

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA “EXIGENCIA DEL PAGO PREVIO (*SOLVE ET REPETE*) DE UNA MULTA PARA HABILITAR LA INSTANCIA JUDICIAL”

ENRIQUE LAVIÉ PICO

Por *solve et repete* se entiende al instituto legal en virtud del cual se establece una restricción a la revisión tanto judicial como administrativa –de actos administrativos emanados del ejercicio de funciones públicas–, restricción que además exige el deber de pagar previamente una suma de dinero establecida en la legislación y fijada en el acto administrativo cuestionado, para el acceso a dicha revisión¹.

Se ha afirmado que la regla *solve et repete* implica –en su formulación típica– que “la impugnación de cualquier acto administrativo que implique liquidación de un crédito a favor del Estado sólo es posible si el particular se aviene previamente a realizar el pago que se discute”².

La mayoría de la doctrina coincide en explicar que el Estado recurre a esta técnica por razones prácticas: para JARACH es “un medio peculiar de tutela del crédito tributario del Estado” y, en este sentido, explica que “para obtener la entrada tributaria global conforme a la previsión, es necesaria, previamente, la obediencia espontánea y puntual del contribuyente a cada acto de imposición en particular. El *solve et repete* es el instituto que el legislador ha creído oportuno elegir como medio coercitivo a tal fin. De esta manera se explica su razón jurídica³.

Sobre la base de ello la cuestión principal para examinar en el presente trabajo radica en considerar si corresponde o no la aplicación de una norma

¹ LEONARDO A. BEHM y GUSTAVO A. MAMMONI, “El *solve et repete* y la transformación del ‘pague y repita’ en ‘afiance y discuta’, su incidencia en la provincia de Buenos Aires”, Suplemento La Ley, agosto 2013 N° 5, Buenos Aires, p. 3.

² JULIO C. DURAND, “El Pago Previo (*solve et repete*)”, *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Director: JUAN CARLOS CASSAGNE, T. I, La Ley, Buenos Aires, p. 769.

³ JULIO C. DURAND, “El pago previo (*solve et repete*)”, *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, cit., ps. 769/770.

que establece el pago previo de una multa para poder acceder a la instancia judicial, a la luz de los tratados internacionales incorporados en la reforma constitucional de 1994 y, a su vez, teniendo en cuenta la jurisprudencia aplicable⁴.

Ya en su oportunidad, examinamos el fallo dictado en la causa “Frimca S.A. – RQU – c. Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca” del 28 de diciembre de 1998, mediante el cual la Sala IV, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal declaró inconstitucional la norma⁵ que impone como requisito de procedencia del recurso de apelación el previo ingreso de la multa impuesta.

En ese pronunciamiento, el tribunal deja en claro primero, que si bien corresponde, en principio, acatar la doctrina emanada de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por ser ese tribunal autoridad suprema y definitiva en el orden judicial; ello, sin embargo, no obsta a que se disienta con la jurisprudencia del Máximo Tribunal.

Basándose en ello, el Tribunal agrega que “considera necesario procurar un nuevo estudio de la cuestión por parte de la Corte Suprema tendiente a la revisión de la doctrina que establece que: la exigencia del previo pago de la multa impuesta administrativamente para poder recurrir a los estrados judiciales no es violatorio del art. 8, inc. 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250) en tanto el apelante no alegue que es imposible debido al excesivo monto del depósito, interponer el recurso de apelación previsto en la legislación cuestionada, de tal forma de impedir real y efectivamente el ejercicio de su derecho. Tal solución se ajusta, por lo demás, a la jurisprudencia dictada por la Corte en casos similares al interpretar el art. 18 de la Constitución nacional (CN)⁶.

En tales términos, cabe primero señalar que en la generalidad de los casos que se presentan ante la justicia, se discute previamente la validez constitucional de normas –como la citada en el fallo– y de otras con similares características, que exigen el pago previo para acceder a la instancia judicial.

Por ello conviene recordar que la validez constitucional sobre la exigencia del pago previo de las multas aplicadas con motivos de infracciones a

⁴ ENRIQUE V. LAVIÉ PICO, “Consideraciones generales acerca de la Exigencia del pago previo de una multa para habilitar la instancia judicial”, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, La Ley, del 12 de febrero de 2001, Buenos Aires, ps. 13/17.

⁵ El art. 30, de la ley 21.740, establece que: “Contra las resoluciones imponiendo cualquiera de las sanciones previstas por esta ley podrá recurrirse dentro de los (20) días hábiles de notificado y previo depósito del importe correspondiente si se tratase de multa, mediante el recurso de reconsideración y apelación en subsidio”.

⁶ CS, Fallos 215:225, 501 –La Ley, 57-617–; 219:668; 247:181; 261:101; 285:302 –La Ley, 151-338–, entre otros.

reglamentos de policía y como requisito de la intervención judicial ha sido en principio admitida por doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁷ y por varias salas del fuero en lo Contencioso Administrativo Federal en numerosos precedentes⁸.

No obstante cabe precisar que el Máximo Tribunal también ha señalado que representa una excepción al principio antes citado aquellos casos, en los que tal requisito legal (el pago previo de la multa) por su desproporcionada magnitud en relación con la concreta capacidad económica del recurrente, tornaría ilusorio el derecho que le acuerda el legislador en razón del importante desapoderamiento de bienes que podría significar el cumplimiento de aquel.

Sentado lo anterior, corresponde ahora entrar a considerar la cuestión establecida como premisa y que no es otra que, si ante la falta de pago previo exigido por una ley, ello puede resultar un obstáculo para habilitar la instancia judicial pertinente; o dicho con otras palabras, si corresponde seguir considerando la aplicación de la denominada regla del *solve et repete*, en materia de multas.

En tales términos, cabe en primer término analizar los tratados internacionales que la Constitución nacional aceptó en la reforma de 1994 y que de acuerdo con el texto constitucional tienen jerarquía superior a las leyes⁹.

De esta manera, la reforma constitucional ha seguido una línea jurisprudencial adoptada en los últimos tiempos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos "Ekmekdjian" (La Ley, 1992-C, 543), "Servini de Cubría" y "Fibracca", consagrando el principio de superioridad de los tratados y concordatos sobre las leyes (art. 75, inc. 22)¹⁰.

En efecto, con respecto a la jerarquía asignada a los tratados, la Corte Suprema de Justicia de la Nación precisó que: "Si el legislador dictase una ley que prescribiese disposiciones contrarias a un tratado que hiciese imposible su cumplimiento, ese acto legislativo comportaría una transgresión al principio de jerarquía de las normas (art. 31 Constitución nacional) y sería un acto constitucionalmente inválido"¹¹.

⁷ CS Fallos 247:181, 261:101; 312:2490; entre otros.

⁸ CCAFed., Sala V, *in re*: "Micro Ómnibus Barrancas de Belgrano S.A.", 29/12/1995; Sala II, *in re*: Empresa de Transportes Pedro de Mendoza", del 18/7/1995; sala III, *in re*: "Empresa de Transportes Los Andes S.A.C.", del 11/4/1995 y sala I, *in re*: "La Estrella S.R.L.", del 28/9/1995, entre muchos otros.

⁹ Constitución nacional, art. 75 inc. 22.

¹⁰ JUAN CARLOS CASSAGNE, "Derecho Administrativo", T. I, 5ª edición, p. 159.

¹¹ CS, Fallos 317:1282.

A su vez, agregó el Máximo Tribunal: “Es el Estado nacional el que ha de velar porque las normas internas no contradigan las disposiciones de los tratados internacionales con jerarquía constitucional”¹².

Con relación a la incorporación de los tratados en nuestra Carta Magna y su preeminencia sobre las leyes, GORDILLO señala con suma claridad que: “Es obvio que toda otra norma legislativa que se oponga directa o indirectamente a estas normas ha quedado inmediatamente derogada o carente de vigencia, por incompatibilidad con la legislación posterior”¹³.

Basándose en todo ello, se puede advertir claramente que resulta, a esta altura, incuestionable la incorporación de los tratados en el texto constitucional y, a su vez, su correspondiente preeminencia por sobre las leyes.

Considerando lo antes señalado, corresponde ahora entrar a examinar las respectivas convenciones internacionales incorporadas en la Constitución nacional de la República Argentina, que resulten aplicables a la cuestión propuesta.

Conforme a ello, resulta que en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, en el art. XVIII, se establece que: “Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone en el art. 8 que: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”...; a su vez, el art. 10, establece que: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones...”, y el art. 17, prescribe que: “...toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente [...] Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”.

Además la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (llamada Pacto de San José de Costa Rica), establece en el art. 8, inc. 1, que: “Toda persona tiene derecho a ser oída públicamente con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley [...] para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, y a su vez el art. 25 prescribe que: “Toda persona tiene derecho

¹² CS, Fallos 322:875.

¹³ AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, caps. VI-24, 25, 5ª edición.

a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...".

Por último, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adla, XLVI-B, 1107), dispone en el art. 14, que: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil".

En los textos analizados, se advierte, de manera concreta, que los tratados propugnan por el derecho a un libre acceso a la función jurisdiccional y que una interpretación o consideración contraria o restrictiva implicaría vulnerar la Constitución en sí misma, en la medida que las normas antes citadas no sólo integran la Carta Magna sino que además cuentan con una jerarquía superior a las leyes¹⁴.

Además, una interpretación que pretendiera que estos tratados, con rango constitucional, no son sino una expresión de deseos, insusceptible de aplicación directa por los jueces, no invocable por los individuos, constituiría una burla al orden jurídico y a las libertades y garantías públicas¹⁵.

Por otro lado, la jurisprudencia ha señalado –con respecto a los tratados citados– que: "Declaraciones tan terminantes en su concepción ponen en claro que los requisitos extraprocesales como supone el previo pago de impuesto por autoridades no judiciales violan los principios liminares de los pactos internacionales que la Nación hizo suyos al incorporarlos como parte integrante de la Constitución nacional, en tanto no signifiquen una limitación a los derechos reconocidos en la primera parte de nuestra Carta Magna histórica"¹⁶.

En efecto, del examen de las normas contenidas en los tratados citados se vislumbra claramente que el administrado debe verse beneficiado con el acceso a la instancia jurisdiccional y no por el contrario, restringirse su derecho a un *control judicial efectivo* por no haber cumplido con un determinado requisito legal, como es en el presente análisis el pago previo de una multa.

Al respecto, cabe recordar que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo ha reconocido la posibilidad de que la Administración aplique sanciones,

¹⁴ Constitución nacional, art. 75, inc. 22.

¹⁵ AGUSTÍN GORDILLO, op. cit. *Tratado de...*, caps. VI-25.

¹⁶ CCAFed., Sala IV, *in re*: "Frimca S.A.", del 28 de diciembre de 1998.

siempre que la ley así lo autorice y que las decisiones respectivas se encuentren sujetas a control judicial suficiente¹⁷.

Por otra parte, resulta necesario también destacar que “el art. 18 en armonía con el 109¹⁸ de la Constitución nacional, incluye la garantía de que mediando órganos y procedimientos *jurisdiccionales* administrativos, ha de reconocerse a los habitantes del país el derecho a ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia”¹⁹.

También corresponde agregar aquí una cita que efectúa TAWIL –en uno de sus libros– y que resulta muy enriquecedora para definir o completar la idea relacionada con el *control judicial de la Administración* y que dice así: “La verdadera frontera entre un sistema democrático y un sistema dictatorial –tanto político como jurídico– no está en la amplitud de las funciones administrativas, puesto que en ambos casos son –y deben ser– desmesuradas en la sociedad presente, sino más bien en la posibilidad de su control. Un control jurisdiccional, tan amplio como sea posible de la Administración es, como se sabe, una de las claves imprescindibles del Estado de Derecho”²⁰.

Con respecto a un régimen análogo al aquí descrito EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA señala que un “tema importante en materia de impugnación de las sanciones es la viciosa práctica impuesta por leyes y reglamentos de todo orden (que se limita a aceptar lo que las leyes, y sólo ellas, dispongan) del *solve et repete*, aunque precisa que esta circunstancia resulta “hoy claramente inconstitucional según lo dispuesto por el art. 24.1 de la Constitución, que garantiza el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales a todas las personas y, por tanto, el libre acceso a los tribunales; art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado en 1977 y cuyo valor interpretativo constitucional resulta del art. 10.2, de la Constitución”²¹.

¹⁷ CS, Fallos 171:366; 193:408; 198:79; 191:327; 201:428; 207:90 y 165; 202:524, La Ley, 27-868; 33-313; 29-461; 40-449; 40-797; 39-914 y CCAFed., Sala I, *in re*: “Banco Regional del Norte”, del 18/9/84; sala V, *in re*: “Cía. Financiera Central para la América del Sud S.A. c. Banco Central de la República Argentina”, del 10/4/1996; “Panetta, Carmelo c. Prefectura Naval”, del 28/10/1998” y “Carrefour Argentina S.A. c. Secretaría de Industria y Comercio y Minería”, del 21/10/1998, entre otros.

¹⁸ De acuerdo con la reforma de la Constitución nacional realizada en 1994, el art. 95 citado por el autor corresponde hoy al 109.

¹⁹ ELÍAS P. GUASTAVINO, “Tratado de “Jurisdicción “Administrativa y su Revisión Judicial”, T. II, p. 329.

²⁰ ALEJANDRO NIETO, “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo”, “Revista de Administración Pública (R.A.P.)”, Madrid, N° 37, p. 78, cita realizada por GUIDO TAWIL, en su libro “Administración y Justicia”, T. I, Depalma, p. 51.

²¹ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, “Curso de Derecho Administrativo”, T. II, Civitas, Madrid, 1995, p. 202.

Además, en cuanto al principio del *solve et repete*, GARCÍA DE ENTERRÍA señala o mejor dicho enseña que: “Es asombroso que una técnica tan tosca, que hace que sólo los ricos puedan recurrir, haya podido subsistir hasta hoy, pero es un hecho que así es...” y agrega que: “Tras la Constitución, la jurisprudencia más lúcida ha estimado derogadas por la Constitución todas la exigencias de previo pago como requisito de admisión de los recursos administrativos o contencioso-administrativos establecido en normas preconstitucionales”²².

GORDILLO, también con relación al *solve et repete*, afirma: “Si se atiende al derecho vigente y viviente, importa en estos tiempos, desde un punto de vista práctico, convenir en que la jurisprudencia a lo sumo atiende las excepciones a la regla, pero no avanza en criticar y ni siquiera encarar su cuestionamiento”²³.

En sentido similar, se ha señalado que “con la consolidación del Estado de Derecho resulta hoy inimaginable, que frente a dos partes en pugna, una jurídicamente fuerte y poderosa —el Estado—, y otra a menudo débil y desvalida en garantías —el contribuyente—, pueda negarse el acceso a los estrados judiciales con la excusa de la falta de pago del tributo”²⁴.

También, la posición mayoritaria en la doctrina se inclina por la inconveniencia e incluso inconstitucionalidad del requisito del pago previo y menciona al respecto las conclusiones de diversos congresos y jornadas, así como el Modelo de Código Tributario para América Latina (1967), que en su exposición de motivos declara que el “odioso *solve et repete*, según calificación de autorizada doctrina, constituía un medio utilizado frecuentemente para encubrir la arbitrariedad administrativa y hacer ilusoria la defensa del contribuyente”²⁵.

Además, no puede dejar de señalarse que ya hace mucho tiempo atrás la doctrina latinoamericana señaló en las Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Montevideo en 1957 que: “Ninguna norma debe establecer el pago previo a las prestaciones reclamadas por la Administración, como requisito para el ejercicio de recursos administrativos y de la acción de nulidad”.

También en las II Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, celebradas en México en 1958, se aprobó la siguiente recomendación: “Debe

²² Conf. op. cit., p. 202.

²³ AGUSTÍN GORDILLO, op. cit., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 2, cap. XIII-48, 3ª edición.

²⁴ JOSÉ OSVALDO CASAS, “El Tribunal Fiscal de la Nación Argentina y el principio de *solve et repete*”, en *Tribunal Fiscal de la Nación – 40 años*, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Buenos Aires, 2000, ps. 335 y ss.

²⁵ JOSÉ OSVALDO CASAS, “El Tribunal Fiscal de la Nación Argentina y el principio de *solve et repete*”, cit., ps. 343/344.

eliminarse, como requisito de procedencia, tanto en la interposición de recursos administrativos como en el ejercicio de la acción contenciosa, el pago previo de los tributos, sin perjuicio de las garantías que fueren necesarias para los casos en que exista riesgo de incumplimiento del crédito fiscal”.

Asimismo en las Jornadas Luso-Hispanoamericanas, celebradas en Pamplona en 1976, se mencionó que: “La interposición y decisión de recursos o acciones no debe estar condicionada al pago previo de la obligación impugnada, ni ningún otro requisito que no tenga relación directa con el objeto del recurso o acción que se deduce”²⁶.

Considerando tales afirmaciones, no debería resultar admisible que el acceso a la justicia y la eventual fiscalización judicial de la actividad administrativa sean subordinadas a la capacidad económica del interesado, quien debería soportar, si es que no puede satisfacer la multa (o no logra demostrar que no está en condiciones de hacerlo), la sanción impuesta; y por otro lado, quedaría clausurada la discusión sobre su validez o invalidez material, con el evidente desmedro del principio de legalidad.

Tampoco puede considerarse seriamente que resulte necesario esperar hasta el dictado de una sentencia que ordene la devolución del monto de la multa reclamada, puesto que ello no constituye una reparación del daño inferido, por cuanto el perjuicio que se ha verificado es más que al patrimonio de la persona, a su honorabilidad y, principalmente, al sistema de libertades que acoge nuestra Constitución²⁷.

Por otra parte, cabe señalar que las sanciones de multa tienen naturaleza penal y ello fue reconocido en reiterados pronunciamientos del Alto Tribunal²⁸, lo que lleva a considerar aplicables a ellas las normas generales del Derecho Penal, sin perjuicio, claro está, de la debida subordinación a la Ley Fundamental²⁹.

En efecto la posibilidad de que una persona se vea expuesta a tener que pagar una multa antes que exista sentencia firme de un tribunal de justicia se encuentra en contradicción con las previsiones del art. 8, inc. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además la posible ejecución de la multa impuesta –en esas condiciones– viola otro principio fundamental y básico del Derecho Penal que presume que todo acusado es inocente

²⁶ RODOLFO R. SPISSO, *Derecho Constitucional Tributario, Principios Constitucionales del Gasto Público, Doctrina Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 2000, ps. 545/546.

²⁷ CCAFed. Sala IV, “Frimca”, del 28 de diciembre de 1998.

²⁸ Fallos 156:100, 184:162, 239:449, 267:457, 289:336, 290:202, entre otros.

²⁹ ARÍSTIDES HORACIO CORTI, DAVID A. HALPERIN y RODOLFO R. SPISSO, “El Principio *solve et repete*”, *La Ley*, Volumen 2011-E, Buenos Aires, ps. 849/860; CS, Fallos 184:417, 202:293, 235:501, 289:336, 290:202.

hasta que se pruebe que es culpable. Por ello no resulta constitucionalmente admisible que las sanciones de multa, clausura y otras que revistan naturaleza penal impuestas por la Administración sean ejecutadas antes de que exista un control judicial adecuado de las decisiones de la Administración³⁰.

En un Estado moderno, "la regla del *solve et repete* se explica como un resabio negativo, de una concepción antigua del Estado"³¹. En esa línea de pensamiento se señaló que la actual Administración detenta viejos vicios del absolutismo que afectan la juridicidad del accionar administrativo, constituyendo uno de ellos la regla del pago previo³².

Al respecto se ha afirmado que: "La regla del *solve et repete* constituye un privilegio injustificable a favor del Fisco, en franco abandono en el derecho comparado que, incluso, en el caso de la República Argentina, se encuentra en pugna con principios, garantías y derechos de rango constitucional"³³.

También se ha señalado que un Estado de derecho, en que las personas no son súbditos, deviene inadmisibles la obligación de pago de una deuda fiscal determinada por la Administración sin que exista la posibilidad de que un tribunal de justicia evalúe siquiera la procedencia de la suspensión de la intimación formulada por el organismo fiscal y, en consecuencia, el *solve et repete*, al excluir la posibilidad de ese contralor judicial efectivo, erigiéndose en un presupuesto necesario para tener habilitada la instancia judicial, resulta inconstitucional³⁴.

Es adecuado retener aquí que no se encuentran en entredicho los principios cardinales que de forma general disciplinan a los efectos propios del obrar administrativo³⁵; más, como se puede observar, ninguna relación existe entre las consecuencias propias de la autotutela ejecutiva de la Administración —quien si no media suspensión de los efectos del acto, puede proseguir al

³⁰ ARÍSTIDES HORACIO CORTI, DAVID A. HALPERIN y RODOLFO R. SPISO, "El principio *solve et repete*", cit. p. 854.

³¹ JERÓNIMO A. DI PAOLA, "*Solve et repete*: régimen jurídico y su incidencia sobre los derechos y garantías constitucionales", La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 9.

³² EDUARDO SOTO KLOSS, "*Solve et repete*. Notas sobre un resabio absolutista en el Estado constitucional de derecho", Revista Argentina de Derecho Tributario, Universidad Austral, año IV-16, octubre-diciembre 2005, RAP, Buenos Aires, ps. 165/184; LEONARDO A. BEHM y GUSTAVO A. MAMMONI, "El *solve et repete* y la transformación del 'pague y repita' en 'afiance y discuta', su incidencia en la Provincia de Buenos Aires", Suplemento La Ley, agosto 2013 N° 5, Buenos Aires, ps. 3/4.

³³ JOSÉ OSVALDO CASAS, "El Tribunal Fiscal de la Nación Argentina y el principio de *solve et repete*", cit. p. 367.

³⁴ RODOLFO R. SPISO, *Derecho Constitucional Tributario, Principios Constitucionales del Gasto Público, Doctrina Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, cit., p. 536.

³⁵ Ley nacional de procedimientos administrativos 19.549 y sus modificatorias, art. 12 (Adla, XXXIX-C, 2339).

cobro de la multa aún cuando se hubiere ordenado la impugnación judicial— y la exigencia del previo pago para habilitar precisamente la intervención judicial.

Por otro lado, mucho menos puede mencionarse como argumento para fundar el previo pago de la multa la existencia de un interés de tipo fiscal materializado en la rápida y efectiva percepción monetaria, habida cuenta que en un estado de derecho aquello que debe prevalecer es el valor *justicia* y, en consecuencia, una sanción pecuniaria no puede ser impuesta sin la posibilidad de ejercitar el efectivo control judicial; o dicho con otras palabras, ¿qué resulta más justo?, primero pagar y después discutir la legalidad de la multa impuesta; o en cambio, tener primero la posibilidad de ejercer el derecho constitucional denominado “de defensa” —aunque parece olvidado o mejor dicho reservado para algunos pocos— y recién ahí mediante una sentencia judicial exigir el pago correspondiente.

Por ello, cabe recordar que el principio de la tutela judicial efectiva exige una mayor intensidad y efectividad de las técnicas de control judicial sobre las acciones de la Administración, que se traducen en eliminar las limitaciones a la habilitación de la instancia, e incluso, otorgar un plus de protección judicial para que esta se torne real y efectiva, intensificando el control de la acción administrativa y protegiendo al administrado de posibles desviaciones en el ejercicio de prerrogativas exorbitantes.

Además, no puede dejar de señalarse que el requisito exigido en las normas referido al pago previo para el acceso a la justicia importa una lesión del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva³⁶ y, por ende, se viola el derecho al debido proceso formal y sustancial.

En igual sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos ha sostenido que el derecho a la tutela judicial efectiva impide que el acceso a la justicia se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares. Por ello las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el examen de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio *pro actione*, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción³⁷.

En efecto, el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el art. 18 de la CN, así como en su art. 109 y el art. 8, inc. 1,

³⁶ Art. 18 de la Constitución nacional, arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 8 y 25.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 2 inc. 3 ap. a y b y 14 inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; CS, Fallos 327:522.

³⁷ CCAFed., Sala IV, *in re*: “Bejarano Nicanor Norberto”, del 30/10/2001.

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y reconocido por reiterada jurisprudencia³⁸ no se satisface por la sola previsión legal de la posibilidad de acceso a la instancia judicial, sino que requiere que la tutela judicial de los derechos en cuestión resulte efectiva, esto es, que sea oportuna y posea virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento³⁹.

A su vez, anulando la exigencia del pago previo de la multa, no se produce ninguna interferencia en la recaudación de la renta pública, pues en estos casos no se encuentra de por medio la percepción de ingresos fiscales debidamente programados en las normas presupuestarias, sino que se trata de ingresos contingentes⁴⁰.

Además, sobre una cuestión distinta, como es el depósito previo exigido por el art. 286 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, pero que en definitiva resulta sustancialmente similar a la aquí analizada, el ministro VÁZQUEZ señaló lo siguiente: "Teniendo en cuenta que la garantía constitucional de acceso a la justicia, es una de aquellas que resulta operativa con su sola invocación y es en consecuencia de ejercicio irrestricto, cualquier condicionamiento previo a la incitación de la jurisdicción, resulta violatoria de dicha garantía"⁴¹.

CONCLUSIONES

Por consiguiente, entiendo predicable que las disposiciones contenidas en los tratados resultan de inmediata aplicación en la cuestión examinada y, en consecuencia, debe considerarse derogada toda norma o toda interpretación que condicione el pago de una obligación el acceso a un tribunal independiente.

En efecto, "si las disposiciones respectivas impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial, propiamente dicha, existe agravio constitucional originado en la privación de justicia, que se configura toda vez que un particular, no obstante hallarse protegido por la indicada garantía del art. 18, quede sin juez a quien reclamar la tutela de su derecho"⁴².

Ello así porque el medio más propicio para asegurar que el servicio de justicia sea irrestricto a cualquier persona sólo se logra mediante su gratuidad en el momento de acceso a él y hasta que el derecho sea decidido, es decir,

³⁸ Fallos 193:135; 209:28; 246:87.

³⁹ CCAFed., *in re*: "Trujillo Nuñez Filiberto", del 25/6/1998.

⁴⁰ CCAFed., Sala V, *in re*: "Banco Peña S.A. y otros" y Banco Argentaria S.A. y otros", del 12/4/2000.

⁴¹ CS, Fallos 322:303 y 660, disidencia del doctor VÁZQUEZ.

⁴² ELÍAS GUASTAVINO, *op. cit.*, "Tratado de la Jurisprudencia Administrativa y su Revisión judicial", p. 329 y los fallos citados en la nota 915.

hasta el momento en que los jueces se expidan definitivamente en la causa, dando a cada uno lo suyo⁴³.

Al respecto, también el Tribunal Constitucional español, al examinar el alcance del principio de la tutela judicial efectiva ha dicho que: “El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un tribunal y que este con la información y contradicción que sea menester resuelva su suspensión”⁴⁴.

También, de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales europeos, y en especial del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas (en la actualidad TJUE), se desprende un principio general según el cual “la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene razón”⁴⁵.

Por otra parte, no debemos olvidar que el fin del Estado consiste en la realización de la justicia, cuyo sentido se encuentra universalmente admitido en todos los pueblos y ha sido definida como “el hábito según el cual uno, con constante perpetua voluntad da a cada cual su derecho”⁴⁶.

Justamente la realización de la justicia a través del Poder Judicial constituye un pilar fundamental del Estado de Derecho. Ello así porque sólo existirá un auténtico Estado de Derecho “allí donde sean reconocidos a los ciudadanos derechos y libertades y estos sean garantizados por un juez imparcial cuyas sentencias, fundadas en el Derecho, al cual él también está sujeto, se imponen por igual a gobernantes y gobernados”⁴⁷.

Además, no debemos olvidar que nadie nos obligó a suscribir los tratados y mucho menos a otorgarles rango constitucional, por lo cual, si se acepta ello como válido, resulta adecuado retener aquí que el principio de buena fe impide, oponer posteriormente la supuesta violación del Derecho Interno, así

⁴³ CS, Fallos “Heidel, Eduardo c. González, Atilio C.”, del 20/4/1999, disidencia del doctor VÁZQUEZ.

⁴⁴ RODOLFO R. SPISSO, “Derecho Constitucional Tributario, Principios Constitucionales del Gasto Público, Doctrina Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, cit. p. 537.

⁴⁵ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, “La batalla por las medidas cautelares”, Civitas, Madrid, 1995, ps. 120/121; RODOLFO R. SPISSO, “Derecho Constitucional Tributario, Principios Constitucionales del Gasto Público, Doctrina Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, cit., p. 537.

⁴⁶ SANTO TOMAS DE AQUINO, “Suma Teológica”, T. VII, p. 271, cita de JUAN CARLOS CASSAGNE, en “Derecho Administrativo”, T. 1, p. 53.

⁴⁷ PABLO ALARCON JAÑA, “Principios constitucionales de la organización judicial”, en Rev. de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, N° 24, p. 99.

sea constitucional; dicho con otras palabras, suscripto un tratado, ratificado y depositado, no le es oponible norma alguna del derecho interno⁴⁸.

También se advierte que entre las diversas alternativas posibles para garantizar el reclamo fiscal con la regla del *solve et repete* se escoge la más gravosa para el contribuyente, siendo manifiestamente innecesaria para proteger los intereses públicos. El instituto se encuentra, pues, teñido de irrazonabilidad y, por ende, es inconstitucional (art. 28 de la Constitución nacional)⁴⁹.

Al respecto señala BIDART CAMPOS que para saber si una medida es razonable o no lo es, no basta verificar si esa medida es conducente al fin propuesto, sino que hay que añadir un recaudo indispensable, cual es que, además de conducente, no sea el medio más gravoso –entre varios posibles– para los derechos que la medida compromete o restringe⁵⁰.

En definitiva, de acuerdo con todo lo antes expuesto resulta claro que una norma que establece el *solve et repete* lesiona disposiciones de jerarquía superior, como son en este caso los tratados⁵¹ y, en consecuencia, correspondería que la justicia declare inconstitucional la norma citada y aquellas que resulten similares, en cuanto impongan como requisito previo a la acción jurisdiccional el “previo pago de la multa impuesta”.

De lo contrario, el control judicial de la Administración quedará siempre subordinado al resultado del pago previo de la multa y como bien afirma GARCÍA DE ENTERRÍA sólo el rico va a poder tener acceso a la justicia con el correspondiente control de los jueces y, en cambio, aquel que no pueda pagar o si se quiere no pueda demostrar realmente que no puede hacerlo, tendrá indefectiblemente que aceptar la sanción impuesta sin que nunca pueda saber si estuvo legítima o ilegítimamente impuesta.

⁴⁸ AGUSTÍN GORDILLO, op. cit., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, caps. VI-14, 5ª edición, y además la nota 1.32 (cap. VI-10), en la cual se señala que: “Es en el momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé; pero una vez que se ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver”. Jurídicamente no hay, pues vuelta atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad. Del mismo modo, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (Adla, XXXII-D, 6412) establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado”.

⁴⁹ RODOLFO R. SPISO, “Derecho Constitucional Tributario, Principios Constitucionales del Gasto Público, Doctrina Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, cit. p. 541.

⁵⁰ GERMÁN BIDART CAMPOS, “Trámites municipales obstruidos arbitrariamente por sinrazones fiscales”, ED, 144-674.

⁵¹ Constitución nacional, art. 75, inc. 22.

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

Director

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

ALBERTO ANTONIO SPOTA (h)

Autores

ÁBALOS - ACUÑA - ALONSO REGUEIRA - ALTERINI -
ÁLVAREZ TAGLIABUE - AMAYA - ASCÁRATE - BASTERRA -
BESTARD - BONAVERI - BUTELER - CALDERÓN - CANDA -
CARDACI MÉNDEZ - CARLÍN - CARNOTA - CASARINI -
CAYSSIALS - CHIACCHIERA CASTRO - DAMSKY - DANESI -
DIANA - DUBINSKI - FERRARA - FERRER ARROYO -
FREEDMAN - GALLEGOS FEDRIANI - GARCÍA RAJO -
GONZÁLEZ MORAS - GUSMAN - IVANEGA - KODELIA -
LAVIÉ PICO - LÓPEZ MENDOZA - MAQUEDA FOURCADE -
MARANIELLO - MÁRQUEZ - MARTÍNEZ - MIGLINO - MONTI -
MORENO - MUÑOZ - OLMOS SONNTAG - PALACIOS -
PÉREZ HUALDE - REJTMAN FARAH - RIQUERT - ROSATTI -
SÁ ZEICHEN - SACRISTÁN - SANABRIA - SPOTA -
THEA - TREACY - URRESTI - URTUBEY - VÍTOLO -
VITTADINI ANDRÉS - VIVACQUA - VOCOS CONESA -



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2013

Estudios de Derecho Público / Edgardo Tobías Acuña ... [et.al.] ; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires : Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

1200 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-7-2

1. Derecho Público. I. Regueira, Enrique Alonso, coord. II. Spota, Alberto. Antonio, prolog.

CDD 340

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina