**LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD**

**Estudio cuantitativo**

***por Javier Indalecio Barraza [[1]](#footnote-1)***

El derecho incide en todos los ámbitos, por lo que es el eje de la vida social. Para decirlo de otro modo, todas las actividades están regidas por aquel.

Ahora bien ¿Cuál es el estado actual de la referida ciencia en la Argentina, en particular en la Ciudad de Buenos Aires? Para responder a esta pregunta es necesario observar sus instituciones, sus mecanismos de producción científica, la estructura y el sentido de sus productos.

Un dato revelador del estado de la ciencia jurídica en el ámbito local surge de la acción declarativa de inconstitucionalidad (ADI). Para ello, debemos recurrir a un producto científico: los fallos del Tribunal Superior de Justicia (TSJ), analizar la estructura de esas decisiones y examinar el sentido de tales pronunciamientos.

¿Cuál ha sido la epistemología que ha guiado al TSJ para contribuir al desarrollo o estancamiento de esta acción? ¿Qué política ha adoptado el referido Tribunal respecto de sus productos científicos? En definitiva, de la política de la ciencia que se adopte depende la filosofía que inspire a sus operadores. Cabe recordar, que una filosofía idealista concebirá a la ADI como una torre de marfil; una filosofía empirista fomentará la investigación experimental sin guía teórica y una filosofía pragmática menospreciará los contenidos teóricos.

En el caso, solamente una epistemología equilibrada fomentará el desarrollo de esta acción. De ahí, la importancia de conocer estas cuestiones.

La acción declarativa de inconstitucionalidad[[2]](#footnote-2) ha generado múltiples discusiones que van desde su inutilidad hasta aquellos que la consideran un instrumento solidario y altruista para fortalecer los sistemas de democracia participativa y la supremacía constitucional.

Por otra parte, los estudios sobre aquella no proporcionan datos cuantitativos que nos permitan medir su utilización por los distintos sectores de la comunidad, grado de éxito, en fin numerosas cuestiones que deben ser medidas y dilucidadas.

En otro orden de ideas, la utilización promiscua de esta acción por legisladores quienes no logran obtener los consensos necesarios en su ámbito específico, o por grupos empresarios para fines comerciales, ha hecho que el Tribunal Superior de Justicia optara por una fuerte restricción. En efecto, mediante mediciones cuantitativas, surge que el referido Tribunal en toda su existencia admitió solo trece acciones de las ciento ochenta dos que se han interpuesto. Para ser más claro, se ha realizado una medición desde el 1° de febrero de 1999 (inicio de las actividades del Tribunal) hasta el 1° de junio de 2015. Es decir, en 16 años, tan solo se hicieron lugar a 7,14% de las acciones.

# CONCEPTO

La acción declarativa de inconstitucionalidad es un instrumento jurídico concedido al ciudadano común para que pueda impugnar cualquier norma contraria a las disposiciones de la Constitución.

# FINALIDAD

La finalidad de este tipo de acción es:

1) mantener la supremacía constitucional,

2) crear conciencia constitucional

3) fortalecer la democracia participativa y

4) evitar la subsistencia y aplicación de normas contrarias al orden constitucional.

No obstante, estos fines no se han logrado, ya que el ciudadano común no interpone este tipo de acción, diría más aquel no está interesado en estas cuestiones[[3]](#footnote-3). Se podría decir que la acción declarativa de inconstitucionalidad es un instrumento útil, pero no utilizable.

En el presente trabajo, mostraré mediante datos cuantitativos, que el ciudadano común no utiliza esta acción. Diría más no está interesado en esta cuestión. Por otra parte, la utilización de esta acción ha sido utilizada por políticos, corporaciones empresarias, o profesionales, y siempre guiados por un interés patrimonial o personal.

# EL MÉTODO

La acción declarativa de inconstitucionalidad ha sido estudiada mediante el método cualitativo. La abundante bibliografía, artículos y comentarios a fallos nos enseñan el modo de interponerla, la legitimación y los distintos avatares y vicisitudes que ha debido transitar el TSJ para modelarla con los perfiles actuales.

Por otra parte, los estudios demuestran un fuerte sesgo positivista, basados en las previsiones de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la ley 402 que regula esta acción.

Teniendo en cuenta tales circunstancias, estimo que se debe realizar un estudio cuantitativo, a fin de disponer de cifras rigurosas y exactas que nos permitan responder a estas preguntas:

¿Cuántas ADI se interpusieron desde que inició sus funciones el Tribunal Superior de Justicia?

¿Cuántos ciudadanos comunes utilizaron esta herramienta jurídica? Me refiero a personas sin cargos electivos, que no son profesionales o que no cuentan con posibilidades económicas o financieras.

¿Cuántos legisladores interpusieron esta acción?

¿Cuántas empresas la utilizaron para la defensa de un interés propio? ¿Cuántas personas físicas presentaron esta acción para gestionar algo de tipo personal?

¿Cuáles son los temas que mayoritariamente se debatieron en esas presentaciones?

En definitiva, ¿Ha sido útil esta acción para el ciudadano común o ha servido para que los legisladores —cuando no logran los consensos necesarios en el ámbito específico— puedan cuestionar una ley?

¿Es necesaria esta acción para el ciudadano o ha sido una herramienta para que las empresas defiendan sus derechos?

¿Con el establecimiento de esta acción se fortalece el sistema democrático?

En suma, la falta de cifras nos impide hacer una medición exacta de esta acción. Lo que se impone es la matematización de las ciencias jurídicas.

Por otro lado, la acción declarativa de inconstitucionalidad parte de una premisa dudosa: promueve la participación de cualquier persona en el control de la acción de gobierno y permite el acceso jurisdiccional sin límites.

La idea es seductora y maravillosa, pero la realidad es con frecuencia devastadora.

La ley es producto de un acuerdo, luego de un debate de ideas. Es el instrumento fundamental para el orden y la convivencia social. La ley es sancionada por nuestros representantes, pues hemos adoptado el mecanismo de democracia representativa: el pueblo no gobierno ni delibera, sino por medio de sus representantes. En definitiva, acatamos la ley porque es el convenio de la mayoría. Ahora bien ¿Ese convenio puede ser cuestionado por una sola persona? Porque en definitiva la acción declarativa permite eso, que cualquier ciudadano cuestione una ley porque —según su parecer— no se adapta a los parámetros constitucionales o internacionales.

¿Puede esa persona objetar ese convenio que ha sido celebrado por sus representantes? ¿Cuál es el límite ético de un diputado que ha aceptado unas reglas y luego intenta cambiarla por otras vías institucionales?

¿No pierde el Estado su fuerza institucional si sus leyes pueden ser cuestionadas por cualquiera? Mucho más, ¿No pierde el Estado su fuerza institucional porque una persona en abstracto —tal el requisito de la acción— ha pensado que es lesiva para el orden jurídico? ¿En qué posición se coloca a la Legislatura?

El problema es mucho más profundo que permitir a un ciudadano que pueda cuestionar una ley.

En momentos en que el Estado y sus instituciones pierden su fuerza tutelar, donde todo se cuestiona y existe una dictadura del relativismo, aceptar este mecanismo institucional debe llevarnos a reflexionar. ¿Qué tipo de organización jurídico-institucional queremos establecer?

¿Con la acción declarativa de inconstitucionalidad no es un modo de hacerle perder universalidad a la ley? La ley puede ser cuestionable por cualquier vía, que va de la acción común a acciones popular. ¿Cómo creamos legitimidad si la ley puede ser cuestionada por vías directas, indirectas o canales informales? ¿Cómo creamos legitimidad si los mismos que hacen la ley —una vez vencidos en el ámbito de sus incumbencias— luego buscan otros mecanismos?

#  LOS ESCOLLOS DEL ANÁLISIS CUANTITATIVO

Realizar un análisis cuantitativo de este tipo de acción encuentra algunos obstáculos.

## El buscador del TSJ

En primer lugar, la base datos oficial del Tribunal de Superior de Justicia incluye la totalidad de las acciones en las que se ha tratado el tema, o donde se incluye la voz “acción declarativa de inconstitucionalidad”. Esta circunstancia hace que del cotejo de la base de datos oficial, la totalidad de acciones declarativas de inconstitucionalidad sea de 412. En realidad, el Tribunal ha tratado 182 acciones, el resto son cuestiones que incidentalmente abordaron la cuestión, pero no cabe tenerlas como acciones declarativas de inconstitucionalidad.

Por otra parte, dicho buscador no discrimina entre las medidas previas que emitió el TSJ y las sentencias definitivas.

Es decir, si se intenta saber mediante la página oficial la cantidad de sentencias que se pronunciaron sobre esta cuestión, no es posible saberlo.

Ni mucho menos la cantidad de sentencias, en las que se admitió este tipo de acción. En consecuencia, es preciso hacer una pesquisa caso por caso.

Tampoco es posible conocer la cantidad de diputados que han interpuesto este tipo de acción. En efecto, si se toma la carátula del juicio tan solo surge uno solo, pero si se examina el caso concreto, se observan múltiples actores (v.gr. casos Hourest –dos-, Bidonde –dos-, Brusca –cinco-, Olivetto –cinco-, Nadeo –trece-). Este es otro punto crucial, pues si se toma únicamente la carátula, se podría decir que en el caso de los políticos y diputados tan solo un 10,05% ha utilizado esta acción. Ahora bien, si se computan la totalidad de los actores el número asciende rápidamente, tal el caso “Nadeo”, en el que trece diputados los que interpusieron la acción.

## La calidad de los actores

Por otra parte, tampoco es posible conocer en su totalidad la calidad de los actores, esto es, a qué se dedican, si tienen título profesional, etc. Del examen cuantitativo realizado existe un 11,11%, cuya calidad es desconocida.

Asimismo, existen entidades o personas físicas que interpusieron varias acciones de este tipo, por lo que también resulta dificultoso conocer esta cuestión (v. gr. Asociación por los Derechos Civiles, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público). En efecto, el buscador nos brinda todo lo que se decidió, sin discriminar por tema, o por medidas previas, por lo que se hace preciso hacer un relevamiento manual. Esta tarea se dificulta, pues la carátula siempre es la misma y lo único que difiere es el número de expediente.

Por otra parte, consultada —mediante correo electrónico— la referida Asociación acerca de la cantidad de acciones que han interpuesto y el tema tratado, tal información no fue suministrada.

En suma, conocer la calidad de los actores es crucial, pues de esa forma podemos advertir si han interpuesto esta acción para el sostenimiento de los valores constitucionales, o bien si ha sido el instrumento para la gestión de un interés personal (v. gr. un docente que cuestiona una norma por una cuestión que le afecta su sueldo, o un arquitecto por una norma que no le permite construir y desplegar su actividad profesional).

#  UN PRIMER ANÁLISIS[[4]](#footnote-4)

Desde que inició sus funciones el Tribunal Superior de Justicia hasta el 1° de junio de 2015, se han interpuesto 182 ADI. En dieciséis años que lleva de funcionamiento el Máximo Tribunal local, se la admitió en trece oportunidades. Es decir, en un 7,14%. De esa admisión, se hizo lugar parcialmente en siete casos y solamente en seis casos se hizo lugar en forma total. Es decir, se admitió parcialmente la acción en un 3,84% , y en forma total en un 3,29%

Como se puede observar en el cuadro, mayoritariamente las acciones han sido rechazadas por las siguientes razones:

1) cuestiones formales,

2) intimación para que el actor explique o fundamente su presentación;

3) inacción del actor,

4) desistimiento;

5) declaración de incompetencia del Tribunal

6) porque la cuestión había devenido abstracta.

Lo que se puede advertir es que muy pocas acciones fueron admitidas, y las que fueron rechazadas el TSJ no entró a analizar la cuestión de fondo, sino que centró su accionar en aspectos formales.

## ¿Quiénes interponen la acción?

Un dato importante es que esta acción, concebida como una acción popular, para que el pueblo pueda participar y propiciar al sostenimiento de los valores constitucionales, no es tal. Así, los actores son mayoritariamente diputados (quienes tienen inmunidades y privilegios), corporaciones empresarias, empresas, abogados, o comerciantes. Es decir, el ciudadano común (el que carece de aquellas inmunidades y privilegios, el que no tiene poderío económico o no ostenta un título profesional) no ha interpuesto esta acción.

Del mismo modo, la mayoría de las sentencias revela que no se han interpuesto para el sostenimiento de los valores constitucionales, sino para gestionar un interés particular.

En el caso de los legisladores — según los datos consignados en el cuadro— parecería que esta acción es utilizada cuando no logran obtener los consensos necesarios en el ámbito específico de sus incumbencias. En consecuencia, recurren a aquella para obstaculizar la acción de gobierno, o ante la imposibilidad de aceptar su derrota en la arena política.

En el caso de los abogados también se nota una particularidad, parecería que utilizan esta herramienta jurídica para la gestión de un interés profesional.

En el caso de las empresas, la acción se interpone no para salvaguardar el interés general, sino para resguardar un interés sectorial específico.

En suma, la acción declarativa de inconstitucionalidad ideada para propiciar la participación del pueblo, del ciudadano común, paradójicamente su ejercicio ha sido llevado adelante por[[5]](#footnote-5):

— Comerciantes y empresarios (20,55%)

— Juristas (14,44%)

— Legisladores y políticos (10%)

— Sociedades comerciales (10%)

— Asociaciones civiles, ONG y fundaciones (8,33%)

— Corporación Empresaria (3,88%)

— Entidades sindicales (2,77%)

— Ministerio Público (2,77%)

— Profesionales -escribanos, arquitectos, contadores, periodista- (2,77%)

— Docentes para la defensa de su salario (2,22%)

— Empleados del GCBA (2,22%)

— Defensoría del Pueblo (2,22%)

— Banco (0,55%)

— Colegios Profesionales (1,66%)

— Jueces (1,11%)

— Taxista (0,55%)

— Militar (0,55%)

— Club (0,55%)

## Lo público y lo privado

Por otra parte, de las cifras consignadas también se puede advertir que la ADI ha sido utilizada mayoritariamente por el sector privado.

# CANTIDAD Y EVOLUCIÓN

En el Cuadro Nº 1 que se presenta, el número total de ADI es de 182, en tanto las que obtuvieron sentencia favorable, total o parcialmente son tan solo trece.

Por otra parte, si tomamos como referencia el total de sentencias pronunciadas por el TSJ, más de 9000[[6]](#footnote-6), en el período 1999-2015, se puede inferir que las ADI representan solo el 2,02% del total de los fallos del TSJ.

Por otro lado, las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la norma o acto cuestionado alcanzan solamente al 7,14 % del total de las presentadas. Esto demuestra un coeficiente de éxito muy bajo.

**CUADRO Nº 1**

**Cantidad de ADI presentadas y con sentencia favorable**

**1999–2015**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Año** | **Presentadas** | **Sentencia favorable** |
| 1999 | 55 | 1 |
| 2000 | 9 | 0 |
| 2001 | 9 | 2 |
| 2002 | 6 | 1 |
| 2003 | 7 | 1 |
| 2004 | 12 | 2 |
| 2005 | 5 | 0 |
| 2006 | 6 | 0 |
| 2007 | 15 | 3 |
| 2008 | 9 | 0 |
| 2009 | 9 | 0 |
| 2010 | 11 | 1 |
| 2011 | 11 | 0 |
| 2012 | 12 | 1 |
| 2013 | 3 | 0 |
| 2014\* | 3 | 1 |
|  | **182** | **13** |

\*El último fallo relevado data del 31 diciembre de 2014

En el Cuadro Nº 1 se advierte el ritmo descendente de las ADI, en particular después del primer año (1999), en el que se alcanzó casi un tercio del total.

Desde 2008 se visualiza un ritmo descendente más atenuado.

En el período (1999–2007) se presentaron 124 ADI, esto es, más de los dos tercios de estas acciones, y sólo un tercio en los últimos seis años.

**Gráfico Nº 1**



En el Gráfico Nº 2 se puede observar con mayor nitidez el ritmo descendente de las acciones que tuvieron acogida favorable: de las 13 exitosas, 10 corresponden al período 1999 – 2007, y sólo tres al posterior, coincidiendo con la modificación de la composición del TSJ.

**Gráfico Nº 2**



## Detalle del resultado de las acciones presentadas

En el Gráfico Nº 3, cuya escala es el número de acciones presentadas, se muestra que el 92,85 de las acciones fueron declaradas inadmisibles o se estableció la incompetencia del TSJ (93 entre ambos resultados), lo que implica que casi no tuvieron trámite.

Entre las que declararon la inconstitucionalidad es levemente superior el número de las acogidas en forma parcial, por sobre las exitosas totalmente.

**Gráfico Nº 3**



**CUADRO Nº 2**

**Detalle de las ADI presentadas**

|  |  |
| --- | --- |
| **Resultado** | Número |
| Inadmisible | 95 |
| Rechazo | 43 |
| Incompetencia  | 21 |
| Se hace lugar parcial | 7 |
| Abstracto  | 6 |
| Se hace lugar parcial | 6 |
| Caducidad | 2 |
| Desistimiento | 2 |
| Total | **182** |

## ADI presentadas por tema.

En el Gráfico Nº 4 se muestran las ADIs según el tema abordado, cuya escala es el número de las presentadas. Se advierte que las cuestiones tributarias y las de licencias y permisos abarcan cerca del 50% del total de acciones.

**GRÁFICO Nº 4**



**CUADRO Nº 3**

**ADI presentadas por tema**

|  |  |
| --- | --- |
| **Tema** | Número |
| Derecho Tributario | 42 |
| Licencias y Permisos | 35 |
| Empleo Público | 15 |
| Procedimiento Legislativo | 15 |
| Derecho del Trabajo y Seguridad Social | 13 |
| Derecho Administrativo | 12 |
| Derecho Penal Contravencional y de Faltas | 9 |
| Asociaciones de profesionales | 9 |
| Otros | 10 |
| Administración de Justicia | 5 |
| Derecho Electoral | 5 |
| Derecho Urbanístico | 5 |
| Derecho a la Salud | 4 |
| Derecho a la Vivienda | 2 |
| Libertad de Expresión | 1 |
| Total | **182** |

## ADI con sentencia favorable.

En el Cuadro Nº 4 se presentan las acciones acogidas total o parcialmente, según tema. Se constata que a pesar de concentrar buena parte de las acciones, las de derecho tributario han logrado un solo éxito y éste es parcial, en tanto que el empleo público y el derecho del trabajo y la seguridad social son las que mayores éxitos recogieron, tanto en cifras absolutas como en porcentaje, comparando los datos del Cuadro siguiente con los del Gráfico Nº 5.

**Cuadro Nº 4**

**ADI con sentencia favorable total o parcialmente según tema**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Tema | Sentencia favorable (total) | Sentencia favorable (parcial) | Total |
| Derecho Electoral | 1 |   | 1 |
| Derecho Administrativo | 1 |   | 1 |
| Derecho Tributario | 1 |   | 1 |
| Empleo Público | 2 | 1 | 3 |
| Licencias y Permisos | 1 |   | 1 |
| Administración de justicia |   | 1 | 1 |
| Derecho a la Vivienda |   | 1 | 1 |
| Derecho del trabajo y SS |   | 2 | 2 |
| Procedimiento legislativo |  | 1 | 1 |
| Derecho PCyF |  | 1 | 1 |

**Gráfico N° 5**



### ADI con sentencia favorable por calidad del actor

En el Gráfico Nº 6 de observa que más de los dos tercios de las acciones presentadas corresponden a personas físicas y el resto, en números similares, por personas jurídicas de interés social, empresas y organismos o funcionarios públicos.

**Gráfico Nº 6**



Por otra parte, sugestivamente, el Gráfico Nº 7 muestra que de las trece acciones con sentencia favorable, cuatro (4) fueron iniciadas por organizaciones civiles o sindicales, una (1) por funcionarios u organismos gubernamentales, dos (2) por empresas y de las seis (6) ADI promovidas por personas físicas, tres (3) fueron presentadas por abogados.

**Gráfico Nº 7**



# CONCLUSIONES

Como se puede advertir, la ADI ha sido un instrumento utilizado por sectores más aventajados para la gestión de un interés personal, corporativo o por cuestiones políticas.

Este estudio revela que ninguna persona en situación de pobreza o en alto estado de vulnerabilidad interpuso esta acción. Para el proverbial hombre de la calle el sostenimiento del orden jurídico es indiferente. Los textos legales para el ciudadano común son inentendibles por su intransparencia lógica y creciente complejidad.

Ahora bien, ¿Debemos eliminar esta acción dado que no todos la utilizan? De ninguna manera. No obstante, debemos repensar cómo la diseñamos para que aquellos que no cuentan con cargos políticos, ni poderío económico puedan participar en el sostenimiento de los valores constitucionales.

Asimismo, debemos modelar esta acción para que aquellos que gestionan un interés privado o político o comercial, no utilicen ni abusen de esta herramienta jurídica.

En otro orden de ideas, el Tribunal Superior de Justicia hizo lugar a muy pocas acciones de este tipo, tal como se expuso. Asimismo, se rechazaron muy pocas acciones por la cuestión de fondo. En efecto, del universo referido, tan solo un 24,44% se rechazaron sobre estas circunstancias. La mayoría han sido desestimadas por cuestiones formales. Aquí, podríamos preguntarnos: ¿los letrados que interpusieron la acción fueron tan ineficientes que no conocían los requisitos formales para presentarla?

¿El Tribunal no quiso utilizar su función política para dejar sin efecto una ley?

En fin, por medio de una investigación cuantitativa podemos reconstruir conceptualmente la ADI, haciéndola más amplia para vastos sectores de la comunidad; más profunda a fin de que podamos entender los valores sustanciales que la inspiran y más exacta de manera que el rechazo por cuestiones formales sea más claro. A riesgo de resultar reiterativo, debemos reformular esta acción para hacerla más amplia, profunda y exacta.

1. Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Director del Master en Derecho Administrativo de la Universidad Abierta Interamericana. Profesor Regular Adjunto de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Asociado de Derecho Político de la Universidad del Salvador. Defensor Oficial del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires. [↑](#footnote-ref-1)
2. La referida acción está prevista en el artículo 113 inc. 2 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Posteriormente, fue regulada mediante la ley 402. [↑](#footnote-ref-2)
3. En el sitio web [www.youtube.com](http://www.youtube.com) se puede observar que se han subido tres audiencias sobre esta cuestión. V. “Ludueña, José Luis y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" con tan solo cien visitas para una ciudad de tres millones de habitantes. Si se observa el video respectivo, se puede advertir que tan solo concurrieron cinco personas del público en general. Es decir, la misma cantidad que los miembros del Tribunal Superior. En la causa nº 9552/13 "Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad” con tan solo 192 visitas. En la causa nº 9066/12 "Central de Trabajadores de la Argentina (CTA) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" el número de visitas es de 112. En suma, se puede concluir que al ciudadano común, no le interesa este tipo de acción. [↑](#footnote-ref-3)
4. En el período que va desde el 1° de febrero de 1999 hasta el 1 de julio de 2008 se interpusieron 143 acciones declarativas de inconstitucionalidad y se rechazaron 91. Es decir, un poco más del 63% (v. SAAVEDRA, Heriberto, *La acción declarativa de inconstitucionalidad porteña. Diez años de ejercicio*, artículo publicado en Revista Jurídica La Ley-Suplemento Actualidad del 20 de noviembre de 2008). [↑](#footnote-ref-4)
5. Este porcentaje puede variar, pues en un 10,73% es desconocida la calidad del actor. [↑](#footnote-ref-5)
6. El último fallo publicado en el portal del TSJ es el Expte. No. 9281, del 4 de noviembre de 2014, <http://www.tsjbaires.gov.ar/images/stories/fallos/2014-11-04_%20expte.%20_9281-12_gcba%20en%20hbfuller.pdf>, consultado el 9 de diciembre de 2014. [↑](#footnote-ref-6)