos, mal podemos vivir en libertad. El principal enemigo de ese estilo de vida, es la permanencia en la *ignorancia* o falta de educación para poder defender los derechos, que son los condicionantes que nos permiten ser hombres libres, para convivir con dignidad y sentido *ético*.

Los valores de la democracia argentina, son tradicionales, porque tienen raíz histórica, entre otras, en las ideas sociales que fueron sancionándose progresivamente, desde los primeros proyectos legislativos de Joaquín V. González, a principios del siglo XIX, que dieron lugar a la progresividad de los derechos sociales, que se han ido enriqueciendo, con algunas interrupciones que siempre se superan, porque son valores que siempre han tenido una línea suficiente de realización favorable, porque están ínsitos en la condición humana, como *derechos naturales*, que dieron nacimiento a los derechos fundamentales reconocidos expresa o implícitamente por la CN.

La hermenéutica constitucional, tiene un aliado en la obra de Alexy, en cuanto sostiene que la estructura de la argumentación contiene la estructura de la justicia, "*libertad e igualdad de las personas, y neutralidad y objetividad de los argumentos, son los elemen-*

tos fundamentales de la teoría discursiva de la justicia"². La justicia alexyana, tiene por objeto la *corrección*, en la distribución y en la compensación, procurando un *equilibrio racional* entre los derechos individuales de libertad y los derechos sociales fundamentales.

Las creencias democráticas y la forma democrática de convivencia, son las que han prevalecido, superando los antagonismos y las luchas, muchas veces armadas y violentas, y han llevado la delantera, aglutinando consensos, para convertirse en elementos y fuerzas de nuestro batallar cultural complejo, a veces contradictorio, pero que perduran, como lo demuestra nuestra democracia viviente y en facetas de crisis, que deben reencausarse en favor de la *dignidad* del hombre y no en favores o prebendas que lo denigran y sumergen en nuevas esclavitudes.

Por otra parte, no olvido que, en la problemática en estudio, también se ubican las teorías jurídicas, como el peso que tuvo y que todavía tienen en nuestra cultura jurídica los *iuspositivismos*, en particular la teoría pura del derecho de Hans Kelsen; sin embargo, hoy ocupan un lugar destacado en la filosofía jurídica, autores que están distantes de aquellas tesis, en una actitud superadora, más acorde con la *realidad jurídica*.

Se impone construir un verdadero Estado de Derecho Constitucional (EDC), para lo cual se impone encarar reformas institucionales y normativas que requiere la instalación de un nuevo paradigma de *tutela judicial efectiva*, lo que sin dudas traerá resistencias, críticas y nostalgias. Es hora de ir más allá con los ajustes y correcciones que impliquen una tutela judicial efectiva, como función jurisdiccional constitucional que deben cumplir todos los jueces, poniendo fin con la atribución de competencias *originarias* y *exclusivas*, en un órgano judicial supremo provincial, cuya elección de sus miembros, no sigue el procedimiento de concurso público y abierto, para cubrir con los mejores juristas la función jurisdiccional constitucional, por lo que se corre el riesgo de que se politice y se produzca la neutralización del control.

El llamado Tribunal Constitucional del *positivismo* representa, pues, un modelo muy alejado de la otra gran construcción en el

² ALEXY, Robert, *Justicia como corrección*, en Doxa, n° 26 (2003), ps. 161/173.

plano técnico e institucional de una justicia constitucional, que es más independiente del plano político y más cercano, ideológica y culturalmente, al control difuso de constitucionalidad. Cabe aclarar que, salvo el aspecto estructural de jurisdicción concentrada y algunos otros de carácter procesal, los actuales Tribunales Constitucionales, tienen una tendencia de control de constitucionalidad, que, en la actualidad, responde más al esquema norteamericano de la *judicial review*³.

Son varias las transformaciones relevantes sufridas por el primitivo *modelo austríaco*, pero tal vez el elemento más decisivo que expresa el abandono de la óptica kelseniana, que más llama la atención, se cifra en el contenido mismo del texto constitucional, que ha dejado de ser una norma sólo organizativa o procedimental para convertirse en una norma que incorpora *principios, derechos y directivas*, a un texto constitucional, con plena fuerza normativa, que *materializa* los derechos, dando lugar a una justicia de constitucionalidad.

Con el constitucionalismo contemporáneo, la idea misma de Constitución, es entendida hoy, como fuente directa de *derechos y obligaciones* que nacen no de un Estado que se autolimita, sino de un poder constituyente que, como en el viejo contractualismo, diseña el artificio de una organización política que es limitada. Los *principios*, no despliegan su eficacia a través de la ley, sino que, cuando se cuestiona la validez de la ley, los principios operan en forma directa e independiente. Asumen la función de normas ordenadoras de la realidad, que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetros fundamentales de sus decisiones. Las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero sólo a través de una interpretación constitucional que efectúa este último, en función de todas las fuentes del Derecho y no solo de la ley.

En palabras de Luigi Ferrajoli, “*la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de*

³ Sobre esto llama la atención GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, 1 (1981), p. 46; también RUBIO, F., “La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho”, en *Revista española de Derecho Constitucional* 40 (1994), ps. 510 ss.

*la ley, cualquiera que fuese su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución”*⁴

A partir de ese concepto, la justicia constitucional de nuestros días entra en abierta pugna con la tradición legalista y con el absoluto e incondicionado respeto a la discrecionalidad del Congreso de la Nación o del Parlamento en Europa, que inspiró la primera construcción europea de un Tribunal Constitucional.

Un rasgo típico del constitucionalismo contemporáneo es la competencia que corresponde a los jueces ordinarios para que resuelvan los litigios a la vista de todo el ordenamiento jurídico, incluida la fuerza normativa o vinculante de la Constitución, en sus relaciones sociales horizontales de Derecho privado; contenido normativo que está formado por principios, valores, derechos y directrices, más o menos precisos, que siempre son relevantes, para ser aplicados en los casos concretos.

Por mucho que los principios y derechos suelen calificarse de vagos, inconcretos o porosos, lo cierto es que ofrecen pautas o estándares normativos allí donde antes sólo existía la discrecionalidad o el arbitrio político.

Apelo a vuestra benevolencia para superar los errores, que deben ser muchos, pero aclaro que he abordado el tema, con objetividad y honestidad, al margen de los condicionamientos ideológicos o extrajurídicos.

⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Introducción de P. Andrés, trad. de P. Andrés y A. Greppi, Trotta, Madrid, 2002, p. 26.