

# ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD SUS VISCISITUDES Y PROGRESIVA CONSOLIDACIÓN

**RICARDO HARO**  
Académico de Número

-

## SUMARIO

### I. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. El control de constitucionalidad
2. La acción declarativa de inconstitucionalidad

### II. LA ORIGINARIA DOCTRINA NEGATIVA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

1. Los fundamentos que respaldan la negación de la acción
  - I) Existencia de un caso o controversia judicial*
  - II) La no existencia de la ADI en el orden nacional*
  - III) El ámbito de vigencia de una ADI provincial*
  - IV) La ADI y la acción meramente declarativa*
2. Conclusiones de esta primera etapa jurisprudencial

### III. NUESTRA OPINIÓN SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA ARGUMENTACIÓN NEGATORIA DE LA CORTE SUPREMA

1. El sentido de lo "contencioso" en la Constitución 1853/60
2. El contencioso fáctico-jurídico y el contencioso jurídico
  - I) La función jurisdiccional y el caso contencioso*
  - II) Las funciones declarativas preventiva y reparadora*
3. La sentencia declarativa en el pensamiento de Chiovenda
4. Los parámetros de los "contencioso" en la Justicia Federal
  - I) Acción declarativa y caso contencioso*

*II) La acción declarativa de certeza y la ADI*

**IV. LA ACCION MERAMENTE DECLARATIVA EN LA JURISDICCION FEDERAL**

1. Su recepción en el derecho procesal federal
2. Requisitos para su procedencia

**V. UN ANTECEDENTE PREMONITORIO PARA LA DOCTRINA JUDICIAL AFIRMATIVA**

1. El caso "Hidronor c/ Pcia. de Neuquén"
2. El dictamen del Procurador General Marquardt
3. Conclusiones del dictamen

**VI. OTRO ANTECEDENTES FAVORABLES PARA LOS NUEVOS RUMBOS ASUMIDOS**

1. La acción de amparo
2. La acción de habeas corpus:
3. La acción declarativa de certeza
4. El caso "Baeza"

**VII. EL SURGIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD**

1. "Pcia. de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Y.P.F."
  - I) Las circunstancias del caso*
  - II) Los fundamentos expuestos por la Corte Suprema*
  - III) La conclusión doctrinaria a que arriba el fallo*

**VIII. LA RATIFICACION DE LA ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD**

1. El caso "Constantino Lorenzo c/ Nación Argentina"
  - I) "Caso contencioso"*
  - II) Declaración general y directa de inconstitucionalidad?*
2. El caso "Gomer S.A. c/ Pcia. de Córdoba"

*I) Las circunstancias del caso*

*II) Los presupuestos que configuran la procedencia de la ADI*

*III) La reflexión que nos suscita el fallo*

## **IX. LA DIFUSIÓN DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD**

1. Algunos de los numerosos pronunciamientos posteriores
2. Finalidad preventiva de la ADI y ausencia de daño
3. Doctrina encapsulada

## **X. OTRAS SITUACIONES MÁS ESPECÍFICAS**

1. Contención? declaración general y directa? consulta e indagación ?
2. Ciertos casos relevantes declarando la procedencia de la ADI
3. Ciertos casos en que se declaró el rechazo de la ADI
4. Las medidas cautelares en la ADI
5. Ingresos brutos y coparticipación federal
  - a) Procedencia de la ADI*
  - b) Improcedencia de la ADI*
6. Impuestos de sellos
7. La ADI y conflictos entre Provincia y Municipio
8. Control de una norma constitucional provincial
9. Acción contra proyecto de ley provincial
10. ADI y revisión judicial de una reforma constitucional

## **XI. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA DEMANDAR LA ACCIÓN**

1. Ciudadano común y legisladores nacionales
2. Otro caso de diputados nacionales

## **XII. LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD**

-

### **XIII. LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL ORDEN PROVINCIAL**

- 1. Sistemas difuso y concentrado de control de constitucionalidad**
- 2. La recepción de los sistemas en las Constitucionales Provinciales**
- 3. La ADI en la Constitución de Córdoba**
  - I) La prescripción constitucional*
  - II) La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia*
- 4. La Suprema Corte de la Pcia. de Buenos Aires**

=====

### **I. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD**

#### **1. El control de constitucionalidad**

Quizás uno de los institutos por el que se vehiculiza el control de constitucionalidad en el orden federal, y que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y de los tribunales inferiores, ha logrado en los últimos tiempos un desarrollo inusitado, es el referido a la *acción declarativa de inconstitucionalidad* (en adelante ADI) como uno de los más novedosas vías procesales para la actuación de dicho control, y que como en tantas otras loables circunstancias, ha nacido no de la norma legislada, sino del ingenioso desarrollo jurisprudencial de nuestro más alto Tribunal, en virtud del ejercicio de un *poder constituyente material* que le permite, como intérprete final de la Constitución, fijar el sentido y los ámbitos de actuación de las normas supremas. No en vano y tan acertadamente, Wilson sostenía que la Corte Suprema de los Estados Unidos, era una "*convención constituyente en permanente sesión*".

El tema es de capital importancia, a poco que reparemos que toda declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica es un *acto de suma gravedad institucional*, a través del cual se manifiesta una de las formas más eminentes de la *dimensión política* del Poder Judicial, que en el sistema de control difuso, realizan todos los jueces que lo

integran, cualquiera sea su jerarquía y fuero, con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como intérprete final.

En efecto, si el acto estatal de *sancionar la ley* es una función político-constitucional eminentemente del Poder Legislativo y constituye, una verdadera decisión política, igualmente es una decisión política emanada del Poder Judicial, el acto estatal de un juez al *declarar inconstitucional* cualquiera de esas normas, dejándola de lado y desaplicándola en los casos concretos sometidos a su resolución.

Tomando expresiones de la doctrina francesa, podemos interrogarnos y contestar afirmativamente la siguiente cuestión: ¿ por qué indudablemente constituye una decisión política el poder de establecer la ley ejerciendo "*le pouvoir d'etablir*", y no va a configurar una decisión política el acto por el cual un tribunal impide en caso concreto, la aplicación de esa ley, en ejercicio de "*le pouvoir d'empêcher*" ???. Efectivamente debemos ratificar la dimensión política de ambas funciones estatales

## **2. La acción declarativa de inconstitucionalidad (ADI)**

Pero además y a manera de introducción, debemos fijar las ideas fundamentales en las que se ha asentado esta nueva garantía constitucional, la "acción declarativa de inconstitucionalidad", que ha surgido de la siempre enriquecedora jurisprudencia de los tribunales con la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la cabeza.

Denomínase *pretensión declarativa* a aquélla que tiende a obtener un pronunciamiento que elimine la falta de certeza sobre la existencia, eficacia, modalidad o interpretación de una relación o estado jurídico. No obstante, no podemos ignorar que junto con toda *pretensión de condena o constitutiva* coexiste además, simultánea e indispensablemente, una *pretensión declarativa*, por cuanto la sentencia que satisface una pretensión de condena o una pretensión determinativa, contiene necesariamente una previa declaración acerca de la relación jurídica controvertida, de la que surgirá la existencia o inexistencia de los derechos u obligaciones de que se trate.

De allí que la característica fundamental de este tipo de *pretensiones declarativas* consista en la circunstancia de que en ellas, la declaración de certeza resulta suficiente para satisfacer el interés de quien las propone y por lo tanto, para agotar el cometido de la función jurisdiccional.

En este sentido, el recordado procesalista argentino Hugo Alsina conceptuaba que *la sentencia meramente declarativa, no requiere un estado de hecho contrario al derecho, sino que basta un estado de incertidumbre sobre el derecho*, y por eso no obliga a nada, sino que se limita a declarar o negar la existencia de una relación jurídica. ( 1 )

Ahora bien, cuando por esa pretensión declarativa se persigue la certeza del derecho que debe regir una relación jurídica determinada y la incertidumbre está motivada asimismo por la inconstitucionalidad que se cuestiona, entonces sí estaremos abriendo los caminos hacia la acción declarativa de inconstitucionalidad, cuya existencia fue negada por la CS durante más de un siglo, y recién a partir de 1985 se adquirió carta de ciudadanía en nuestro derecho procesal constitucional por obra de un cambio en la jurisprudencia del Tribunal que vino a definir un proceso que ya se estaba insinuando con algunos muy pocos y aislados hitos tanto en la legislación, como en la jurisprudencia y la doctrina.

De allí que *en nuestro desarrollo básicamente examinaremos las dos etapas de la jurisprudencia de la CS*, con sus diversas implicancias:

- 1) La primera y secular posición contraria a la acción declarativa de inconstitucionalidad;
- 2) Luego la segunda en las dos últimas décadas, con la aceptación excepcional, limitada y con firme arraigo de la citada ADI.

## **II. LA ORIGINARIA DOCTRINA NEGATIVA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

### **1. Los fundamentos que respaldan la negación de la acción**

Sabido es que para el planteamiento de la "cuestión constitucional", denominada sinónimamente como "cuestión federal" o "caso constitucional" o "caso federal", nuestro sistema acepta la llamada *"vía incidental, indirecta o como excepción"*. Esto siempre fue así, desde los orígenes de nuestra Jurisdicción Federal y del funcionamiento de los tribunales del Poder Judicial de la Nación con la Corte Suprema, como "cabeza de Poder". Esta antigua y persistente posición, se manifestó en innumerables sentencias del Alto Tribunal, de las que reseñaremos las más destacadas que expresan su doctrina en la materia.

#### ***1) Existencia de un caso o controversia judicial***

Es así como en el caso *"Provincia de Mendoza c/ Nación Argentina"*, el Señor Fiscal de Estado de la Provincia, inició demanda contra la Nación, pretendiendo se declare la invalidez de diversas prescripciones de la ley 14.773 de nacionalización de hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos, por vulnerar disposiciones de la CN. El Tribunal se declaró incompetente para conocer en la referida inconstitucionalidad en sentencia del 13 de marzo de 1959 (Fallos: 243-176).

Recordando su antecedente *in re "Hogg"* del 1º de diciembre de 1958 (Fallos: 242-353), sostuvo que el fin y las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa, requieren que *la existencia de un "caso" o "controversia judicial"* sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de los poderes, según expone el Juez Frankfurter con fundamento en la jurisprudencia norteamericana (341 U.S.149).

Pero ahondando en el tema, agregó que tales "casos" o "causas" en los términos de los arts. 100 y 101 CN (hoy 116 y 117), son aquéllos que contempla el art. 2º de la ley 27 con la exigencia de que los tribunales federales sólo ejerzan jurisdicción en los *casos contenciosos*, lo que *excluye* como lo señala la jurisprudencia que menciona el dictamen del Señor Procurador General (Fallos: 12-372; 24-248; 95-290; 107-179; 115-163; 156-318, entre otros), *las declaraciones generales y directas de inconstitucionalidad* de las normas o actos de los otros poderes, en tanto su aplicación no haya dado lugar a un *litigio contencioso* para cuyo fallo se requiera la revisión del punto constitucional propuesto.

A los pocos meses, en el caso *"Banco Hipotecario Nacional c/ Pcia. de Córdoba"*, del 26 de junio de 1963 (Fallos: 256-104), en el que el actor pretendió la invalidez de la ley local 4582, por vulnerar a su juicio, diversas normas de la CN y de su Carta Orgánica, el Tribunal, reiterando la anterior doctrina, agregó que *"la decisión por parte de los jueces de la Nación de cuestiones constitucionales, debe ocurrir sólo en el curso de procedimientos litigiosos, es decir, en controversias entre partes con intereses jurídicos contrapuestos y propios para la dilucidación jurisdiccional, toda vez que el principio de la coordinación y la separación de los poderes, que impone al judicial la permanencia en el ámbito jurisdiccional, le impide la invalidación genérica de las leyes objetadas ante sus estrados.*

Ratificando la precedente doctrina hasta la última década, recordamos el caso *"Polino y otro"* del 7 de abril de 1994 (Fallos: 317-341), en el que se declaró improcedente

el recurso extraordinario interpuesto en contra de la sentencia que rechazó la acción de amparo incoada por Héctor T. Polino y Alfredo P. Bravo, en su carácter de ciudadanos y diputados nacionales, con la finalidad de que se declare la nulidad del proceso legislativo que concluyó con la ley 24.309 que autorizó al P.E. a convocar al pueblo para elegir convencionales para la reforma de la CN.

Sostuvo la CS reseñadamente, que la atribución de declarar la invalidez constitucional de los actos de los otros poderes reconocida a los tribunales federales, *ha sido equilibrada poniendo como límite infranqueable la necesidad de un "caso concreto" en el que se persigue la determinación de derechos debatidos entre partes adversas, cuya titularidad alegan quienes los demandan.* Esto es así, dado que el fin y las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa, *requieren que este requisito de un "caso" o "controversia judicial" sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de los poderes.*

### ***II) La no existencia de la ADI en el orden nacional***

Al finalizar dicho año, el 28 de diciembre de 1959, se pronunció en similar sentido, *in re "SRL H.I.R.U."* (Fallos: 245-552), afirmando que la aplicación de los preceptos de las leyes de la Nación no puede impedirse por medio de la promoción de *un juicio declarativo de inconstitucionalidad que no ha sido previsto en el orden nacional*, criterio que reiteró en Fallos: 249-221 del año 1961.

### ***III) El ámbito de vigencia de una ADI provincial***

Creemos que un caso de sumo interés es el caratulado *"Fiscal de Estado de la Prov. de Río Negro s/ plantea inconstitucionalidad del Decreto-Ley 260 del Poder Ejecutivo Nacional"*, del 13 de marzo de 1963 (Fallos: 255-86). La CS con base en la doctrina emanada de sus anteriores sentencias de Fallos: 243-176 y 245-552, reafirmó que "el acogimiento de una petición semejante importaría una alteración profunda del régimen institucional vigente a partir de la Ley 27 art. 2, con arreglo al cual no existe, en el orden nacional, acción declarativa de inconstitucionalidad" (idem en Fallos 256-386), pues "la aplicación de los preceptos de las leyes de la Nación no pueden impedirse por medio de la promoción de un juicio declarativo de inconstitucionalidad". ..."La posibilidad de una

acción declarativa de inconstitucionalidad con base en una ley provincial, no puede exceder el ámbito local, dentro del cual rigen las leyes de ese carácter".

#### ***IV) La ADI y la acción meramente declarativa***

No obstante la incorporación en 1968 de la "acción meramente declarativa" en el cit. art. 322 del CPCCN y su fundamentación, la CS continuó rechazando las declaraciones de inconstitucionalidad que se pretendían ahora vehicular mediante esta nueva acción. Así fue que, entre otros, en el caso "*SA SAFE Agropecuaria*" del 18 de julio de 1973 (Fallos: 286-76), reiteró su tradicional doctrina negatoria.

Al respecto señaló que la facultad que tiene la Corte de apreciar los límites de las atribuciones propias de los otros poderes del Estado, reconocida sólo implícitamente por la CN y con referencia a los casos que caigan bajo su jurisdicción, no cabe extenderla de modo de validar declaraciones de inconstitucionalidad abstractas o de mera certeza por vía de aplicación del art. 322 del CPCCN que tiene su ámbito natural de aplicación en orden a decisiones de derecho común. (En idéntico sentido ver Fallos: 300-241, sentencia de 1977).

### **2. Conclusiones respecto de esta primera etapa jurisprudencial**

1) El control de constitucionalidad encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa, requieren que *la existencia de un "caso" o "controversia judicial"*, es decir, de procedimientos litigiosos o controversias entre partes con intereses jurídicos contrapuestos sea observado rigurosamente en los términos de los arts. 100 y 101 CN (hoy 116 y 117) y 2° de la ley 27.

2) La exigencia de que los tribunales federales sólo ejerzan jurisdicción en los "casos contenciosos", *excluye* como lo señala la jurisprudencia, *las declaraciones generales y directas de inconstitucionalidad* de las normas o actos de los otros poderes.

3) La aplicación de los preceptos de las leyes de la Nación, no puede impedirse por medio de la promoción de *un juicio declarativo de inconstitucionalidad*, dado que con arreglo a la Ley 27 art. 2, *no existe en el orden nacional, acción declarativa de inconstitucionalidad*.

4) *El principio de la coordinación y la separación de los poderes*, que impone al judicial la permanencia en el ámbito jurisdiccional, le impide la invalidación genérica de las leyes objetadas ante sus estrados.

5) *No es procedente por vía de aplicación del art. 322 del CPCCN*, el planteamiento de declaraciones de inconstitucionalidad abstractas o de mera certeza.

6) Una acción declarativa de inconstitucionalidad *con base en una ley provincial*, no puede exceder el ámbito local, dentro del cual rigen las leyes de ese carácter.

### III. NUESTRA OPINIÓN SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA ARGUMENTACIÓN NEGATORIA DE LA CORTE SUPREMA

#### 1. El sentido de lo "contencioso" en la Constitución 1853/60

Nuestros constituyentes de 1853/60 en los arts. 100 y 101 (hoy 116 y 117) dispusieron que correspondía a la Corte Suprema y los Tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión tanto de "*causas*", como de "*asuntos*" y de "*casos*", según surgen de sus propios textos. Al poco tiempo, en 1862, el Congreso de la Nación sancionó la ley 27 en cuyo art. 2 se dispuso que la justicia nacional "*nunca procede de oficio y sólo ejerce su jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte*".

En nuestra antigua opinión y como lo ha confirmado reiterada jurisprudencia y doctrina constitucional y procesal, dichas denominaciones han sido entendidas como sinónimas de "*proceso*", "*litigio*", "*pleito*", "*juicio*", "*contienda*", todas ellas emparentadas por un presupuesto esencial: la existencia de una situación jurídica que afecte a cualquier sujeto procesal y que requiera ser dirimida judicialmente.

*Siempre hemos considerado equivocada la interpretación tan estrictamente formal y parcial de la CS respecto a lo que debe entenderse por "causa" o "caso contencioso"*, lo cual provocó una inveterada jurisprudencia, felizmente hoy superada, que descartaba las acciones declarativas por no tratarse de "*causas*", como si realmente la función jurisdiccional sólo pudiesen ejercerse en relación a las acciones de condena o reparatorias.

## 2. El contencioso fáctico-jurídico y el contencioso jurídico

### I) *La función jurisdiccional y el caso contencioso*

Cuando los constituyentes usaron las denominaciones que hemos señalado, lo hicieron seguramente dentro de la comprensión que desde el derecho procesal de aquella época se debía otorgarles. Y es preciso recalcar que el ejercicio de la jurisdicción por un tribunal de justicia, se manifiesta en una "causa" o "caso contencioso", *no sólo para interpretar el derecho y aplicarlo ante circunstancias fácticas en que se controvierte o discute la reparación de un daño ya producido, sino también que se manifiesta en toda "causa" o "caso contencioso" en que sin haberse producido daño alguno, sea necesario interpretar el derecho, para poder así establecer cuál es la significación jurídica que procede ante casos de incertidumbre y razonable duda.*

Y ello se torna imprescindible, a poco que se repare que una errónea futura aplicación de un sentido de la norma en una situación dada y por falta de certeza, torna predecible la eventual ocasión de daño y de las consiguientes acciones judiciales, todo lo cual implica no sólo un desgaste jurisdiccional, sino también de tiempo de vida humana de las partes afectadas que bien se hubiera podido evitar con el previo pronunciamiento judicial declarativo.

En estos casos el ejercicio de la función jurisdiccional tiende precisamente a otorgar certeza al derecho frente a situaciones que requieren de este modo, precisamente, garantizar el valor de *la seguridad jurídica* tan trascendental en la legitimación de su eminente objetivo preambular de *afianzar la justicia* en las relaciones jurídicas que se producen en el seno de la sociedad.

### II) *Las funciones declarativas preventiva y reparadora*

Cuando existe un interés concreto, objetivo y perentorio de un justiciable en el ejercicio de su "derecho a la jurisdicción", la naturaleza de la demanda deja de ser meramente consultiva o una impugnación inconstitucional de tipo genérica, hipotética o conjetural, circunstancias que a no dudarlo sí afectarían el principio de la división de los poderes ante un ejercicio exorbitado de la función jurisdiccional por parte de los tribunales. Por el contrario, cuando se enfrentan ante una causa en la que debe

dilucidarse la interpretación y aplicación de una norma, ante una pretensión que se respalda en la inminencia de un daño y en la procuración de evitarlo, los tribunales ejercen en el marco constitucional un derecho y un deber de administrar justicia, con un claro sentido *preventivo*, sin que en modo alguno menoscaben las atribuciones de los otros poderes.

Pues es función de los jueces, y esto debe ser tenido muy presente, interpretar la ley, esclarecer los derechos de las partes y finalmente, decidir los efectos en la relación jurídica litigiosa, ya sea que los tribunales hayan resuelto una "controversia" que se concreta a la sola interpretación del derecho en forma *declarativa y preventiva*, o por otra parte, los tribunales hayan interpretado el derecho y los hayan aplicado a las consecuencias dañosas ya producidas, de una forma *declarativa y reparadora*.

Tan ello es así, que tanto la creación y desarrollo jurisprudencial y legal de la acción de amparo durante más de cuatro décadas, como en la actualidad de su recepción en el art. 43 de nuestra Ley Suprema por obra de la Convención Reformadora de 1994, inveteradamente se aceptó la acción de amparo contra "todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o *inminente* lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, *el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma* en que se funde el acto u omisión lesiva". Reparemos entonces como ante la inminencia de un daño, se debe declarar la inconstitucionalidad de aquella norma cuya aplicación pueda producirlo.

### **3. La sentencia declarativa en el pensamiento de Chiovenda**

Abundando en este tema, bueno es recordar al maestro Chiovenda cuando refiriéndose al valor de la sentencia declarativa, señala: "Las sentencias puramente declarativas son aquéllas que se limitan a declarar la existencia o la no existencia de un derecho"....."Se llama propiamente *acción y sentencia meramente declarativa*, a aquella figura general de acción y de sentencia con la que el actor que la propone e invoca, tiende exclusivamente a procurarse la certeza jurídica, frente a un estado de ausencia de ella que le es perjudicial, pidiendo a tal objeto que se declare existente un derecho suyo e inexistente el derecho ajeno, con la independencia de la efectiva realización de la condena, de la ejecución forzada. En este sentido, la sentencia meramente declarativa, se diferencia de la *sentencia*

*de condena*, que tiende a la ejecución efectiva de una prestación, y de la *sentencia constitutiva*, que tiende a la modificación del estado jurídico existente".

Y parafraseando y resumiendo el pensamiento del destacado procesalista podemos señalar que esta figura general de acción y de sentencia corresponde a la función más delicada, más elevada, más autónoma del proceso. Su importancia jurídico social, consiste en la seguridad que la misma permite dar a las relaciones jurídicas entre los hombres, y en el hecho de que ella previene e impide los actos ilegítimos, en lugar de afectarlos después de ocurrido con el peso de graves sanciones. Ampliamente aplicada desde sus orígenes por los romanos, la *acción meramente declarativa* ha resurgido en todos los derechos modernos, ya en virtud de expresas normas de ley, ya por obra de la doctrina o la jurisprudencia.

A diferencia de las *sentencias de declaración de certeza*, en las cuales la declaración judicial del derecho tiene una doble función: la de crear la certeza jurídica y la de preparar la ejecución forzada, las *sentencias meramente declarativas de certeza* en cambio, son *solamente* sentencias de declaración de certeza. El actor que pide una sentencia de declaración de certeza, quiere solamente saber que su derecho existe, o quiere excluir que exista el derecho del adversario; él pide al proceso la certeza jurídica y no otra cosa.

Finalmente nos afirma que "es esta, verdaderamente, la función más elevada del proceso civil; el mismo se nos presenta aquí, en lugar de en la figura violenta y dura de un organismo de coacción, en el aspecto más perfeccionado y más afinado de puro instrumento de integración y especialización de la voluntad expresada en la ley sólo en forma general y abstracta; de facilitación de la vida social mediante la eliminación de las dudas que obstaculizan el normal desarrollo de las relaciones jurídicas. Asegurar a las relaciones de los hombres la certeza, prevenir los actos ilegítimos en lugar de afectarlos con el peso de graves responsabilidades, ¿he aquí un cometido bien digno del proceso de un pueblo civilizado! Y es además ésta, la función más autónoma del proceso". ( 3 )

#### **4. Los parámetros de los "contencioso" en la Justicia Federal**

##### ***I) Acción declarativa y caso contencioso***

Nosotros entendemos que siempre estaremos frente a una "declaración" de certeza de un derecho incierto, lógicamente en la medida que en un proceso se haya legítimamente planteado la necesidad del pronunciamiento por las partes contendientes que demuestren un interés real, concreto y objetivo y el daño que la ausencia de dicho pronunciamiento podría causar en una relación jurídica. Estos presupuestos descartan categóricamente, las demandas de acciones declarativas de carácter simplemente consultivas, o que importen una indagación meramente especulativa, o una declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes, como lo ha sostenido correctamente, en las dos últimas décadas nuestra CS.

De otro lado, deseamos poner de resalto con todo vigor, que nosotros partimos de la premisa que, por principio, toda acción declarativa es una controversia entre partes antes disímiles interpretaciones sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica y de las normas que la regulan, y por lo tanto estamos frente a un *caso contencioso* en los términos del art. 2º de la ley 27. En consecuencia, lo reiteramos, no compartimos la interpretación que realiza la CS, la cual, por su estrictez, se torna equivocada, frustrando así la actuación de la justicia federal en causas realmente "contenciosas" como las acciones declarativas.

Más aún, como lo hemos sostenido en anterior oportunidad (4), no creemos que sea prudente ni correcto en el espíritu y texto constitucional, constreñir como lo ha hecho la ley 27, de modo categórico y absoluto, la "controversia o contienda entre partes", como necesidad *sine qua non* para la actuación de la justicia federal, pues es innegable que existen y han existido, si bien de modo estrictamente excepcional, ciertos casos "no contenciosos" en los que en razón de la materia y en virtud de la existencia de un bien jurídico de naturaleza federal a tutelar, ella sería procedente pues estaríamos frente a una "causa", v.g. las causas suscitadas para el otorgamiento de solicitudes de carta de ciudadanía, y en su momento, las excepciones al servicio militar.

## ***II) La acción declarativa de certeza y la ADI***

Finalmente, y desde la más pura interpretación constitucional y procesal, exponemos nuestra última reflexión que está dirigida a la afirmación categórica en el sentido que si la acción meramente declarativa de certeza, reúne la condiciones de "causa

judicial" y de "causa contenciosa", en cuanto la controversia se basa en disímiles interpretaciones del derecho, no advertimos ningún obstáculo para que en el proceso incoado, si la declaración de certeza sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, exige ineludiblemente actuar el control de constitucionalidad sobre la normatividad en análisis, dicho control sea ejercido, no como una acción directa de inconstitucionalidad, sino como en todos los procesos en el derecho federal argentino, "enancado" o "subsumido" en otra acción, en este caso la "declarativa de certeza", para cuya correcta resolución en dichas circunstancias deberá primeramente decidir sobre la validez constitucionalidad de la norma en cuestión.

En conclusión y por las consideraciones que acabamos de realizar, es que no compartimos las razones que motivaron la original negatoria por parte de la CS, pues en el marco de las pautas que hemos señalado, *la acción declarativa de inconstitucionalidad no viola las exigencias del "caso contencioso", ni se expide en declaraciones directas, generales o abstractas de inconstitucionalidad y por lo tanto, en modo alguno allana el principio de la separación de los poderes*, pues la mencionada acción es plenamente congruente con el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Poder Judicial de la Nación, en los términos que nuestra Ley Fundamental le ha otorgado.

Finalizando estas reflexiones, deseo señalar que la casi unanimidad de los constitucionalistas y procesalistas forjadores de la doctrina nacional, están contestes con algunos matices, en la plena aceptación de la acción declarativa de inconstitucionalidad. Dado que lamentablemente sus valiosas opiniones no pueden ser transcriptas ni analizadas en este trabajo pues desbordan los límites del mismo, nos permitimos remitir a la consulta en las obras y trabajos que mencionamos en las Notas ( 5 ).

#### **IV. LA ACCION MERAMENTE DECLARATIVA EN LA JURISDICCIÓN FEDERAL**

##### **1. Su recepción en el derecho procesal federal**

En el derecho procesal federal argentino, la cuestión fue asumida a partir de la reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) mediante de Ley 17.454 y puesta en vigencia en 1968. El legislador la denominó "acción meramente declarativa", receptándola en el derecho positivo a través del art. 322 del citado Código, cuyo texto en su parte pertinente, consideramos necesario transcribir textualmente: "*Podrá*

*deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente".*

Es importante recordar que en la Exposición de Motivos (Anales de Legislación Argentina, T. XXVII-C-2676) y en su parte pertinente (pág. 2701), se dijo: "Al consagrarse en el art. 322, la acción meramente declarativa, se ha acogido un postulado de la doctrina y de la legislación procesal modernas. Reemplaza al juicio de jactancia, abandonado ya por la actual legislación y *extiende la posibilidad de tutela a otros casos actualmente no amparados por aquella*" (la bastardilla es nuestra).

## **2. Requisitos para su procedencia**

Es decir que reseñando lo normado, podemos establecer que los *requisitos* para la procedencia de la acción meramente declarativa, son los siguientes:

1) *Un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica.* La seguridad jurídica exige la certeza no sólo en el texto de las normas jurídicas, sino además en la interpretación que se haga de ella, todo lo cual no siempre es posible, dado a menudo, la vastedad y complejidad de las realidades sociales a contemplar en el contenido jurídico del precepto.

2) *La posibilidad de que esa falta de certeza produzca un perjuicio o lesión actual al actor.* Este requisito descarta las demandas que sólo tienen por objetivo las meras cuestiones abstractas o conjeturables, dado que los tribunales de justicia sólo están facultados para decidir en conflictos dañosos producidos o inminentes en las relaciones jurídicas.

3) *La inexistencia de otro medio legal para poner término inmediatamente a la incertidumbre.* Ello es de tener muy presente, pues se trata de acciones excepcionales que el ordenamiento procesal prescribe para lograr el objetivo de justicia que constituye su finalidad primordial, pero sólo en los casos que los procedimientos ordinarios no fuesen idóneos para satisfacer oportunamente la lesión que origina la incertidumbre, incertidumbre que bueno es recordar, siempre existe en toda pretensión que se plantea ante los órganos jurisdiccionales.

En cuanto al *procedimiento*, la acción declarativa interpuesta, se tramitará como un juicio ordinario de acuerdo al principio general dispuesto por el art. 319 1er. párr. , pero asimismo y a pedido del actor, podrá tramitarse por las reglas establecidas para el juicio sumario o sumarísimo, para lo cual la demanda deberá ajustarse a los términos del art. 486 del citado Código. ( 2 )

## V. UN ANTECEDENTE PREMONITORIO PARA LA DOCTRINA JUDICIAL AFIRMATIVA

### 1. El caso "Hidronor c/ Pcia. de Neuquén"

Entre los antecedentes más destacados que influyeron doctrinariamente en la evolución hacia un concepto menos riguroso del concepto de "caso contencioso" y por ende, a la viabilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad, es preciso recordar el visionario, enjundioso y extenso dictamen del entonces Procurador General de la Nación, Dr. Eduartdo H. Marquardt, del 17 de diciembre de 1971 in re "*Hidronor c/ Pcia. de Neuquén*", expediente en el que no existió sentencia de la CS por circunstancias procesales posteriores que no la requirieron. Pero el aludido dictamen quedó como un precedente insoslayable de atender al momento de abordar la acción declarativa de inconstitucionalidad. (La Ley, t.154-515).

Para ubicarnos en la casuística del caso, bueno es recordar los hechos: La provincia de Neuquén intimó a la Sociedad Anónima Hidronor Hidroeléctrica Norpatagónica el pago de una suma de dinero en concepto de impuesto a los sellos por el contrato celebrado entre dicha sociedad y la empresa constructora del Chocón, Impregilo Sollazzo S.A., suma que la intimada se negó a pagar por considerar que con arreglo a las leyes nacionales 15.336 y 17.574 y al contrato de concesión, la provincia carecía de facultades para imponer el gravamen exigido. Dada la situación de incertidumbre, la actora dedujo contra la provincia de Neuquén, la acción declarativa prevista por el art. 322 del CPCCN a fin de obtener que se declare la invalidez constitucional de los impuestos mencionados en cuanto se aplicaban a Hidronor S.A.

### 2. El dictamen del Procurador General Marquardt

El Procurador General realizó un profundo y amplio examen de la "acción meramente declarativa" en la doctrina procesal comparada (Calamandrei, Chiovenda, Borchart, Rosenberg, etc), para continuar luego, precisando el tema, con la "acción declarativa de inconstitucionalidad" en la legislación, jurisprudencia y doctrina norteamericana, atendiendo a la adopción que nuestra Ley fundamental formuló del sistema de control de constitucionalidad establecido en la de EE.UU.

Al respecto señala que las acciones declarativas habían sido consideradas por la CS como ajenas al concepto de "causa", con respaldo en decisiones de la Corte Suprema de los EE.UU., posición que ésta luego abandonó por la evolución de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia norteamericana y que llevó al legislador argentino a su adopción en el art. 322 cit., llegando a la siguiente primera conclusión que resumimos: Cabe afirmar que el sistema de control de constitucionalidad norteamericano, es de carácter concreto, pero se ejerce no sólo por la vía reparatoria o retributiva, sino también por la preventiva de la acción declarativa.

Existe así la posibilidad de impedir la ejecución de las leyes inconstitucionales mediante pronunciamientos que sólo valen "inter-partes" siempre que medie en la actualidad, un interés real y sustancial en el pronunciamiento, sin que como principio sea necesario, correr el riesgo de las consecuencias de su violación para obtener que se determine judicialmente los derechos invocados. Este tipo de acciones es útil tanto para la tutela de los derechos individuales cuanto de las atribuciones del Estado Federal frente a los Estados miembros y viceversa.

Aborda a continuación con la misma amplitud y profundidad la evolución en la jurisprudencia de la CS y en la doctrina nacional (Imaz y Rey, Eduardo L. Vallejo, Lino Palacio, Juan C. Hitters, entre otros), a la luz de los arts. 100 y 101 CN (hoy 116 y 117), para finalizar afirmando las siguientes conclusiones que reseñamos sobre las distintas facetas de la problemática examinada.

### **3. Conclusiones del dictamen**

1) El sistema de control de constitucionalidad vigente en el orden nacional impide que se dicten sentencias que priven de valor "*erga omnes*" a las normas impugnadas, como asimismo obsta a la emisión de pronunciamientos sobre agravios meramente conjeturables e hipotéticos.

2) La acción de mera certeza, iniciada sobre la base de un interés substancial, concreto y definido, con arreglo a las pautas ya señaladas por la Corte Suprema de los Estados Unidos, y con efecto limitado a una declaración válida únicamente "*inter partes*", constituye "causa" en los términos de la Ley Fundamental.

3) La acción declarativa reglada por el art. 322 del CPCCN, se refiere tanto a las relaciones jurídicas de derecho privado como a las de derecho público.

4) La presunción de constitucionalidad de las leyes no se opone al empleo de aquella acción en orden a impugnaciones de este género. pues por su naturaleza sólo declarativa, durante el desarrollo de la causa la ley podrá ser igualmente ejecutada, no así después de resuelta su inconstitucionalidad por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que desde luego hace desaparecer la presunción.

5) Opino, en consecuencia, que, tratándose en la especie de una acción declarativa sustentada en legítimo y concreto interés, que comprende sólo cuestiones de carácter federal y está dirigida contra una provincia, la demanda configura un "caso" o "causa" con arreglo a los arts. 100 y 101 CN y 2º de la ley 27, cuyo conocimiento con arreglo a dichas normas, cae bajo la competencia originaria y exclusiva de V.E.

## **VI. OTRO ANTECEDENTES FAVORABLES PARA LOS NUEVOS RUMBOS ASUMIDOS**

Para el proceso de modificación de su vieja doctrina que la CS iniciaría a partir de 1985 como lo examinaremos más adelante, es conveniente reseñar como antecedentes de la novedosa tesitura, las siguientes afirmaciones normativas y de la doctrina judicial.

Es evidente que en el orden federal, desde hace tiempo, existen acciones de inconstitucionalidad. Veamos:

### **1. La acción de amparo**

A pesar de la expresa prohibición que establecía el inc. d) *in fine* del art. 2 de la ley 16.986: "La acción de amparo no será admisible cuando:.....d) La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese.....la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas", la CS con un criterio realmente constituyente reafirma el principio

de la supremacía constitucional a partir del caso "*Outon*" del 29 de marzo de 1967 (Fallos: 267-215), a sólo seis meses de la sanción de la citada ley.

Allí afirmó, enfáticamente, que el principio que veda declaración de inconstitucionalidad, no puede considerarse de modo absoluto, estableciendo la posibilidad de que en sede de amparo se declare la inconstitucionalidad de la norma en que se apoyaba el acto u omisión violatorios, cuando aquélla fuese manifiesta.

Esta doctrina fue reiterada en 1990 en el conocido caso "*Peralta*" del 27 de diciembre de 1990 (Fallos: 313-1513), en el que se sostuvo que en el orden federal existe la acción de inconstitucionalidad, la cual se canaliza a través de la acción declarativa de certeza de definitiva aplicación en el ámbito del derecho público, ya sea que los actos violatorios de la CN sean de carácter individual como de carácter general.

Finalmente, esta tendencia positivamente ampliatoria y loable para un mayor control de la supremacía constitucional, culminó en la redacción expresa del art. 43 de la CN reformada en 1994, cuando al constitucionalizar la acción de amparo, ya sea ante lesión actual *o inminente*, señala que: "En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva".

## **2. La acción de habeas corpus**

Cuya reglamentación mediante la Ley N° 23.098, dispone en su art. 6, la posibilidad que los jueces declaren en caso concreto, *aún de oficio*, la inconstitucionalidad de la orden escrita cuando emanase de una autoridad que obrase en virtud de un precepto legal contrario a la CN. En la actualidad, bien sabemos que también el *habeas corpus* ha alcanzado formalmente la jerarquía constitucional de su objeto garantista, al haber sido receptado explícitamente en el 4to. párrafo del cit. art. 43 CN.

## **3. La acción declarativa de certeza**

Con fundamento en el art. 322 del C.P.C.C.N., y por la que se pretende "obtener una *sentencia meramente declarativa*, para *hacer cesar un estado de incertidumbre* sobre la *existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica*, siempre que esa *falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente*". Con base en esta disposición, la CS ha

admitido -como lo veremos más adelante- que esta vía es idónea para lograr la inconstitucionalidad de una norma general.

#### 4. El caso "Baeza"

En este sentido, entre otros casos, se vislumbra como una cierta aproximación a la configuración definitiva de la "acción declarativa de inconstitucionalidad", las consideraciones que el Tribunal realizó en el caso "*Recurso de hecho deducido por Aníbal Roque Baeza en "Baeza A.R. c/ Estado Nacional"* del 28 de agosto de 1984 (Fallos: 306-1125), con motivo que el actor inició una acción de amparo con la finalidad de obtener que se declare judicialmente la inconstitucionalidad del decreto 2272/84 por el cual el Poder Ejecutivo Nacional convocó a una consulta popular sobre los términos del arreglo de los límites con Chile en la zona del Canal de Beagle.

Rechazada la demanda en las dos instancias inferiores, el actor fue en queja a la Corte por denegación del recurso extraordinario. El Tribunal no hizo lugar al recurso reiterando que la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales nacionales ejercen sus funciones jurisdiccionales de los arts. 100 y 101 CN (hoy 116 y 117), sólo en las *causas de carácter contencioso* (art. 2º de la ley 27), o sea aquéllas en que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas (Fallos: 156-318), lo que excluye, como se pretende en autos, la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes (Fallos: 1-27 y 292; 12-372; 95-51; 115-163; 243-176 y 256-104).

Y esto es así, para preservar el principio de la división de poderes, según lo expone el Juez Frankfurter, con fundamento en la jurisprudencia norteamericana (341 U.S., 149) (Fallos: 242-353). Además del "caso" o "controversia", es preciso que *la tutela específica de un derecho invocado, exige que medie un interés suficientemente concreto que lo legitimara para reclamarla*. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha insistido en la necesidad de que asimismo *el interés invocado tenga suficiente inmediatez y realidad también en los supuestos de acciones de mera certeza* (312 U.S., 270).

Si bien de manera implícita la sentencia deja abierto senderos a la ADI, especialmente en éste último párrafo, es indudable que corresponde a la disidencia del Ministro Fayt, el adelanto profético de la futura jurisprudencia de la CS, cuando con apoyo en el dictamen del Procurador General Marquardt en el citado caso "Hidronor", afirmó que

"no existen obstáculos de índole constitucional para que se admita el carácter de causa que inviste el ejercicio de las acciones declarativas regladas por el art. 322 del CPCCN, inclusive cuando ellas persigan la declaración de invalidez de una ley (o un decreto) frente a los preceptos de la Carta Fundamental".

Además de esta lúcida disidencia, no podemos dejar pasar por alto que más allá del rechazo de la pretensión en el caso concreto, la CS con apoyo en la jurisprudencia norteamericana, si bien es cierto que insiste en el "caso contencioso" y repudia asimismo toda declaración general y directa de inconstitucionalidad, también es cierto que *abre la puerta a los casos en que en el derecho invocado exista un interés suficientemente concreto, real e inmediato en los supuestos de acciones de mera certeza*, que un año después, en el caso que veremos enseguida, definitivamente será aceptada como forma procesal para transitar e instrumentar *la acción declarativa de inconstitucionalidad*.

## **VII. EL SURGIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD**

### **1. "Pcia. de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Y.P.F."**

#### ***I) Las circunstancias del caso***

Para la mejor comprensión de la doctrina judicial, creemos indispensables fijar el marco fáctico-jurídico que dio origen a la causa "*Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales - Acción de Amparo*", fallada el 20 de agosto de 1985 (Fallos: 307-1379).

La Provincia en el ejercicio de las que entendía como facultades propias en materia tributaria, sancionó la ley 5.464, creando el Departamento de Control de Combustibles, que de acuerdo al citado texto legal, tendría a su cargo el control cualitativo y cuantitativo de los combustibles líquidos, y también el cumplimiento de las funciones y potestades que le acuerdan las leyes nacionales 19.511 y 21.970, fijándose como retribución de esos servicios, una tasa del 5% sobre el precio de las naftas "super" y "común" y del 2,5% sobre el gasoil.

Ante tales circunstancias, surgió la oposición de la Divisional Salta de Yacimiento Petrolíferos Fiscales, comunicando telegráficamente a los expendedores de combustibles que debían abstenerse de modificar sus precios bajo apercibimiento de sanciones previstas. Esto motivó la demanda de inconstitucionalidad por la Provincia citada.

## ***II) Los fundamentos expuestos por la Corte Suprema***

Entrando a la exposición de la doctrina sentada por la CSJN sobre la *acción declarativa de inconstitucionalidad*, podemos recapitularla de la siguiente forma:

1) Que al perseguir la Provincia una declaración preventiva que impida que al poner en vigencia la ley provincial 5.464, el Estado Nacional concrete las medidas sancionatorias anticipadas a los expendedores, se advierte que estamos frente a una *solicitud de declaración de certeza* porque *no tiene carácter simplemente consultivo ni importa una indagación meramente especulativa*, sino que responde a un "caso" y busca precaver los efectos de un acto en ciernes y fijar las relaciones legales que vinculan las partes en conflicto.

2) Ello así, surge evidentemente que en el caso se trata de un *conflicto de competencia* sobre los poderes del gobierno federal y los de un estado provincial, atribuyéndose *ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal*, para cuya solución *no resulta compatible el régimen legal ni el procedimiento de la acción de amparo* regulado por la ley 16.986, ya que como lo explicitó, mucho años después en 1996, en "*Pcia. de Santiago del Estero c/ Nación Argentina- Acción de amparo*" (F. 319-1968), *la acción declarativa es un medio plenamente eficaz y suficiente* para satisfacer el interés de la actora con una declaración de certeza".

3) En cambio, *sí parece adecuada la acción declarativa* que, como el amparo, tiene una *finalidad preventiva*, no requiere la existencia del daño consumado y satisface el interés de la actora con una mera declaración de certeza.

4) Para ello, *puede prescindirse válidamente del nomen juris utilizado* (acción de amparo), debiéndose atender a la real sustancia de la solicitud mediante el ejercicio de la demanda declarativa de certeza del art. 322 del CPCCN y su procedimiento sumario.

5) Dicha acción, constituye un recaudo apto para evitar el eventual perjuicio denunciado por la actora y que derivaría de la suspensión de suministro de combustibles,

toda vez que pretende *la definición por el Tribunal de una relación jurídica discutida o incierta*.

6) Esa indefinición indudablemente revela la existencia en la demandante, de un *interés real y concreto* susceptible de protección legal actual.

7) Se configuran de tal suerte, *las exigencias que la Corte Suprema de los Estados Unidos* consideró en algún caso: a) Actividad administrativa que afecta un interés legítimo; b) Que el grado de afectación sea suficientemente directo; y c) Que aquella actividad tenga concreción bastante.

8) Al acto cuestionado, se le atribuye *ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal*.

### ***III) La conclusión doctrinaria a que arriba el fallo***

En conclusión y de la reseña formulada, nos parece oportuno destacar las siguientes precisiones: La CS en una *jurisprudencia realmente constituyente*, logra dar vida a la acción declarativa de inconstitucionalidad reiteradamente negada por su jurisprudencia, y lo hace "enancándola" en la acción declarativa de certeza del art. 322 del CPCCN, a la cual considera idónea para dar andamio a los casos en que en la incertidumbre de los alcances de una relación jurídica, pueda requerir el control de constitucionalidad por estar en juego la posible inconstitucionalidad de un acto estatal federal. Y esta acción declarativa de certeza que en tales casos se erige en una acción declarativa de inconstitucionalidad, podrá plantearse en las pertinentes instancias del Poder Judicial de la Nación ya sea que se trate de competencia federal "difusa" (art. 116 CN) o lo sea de competencia originaria y exclusiva de la CS (art. 117 CN).

## **VIII. LA RATIFICACIÓN DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD**

Esta doctrina judicial, ha sido reiterada, y a veces con nuevos argumentos entre otros, en el siguiente caso:

### **1. El caso "Constantino Lorenzo c/ Nación Argentina"**

### ***I) "Caso contencioso"***

En "*Constantino Lorenzo c/ Nación Argentina*" el 12 de diciembre de 1985 (Fallos: 307-2384), el actor demandó al Poder Ejecutivo Nacional por inconstitucionalidad de la ley 23.172 de aprobación del Tratado de Paz y Amistad firmado con la República de Chile, por entender que destruía la base territorial de la provincia de Santa Cruz. La CS consideró que no había causa de carácter contencioso y declaró la cuestión ajena a la jurisdicción federal.

Reafirmando en sustancia la posición del caso "Provincia de Santiago del Estero" (F. 307-1379) ratificatoria de la del caso "Baeza" (F. 306-1125), sostuvo que el Poder Judicial de la Nación conferido a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales nacionales por la CN, se define de acuerdo con invariable interpretación -que el Congreso argentino y la jurisprudencia de este Tribunal han recibido de la doctrina constitucional de los Estados Unidos- como el que *se ejercita en las causas de carácter contencioso* a las que se refiere el art. 2º de la ley 27, requisito que debe ser observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de poderes, según lo expone el Juez Frankfurter con fundamento en la jurisprudencia norteamericana (341 U.S., 149). Tales causas contenciosas son *aquellas en que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas* (doctrina en F. 156-318; 243-176; 256-104; 306-1125, entre otros).

### ***II) Declaración general y directa de inconstitucionalidad?***

No se da una "causa" cuando se procura la *declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes* (F. 243-176 y 256-104). Por ello la Corte desde sus inicios (F. 1-27 y 292) negó que estuviese *en la órbita del Poder Judicial de la Nación la facultad de expedirse en forma general y directa sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los poderes Legislativo y Ejecutivo* (F. 12-372; 95-51; 115-163; 243-176; 256-104; 306-1125).

Al reafirmar tales principios básicos del sistema de control constitucional federal, el Tribunal pone de relieve que ellos no tienen como corolario que en el orden nacional no exista la acción declarativa de inconstitucionalidad.

En este punto resulta preciso disipar la confusión entre las peticiones abstractas y generales de inconstitucionalidad, que no pueden revestir forma contenciosa por la ausencia de interés inmediato del particular que efectúa la solicitud (Fallos: 306-1125) y las acciones

determinativas de derechos de base constitucional cuya titularidad alega quien demanda y que tienden a prevenir o impedir las lesiones de tales derechos, como son la acción de mera certeza y el amparo (Fallos: 306-1125 y 307-1379).

La admisión de acciones directas de inconstitucionalidad, como el amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional, no puede importar el olvido de la exigencia de "causa" o "caso" en el que todo magistrado puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes del Congreso y que tiende a preservar el ejercicio equilibrado de los poderes establecidos por la Ley Fundamental.

En similar sentido siguieron cronológicamente, las sentencias recaídas en 1986 en las causas "*Klein, Guillermo Walter*" y "*Fábrica Argentina de Calderas S.R.L. c/ Provincia de Santa Fe*" (Fallos:308-1489 y 2569, respectivamente).

## **2. El caso "Gomer S.A. c/ Pcia. de Córdoba"**

### ***I) Las circunstancias del caso***

La posición innovadora del Alto Tribunal, fue explicitada con nuevos argumentos en 1987 en un breve fallo en el caso "*Gomer S.A. c/ Pcia. de Córdoba*" (Fallos: 310-142), en el que la actora promovió la acción declarativa de inconstitucionalidad -aunque no la menciona expresamente ni cita el art. 322 CPCCN- en contra de los impuestos sobre los ingresos brutos establecidos por la Pcia. de Córdoba en su Código Tributario.

En su sentencia, la CS ratificando la doctrina de los precedentes citados: "*Pcia. de Santiago del Estero*" , "*Lorenzo, Constantino*" y "*Klein, Guillermo Walter*", y con apoyo en el dictamen del Procurador General, explicitó la doctrina jurisprudencial que podemos resumir en los siguientes presupuestos:

### ***II) Los presupuestos que configuran la procedencia de la ADI***

1) De conformidad a la jurisprudencia del Tribunal, *en el orden nacional existe la acción declarativa de inconstitucionalidad* y, en su caso, ella puede ser instaurada directamente ante la CS cuando se dan los requisitos que determinen su intervención en instancia originaria.

2) La acción meramente declarativa de inconstitucionalidad está sujeta a los requisitos de admisibilidad que determina el art. 322 del CPCCN, para la acción meramente declarativa.

3) Parafraseando a dicha norma podemos afirmar que *para la procedencia de las acciones meramente declarativas de inconstitucionalidad, se requiere:*

a) Que exista un *estado de incertidumbre* sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica concreta, y básicamente *sobre la verosímil inconstitucionalidad de la norma* en que se funda dicha relación;

b) Que el accionante tenga *interés jurídico personal, concreto, suficiente, cierto, inmediato*, en el sentido de que la falta de certeza teñida de inconstitucionalidad, le pueda producir un *daño, perjuicio o lesión actual o inminente*;

c) Que se verifique un interés específico en el uso de la vía declarativa de inconstitucionalidad, lo que sólo ocurrirá cuando aquél *no disponga de otro medio legal* para darle fin inmediatamente (Dictamen del Procurador General);

4) Además, la acción intentada no puede tener un *carácter simplemente consultivo*, ni importar *una indagación meramente especulativa*;

5) Siempre debe responder a la *existencia de un caso*, pues de acuerdo a la originaria doctrina sentada en el cit. "Baeza" (Fallos: 306-1125), afirmó asimismo que *la admisión de acciones directas de inconstitucionalidad, como el amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional, para prevenir o impedir las lesiones de derecho de base constitucional, no puede importar el olvido de la exigencia de "causa", pues el sistema de control constitucional en la esfera federal excluye, pues, el control genérico o abstracto, o la acción popular, y por otra parte, tiende a preservar el ejercicio equilibrado de los poderes establecidos por la Ley Fundamental.*

### ***III) La reflexión que nos suscita el fallo***

Es por demás evidente que si bien es cierto que la CS ratifica la existencia en el orden federal de una *acción declarativa de inconstitucionalidad*, también lo es que con todo vigor no la acepta en el común entendimiento de una acción directa o por vía de demanda reclamando la declaración de inconstitucionalidad de cualquier norma del orden jurídico que vulnere el principio de la supremacía constitucional.

Por el contrario, la subsume, la "enanca", la instrumentaliza y la hace transitar por los carriles de la *acción declarativa de certeza* que regula el art. 322 del CPCCN, la cual podrá ser planteada ante los tribunales inferiores o en su caso, ante la CS cuando se trate de una causa de competencia originaria y exclusiva de la misma, en los términos del art. 117 CN. Precisamente por lo señalado, en autos, el Tribunal rechaza la acción declarativa de inconstitucionalidad por no haberse cumplimentado los requisitos del cit. art. 322.

## **IX. LA DIFUSIÓN DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD**

### **1. Algunos de los numerosos pronunciamientos posteriores**

A partir de este conjunto de sólidos y fundados principios y presupuestos, la CS continuó desarrollando los distintos matices doctrinarios de la acción declarativa de inconstitucionalidad, actitud que se puso de manifiesto en los siguientes pronunciamientos:

1) En 1987, tenemos las causas *"Newland C/ Provincia de Santiago del Estero"* (Fallos: 310-606); *"Asociación Civil Escuela Escocesa San Andrés c/ Provincia de Buenos Aires"* (Fallos: 310-977); *"Tortero c/ Pcia. de Buenos Aires"* (Fallos: 310-1794); *"Gobierno Nacional c/ Pcia. de Santiago del Estero"* (Fallos: 310-2812).

2) En 1988, en *"San Lucas c/ Gobierno Nacional"* (Fallos: 311-421). En 1989, en *"Conarpresa c/ Pcia. de Chubut"* (Fallos: 312-1003).

3) En 1991, en autos *"Abud J.H. y otros c/ Pcia. de Buenos Aires"* (Fallos: 314-1186). En 1992, *"Leiva c/ Pcia. de Entre Ríos"* (Fallos: 315-1013), en donde la CS reitera la doctrina de los casos Fallos: 308-2569 y 314-1186.

4) En 1993, *"Satecna c/ Pcia. de Buenos Aires"* (Fallos: 316-2206); *"González c/ Pcia. de Mendoza"* (Fallos: 316-2855). En 1994, *"Ravaglia y otros"*, (Fallos: 317-1224). En 1997 *"Athuel Electrónica S.A. c/ Pcia. de Tierra del Fuego"*, (Fallos: 320-1875).

5) En 1999, en los casos "*Droguería Anes c/ Pcia. de Santa Fe*", (Fallos: 322-678); "*Pcia. de Río Negro c/ Nación Argentina*", (Fallos: 322-1135); "*Pelco c/ Secretaría de Recursos Naturales- P.E. Nacional*", (Fallos: 322-2799).

6) En 2000, "*Palopoli c/ Pcia. de Bs. Aires*" (Fallos: 323-19); "*Prov. de Santa Cruz c/ Nación Argentina*" (Fallos: 323-1849); "*Prov. de San Luis c/ Administración Federal de Ingresos Públicos*", (Fallos: 323-2107); "*Pcia. de Río Negro c/ Nación Argentina*" (Fallos: 323-3277; "*Aguas de Formosa S.A. c/ c/ Pcia. de Formosa*" (Fallos: 323-4193 del 21 de diciembre de 2000).

7) En 2001, "*Transportadora de Gas del Sur c/ Pcia. de Santa Cruz*" (Fallos: 324-871); "*Municipalidad de la ciudad de San Luis c/ Pcia. de San Luis*" (Fallos: 324-2315)

Un fallo aparentemente irrelevante, pero que tiene implícitamente un trasfondo institucional destacable, es el caratulado "*Romero Feris, José Antonio*" (Fallos: 317-711) del 1º de julio de 1994. El actor, convencional constituyente inició acción de amparo con sustento en la inconstitucionalidad del art. 5 de la Ley 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma, en cuanto disponía acerca de la modalidad con que deberían ser votados por la Convención de 1994, los temas indicados en el art. 2 de aquel cuerpo legal. La CS dijo que es doctrina invariable que, a los fines de la admisibilidad de la apelación prevista en el art. 14 de la ley 48, debe atenderse a las circunstancias existentes al momento de la decisión (Fallos: 307-1263, entre otros), no correspondiendo pronunciarse cuando se haya tornado inoficioso decidir la cuestión materia de agravios (Fallos: 305-2228 y 2250; y otros). Que esta situación se ha configurado en el sub-examine, dado que la Convención Constituyente reguló específicamente la materia cuestionada, al disponer el modo de votación de los temas incluidos en el art. 2º cit., al establecerlo en el art. 127 de su Reglamento.

Cabe resaltar que en su disidencia, el ministro Fayt ya adelantaba opinión sobre las cuestiones relativas al control de constitucionalidad de los procedimientos y contenidos de una reforma constitucional, que luego serían debatidos por sus colegas en la sentencia que pronunciarían en 1999 en su propia demanda.

## **2. Finalidad preventiva de la ADI y ausencia de daño\_**

El 22 de abril de 1997, en Fallos: 320-690, in re "*Asociación Civil de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (A.G.U.E.E.R.A.) c/ Pcia de Buenos Aires y otro*", se demandó la inconstitucionalidad de dos decretos-leyes y un decreto de la demandada por violatorios a la CN y a la Ley Nacional 24.065, ante lo cual la CS sostuvo, reiterando anteriores casos, que el pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma, importa el ejercicio de una *acción directa de inconstitucionalidad* de aquéllas que explícitamente la CS ha admitido como medio idóneo, *ya sea bajo la forma del amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional*, para prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional.

Y aunque sea repetitivo, bueno es resaltar que la CS volvió a sentar este capital principio, en el sentido que "*la acción declarativa al igual que el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos*".

Es por ello que se pronunció el Tribunal por la analogía existente entre la acción declarativa de certeza y el amparo, en los términos de los arts. 322 del CPCCN y 43 CN, y dijo: La circunstancia de que la actora haya demandado por la vía prevista en el art. 322 del CPCCN, no constituye un óbice para la aplicación del art. 43 CN.

Algunas de estas afirmaciones fueron reafirmadas por la CS en numerosas causas, entre otras en "*Pcia de Río Negro c/ Nación Argentina*", del 31 de mayo de 1999 (Fallos: 322-1135) y en el 11 de Julio de 2000 en autos "*Prov. de Santa Cruz c/ Nación Argentina*" (Fallos: 323-1849).

## **3. Doctrina encapsulada**

El 15 de abril de 1997, en Fallos: 320-1556 y en el caso "*Pereyra c/ Nación Argentina y otro*" s/ inconstitucionalidad, se rechazó la acción declarativa de inconstitucionalidad pues debe responder a un "caso", ya que dicho procedimiento declarativo *no tiene carácter simplemente consultivo ni importa una indagación*

*meramente especulativa* (ídem en Fallos: 323-3277 en "*Pcia. de Río Negro c/ Nación Argentina*" del 24 de octubre de 2000).

Ella debe tener por finalidad precaver las consecuencias de un acto en ciernes -al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal- y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto (En similar sentido, ver Fallos: 322-678 en "*Droguerías Aries SA*", del 20 de abril de 1999; Fallos: 323-1339 "*Asociación Benghalensis*" del 1 de junio de 2000) La CS afirmó que para considerar configurada la presencia de un caso que pueda ser resuelto por el Poder Judicial de la Nación, es exigible: *a) actividad administrativa que afecte un interés legítimo; b) que el grado de afectación sea suficientemente directo; c) que aquella actividad, tenga concreción bastante.* . En igual sentido Fallos: 328-502 y sus citas; 329-1554 y 1568 del 9 de mayo de 2006 ambas sentencias firmadas por los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay; 326:4774).

## **X. OTRAS SITUACIONES MÁS ESPECÍFICAS**

### **1. Contención? declaración general y directa? consulta e indagación ?**

El 17 de marzo de 1998, en Fallos: 321-551, en autos "*Edesur c/ Pcia. de Bs. Aires*", se había demandado, invocando el art. 322 del CPCCN, la declaración de inconstitucionalidad de dos leyes de la demandada, por considerárselas violatorias a la CN reformada en 1994. Entre otros motivos, la CS afirmó que *no se está en presencia de una causa de carácter contencioso, cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad* de las normas o actos de los otros poderes (ídem Fallos: 325-961).. La función del Poder Judicial de la Nación, que comprende a la CS y a los tribunales inferiores en virtud de lo dispuesto por los arts. 108, 116 y 117 de la CN se define, de acuerdo a una invariable interpretación, como la que se ejercita en las *causas de carácter contencioso* a las que se refiere el art. 2 de la ley 27, es decir, *aquéllas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho entre partes adversas* (en igual sentido, Fallos: 321-551; 323-1432).

El 16 de mayo de 2000, Fallos: 323-1206, en autos "*Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones c/ Pcia. de Catamarca*", se afirmó que procede la vía del art. 322 del CPCCN si se está frente a una solicitud –formulada por la actora considerada por el art. 40 de la ley 24.241 como una entidad nacional- que *no tiene carácter meramente consultivo ni importa una indagación simplemente especulativa*, sino que responde a un "caso" y busca precaver los efectos de un acto concreto o en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto. (idem Fallos: 329-1554, 1568 (9-5-2006); y 329-2231 (13-6.2006), sentencias firmadas por los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay; 328-1701 y 3586; 327-1108, 326-2931, 4774 y 4967; 325-474), relaciones respecto de las cuales se debe haber producido la totalidad de los hechos concernientes a su configuración (Fallos: 328-3573). En tal sentido, corresponde hacer lugar a la excepción de falta de legitimación activa, si la resolución determinativa del impuesto a los ingresos brutos no existió. (Fallos: 327-2529).

## **2. Ciertos casos relevantes declarando la procedencia de la ADI**

En este sentido la CS ha sostenido en el relevante caso "*Hoofit*" del 16-11-2004, que "la demanda tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires – en cuanto excluye a los argentinos naturalizados de la posibilidad de acceder al cargo de juez de cámara- habilita la vía del art. 322 CPCCN, toda vez que no configura una indagación meramente especulativa ni tiene carácter consultivo, sino que responde a un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal (Fallos: 327-5118).

En Fallos: 329-792 del 21 de marzo de 2006, se explicitó que se trataba "de un caso contencioso con el alcance del art. 2 de la ley 27", cuyos recaudos se tienen por cumplidos, v.g. "cuando existe una resolución administrativa determinativa del tributo, de la cual surjan las sumas que el fisco provincial reclama" (Fallos: 328-4321); o cuando "la resolución determinativa de oficio y la intimación de pago

por la que se persigue el cobro del tributo evidencia un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica que justifica la demanda iniciada (acción declarativa de inconstitucionalidad) toda vez que se han configurado los presupuestos de hecho en que se apoya la declaración acerca de la existencia o inexistencia del derecho discutido” (Fallos: 328-4198).

En tal sentido la CS sostuvo que existe un “caso”, “si el COMFER como autoridad de aplicación de la ley federal 22.285 impugna la constitucionalidad de la ley 12.338 de la Pcia. de Buenos Aires, por vulnerar normas de carácter federal que regulan el sistema de radiodifusión (Fallos: 327-1292).

### **3. Ciertos casos en que se declaró el rechazo de la ADI**

a) Corresponde desestimar *in limine* la demanda tendiente a que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 16 y 17 de la ley 11.405 de la Provincia de Buenos Aires si no ha existido actividad alguna que haya puesto en tela de juicio el derecho que se ejerce ni se ha afectado el interés que se invoca, pues la actora no ha logrado demostrar la existencia de una lesión que pudiera afectar en grado suficientemente concreto el derecho a comercializar sus productos medicinales. En caso contrario “se excedería en mucho la función que le ha sido encomendada al Poder Judicial pues es de absoluta evidencia que su examen sin acto alguno del poder administrador que lo justifique, exigiría emitir un pronunciamiento de carácter “teórico“, dado que no se está en presencia de una causa atendiendo a que se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de de normas o actos de otros poderes (Fallos: 326-2931; en similar sentido, Fallos: 325-474).

b) Corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad de normas provinciales por estar en contradicción con normas nacionales, si no se ha demostrado la existencia de actividad alguna por parte del poder administrador que en forma actual ponga en peligro el derecho que se intenta ejercer, que tampoco aparece suficientemente acreditado (Fallos: 325-474).

c) La pretensión tendiente a obtener una declaración general y directa de inconstitucionalidad de la norma sancionada por la legislatura local, no constituye

“causa” o “caso contencioso” que permita la intervención del Poder Judicial de la Nación (Fallos: 328-1701).

d) Corresponde rechazar in limine la demanda si la actora en definitiva postula una consulta sobre la titularidad de un edificio, en relación con el cual no existen partes adversas, ni pueden siquiera ser presupuestos intereses contrarios, y tampoco existe acto alguno actual ni en ciernes por parte de alguno de los poderes públicos demandados que pudiera significar alguna afectación para la actora, lo cual demuestra, de modo inequívoco, el carácter meramente consultivo del reclamo, y la ausencia de conflicto al que se refiere el art. 2 de la ley 27, es decir causas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho entre partes adversas (Fallos: 329-1675, el 16 de mayo de 2006 en “El Muelle Place c/ Pcia. De Bs. Aires”)

#### **4. Las medidas cautelares en la ADI**

a) En 1995, en "*Central Neuquén c/ Pcia. de Buenos Aires*" (Fallos: 318-30); y "*Litsa c/ Pcia. de Corrientes*" (Fallos: 318-2374), el Tribunal trató las relaciones entre la acción declarativa de inconstitucionalidad y *las medidas cautelares*, señalando que procede cuando persigue precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, ya que si bien por vía de principio, medidas como la de *no innovar*, no proceden respecto de actos administrativos o legislativos, atento la presunción de validez que ostentan tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases prima facie verosímiles (doctrina de Fallos, 250-154; 251-336; 307-1702; 314-695).

b) Las medidas cautelares no proceden, en principio, respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan. En ese sentido cabe adoptar un criterio de particular estrictez en el examen de medidas suspensivas en materia de reclamos y cobros fiscales (Fallos: 328-3019 de 2005).

Pero en este tópico es fundamental destacar que, no obstante el principio sentado, la CS dejó bien en claro que tal doctrina de la presunción de validez debe

ceder cuando se los impugna sobre bases *prima facie* verosímiles ((Fallos, 250-154; 251-336; 307-1702; 314-695; 327-1305 y 4773; 326-676, 3351, 3658 y 4967; 325-3209).

c) De otro lado, el Tribunal ha señalado reiteradamente que como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud (Fallos 327-1305; 326-676 y 3351). Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético , dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (Fallos: 326-676, 3351 y 4967; 325-3209).

d) Ante el muy común apresuramiento de solicitar medidas precautorias faltas de motivación, la CS con acertado y convincente razonamiento ha sostenido que “si no se advierte que el mantenimiento de la situación de hecho pueda influir en el dictado de la sentencia o convierta su ejecución en ineficaz o imposible (art. 230 inc. 2º del CPCCN), es inaceptable la concesión de la medida cautelar de la cual se derivarían los mismos efectos que los provenientes de la declaración de inconstitucionalidad de los actos cuestionados, lo que constituye el objeto del litigio (Fallos: 328:3019, año 2005).

Al respecto nos parece sumamente oportuno recordar que aplicando este criterio, el alto Tribunal en cardinal pronunciamiento sostuvo que, si bien el objeto de la demanda se refiere a la declaración de inconstitucionalidad de la ley 7306 de la Provincia de La Rioja y del decreto 34/96, y la medida cautelar innovativa a la suspensión de lo resuelto por el decreto 12/03, resulta evidente que del dictado de éstas se derivarían los mismos efectos que los de una sentencia definitiva, tanto en la órbita de los intereses que pretende proteger la actora como en los de la provincia demandada. Por ello corresponde descalificar como medida cautelar la que produce los mismos efectos que si se hubiese hecho lugar a la demanda, pues la finalidad de dichas decisiones es asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable, mas no lograr anticipadamente el fin perseguido (art.232 CPCCN). Cuando por medio de una prohibición de innovar se pretende modificar el status quo existente, su

admisibilidad reviste carácter excepcional. Los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia en tanto un pronunciamiento favorable altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado y configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (*“Asociación de Maestros y Profesores de La Rioja c/ Pcia. De La Rioja y otro”*, Fallos: 327-2490)

e) En diversos pronunciamientos y aplicando estos principios, la CS afirmó que no corresponde hacer lugar a la suspensión preventiva, hasta que recaiga una decisión definitiva, de la eventual ejecución fiscal y cualquier medida asegurativa que pudiese dictar la demandada contra bienes de Y.P.F. S.A., por los reclamos derivados de las normas que impugna en el proceso, pues medidas cautelares como las requeridas no proceden en principio, respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostenta. El procedimiento reglado por el art. 322 CPCCN no excluye necesariamente el cobro compulsivo que la provincia demandada estaría habilitada a intentar por las vías procesales que considere pertinentes (Fallos 326-880; asimismo la doctrina precedente ver en Fallos: 326-2741).

No corresponde hacer lugar a la medida de no innovar tendiente a que la Provincia de Mendoza suspenda la aplicación de los decretos provinciales 2113/02 y 267/03 en cuanto pretenden gravar con el impuesto de sellos a “simples ofertas” de compra de productos que no configuran acuerdos instrumentados en razón de no haber sido aceptadas. Ello así atendiendo al criterio de esta Corte en situaciones semejantes a las aquí debatidas y ha decidido rechazar medidas cautelares como la pedida (Fallos: 327-564, citando a Fallos: 322-2275).

f) De otro lado, haciendo lugar a la medida cautelar solicitada en autos *“Nobleza Piccardo c/ Pcia. De Tierra del Fuego”*, (Fallos 327-1305), la CS sostuvo que corresponde decretar la prohibición de innovar y ordenar a la Provincia de Tierra del Fuego que se abstenga de ejecutar sus reclamos fiscales sobre la base de lo dispuesto en el inc. 5° del punto 4° del art. 9° de la ley provincial 440, si el peligro en la demora se advierte en forma objetiva al considerarse los diversos efectos que

podría provocar la aplicación de las normas impugnadas, entre ellos, su gravitación económica, aspecto que no debe dejarse de lado al admitir medidas de tal naturaleza (Fallos 327-1305. En similar sentido ver, Fallos: 326-676,3351 y 4967).

Asimismo en autos "*Petrolera Entre Lomas S.A.*" y "*Petrobras Energía S.A.*", ambas demandas contra la Provincia. de Neuquén se hizo lugar a las medidas de no innovar por las que dicha Provincia deberá abstenerse de exigir a la actora el pago de las diferencias por regalías resultantes de la aplicación del los decretos provinciales 225/06 y 226/06 (Fallos: 330 del 5/6/2007).

g) El reclamo tendiente a suspender los efectos del decreto local -cuya declaración de inconstitucionalidad se planteó- que establece el acortamiento o caducidad de los mandatos electorales de concejales, presenta el *fumus boni iuris* - comprobación de apariencia o verosimilitud del derecho invocado por la actora- exigible a una decisión precautoria, atendiendo los diversos efectos que podría provocar la aplicación de las disposiciones impugnadas (Fallos. 326-3456 y 3658).

Aplicando dicha doctrina, el Tribunal dispuso ordenar que la provincia de Santiago del Estero se abstenga de alterar la vigencia del mandato de la concejal que impugnó la constitucionalidad del decreto que estableció la caducidad de los mandatos electorales, pues la prohibición de innovar constituye un arbitrio adecuado tendiente a preservar la razón de ser de la función jurisdiccional, mas ella debe ser limitada a los intereses invocados en el proceso (art. 204 CPCCN), y no debe tener el alcance que se pretende de detener todo el acto eleccionario, sino de resguardar los derechos de la actora (Fallos. 326-3456)

## **5. Ingresos brutos y coparticipación federal**

### ***a) Procedencia de la ADI***

El 8 de septiembre de 1998, en F. 321-2501, en autos "*Cooperativa TAC c/ Pcia. de Mendoza*" , la CS dijo que nada obsta a que entienda íntegramente respecto del planteo de inconstitucionalidad del impuesto provincial a los ingresos brutos por entenderlo violatorio a los incs. 13 y 30 del art. 75 de la CN y de la garantía del art.

17 CN por contrariar el principio del régimen de *coparticipación federal* en cuanto éste veda la doble imposición.

Con fecha 7 de febrero de 2006 (Fallos: 329-55) en la causa “*Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones S.A. c/ Pcia. de Santiago del Estero*”, la CS sostuvo que la acción declarativa resulta un medio eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora (entidad nacional según Fallos: 323-1206), pues existe una controversia actual y concreta que concierne a la materia federal, que se vincula con la correcta aplicación de la alícuota del impuesto sobre los ingresos brutos a una administradora de fondos de jubilaciones y pensiones, y ha mediado una actividad explícita por parte de la provincia dirigida a la percepción del tributo con la alícuota cuestionada.

La acción declarativa de inconstitucionalidad es admisible con arreglo a lo dispuesto por el art. 322 del CPCCN, si se verifica una controversia concreta en torno al alcance de la exención pretendida por la actora y rechazada por parte de la provincia de Mendoza mediante el acto administrativo, al que la demandante atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal en la materia (Fallos: 329-1586, 9-5- 2006).

La procedencia de la vía intentada sobre la base de lo dispuesto por el art. 322 del CPCCN se encuentra acreditada ante la pretensión de la actora de obtener la declaración de inconstitucionalidad del impuesto a los ingresos brutos establecidos por la ley 10.397 de la provincia de Buenos Aires –devengado por la actividad del transporte interjurisdiccional- la respuesta de la Provincia –quien la rechaza y sostiene que se trata de un acto de imperio del Estado dirigido a percibir lo que corresponde- y lo que resulta de los actos efectuados dentro del marco del procedimiento determinativo y sumarial en los expedientes administrativos a los que atribuye ilegalidad y lesión al régimen federal (Fallos: 329-2745, 11 de julio de 2006).

#### ***b) Improcedencia de la ADI***

Asimismo, en Fallos: 329-1554 en sentencia del 9 de mayo de 2006, la CS sostuvo que “si la actora no ha logrado demostrar acciones concretas del Fisco de la

Provincia de Tucumán dirigidas a obtener el pago del tributo con arreglo a lo dispuesto en el decreto 75-3/00, no llega a configurarse el “acto en ciernes” generador del caso contencioso y la pretendida declaración general y directa de inconstitucionalidad del reglamento aludido no puede prosperar ( idem en Fallos: 329-1568).

Corresponde rechazar la demanda tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad de un tributo provincial si la actora no pagó en ninguna oportunidad el impuesto que impugna ni la demandada realizó algún acto a raíz de dicha conducta, omisión que se mantuvo inclusive tras el cuestionamiento constitucional del impuesto (Fallos: 328-3586), o cuando la impugnación a los ingresos brutos devengado por la actividad de transporte interjurisdiccional , si a los actos voluntarios emanados de la actora inscripción como contribuyente del impuesto que se reclama y algunos pagos realizados en forma alternativa o parcial- denotan, claramente, que no se configura con relación al tributo provincial cuestionado un caso en que se verifique un estado de incertidumbre a los términos del art. 322 CPCCN. (Fallos: 328-3356; en similar sentido Fallos: 328-1791 año 2005)

Si no se ha acompañado al proceso los requerimientos de pago y sus contestaciones ni tampoco se intentó demostrar por otros medios de prueba la existencia de actos concretos de la Dirección de Rentas de la provincia demandada dirigidos a gravar las actividades, es la propia actora quien desistió de la prueba informativa y el agravio resulta entonces conjetural e hipotético, ya que no se probó comportamiento alguno configurativo del requisito del acto en ciernes que pueda válidamente originar una relación jurídica concreta con la demandada (Fallos: 328-1701).

Corresponde rechazar la demanda tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad del impuesto sobre los ingresos brutos, si los actos voluntarios emanados de la actora –inscripción como contribuyente del impuesto que se le reclama y algunos pagos realizados en forma alternada o parcial- denotan claramente, que no se configura con relación al tributo provincial cuestionado un caso en que se

verifique un estado de incertidumbre en los términos del art. 322 del CPCCN (Fallos: 328-1791).

## **6. Impuesto de sellos**

Si la pretensión se encuentra dirigida a dilucidar el estado de falta de certeza frente al impuesto de sellos requerido por la provincia por la emisión de las ofertas de compra de gas natural, que fueron aceptadas tácitamente por las destinatarias, y el reclamo no sólo se funda en la interpretación del derecho local, sino también en su enfrentamiento con la ley de coparticipación federal y el régimen del tráfico interprovincial, lo que afecta la unidad legislativa común, existe una controversia definida, concreta, real y sustancial que justifica la intervención del Tribunal. Frente a los claros actos del Fisco provincial –liquidaciones y resoluciones de la Dirección Provincial de Rentas- a las que la actora atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal, la inexistencia de una posterior resolución determinativa de oficio, o la invocación del pago parcial del tributo por la cocontratante, no obstan a la procedencia de la vía intentada, de acuerdo con el art. 322 del CPCCN. (Fallos: 328-3599; en igual sentido, Fallos: 329-2231 del 13/6/2006 con la firma de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Lorenzetti y Argibay).

Procede la acción declarativa (art. 322 CPCCN) cuando la situación planteada –intimación al pago del impuesto de sellos previsto en el art. 216 del Código Fiscal de la Provincia de Neuquen- supera la indagación especulativa o el carácter consultivo para configurar un “caso” que busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal (Fallos: 327-1051); como asimismo procede la acción declarativa contra la pretensión de la Provincia de Santa Cruz de aplicar el impuesto a los sellos sobre los supuestos contratos de transporte armados internamente por Gas del Estado para su privatización y, los contratos epistolares sin instrumentación celebrados después de su privatización (Fallos: 327-1083); o en el caso de la situación planteada ante la intimación al pago del impuesto de sellos previsto en la ley 175 de la Provincia de Tierra del Fuego (Fallos: 327-1108).

Corresponde desestimar la acción declarativa de inconstitucionalidad del impuesto de sellos que la Pcia. de Buenos Aires pretende aplicar sobre el permiso de explotación otorgado por la Nación para efectuar el servicio público de transporte interjurisdiccional de pasajeros, si la actora no acreditó la existencia de una resolución determinativa del tributo de la cual surjan las sumas que la provincia le reclama (Fallos 326-4774).

## **7. La ADI y conflictos entre Provincia y Municipio**

La acción declarativa de certeza tendiente a que se declare la inconstitucionalidad del art. 8° de la ley 5324 de San Luis y del decreto provincial 117/2003, por cercenar el régimen de autonomía municipal, contiene un manifiesto contenido federal que debe ser dilucidado y configura la presencia de un caso litigioso correspondiente a la competencia originaria de la Corte Suprema "*Ponce, Carlos Alberto c/ Pcia. De San Luis*" (Fallos: 328-175 del 24/2/2005).

Si la demanda fue deducida en representación de la Municipalidad de San Luis y encaminada a la protección del buen funcionamiento de las instituciones republicanas –autonomía municipal-, ello resulta decisivo para la subsistencia del interés en la causa pese al fenecimiento del mandato para el cual el demandante había sido electo, ya que no se trata sólo de bienes jurídicos individuales, sino de la tutela del adecuado funcionamiento de las instituciones (Fallos: 328-175).

## **8. Control de una norma constitucional provincial**

El 22 de junio de 1999 (Fallos: 322-1253), en autos "*Iribarren c/ Pcia. Santa Fe*", el actor en su calidad de ministro de la Corte Suprema de dicha provincia, inicia una acción declarativa de certeza a fin de lograr un pronunciamiento que declare la inconstitucionalidad del art. 88 de la Constitución provincial, en cuanto dispone el cese de la inamovilidad de los magistrados a partir de los sesenta y cinco años de edad si están en condiciones de obtener la jubilación ordinaria. En esta trascendental causa y más allá de las serias críticas que nos merece una sentencia que violó la autonomía provincial, la CS reiteró la doctrina de Fallos: 307-1379 ("*Pcia. Santiago del Estero c/ Estado Nacional*"), y declaró procedente la acción declarativa de inconstitucionalidad, sosteniendo que la causa sub-examine respondía a un "caso contencioso" que buscaba prevenir los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional. (en igual sentido ver, entre otros, Fallos: 310-606 y 2812).

## **9. Acción contra proyecto de ley provincial**

En los autos *“Municipalidad de la ciudad de San Luis c/ Pcia. de San Luis”* (Fallos: 324-2315), por sentencia del 9 de agosto de 2001, la CS rechazó la acción declarativa de inconstitucionalidad que la actora dedujo, contra un proyecto de ley provincial que a su criterio vulneraba la autonomía municipal.

La CS sostuvo que “la presentación de proyectos de ley, -en el caso modificación de la situación político-institucional de un municipio- no fija en forma definitiva la existencia y modalidad de una relación jurídica, ni genera el estado de incertidumbre que justifica que se dé curso a una acción declarativa de inconstitucionalidad para dilucidarlo, ya que los trámites que se intenta impedir, no causan estado por sí mismos ni conllevan una vulneración de derechos subjetivos que autorice a sostener que se presenta una controversia actual y concreta”

#### **10. ADI y revisión judicial de una reforma constitucional**

Quizás uno de las más importantes pronunciamientos en los últimos tiempos, en cuanto declaró revisible judicialmente una reforma constitucional, fue el caso *"Fayt, Carlos S. C/ Estado Nacional"* en Fallos: 322-1665, del 19 de agosto de 1999, en el cual el actor, ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, inició la acción prevista por el art. 322 CPCCN, a fin de obtener que se declare la nulidad, en los términos de la ley 24.309, de la reforma introducida por el art. 99 inc. 4 párr. 3° del nuevo texto de la CN al art. 86 inc. 5 del texto 1853/60, que importa en su entender, una restricción no habilitada a la garantía de la inamovilidad que consagra el art. 110 CN (anterior art. 96), en cuanto establece que un nuevo nombramiento, precedido de acuerdo del Senado, será necesario para mantener en el cargo a cualquier juez, una vez que cumpla la edad de setenta y cinco años.

En el tema que en este capítulo abordamos -pues en el de la justiciabilidad de las cuestiones políticas tendrá mayor desarrollo- es evidente que la CS sigue avanzando hacia una más amplia comprensión del "caso contencioso" del art. 2 de la Ley 27, pues afirma que *se configura una "causa" si el actor ha invocado ante el Poder Judicial la protección de un derecho*: el de mantener la inamovilidad en el cargo de juez de la Corte de acuerdo al alcance que dicha garantía le reconocía en la

Constitución entonces vigente, y *el Estado ha resistido tal pretensión, configurándose una controversia "definitiva y concreta"* que remite al estudio de puntos regidos por normas constitucionales e infraconstitucionales de naturaleza federal.

La CS concluyó declarando nulo el art. 99 inc. 4 párr. 3º, en virtud de haberse configurado un manifiesto exceso en las facultades de que disponía la Convención Constituyente, conforme al procedimiento reglado por el art. 30 CN y a lo dispuesto en la declaración de necesidad instrumentada mediante la ley 24.309.

## **XI. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA DEMANDAR LA ACCIÓN**

### **1. Ciudadano común y legisladores nacionales**

Veamos ahora dos casos en los que la CS debió rechazar las acciones por falta de legitimación activa. Uno es el caso "*Ravaglia*" del 6 de Octubre de 1994 (Fallos: 317-1224), se rechazó la declaración de inconstitucionalidad del art. 64 de la Constitución de la Pcia. de Santa Fe, en cuanto prohíbe la reelección inmediata del gobernador y del vicegobernador.

El otro es el caso "*Gómez Diez y otros c/ Congreso de la Nación*" del 31 de marzo de 1999 (Fallos: 322-529), en el que los actores, tres diputados nacionales por la Pcia. de Salta, iniciaron una demanda declarativa de certeza e inconstitucionalidad (art. 322 del CPCCN), contra el Poder Ejecutivo Nacional y el Congreso (Cámara de Senadores) a fin de obtener la sanción de una nueva ley convenio de coparticipación impositiva (art. 75 inc. 2 y la disposición transitoria 6ta. de la CN), por entender que la ley 24.699 de 1996 importó lisa y llanamente el incumplimiento de dicha cláusula transitoria, al disponer la prórroga hasta el 31-XII-1998 del "Pacto Federal del Empleo, la Producción y el Crecimiento" del 12-8-1993 y que el PE al no vetar dicha ley, produjo otro acto violatorio de la cláusula constitucional.

El Alto Tribunal -con cita en F. 313-863- y reseñando por nuestra parte la doctrina de ambas resoluciones, sostuvo en la primera causa, la inexistencia de un

caso concreto, toda vez que la condición de ciudadano que esgrime el actor para deducir la acción de amparo, no es apta en el orden federal para autorizar la intervención de los jueces, por ser dicho carácter de una generalidad tal que no permite, en los casos solicitados, tener por configurado el interés concreto inmediato y sustancial que lleve a considerar a la presente como "causa", "caso", o "controversia", único supuesto en que la mentada función puede ser ejercida".

No cualquier ciudadano puede interponer una acción declarativa de inconstitucionalidad, sino quien demuestre interés concreto, inmediato y sustancial, cuya protección jurídica procure en una "causa" protegido.

Pero además, y en el segundo caso, al tratarse de legisladores nacionales, la CS sostuvo que los legisladores carecen de legitimación procesal para actuar en procesos como el de autos, pues esa calidad sólo los habilita para desempeñar las funciones en el órgano que integran y con el alcance asignado por la CN. En consecuencia, rechazó ambas acciones por no haberse acreditado los presupuestos establecidos por el art. 322 CPCCN.

## **2. Otro caso de diputados nacionales**

En sentencia del 1º de junio de 2000, en la causa "*Garré, Nilda Celia y otros*", (Fallos: 323-1432), la CS decidió la acción de amparo contra el Estado Nacional interpuesta por Nilda Celia Garré, Horacio Viqueira y Darío Dalessandro en su carácter de Diputados Nacionales, a fin de que se declare la inconstitucionalidad del Decreto 21/99 y que, en consecuencia, se suspenda el otorgamiento de avales para las obras "Sistema Interprovincial Federal" y "Desagües Pluviales de la Red de Accesos a la Capital Federal".

Haciendo suyo el Dictamen del Procurador General, la CS desestimó el recurso extraordinario intentado contra la sentencia de la Cámara que les negó el interés concreto, inmediato y sustancial que se requiere para la formación de una "causa", "caso" o "controversia", todo ello con base en la doctrina sentada en los siguientes casos:

- a) "Dromi" (Fallos: 313-863);

b) "Rodríguez" (Fallos: 320-2851) en el que afirmó que un grupo de legisladores carecían de legitimación para cuestionar un Decreto del Poder Ejecutivo, aduciendo una lesión al ejercicio de sus funciones, pues ello no se ajustaba a la realidad, en la medida que nunca se les había impedido desempeñar tales funciones;

c) "Gómez Díez" (Fallos: 322-528) en el que se sostuvo que los legisladores carecen de legitimación procesal para actuar en procesos como el de autos, pues esa calidad sólo los habilita para desempeñar las funciones en el órgano que integran y con el alcance asignado por la CN.

## **XII. LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD**

A manera de síntesis que compendie el diseño vertebral de la acción declarativa de inconstitucionalidad, podemos señalar los siguientes presupuestos y perfiles que la tornan procedente:

1) De conformidad a la actual jurisprudencia del Tribunal, *en el orden nacional existe la acción declarativa de inconstitucionalidad*, que se planteará antes lo tribunales inferiores o ante la CS en el caso de competencia originaria. (agregar en su parte pertinente Fallos: 327-1813 Para que la ADI pueda ser instaurada y admitida ante la CS, resulta condición ineludible que se configuren los requisitos que determinan su intervención en instancia originaria, cual es que un estado provincial sea parte adversa de quien efectúa el cuestionamiento; idem en Fallos: 325-961)

2) El control de constitucionalidad encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa, requieren que *la existencia de "casos contenciosos" "causas" o "controversia judicial"* sea observado rigurosamente en los términos de los arts. 116 y 117 y 2º de la ley 27.

3) Por ello la Corte desde sus inicios negó que estuviese *en la órbita del Poder Judicial de la Nación la facultad de expedirse en forma general y directa sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los poderes Legislativo y Ejecutivo, en tanto su aplicación no haya dado lugar a un litigio contencioso.*

4) Tales causas contenciosas *son aquellas en que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas.* La Corte, al reafirmar tales principios básicos del sistema de control constitucional federal, pone de relieve que ellos *no tienen como corolario que en el orden nacional no exista la acción declarativa de inconstitucionalidad.*

5) Por la citada acción se formula *una solicitud de declaración de certeza porque no tiene carácter simplemente consultivo ni importa una indagación meramente especulativa.*

6) Para ello *parece adecuada la acción declarativa que, al igual que la acción de amparo, sin bien se trata de dos acciones distintas, tiene una finalidad preventiva,* no requiere la existencia del daño consumado y satisface el interés de la actora con una mera declaración de certeza. AGREGAR (Fallos: 327-3010) en donde corresponda más arriba.

- El pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma importa el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, de aquéllas que explícitamente ha admitido como medio idóneo –ya sea bajo la forma de amparo o la acción de mera certeza- para prevenir o impedir las lesiones de derechos de base (Fallos: 327-3010) AGREGAR DONDE CORRESPONDA

7) *La acción meramente declarativa de inconstitucionalidad está sujeta a los requisitos de admisibilidad que determina el art. 322 del CPCCN para la acción meramente declarativa, por lo cual es preciso los siguientes presupuestos:*

a) Que exista un *estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica concreta, y lesión al régimen constitucional federal* que afecta dicha relación jurídica discutida o incierta;

b) Que el accionante tenga *interés jurídico personal, real, concreto, suficiente cierto e inmediato*, en el sentido de que la falta de certeza teñida de inconstitucionalidad, le pueda producir un *daño, perjuicio o lesión actual o inminente*;

c) Que el demandante *no disponga de otro medio legal* para darle fin inmediato a la incertidumbre constitucional.

8) *La condición de ciudadano que esgrime un justiciable para deducir la acción, no es apta en el orden federal para autorizar la intervención de los jueces*, por ser dicho carácter de una generalidad tal que no permite, en los casos solicitados, tener por configurado el interés concreto inmediato y sustancial que lleve a considerar a la presente como "causa", "caso", o "controversia".

9) Por su parte, *los legisladores carecen de legitimación procesal para actuar en procesos como el de autos*, pues esa calidad sólo los habilita para desempeñar las funciones en el órgano que integran y con el alcance asignado por la CN.

### **XIII. LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL ORDEN PROVINCIAL**

#### **1. Sistemas difuso y concentrado de control de constitucionalidad**

Como en tantos otros temas, también en el *sub-examine*, el Derecho Constitucional Provincial desde antaño ( v.g. Córdoba 1923, E. Ríos 1933), ha tenido una posición más progresiva y pionera que el constitucionalismo federal, la cual marca originarios rumbos a la posición que en la jurisdicción federal comenzó a perfilar la CS a partir del caso "Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos

Petrolíferos Fiscales" de 1985 y que como la acción de amparo, entre otros institutos, serán concebido y paridos en la matriz de las sentencias del alto Tribunal, antes que en el derecho legislado.

Analizando la panorámica general de las disposiciones pertinentes de las Constituciones Provinciales, se advierte que en general y sin perjuicio de algunos casos en que se ha prescripto un control difuso de modo exclusivo para el control jurisdiccional, en la mayoría de las mismas se consagra un sistema dual o paralelo de control de constitucionalidad, en el que conviven:

a) Un *sistema difuso* en cabeza de cualquier tribunal, cualquiera sea su instancia o fuero, básicamente ordenado a las cuestiones de constitucionalidad dentro del orden jurídico provincial surgidas por vía de defensa o excepción con motivo de demandas surgidas de aplicaciones concretas que han provocado invocadas lesiones a una situación jurídica subjetiva de interés legítimo o derecho subjetivos, individuales o colectivos.

b) Un *sistema de control concentrado* de carácter preventivo que se ejercen por acciones de inconstitucionalidad planteadas a la competencia originaria y exclusiva del Superior Tribunal de Justicia o de la Corte de Justicia Provinciales, de carácter excepcional e interpretación restrictiva.

En ambos casos lógicamente interviene el Tribunal máximo del Poder Judicial provincial, ya sea por vía de recurso en el primer supuesto, como por vía de acción en el segundo.

## **2. La recepción de los sistemas en las Constitucionales Provinciales**

En cuanto al **sistema difuso exclusivo**, lo encontramos en las Constituciones de Catamarca (art. 203 inc. 1); de Corrientes (art. 145 inc. 1); de Formosa (art. 167 inc. 2); de Santa Fe (art. 93 inc. 1) y Tucumán (art. 106).

En lo referente al **sistema difuso-concentrado**, se advierte la existencia del sistema concentrado en la acción declarativa de inconstitucionalidad directa ante el Tribunal más alto de la provincia, que convive con el sistema difuso en todos los tribunales, en un sistema dual o paralelo, que ha sido receptado en las siguientes Constituciones: de Buenos Aires (art. 161 inc. 1<sup>a</sup>); de Chaco (art. 170 inc. 1. a.); de Chubut (art. 179 inc. 1.1.); de Córdoba (art. 165 inc. 1.a.); de Entre Ríos (art. 167 inc. c)); de Jujuy (art. 164 inc. 1°); de La

Pampa (art. 97 in. 1°); de La Rioja (art. 141 inc. 1.); de Mendoza (art. 144 inc. 3.); de Misiones (art.- 145 inc. 1)); de Neuquén (art. 170 inc. a)); de Río Negro (art. 207 inc. 1°); de Salta (art. 153 inc. II.a.); de San Juan (art. 208 inc. 2.); de San Luis (art. 213 inc. 1.); de Santa Cruz (art. 132 inc. 3.); de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sud (art. 157 inc. 1.); y de la Ciudad de Buenos Aires (art. 113 inc. 2.).

### **3. La ADI en la Constitución de Córdoba**

#### ***I) La prescripción constitucional***

Solamente a título ejemplificativo, recordemos el art. 165 inc. 1.a. de la Constitución de Córdoba que expresamente dispone: "El Tribunal Superior de Justicia tiene la siguiente competencia: 1. Conocer y resolver originaria y exclusivamente, en pleno: a. De las acciones declarativas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, Cartas Orgánicas y ordenanzas que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución, y se controvierta en caso concreto por parte interesada.... ..".

#### ***II) La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia***

De esta disposición constitucional y de la doctrina judicial sentada por el Tribunal Superior en reiterada jurisprudencia (v.g. entre muchos otros, en "Alberti Huber Oscar y otros c/ Provincia de Córdoba - Acción Autónoma de Inconstitucionalidad", sentencia del 8 de junio de 1999; "Mocciario María Isabel c/ Provincia de Córdoba y otra - Acción de Inconstitucionalidad", sentencia del 18 de noviembre de 1999), pueden extraerse los siguientes presupuestos y caracteres de la acción declarativa de inconstitucionalidad:

a) En toda causa, es menester analizar si en la especie concurren los presupuestos necesarios establecidos por el art. 165 inc. 1. ap. a. de la Constitución Provincial.

b) Dicho examen corresponde efectuarlo con un *criterio restrictivo*, atendiendo al *carácter excepcional* de la *intervención originaria y exclusiva* de este Tribunal Superior *en pleno*.

c) La acción de inconstitucionalidad provincial, habilita el *control directo* de las mencionadas normas jurídicas en cuanto estatuyan sobre *materia regida por la Constitución Provincial*.

d) La *naturaleza declarativa de la acción* originaria de inconstitucionalidad, su *función preventiva* y el estado de hecho que constituye el fundamento de la acción, es decir, *la amenaza de un derecho y no una lesión efectiva*, torna procedente que frente a la consumación del daño, la acción resulte irremediablemente inadmisibile.

e) El conflicto de constitucionalidad, debe ventilarse en *caso concreto*, mediante *petición expresa de parte interesada*.

f) En este último punto, la legitimación activa es insuficiente si por el *grado de generalidad* que la misma reviste, pone de manifiesto la *falta de un interés jurídico, personal y directo* para perseguir la declaración de inconstitucionalidad.

g) Y en el caso concreto "Alberti", el Tribunal sostuvo que aceptar incluso la legitimación de los actores, en el carácter de ciudadanos o habitantes, implicaría la aplicación lisa y llana de la "acción popular", que está excluida de nuestro ámbito jurídico.

#### **4. La Suprema Corte de la Pcia. de Buenos Aires**

Por su parte, es interesante traer a colación el pronunciamiento de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el caso "Bloque de Senadores Unión Cívica Radical del Pueblo s/ inconstitucionalidad leyes contenidas en los exptes: A-14/90-91; A-16/90-91; C-139/90-91 y C-125/90-91", del 12 de marzo de 1991 (El Derecho, t. 143-373). Allí se dijo: "Conforme lo ha decidido esta Corte la función primordialmente preventiva que el legislador de la provincia de Buenos Aires, ha asignado a la acción originaria de inconstitucionalidad (art. 683 Cód. Procesal) torna posible estimar que la sola promulgación de la ley, decreto u ordenanza autoriza a quienes ostentan un interés legítimo lesionado, a deducir la acción respectiva actuando así el remedio organizado en miras a la tutela preventiva de los derechos individuales.

De allí se sigue que no es viable el cuestionamiento de una ley con anticipación a ese acto de promulgación (en el caso se trató de una demanda que persigue la declaración de inconstitucionalidad de proyectos de leyes sancionadas por la Cámara de Senadores de la Provincia).

=====

## NOTAS

( 1 ) "Derecho Procesal", 2da. edic., Editorial Ediar, Buenos Aires 1956, T. I pág. 354.

( 2 ) No obstante que desde 1968 rigió esta acción, debieron pasar más de dos décadas para que recién en 1985, la CS admitiera a través de ella, la acción declarativa de inconstitucionalidad. Esta lamentable resistencia jurisprudencial, originó la presentación de proyectos de leyes reglamentándola en la amplitud de su temática y con acertada precisión, como es el caso del proyecto del Diputado Nacional Jorge R. Vanossi que la incorporaba al CPCCN en un art. 322 bis con cinco incisos y diversas normas complementarias para su correcta inserción en el orden jurídico federal y dentro de la sistemática del citado Código ( "Obra Legislativa - T. I, años 1983-1986", Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires 1987, pág. 37 y sgtes).

( 3 ) Ver *Chioyenda Giuseppe*, en "Ensayos de Derecho Procesal Civil", traducción de Santiago Sentís Melendo, Edit. E.J.E.A., Buenos Aires 1949, Vol. I págs. 131 y sgtes.; asimismo puede consultarse: *Couture, Eduardo J*, en "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Editorial Depalma, Buenos Aires 1969, pág. 315; *Goldschmidt*, "Derecho Procesal Civil.", pág. 62; *Zanzucchi*, "Diritto Processuale Civile", T. I, p. 122.

( 4 ) Haro Ricardo, en "La Competencia Federal", Depalma, Bs. As. 1989, pág. 83.

( 5 ) Sobre el tema de la "acción meramente declarativa" y la "acción declarativa de inconstitucionalidad" existe abundante material doctrinario. Así, entre otras, puede consultarse en las siguientes obras: 1) *Bidart Campos, Germán*, en "Tratado Elemental de Derecho Constitucional", Editorial Ediar, Buenos Aires, 1993, T. II, págs. 507/510; 2) *Sagües, Néstor Pedro*, "Recurso Extraordinario", Editorial Depalma, Buenos Aires 1984, T. I, págs. 96 a 103; 3) *Vanossi, Jorge Reinaldo*, "Recurso Extraordinario Federal - Control de Constitucionalidad", Editorial Eudeba, Buenos Aires 1984, págs. 309/347; 4) *Bianchi Alberto B.*, "Control de Constitucionalidad", Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 1992, págs. 193 a 207; 5) *Ekmekdjian, Miguel Angel*, "Tratado de Derecho Constitucional", Editorial Depalma, Buenos Aires 1995, T. III, pág. 320; 6) *Ziulú, Adolfo Gabino*, "Derecho Constitucional", Editorial Depalma, Buenos Aires 1997, T. I pág. 116.

Asimismo son de importante consulta los siguientes "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", ya sean anotados, concordados y/o comentados por: 1) *Palacio Lino Enrique y Alvarado Velloso Adolfo*, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1993, T. VII-171; 2) *Colombo, Carlos J.*, Abeledo-Perrot, Bs. Aires 1969, T. III págs. 77/90; 3) *Falcón Enrique M.*, Abeledo Perrot, Bs. Aires 1983, T. II págs. 579/83; 4) *Morello Augusto Mario y otros*, Editorial Platense, La Plata y Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1972, T. IV págs. 181/87 y 191; 5) *Sentís Melendo, Santiago* en "Teoría y Práctica del Proceso", Edit. E.J.E.A., Bs. Aires 1959, T. I pág. 326; 6) *Giangrasso, Antonio José*, Ediciones Depalma, Bs. Aires 1989, págs. 414/417.

Finalmente, podemos consignar, entre otros, los siguientes artículos doctrinarios: 1) *Morello, Augusto Mario*, "Precisiones en torno de la acción mera declarativa de constitucionalidad en el orden nacional", en El Derecho 123-421. 2) *Bidart Campos, Germán*, "¿ Hay en el orden federal acción declarativa de inconstitucionalidad ?", en El

Derecho 123-423; asimismo "La acción declarativa de certeza y el control de constitucionalidad", en La Ley 154-515. 3) *Vanossi, Jorge Reinaldo, Badeni Gregorio y Alí Joaquín Salgado*, en Dictamen y Anteproyecto de ley sobre control de constitucionalidad mediante acción directa, elaborado por disposición del Ministerio de Justicia de la Nación en Julio de 1994 (inédito). 4) *Rivas, Adolfo A.*, en "La acción declarativa de inconstitucionalidad", en revista La Ley del 14 de Septiembre de 2001. 5) *Diaz Ricci, Sergio*, "Proyecto de Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán", Facultad de Derecho y CC Sociales de la Univ. Nac. de Tucumán, año 1993, págs. 82/85. 6) *Hitters, Juan Carlos*, "La Acción Meramente Declarativa", en Rev. Argentina de Derecho Procesal, La Ley, N° 3, Julio Septiembre 1970, págs. 363/84. 7) *Vallejo, Eduardo L.* "La Acción Meramente Declarativa en el nuevo Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación", en Jurisprudencia Argentina T. 1968-IV-749. 8) *Rosales Cuello, Ramiro*, en "Acción Declarativa y Control Constitucional. Estado Actual de la Cuestión en la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en Jurisprudencia Argentina, Diciembre 6 de 2000, Suplem. N° 6223. 9) *Calderón, Raúl Enoc*, en "El control judicial de constitucionalidad", en el libro "El Poder Judicial", Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos (Mendoza), Editorial Depalma, año 1989, págs. 280/308). 10) *Robledo, Federico Justiniano*, "Acción Declarativa de Inconstitucionalidad", en Boletín N° 172, Agosto 2000, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

- 0 - 0 - 0 - 0 - 0 - 0 - 0 - 0 - 0 - 0 - 0 -