

# LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO FEDERAL ARGENTINO

Por RICARDO HARO \*

## SUMARIO

1. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: A) El control de constitucionalidad. B) La acción declarativa de inconstitucionalidad (ADI).—2. LA ORIGINARIA DOCTRINA NEGATIVA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN: A) Los fundamentos que respaldan la negación de la acción: a) *Existencia de un caso o controversia judicial*. b) *La no existencia de la ADI en el orden nacional*. c) *El ámbito de vigencia de una ADI provincial*. d) *La ADI y la acción meramente declarativa*. B) Conclusiones respecto de esta primera etapa jurisprudencial.—3. NUESTRA OPINIÓN SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA POSICIÓN NEGATORIA DE LA CORTE SUPREMA: A) El sentido de lo «contencioso» en la Constitución 1853/60. B) El contencioso fáctico-jurídico y el contencioso jurídico: a) *La función jurisdiccional y el caso contencioso*. b) *Las funciones declarativas preventiva y reparadora*. C) La sentencia declarativa en el pensamiento de Chiovenda. D) Los parámetros de lo «contencioso» en la Justicia Federal: a) *Acción declarativa y caso contencioso*. b) *La acción declarativa de certeza y la ADI*.—4. LA ACCION MERAMENTE DECLARATIVA EN LA JURISDICCION FEDERAL: A) Su recepción en el Derecho procesal federal. B) Requisitos para su procedencia.—5. UN ANTECEDENTE PREMONITORIO PARA LA DOCTRINA JUDICIAL AFIRMATIVA: A) Dictamen del Procurador General en el caso «Hidronor».—6. OTROS ANTECEDENTES FAVORABLES PARA LOS NUEVOS RUMBOS ASUMIDOS: A) La acción de amparo. B) La acción de hábeas corpus. C) La acción declarativa de certeza. D) El caso «Baeza».—7. EL SURGIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: A) «Pvcia. de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Y.P.F.»: a) *Las circunstancias del caso*. b) *Los fundamentos expuestos por la Corte Su-*

---

\* Profesor Emérito de la Universidad Nacional y Vicepresidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina). Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

*prema. c) La conclusión doctrinaria a que arriba el fallo.*—8. LA RATIFICACIÓN DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: A) El caso «Constantino Lorenzo c/ Nación Argentina»: a) «Caso contencioso». b) *¿Declaración general y directa de inconstitucionalidad?* B) El caso «Gomer S.A. c/ Pvcia. de Córdoba»: a) *Las circunstancias del caso.* b) *Los presupuestos que configuran la procedencia de la ADI.* c) *La reflexión que nos suscita el fallo.*—9. LA DIFUSIÓN DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: A) Algunos de los numerosos pronunciamientos posteriores. B) Finalidad preventiva de la ADI, ausencia de daño y medidas cautelares. C) Doctrina encapsulada.—10. OTRAS SITUACIONES MÁS ESPECÍFICAS: A) *¿Contención?, ¿declaración general y directa?, ¿consulta e indagación?* B) Control de una norma constitucional provincial. C) Acción contra proyectos de ley provincial. D) ADI y revisión judicial de una reforma constitucional.—11. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA DEMANDAR LA ACCIÓN: A) Ciudadano común y legisladores nacionales. B) Otro caso de diputados nacionales.—12. LOS PRESUPUESTOS EXIGIDOS POR LA DOCTRINA JUDICIAL PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN ARGENTINA.

## 1. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

### A) 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 realmente inusitado es el referido a la acción declarativa de inconstitucionalidad (en adelante ADI) como una de las 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'établir*, y por el contrario, 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 estamos plenamente persuadidos de la dimensión política de ambas funciones estatales.

#### B) 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 que integran el Poder Judicial de la Nación, 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<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> HUGO ALSINA, *Derecho Procesal*, 2.ª ed., Editorial Ediar, Buenos Aires, 1956, t. I, p. 354.

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 adquirió carta de ciudadanía en nuestro Derecho procesal constitucional, por obra de un cambio en la jurisprudencia del Tribunal que vino a definir de este modo, un proceso que ya se estaba insinuando con algunos muy pocos antecedentes tanto en la legislación, como en la jurisprudencia y la doctrina<sup>2</sup>.

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 referida ADI.

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

### A) 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 de control difuso 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.

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

En el caso «Provincia de Mendoza c/ Nación Argentina», la demanda pretendía se declare la invalidez de diversas prescripciones de la ley 14.773

<sup>2</sup> 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, pp. 37 y ss.).

de nacionalización de hidrocarburos, por vulnerar disposiciones de la CN. El Tribunal se declaró incompetente para conocer en la referida inconstitucionalidad en sentencia de 1959 (Fallos: 243-176, de la Colección Oficial de Fallos de la CSJN y que en adelante expresaremos: F.). Recordando su antecedente *in re* «Hogg» de 1958 (F. 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. 2.º de la ley 27 con la exigencia de que los tribunales federales sólo ejerzan jurisdicción en los casos contenciosos, lo que excluye 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 (F. 12-372; 24-248; 95-290; 107-179; 115-163; 156-318, entre otros).

A los pocos años, en el caso «Banco Hipotecario Nacional c/Pvcia. de Córdoba» de 1963 (F. 256-104), 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» de 1994 (F. 317-341), en el que se declaró 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.

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

En diciembre de 1959, se pronunció en similar sentido, *in re* «SRL H.I.R.U.» (F. 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 F. 249-221 de 1961.

c) *El ámbito de vigencia de una ADI provincial*

En los autos caratulados «Fiscal de Estado de la Prov. de Río Negro s/ plantea inconstitucionalidad del Decreto-Ley 260 del Poder Ejecutivo Nacional», de 1963 (F. 255-86). La CS con base en la doctrina emanada de sus anteriores sentencias de F. 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 F. 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».

d) *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 vehiculizar mediante esta nueva acción. Así fue que, entre otros, en el caso «SA SAFE Agropecuaria» de 1973 (F. 286-76), reiteró su tradicional doctrina negatoria al señalar 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 en F. 300-241, de 1977).

## B) 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.º 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.

## 3. NUESTRA OPINIÓN SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA POSICIÓN NEGATIVA DE LA CORTE SUPREMA

### A) 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<sup>3</sup>.

## B) El contencioso fáctico-jurídico y el contencioso jurídico

### a) *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 en caso de 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.

<sup>3</sup> RICARDO HARO, «La doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la acción declarativa de inconstitucionalidad», *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* (Argentina), 2001, p. 204.

b) *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, en caso de darse, indudablemente que 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.

C) *La sentencia declarativa en el pensamiento de Chiovenda*

Abundando en este tema, bueno es recordar al maestro Chiovenda cuando refiriéndose al valor de las 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».

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<sup>4</sup>.

#### D) Los parámetros de lo «contencioso» en la Justicia Federal

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

Nosotros entendemos que siempre estaremos frente a la «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

<sup>4</sup> Ver GIUSEPPE CHIOVENDA, *Ensayos de Derecho procesal civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ed. EJE, Buenos Aires, 1949, vol. I, pp. 131 y ss.; asimismo puede consultarse: EDUARDO J. COUTURE, *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1969, p. 315; GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, p. 62; ZANZUCCHI, *Diritto Processuale Civile*, t. I, p. 122.

regulan, y por lo tanto estamos frente a un caso contencioso en los términos del art. 2.º 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, 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 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<sup>5</sup>.

#### b) *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 constitucional 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

<sup>5</sup> RICARDO HARO, *La competencia federal*, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 83.

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, deseamos 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 transcritas 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<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> 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) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de Derecho constitucional*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1993, t. II, pp. 507/510; 2) NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *Recurso extraordinario*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984, t. I, pp. 96 a 103; 3) JORGE REINALDO VANOSI, *Recurso extraordinario federal - Control de constitucionalidad*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1984, pp. 309/347; 4) B. BIANCHI ALBERTO, *Control de constitucionalidad*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1992, pp. 193 a 207; 5) MIGUEL ÁNGEL EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho constitucional*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995, t. III, p. 320; 6) ADOLFO GABINO ZIULÚ, *Derecho constitucional*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997, t. I, p. 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) ENRIQUE PALACIO LINO y ADOLFO ALVARADO VELLOSO, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, t. VII-171; 2) CARLOS J. COLOMBO, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, t. III, pp. 77/90; 3) ENRIQUE M. FALCÓN, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, t. II, pp. 579/83; 4) AUGUSTO MARIO MORELLO y otros, Editorial Platense, La Plata, y Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, t. IV, pp. 181/87 y 191; 5) SANTIAGO SENTÍS MELENDO, *Teoría y práctica del proceso*, Edit. E.J.E.A., Buenos Aires, 1959, t. I, p. 326; 6) ANTONIO JOSÉ GIANGRASSO, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 414/417.

Finalmente, podemos consignar, entre otros, los siguientes artículos doctrinarios: 1) AUGUSTO MARIO MORELLO, «Precisiones en torno de la acción mera declarativa de constitucionalidad en el orden nacional», en *El Derecho*, 123-421. 2) GERMÁN BIDART CAMPOS, «¿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) JORGE REINALDO VANOSI, GREGORIO BADENI y ALÍ JOAQUÍN SALGADO, *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) ALBERTO B. BIANCHI, «De la acción declarativa de certeza a la acción declarativa de inconstitucionalidad», en *Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho*, del 22 de febrero de 2001; 5) ADOLFO A. RIVAS, «La acción declarativa de inconstitucionalidad», en *Revista La Ley* del 14 de Septiembre de 2001. 6) SERGIO DÍAZ RICCI, *Proyecto de Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán*, Facultad de Derecho y CC Sociales de la Univ. Nac. de Tucumán, año 1993, pp. 82/85. 7) JUAN CARLOS HITTERS, «La acción meramente declarativa», en *Rev. Argentina de Derecho Procesal, La Ley*, núm. 3, julio-septiembre 1970, pp. 363/84. 8) SILVIA PALACIO DE CAEIRO, «El amparo y la acción declarativa de inconstitucionalidad en la realidad jurídica», *La Ley*, t. 1995-E-775; 9) EDUARDO L. VALLEJO, «La acción meramente declarativa en

#### 4. LA ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA EN LA JURISDICCIÓN FEDERAL

##### A) 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) de 1968. El legislador la denominó «acción meramente declarativa», receptándola en el Derecho positivo a través del art. 322 CPCCN, 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».

##### B) 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

---

el nuevo Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación», en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1968-IV-749. 10) RAMIRO ROSALES CUELLO, «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. núm. 6223. 11) RAÚL CALDERÓN ENOC, «El control judicial de constitucionalidad», en el libro *El Poder Judicial*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos (Mendoza), Editorial Depalma, año 1989, pp. 280/308). 12) FEDERICO JUSTINIANO ROBLEDO, «Acción declarativa de inconstitucionalidad», en *Boletín* 172, agosto 2000, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

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, de mayores celeridades, para lo cual la demanda deberá ajustarse a los términos del art. 486 del citado Código.

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

### A) Dictamen del Procurador General en el caso «Hidronor»

Para el proceso de modificación de su vieja doctrina que la CS iniciaría a partir de 1985, como lo examinaremos más adelante, 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/Pvcia. 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).

El Procurador General realizó un profundo y amplio examen de la «acción meramente declarativa» en la doctrina procesal comparada (Calamandrei, Chiovenda, Borchard, Rosenberg, etc), y de 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., arribando a las siguientes conclusiones:

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 2.º de la ley 27, cuyo conocimiento con arreglo a dichas normas, cae bajo la competencia originaria y exclusiva de V.E.

## 6. OTROS ANTECEDENTES FAVORABLES PARA LOS NUEVOS RUMBOS ASUMIDOS

### A) 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» de 1967 (F. 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» en diciembre de 1990 (F. 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».

#### B) La acción de hábeas corpus

Cuya reglamentación mediante la Ley N.º 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 hábeas 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.

#### C) 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.

#### D) El caso «Baeza»

Asimismo, se vislumbran como una 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 solicitando 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 llegó hasta la CS, tribunal que no hizo lugar al recurso, reiterando que tanto la CS como los Tribunales nacionales ejercen sus funciones jurisdiccionales, sólo en las causas de carácter contencioso (art. 2.º 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).

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, a la vez que según la CS de los EE.UU. ha insistido en la necesidad de que 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 Juez 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».

## 7. EL SURGIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

### A) «Pvcia. de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Y.P.F.»

#### a) *Las circunstancias del caso*

Para la mejor comprensión de la novedosa doctrina judicial sentada, 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 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 Yacimiento Petrolíferos Fiscales, que comunicó 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.

b) *Los fundamentos expuestos por la Corte Suprema*

Entrando a la exposición de la doctrina sentada por la CSJN, por la que se dio existencia constitucional a 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, ya que como lo explicitó luego en 1996, en «Pvcia. 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.

c) *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.

8. 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:

A) El caso «Constantino Lorenzo c/ Nación Argentina»

a) «Caso contencioso»

En «Constantino Lorenzo c/ Nación Argentina» de diciembre de 1985 (F. 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. 2.º 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).

b) *¿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 en un caso concreto 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).

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).

B) El caso «Gomer S.A. c/ Pvcia. de Córdoba»

a) *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/ Pvcia. 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 Pvcia. de Córdoba en su Código Tributario.

En su sentencia, la CS ratificando la doctrina de los precedentes citados: «Pvcia. 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:

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

1) 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.

c) *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, sino que 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 es por lo señalado, que en el caso de autos, el Tribunal rechaza la acción declarativa de inconstitucionalidad por no haberse cumplimentado los requisitos del cit. art. 322.

9. LA DIFUSIÓN DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

A) Algunos de los numerosos pronunciamientos posteriores

A partir de este conjunto de vertebrales, sólidos y fundados principios y presupuestos, la CS continuó desarrollando los distintos matices doctrinarios de la acción declarativa de inconstitucionalidad, si bien manteniendo la sustancialidad de aquellos principios y presupuestos, entre otros casos, en los siguientes:

1) En 1987, tenemos las causas «Newland C/ Provincia de Santiago del Estero» (F. 310-606); «Asociación Civil Escuela Escocesa San Andrés

c/ Provincia de Buenos Aires» (F. 310-977); «Torterola c/ Pvcia. de Buenos Aires» (F. 310-1794); «Gobierno Nacional c/ Pvcia. de Santiago del Estero» (F. 310-2812).

2) En 1988, en «San Lucas c/ Gobierno Nacional» (F. 311-421). En 1989, en «Conarpresa c/ Pvcia. de Chubut» (F. 312-1003).

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

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

5) En 1999, en los casos «Droguería Anes c/ Pvcia. de Santa Fe» (F. 322-678); «Pvcia. de Río Negro c/ Nación Argentina» (F. 322-1135); «Pelco c/ Secretaría de Recursos Naturales- P.E. Nacional» (F. 322-2799).

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

7) En 2001, «Transportadora de Gas del Sur c/ Pvcia. de Santa Cruz» (F. 324-871); «Municipalidad de la ciudad de San Luis c/ Pvcia. de San Luis» (F. 324-2315).

## B) Finalidad preventiva de la ADI, ausencia de daño y medidas cautelares

El 22 de abril de 1997, en F. 320-690, *in re* «A.G.U.E.E.R.A. c/ Pvcia. de Buenos Aires», 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».

Estas afirmaciones fueron reafirmadas por la CS en numerosas causas, entre otras en «Pvcia. de Río Negro c/ Nación Argentina», del 31 de mayo

de 1999 (F. 322-1135) y el 11 de Julio de 2000 en autos «Prov. de Santa Cruz c/ Nación Argentina», F. 323-1849.

En 1995, en «Central Neuquén c/ Pvcia. de Buenos Aires» (F. 318-30); y «Litsa c/ Pvcia. de Corrientes» (F. 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 F. 250-154; 251-336; 307-1702; 314-695).

### C) Doctrina encapsulada

El 15 de abril de 1997, en F. 320-1556 y en el caso «Pereyra c/ Nación Argentina y otro» s/ inconstitucionalidad, se rechazó la acción declarativa de inconstitucionalidad pues no tiene carácter simplemente consultivo ni importa una indagación meramente especulativa (*idem* en F. 323-3277 en «Pvcia. 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 (*idem*, ver F. 322-678 en «Droguerías Aries SA», del 20 de abril de 1999; F. 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.

## 10. OTRAS SITUACIONES MÁS ESPECÍFICAS

### A) ¿Contención?, ¿declaración general y directa?, ¿consulta e indagación?

El 17 de marzo de 1998, en F. 321-551, en autos «Edesur c/ Pvcia. 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, 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, F. 323-1432), cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes.

El 16 de mayo de 2000, F. 323-1206, en autos «Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones c/ Pvcia. de Catamarca», se afirmó que procede la vía del art. 322 del CPCCN si se está frente a una solicitud 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 al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto.

#### B) Control de una norma constitucional provincial

El 22 de junio de 1999 (F. 322-1253), en autos «Iribarren c/ Pvcia. 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 («Pvcia. 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).

#### C) Acción contra proyectos de ley provincial

En los autos «Municipalidad de la ciudad de San Luis c/ Pvcia. de San Luis» (F. 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 trá-

mites que se intentan 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».

#### D) ADI y revisión judicial de una reforma constitucional

Quizás uno de las más importantes pronunciamientos en los últimos tiempos, en cuanto declaró revisable 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.º 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 esta causa, 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 rigidos por normas constitucionales e infraconstitucionales de naturaleza federal.

La CS concluyó declarando nulo el art. 99 inc. 4 párr. 3.º, 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.

### 11. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA DEMANDAR LA ACCIÓN

#### A) 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 (F. 317-1224): se rechazó la declaración de inconstitucionali-

dad del art. 64 de la Constitución de la Pvcia. 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 (F. 322-529), en el que los actores, tres diputados nacionales por la Pvcia. de Salta, iniciaron una demanda declarativa de certeza e inconstitucionalidad (art. 322 del CPCCN), contra el Poder Ejecutivo Nacional y el Congreso, 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).

El Alto Tribunal —con cita en F. 313-863— reiteró en el primer fallo 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 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». 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.

## B) Otro caso de diputados nacionales

En sentencia del 1.º de junio de 2000, en la causa «Garré, Nilda Celia y otros», (F. 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 le 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.

## 12. LOS PRESUPUESTOS EXIGIDOS POR LA DOCTRINA JUDICIAL PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN ARGENTINA

A manera de síntesis que compendie el diseño vertebral de la acción declarativa de inconstitucionalidad en el sistema judicial federal argentino, podemos señalar los siguientes presupuestos y perfiles que la tornan precedente:

1) De conformidad a la actual jurisprudencia del Tribunal, en el orden nacional existe la acción declarativa de inconstitucionalidad, que se planteará antes los tribunales inferiores o ante la CS en el caso de competencia originaria.

2) El control de constitucionalidad encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requiere que la existencia de «casos contenciosos» «causas» o «controversia judicial» sea observada rigurosamente en los términos de los arts. 116 y 117 y 2.º 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, 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.

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 son precisos 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 congresional que integran y con el alcance asignado por la CN.

