

Universidad F.A.S.T.A.

Facultad de Ciencias Jurídicas
y Sociales Abogacía

**“CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: ACCIÓN
DECLARATIVA Y ACCIÓN DIRECTA DE
INCONSTITUCIONALIDAD”**

GUILLERMO MARTÍNEZ SOUTO

Tutor: R. ROSALES CUELLO

AGOSTO 2009

ÍNDICE

Introducción	Pág. 1
El principio de supremacía constitucional	Pág. 3
El control de constitucionalidad: su origen y características principales	Pág. 9
La legitimación judicial	Pág. 15
El leading case “Marbury vs. Madison”	Pág. 18
Acciones preventivas de control constitucional: ¿son posibles en nuestro sistema?	Pág. 21
Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad	Pág. 22
Acción directa de inconstitucionalidad	Pág. 28
Amparo - etapas	Pág. 30
Diferencias y similitudes entre la acción declarativa y el amparo	Pág. 32
Opiniones doctrinarias sobre la acción de inconstitucionalidad	Pág. 35
Etapas - acción declarativa de inconstitucionalidad - orden federal	Pág. 39
Jurisprudencia - primera etapa	Pág. 41
Jurisprudencia - segunda etapa	Pág. 43
Jurisprudencia - tercera etapa	Pág. 48
Beneficios y límites del art. 322 - tercera etapa	Pág. 55
Acción declarativa de inconstitucionalidad - orden provincial	Pág. 57
Dos fallos que se encaminan a admitir la acción directa de inconstitucionalidad	Pág. 64
Conclusiones personales	Pág. 68
Bibliografía	Pág. 71

ABSTRACT

En el presente trabajo se analiza el control de constitucionalidad y los cambios de la acción declarativa de inconstitucionalidad en comparación con las acciones meramente declarativas; la metamorfosis que ha sufrido la primera en la percepción de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, su encapsulamiento en las pautas del artículo 322 del CPCCN, lo que ha traído limitaciones, y su utilidad y valor como herramienta funcional dentro del sistema de control de constitucionalidad federal. Se considera si es imprescindible el dictado de una ley especial para el funcionamiento de esa acción, haciendo notar el beneficio de su incorporación y se evalúa la expansión de las herramientas procesales para efectuar ese control preventivo, con una breve comparación con las acciones reguladas por cada provincia y por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en función de la estructura estadual federal argentina.

Introducción

Nuestra Constitución Nacional establece en su artículo 31 el principio de *supremacía constitucional*. Esta norma dispone que todo el ordenamiento jurídico del Estado será presidido por una norma fundamental y suprema, que es la Constitución.

A partir de la reforma constitucional del año 1994, presenciamos un reajuste del concepto tradicional de la supremacía, con la incorporación del artículo 75, inciso 22. Este precepto enuncia la suprallegalidad de los tratados internacionales, y les concede jerarquía constitucional a aquéllos que versen sobre derechos humanos; con lo cual, la Constitución, conjuntamente con estos instrumentos internacionales sobre derechos humanos de jerarquía constitucional, componen un bloque que tiene igual supremacía sobre el derecho infraconstitucional. Ahora bien, no hay que perder de vista que poco vale el principio de supremacía, si no se planifica un sistema de control que la haga efectiva. Allí es donde aparece el *control de constitucionalidad* como mecanismo para velar por ese principio fundamental del derecho constitucional.

Este control es una facultad o atribución conferida a un órgano del Estado para discernir y, en su caso, adecuar u ordenar los actos de los restantes poderes estatales al texto constitucional. Dicho control configura una de las más grandes contribuciones del orden jurídico para proteger los derechos del hombre.

El problema del control está principalmente vinculado al tema de la supremacía constitucional, sin discusiones en que ésta es la Ley Suprema y que a ella debe acomodarse todo el ordenamiento jurídico, lo que no impide aceptar, como muchos lo hacen, una supremacía del ordenamiento jurídico internacional sobre el interno.

El principal objetivo está en obtener un grado efectivo de cumplimiento; tanto Bianchi como Morello hablan que la cuestión fundamental, como en todo lo relativo al Derecho, es verificar que éste se cumpla, por lo cual debemos elegir los métodos adecuados de control.

Para que haya un verdadero sistema de control, se deben cumplir los siguientes requisitos:

a) *supremacía constitucional*: que más que un requisito es un presupuesto del sistema que exige al ordenamiento jurídico su establecimiento en forma jerárquica, siendo su vértice la Constitución.

b) *órgano controlante independiente y con fuerza vinculante*: que no puede ser a la vez juez y parte y no basta con la presencia de un órgano diferente, sino que requiere otros requisitos, como la designación de sus miembros, la duración en sus cargos, los procedimientos de remoción, la autonomía de sus funciones y la intangibilidad de sus remuneraciones.

c) alcance del control a toda norma, acto u omisión, tanto estatal como privada: toda actividad que se realice dentro del campo de acción de la Constitución, debe ser conforme a ella.

Las propias constituciones institucionalizan diversas maneras de control que se pueden orientar al sistema concentrado, que coloca el control en manos exclusivas de un órgano determinado, o al sistema difuso, que permite que el control sea llevado a cabo por cualquier tribunal o juez integrante del Poder Judicial, o al sistema mixto, que permite el control de constitucionalidad por parte de cualquier tribunal judicial, salvo que se trate de acciones específicamente determinadas. El control concentrado puede ser abstracto o concreto y el difuso y el mixto son siempre concretos.

En el presente trabajo dejaremos sentado que la modalidad adoptada en nuestro país es la del control judicial difuso y concreto en el orden federal. Evaluaremos la expansión de las herramientas procesales para efectuar el control de constitucionalidad y en un breve recorrido por las diferentes posturas doctrinarias y jurisprudenciales, haremos un desarrollo para ver lo que ha pasado en el ámbito federal con las acciones preventivas de control, deteniéndonos en la acción meramente declarativa de inconstitucionalidad, el amparo y la acción directa de inconstitucionalidad, haciendo una comparación entre ellas.

En la búsqueda de comprometernos con la incorporación normativa de la acción directa de inconstitucionalidad en el orden federal, para una mayor eficacia en el control y haciendo una somera comparación con el sistema vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la Provincia de Buenos Aires y en otras, nos basaremos en la apertura que en la jurisprudencia reciente, ha tenido nuestro más Alto Tribunal, la que analizaremos para poder dejar sentado la importancia de contar con dicha herramienta en el orden federal.

El principio de supremacía constitucional

Para comenzar con el desarrollo del trabajo, consideramos necesario hacer una breve mención al principio de supremacía constitucional, objeto de protección del control de constitucionalidad.

Vivimos en un Estado de Derecho Constitucional. Es esa la gran construcción política que empieza a fines del siglo XVIII en el mundo occidental y que importa que toda la actividad jurídica y material del Estado, en especial la de sus propias estructuras, tiene que estar regulada y subordinada a los términos de la Ley Suprema. De ese modo, quedaron superadas las formas feudales, en las que el poder era ejercido en función de una concepción privatística, asentada en el derecho de propiedad del señor, dentro del cual los derechos de los individuos no existían sino en función de las concesiones efectuadas por aquél y solamente se garantizaban por su palabra.

El concepto de Nación, indisolublemente ligado al Estado de Derecho Constitucional, rechaza cualquier pretensión de apropiación individual o sectorial del poder; de ahí precisamente la existencia de leyes y principios que consagren derechos y garantías como forma de preservar la esencia del sistema, que no tiene otro fin que no sea revitalizar las viejas y siempre actuales nociones de derechos humanos, bien común, bienestar colectivo y voluntad general. Esta supremacía constitucional debe entenderse en un doble aspecto: que todas las normas y actos se adecuen a la Ley Fundamental, y que la misma cuente con un procedimiento agravado de reforma, comparándolo con el resto del ordenamiento jurídico (rigidez). No existirá ni siquiera la posibilidad de hablar de control alguno cuando una norma de rango inferior pueda sancionarse por el mismo procedimiento por el que se sanciona una Constitución, porque entonces se convertiría ella en suprema, desplazando así a la Constitución, que no sería violada sino que sería modificada. Producido entonces un conflicto entre dos normas, si una es contraria a la Constitución Nacional, debe acordarse supremacía a la Ley Suprema.

Kelsen afirmó que las leyes ordinarias están determinadas por una norma positiva general que recibe el nombre de Norma Constitucional y que el Derecho de cada Estado constituye un todo ordenado o sistema de normas entre las cuales hay relaciones de coordinación y subordinación. Esto implica entonces, un sistema escalonado de normas llamado Pirámide Jurídica.

Como el ordenamiento jurídico debe mantener la unidad, esto determina la existencia de dos niveles:

Vertical: por el cual todas las normas inferiores deben adaptarse a las superiores.

Horizontal: por el cual las normas de igual nivel no pueden contradecirse y en este caso la posterior prevalece sobre la anterior.

En ese ordenamiento escalonado, cada norma deriva su validez de otra u otras jerárquicamente superiores, refiriéndose esa validez no sólo al procedimiento de elaboración (aspecto formal) sino también al contenido concreto (aspecto material), en tanto una norma es fuente de validez de otra u otras jerárquicamente subordinadas.

En síntesis, normas fundamentales o primarias, son nada menos que las que están en la Constitución; que en el sistema jurídico ocupa el plano más alto, por lo que no derivan su validez de otra norma y al mismo tiempo son la fuente suprema de validez de las restantes normas del ordenamiento jurídico, que deben armonizarse con ella. La norma fundamental entonces, es la Constitución, que se encuentra en el vértice de la pirámide, y a la cual las normas infraconstitucionales, deben estar condicionadas ya que otorgan coherencia lógica a todo el sistema. Consecuentemente, tal supremacía determina **rigidez constitucional**, a fin de evitar que los procedimientos legislativos puedan reformarla, asimismo ello requiere un sistema de control que asegure el cumplimiento de la relación supra-subordinación.

Este principio está establecido en el artículo 31 de nuestra Constitución Nacional y reza de la siguiente manera: *“Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse con ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...”*.

La norma nos indica, que el ordenamiento jurídico del Estado, es presidido por una norma fundamental y suprema, que es la Constitución Nacional. Es fundamental, en cuanto ella es el cimiento sobre el que se asienta toda la arquitectura normativa y es suprema, porque está por encima de todas las demás normas. La validez formal de una norma, depende de que haya sido creada por el órgano y con el procedimiento establecido por la superior; mientras que la validez sustancial existe siempre que el contenido jurídico de la norma sea congruente con el sustrato de derecho de su antecesora.

La pirámide Kelseniana, instrumentada en el artículo 31 de la Constitución Nacional, no es un mero tecnicismo estructural, sino que es la base misma de la legalidad y la seguridad jurídica que sostiene y legitima todo el derecho positivo vigente. En ese marco ningún estamento legislativo puede invadir el ámbito propio de aquél que está ubicado en un peldaño superior.

La teoría de la supremacía fue elaborada en un contexto universal en el que los Estados eran concebidos como unidades políticas cerradas y replegadas sobre sí mismas, dentro del contexto mundial. Con el correr del tiempo, el Derecho Internacional Público fue avanzando y así como los Estados siguen existiendo, también sus ordenamientos internos y sus constituciones, a ellos se les filtraron contenidos que provienen de fuentes heterónomas o externas; entre ellas, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Comunitario.

Hasta el año 1983 la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que los tratados internacionales estaban en un plano de igualdad con las leyes de la Nación. Consecuencia de esta interpretación, era que una ley nacional podía dejar sin efecto, total o parcialmente, las cláusulas de un tratado internacional, conforme al principio según el cual las leyes posteriores derogan las anteriores; ahora bien, al resolver la Corte Suprema los casos “*Ekmekdjian c/ Sofovich*”¹ y “*Fibraca*”², admitió la prevalencia de los tratados internacionales sobre las disposiciones del derecho interno.

Con la reforma constitucional de 1994, el nuevo inciso 22 del artículo 75 preceptúa que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes, y a continuación enumera algunos tratados internacionales de derechos humanos respecto de los cuales “...en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Bidart Campos manifiesta que:

*“...la asignación de jerarquía constitucional quiere decir que los tratados se sitúan al mismo nivel de la constitución, comparten supremacía y encabezan con ella nuestro ordenamiento jurídico, ubicándose en el llamado **bloque de constitucionalidad**, fuera de la constitución documental...”*³. Concluye este autor que los tratados establecidos en el artículo 75, inciso 22, no entran a formar parte del texto de la Constitución Nacional y quedan fuera de él, en el bloque de constitucionalidad federal, y comparten con la Constitución su misma supremacía. El concepto de bloque de constitucionalidad, conlleva la existencia de un conjunto normativo compuesto por el texto constitucional y una serie de normas internas a partir del cual determinan la regla de validez de las restantes normas inferiores. Entonces, toda la Constitución, en

¹ Fallos: 315:1503; 7 de julio de 1992.

² Fallos: 316:1669; 7 de julio de 1993.

³ Bidart Campos, Germán, **Tratado elemental de derecho constitucional argentino**, 1995, t. III, p. 276.

común con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de jerarquía constitucional, componen un bloque que tiene igual supremacía sobre el derecho infraconstitucional.

Andrés Gil Domínguez se aparta de dicho concepto cuando sostiene que es posible que existan jerarquías apriorísticas dentro del bloque y propone que la supremacía constitucional se defina a partir de la “**regla de reconocimiento constitucional**”. Regla que se estructura a partir de una confluencia de una fuente interna (texto constitucional) y de una fuente externa (ius cogen, instrumentos internacionales, costumbre internacional) en el que cada una de ellas conserva su estructura de validez propia.

La adecuación de las normas inferiores surge del parámetro de validez de la fuente interna y del parámetro de aplicabilidad emergente de la fuente externa, y en el cual, por principio, no existen derechos ni jerarquías apriorísticas, sino que la base de partida es la igualdad de rango de todas las normas. Dicho autor, sigue señalando que, de darse el supuesto de conflicto normativo en el que no sea posible la armonización, el método de la resolución será la ponderación, teniendo en cuenta los condicionamientos fácticos correspondientes y circunscribiendo la decisión, exclusivamente al caso concreto. Por lo tanto: **es regla**, porque configura un espacio normativo determinado. **Es de reconocimiento**, porque previo a ser utilizada, reconoce las condiciones de validez de la fuente externa y combina, mediante la aplicabilidad, dicho producto normativo con la fuente interna, estableciendo el parámetro de validez de las normas inferiores. Y por último, **es constitucional**, ya que se le otorga su carácter de suprema y de aplicación directa.

De todas formas, no podemos perder de vista que la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver entre otras, la causa “*Arancibia Clavel*”⁴, asigna supremacía a los tratados de derechos humanos sobre las normas de la Constitución Nacional. Atentos a la doctrina judicial que sientan los integrantes del Alto Tribunal en ese caso, nos limitamos a comentar en particular dos de los votos que contiene la sentencia.

El del juez Boggiano, que integra la mayoría, estableció que: “...*la armonía o concordancia entre los tratados y la constitución es un juicio constituyente ... no pueden (los tratados) ni han podido derogar la constitución, pues esto sería un contrasentido susceptible de ser atribuido al constituyente ... los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías ... las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente ... el Congreso hace un juicio constituyente de armonía de todos estos preceptos que*

⁴ LL 2004 – E, p. 827; 2004.

*no pueden entrar en colisión o tener preeminencia pues constituyen la constitución misma...”*⁵.

Resulta utópico decir que entre la Constitución y los tratados no puede haber colisión, pues precisamente, en el caso que traemos a colación, “*Arancibia Clavel*”, se da la colisión entre la convención sobre imprescriptibilidad y la irretroactividad del artículo 18 de la Constitución Nacional y de otros tratados incorporados a ella.

Con sentido jurídico y realista el juez Fayt dice en su voto en disidencia que:

“... la inclusión de tratados con jerarquía constitucional no puede significar en modo alguno que en caso de que esas categorías de tratados contuvieran disposiciones contrarias a la primera parte de la constitución, aquellos deban primar sobre el derecho interno... la constitución nacional se erige sobre la totalidad del orden normativo...”.

El constitucionalista Manili⁶ analiza con gran prolijidad y casuismo la cuestión que nos ocupa, pero enrolado en la posición contraria a la del Juez Fayt, al sostener que el derecho internacional de los derechos humanos está por encima de la Constitución Nacional. Dice que quienes pensaban que el artículo 31 trazaba una ordenación jerárquica entre tratados y leyes, hoy deberían asumir, para mantener la coherencia, que el párrafo del artículo 75, inciso 22 ha modificado esa norma. Como ella no podría ser reformada por la expresa prohibición de la ley 24.309, deberían considerar que el constituyente de reforma se excedió y que por lo pronto dicho párrafo es nulo. Si se considerara que el artículo 31 ha sido modificado en la reforma de 1994 por los incisos 22 y 24 del art. 75, sería nula de nulidad absoluta por aplicación de lo dispuesto en esa ley.

Este tema ha sido muy debatido, pero concluimos remitiéndonos al artículo 75 inciso 22 cuando habla de la ‘no derogación’ de ningún artículo de la primera parte de la Constitución; que en un conjunto normativo comparte un mismo y común orden de prelación dentro del ordenamiento jurídico. Todas las normas y todos los artículos de aquel conjunto tienen un sentido y un efecto, que es el de articularse en el sistema, sin que entre sí puedan oponerse irreconciliablemente.

La existencia de este sistema de normas, concatenadas jerárquicamente, exige los medios idóneos y las garantías que aseguren la plena vigencia de ese ordenamiento; para lo cual se recurre a los sistemas de control, porque la supremacía de la Constitución se efectiviza a través del control de constitucionalidad, por medio del cual, se compara la norma cuestionada con la norma suprema, y en caso de incompatibilidad formal (por vicio en el procedimiento de creación) o sustancial (por

⁵ LL 2004 – E, p. 827, considerandos 9 y 10 de su voto.

⁶ Manili, Pablo Luis, “El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino”, Editorial **La Ley**, 2003, p. 170.

vicio de contenido), se la desplaza y se la declara inconstitucional. Entonces concluimos con Sagüés que “... *poco vale el principio de supremacía constitucional, si no se planifica un aparato de control de esa supremacía...*”⁷. Allí es donde aparece el control de constitucionalidad como mecanismo para velar por ese principio fundamental del derecho constitucional.

Conviene dejar en claro algo que es importante. No puede ser confundida la “supremacía de la Constitución” con “el principio de legalidad”. Este último, cuya vigencia en nuestra Constitución tiene varios exponentes, como el art. 19 cuando dispone en su segunda parte que “... *ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe...*”; como el art. 18 respecto del Derecho Penal, cuando prohíbe que cualquier habitante de la Nación sea penado sin juicio previo fundado en “ley” anterior al hecho del proceso; o el art. 17, cuando exige que la propiedad sólo puede ser quitada en virtud de sentencia fundada en ley. Este principio implica que la voluntad del pueblo - expresada a través de sus representantes - es la que gobierna y que no existen poderes ilimitadamente discrecionales.

El principio de la supremacía de la Constitución, supone que dentro de ese ordenamiento jurídico existe un orden de prelación de las normas y que una de ellas rige por sobre las demás y éstas son válidas en la medida en que no contradigan los principios fundamentales de la Constitución.

Es evidente que si bien ambos conceptos son distintos, están íntimamente relacionados y el principio de legalidad no puede darse sin la supremacía de la Constitución. Es así como, la necesidad de mantener efectivamente la vigencia de ambos principios, ha engendrado el llamado *control de constitucionalidad*.

El control de constitucionalidad – su origen y características principales

⁷ Sagüés, Néstor, **Elementos de derecho constitucional**, Astrea, Buenos Aires, 2001, t. I, 3º edición actualizada y ampliada, 1º reimpresión, p. 169.

Para hablar de la existencia de un Estado de Derecho, es fundamental que el mismo asegure a sus habitantes el respeto a la Constitución; respeto que si bien tienen que observar todos sus integrantes, está fundamentalmente destinado a gobernantes, a quienes las cartas magnas tratan de limitar para garantizar un efectivo ejercicio de libertad por parte de los ciudadanos.

Este respeto sólo se consigue con la existencia de un verdadero sistema de control.

El control de constitucionalidad representa mucho más que una serie de procedimientos que varían de país en país. Significa, por sobre todas las cosas, el reconocimiento de derechos y garantías, y la activación de mecanismos o procedimientos mediante los cuales se comparan normas o actos estatales o de particulares, con la Constitución Suprema. Se hace con el fin de constatar si están o no de acuerdo con ella y para conseguir una decisión a través de la cual se mantenga o resguarde la supremacía de la misma Constitución.

Es evidente que contar con una simple declaración escrituraria de derechos, resulta insuficiente si no se crean mecanismos idóneos para resguardarlos. Los diferentes derechos constitucionales nacionales, han ideado medios diversos en cuanto: al órgano encargado de la tarea de contralor, a los sujetos legitimados para provocar su ejercicio, a las vías por las que el órgano puede ser impulsado, a los ámbitos que caen bajo la esfera controlada y a los efectos que el pronunciamiento de tal órgano acarrea.

Es importante tener en cuenta que la problemática del control de constitucionalidad de las leyes aparece, como bien lo pone en evidencia Calamandrei⁸, en aquellos países que tienen constituciones rígidas, pues en aquellos en los que la Carta Suprema es flexible, los conflictos normativos se resuelven en la escala horizontal, en los que la ley posterior deroga a la anterior.

En cuanto al órgano a cuyo cargo está el control de constitucionalidad, podemos nombrar dos sistemas:

- a) el que confía la función fiscalizadora a un órgano de naturaleza política;
- b) el que encomienda tal tarea a los tribunales de justicia.

Los orígenes del primer sistema se remontan a la Francia revolucionaria, que tuvo como precedente un Jurado de la Constitución, que tenía la misión de juzgar las acusaciones de violaciones a la Carta Magna.

El órgano de control estaba integrado por personalidades que no necesariamente debían ser juristas y no resolvía situaciones concretas, donde los

⁸ Calamandrei, Piero, **Estudios sobre el proceso civil**, Buenos Aires, Ejea, t. II, vol. II, p. 119.

particulares, en pos de la defensa de sus derechos, discutían la adecuación de una norma con la Constitución. Necesaria consecuencia de este sistema fue la derogación lisa y llana de la norma. Se caracteriza por ser un control a priori (por vía de acción), y, por lo tanto *in abstracto*. Este tipo de control, en teoría, impide que una ley inconstitucional pueda entrar en vigor. Pero el control *in abstracto* no puede asegurar una total conformidad de las leyes con la Constitución, ya que los posibles efectos inconstitucionales de una ley, no siempre pueden ser determinados plenamente si no es atendiendo a su impacto sobre casos concretos.

Existen ejemplos históricos de este modelo; como los del Soviet Supremo de la ex Unión Soviética o el Consejo de la Revolución en Portugal, entre los años 1976 y 1982. Francia constituye otro ejemplo de este tipo de control. En dicho país el “Consejo Constitucional” tiene también funciones en materia contencioso electoral, lo que sumado a la procedencia de los nombramientos de sus integrantes, confirma la naturaleza política de este órgano, pese a la opinión de ciertos autores que insisten en reconocer en el modelo francés a un sistema jurisdiccional.

También existen controles políticos difícilmente detectables. Por ejemplo, en Suiza, las constituciones de los cantones son revisadas por la Asamblea Federal a fin de verificar la congruencia con la constitución del país. Un sistema similar rigió en Argentina entre 1853 y 1860, sobre la base de la Constitución de 1853, que encomendaba al Congreso la tarea de examinar las constituciones provinciales con anterioridad a su entrada en vigencia.

Los orígenes del segundo sistema - el judicial - tuvieron lugar en Norteamérica, donde los tribunales judiciales efectúan el control de constitucionalidad en el marco de aquellos casos cuya resolución se vincula con normas o actos inconstitucionales. La base de esta tradición es el famoso caso de la Corte Suprema Federal Estadounidense “Marbury vs. Madison” (1803), que desarrollaremos más adelante. En dicha causa, el juez Marshall, arribó a una fundada conclusión sobre la responsabilidad del Poder Judicial en lo que al control constitucional respecta.

El sistema de control jurisdiccional recibe tal denominación, debido a que confía la tarea a los jueces. Así, el examen de constitucionalidad compete a los tribunales, en su función de administrar justicia y decidir la adecuación de una disposición normativa con la Constitución.

Estará integrado mayoritariamente por abogados, pudiendo decidir sobre la constitucionalidad de las normas tanto en un conflicto de intereses particulares, como por pedido de alguno de los sujetos reconocidos expresamente. Pero siempre lo harán dentro del marco de un caso, es decir, existirán como mínimo dos partes contrapuestas con derecho a defender la constitucionalidad o inconstitucionalidad de

las normas, las que, en igualdad de condiciones serán oídas, para después arribar a una decisión.

El sistema a su vez, se subdivide en dos, a saber:

.Difuso o descentralizado: porque el control recae sobre *todos* los magistrados de justicia (está disperso), donde cada uno de los jueces puede ejercer el control, siempre que dentro de un proceso judicial deba aplicar, para resolver la cuestión y dictar sentencia, una norma o un acto que se consideren inconstitucionales.

El control es a posteriori (por vía de excepción) y, por lo tanto, *in concreto*; ejercido por cada juez en el ámbito de su propia competencia jurisdiccional. Este sistema de control presenta dos características importantes. En primer lugar, hace posible que una ley inconstitucional entre en vigor y también sea aplicada por un largo tiempo, antes de que su ilegitimidad constitucional sea aceptada o reconocida por los magistrados. Por otro lado, la decisión de un juez o un tribunal supremo, que declare la inconstitucionalidad de una norma, no produce efectos generales, sino sólo limitados a la controversia decidida. Los efectos de las decisiones de ilegitimidad constitucional, aunque teóricamente circunscriptos al caso concreto, producen efectos expansivos en todo el ordenamiento en el que esté vigente el principio *stare decisis*, es decir, el principio que confiere fuerza vinculante a los precedentes, en particular de los que dimanen de los tribunales constitucionales superiores.

.Concentrado: existe un solo órgano con competencia exclusiva y fuera de él, ningún otro magistrado puede controlar la inconstitucionalidad. Ante ese órgano, especialmente habilitado, se plantean por vía directa las cuestiones de inconstitucionalidad o se elevan aquellas causas judiciales en donde se suscitan. Este sistema concentrado también se denomina “europeo” por su ámbito de inicio.

El control es a posteriori (por vía de excepción), como en el caso del control difuso, y, por lo tanto, *in concreto*, ejercido por un Tribunal Constitucional. Este tipo de control, siendo a posteriori, no puede impedir la entrada en vigor de leyes inconstitucionales. Por otra parte, la decisión del Tribunal Constitucional, que declara la ilegitimidad de una norma, está provista de efectos *erga omnes*, o efectos derogatorios generales. En otras palabras, la ley es expulsada del sistema jurídico definitivamente y ya no puede ser aplicada por magistrado alguno.

En síntesis, en el sistema difuso, la justicia constitucional se confía al conjunto del aparato jurisdiccional y no se distingue de la justicia ordinaria, dado que todos los litigios, independientemente de su carácter, son juzgados por los mismos tribunales y, hasta se podría decir, en idénticas condiciones y las decisiones que al respecto se tomen tendrán aplicación sólo al caso concreto, es decir, sus efectos serán “inter partes” y no “erga omnes”, manteniéndose vigente de esa manera la norma declarada

inconstitucional, siendo, por supuesto, inaplicable para quien la impugnó exitosamente. Los límites al control estarán dados por los límites naturales del propio poder encargado de llevarlo adelante; mientras que en el modelo concentrado, lo contencioso constitucional se diferencia de lo contencioso ordinario, porque se concentra el control en un tribunal que no forma parte de la magistratura ordinaria y no resuelve otro tipo de conflictos fuera de aquéllos de raíz constitucional.

Hay que aclarar que existen también sistemas mixtos en los que tanto el Tribunal Constitucional como el resto de los magistrados están habilitados para ejercer el control. Este último sistema de control, también llamado dual o paralelo, supone la coexistencia y funcionamiento del modelo difuso con el concentrado. En virtud de lo cual requiere como condición para su funcionamiento, dos características esenciales: a) que ambos sistemas no se crucen, en cuanto al órgano que lo ejerce y en cuanto a sus efectos, es decir que funcionen en forma paralela y b) requiere que el órgano que ejerce el control difuso, sea una institución integrante del Poder Judicial, mientras que el que ostenta el modelo concentrado sea un órgano externo al judicial.

García Belaúnde define al modelo dual o paralelo, como “... *aquel que en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, co-existen el modelo americano - difuso - y el modelo europeo - concentrado - pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse...*”⁹.

En cuanto a las **vías por las que el órgano puede ser impulsado**, podemos mencionar dos fundamentales:

- a) la vía directa, de acción o de demanda;
- b) la vía indirecta, incidental o de excepción.

En la vía directa se insta al órgano de contralor a emitir un pronunciamiento que se refiera exclusivamente a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada.

En la vía indirecta, se presupone la existencia de un proceso judicial, cuyo objeto no es el mero control, pero a fin de fallar es menester verificar si un cierto acto o norma que estén involucrados en el caso, son inconstitucionales o no. En este caso el control es un aspecto incidental de la causa principal, a diferencia de la vía directa en la que el control es el objeto principal y autónomo. Los sistemas con filiación en el de los Estados Unidos, como en el caso argentino, siguen este segundo procedimiento.

Entre la vía directa y la indirecta, puede mencionarse una tercera alternativa: cuando el sistema en cuanto al órgano es jurisdiccional concentrado y los tribunales ante los que se presentan procesos que incluyen un tema de inconstitucionalidad, no pueden decidir nada al respecto. Entonces los jueces ordinarios deben elevar al

⁹ García Belaúnde, Domingo, “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, **La Ley**, 1998.

órgano de control el incidente constitucional con cuyo pronunciamiento reciben de vuelta el proceso para resolverlo. Este es el sistema que rige en Alemania, en Italia y en España. En rigor se trata de un procedimiento incidental pero que, en el marco de un régimen concentrado, obliga al tribunal ordinario a remitir la cuestión constitucional al órgano habilitado para entenderla.

También hay que tener en cuenta los **ámbitos controlados** en el mecanismo de control. En líneas generales, todo el derecho infra-constitucional debería ser susceptible de inspección constitucional. Sin embargo, existen ciertas áreas que escapan de tal control.

En los estados federales, las constituciones provinciales o estatales son pasibles de revisión constitucional (de acuerdo con el principio de supraordenación y subordinación). Además, las leyes y tratados internacionales que no tengan jerarquía constitucional o superior a esta ley fundamental son controlables, con la excepción británica en donde existe la inalterable supremacía parlamentaria que desdibuja el contralor constitucional. Este panorama se vuelve más complejo cuando entran en escena los actos políticos o “cuestiones políticas no justiciables”. Cabe también analizar si el control puede tener como objeto las sentencias judiciales. En España funciona este contralor y en la Argentina existe la doctrina de arbitrariedad de sentencias, (tema que excede el campo de análisis del presente trabajo).

Por último, nos referiremos a **los efectos** que trae aparejado el control una vez que se pronunció el órgano pertinente. Se pueden mencionar dos grupos: a) el de los modelos que restringen el efecto de la inconstitucionalidad al caso en cuestión y b) el de los modelos que proyectan el efecto de la inconstitucionalidad fuera de los límites del caso.

Los sistemas limitados o inter-partes: tienen como efecto la no aplicación de la norma o del acto atacado dentro del proceso a las partes intervinientes, pero sin afectar la vigencia de la norma general. El efecto restringido se da generalmente en paralelo con los sistemas jurisdiccionales difusos, que cuentan con vías indirectas o incidentales, como el nuestro.

Los sistemas amplios, erga-omnes o extra-partes: tienen como efecto la abrogación total de la norma o acto impugnados. Este sistema se acopla normalmente a aquellos sistemas jurisdiccionales concentrados y con vía directa o de acción (Alemania, Italia, España y Portugal).

No obstante, hay sistemas que adoptan el efecto restringido pero cuyas declaraciones de inconstitucionalidad, pronunciadas por el máximo tribunal, adquieren una pauta generalizada susceptible de difundirse fuera de las fronteras del caso. Es ésta la situación que se plantea frente a los fallos de la Corte Suprema Federal de

Estados Unidos. Por lo tanto, podría vislumbrarse en este supuesto, una modalidad moderada del efecto amplio.

La modalidad adoptada en nuestro país es la del control *judicial difuso* por lo que incumbe a todos los magistrados del territorio, sin diferenciar entre jueces nacionales y provinciales. La Corte Suprema ha dicho que “... *es regla tan imperativa para las provincias como para la nación que la facultad de declarar inconstitucionales las leyes, y de anular actos en su consecuencia, es potestad exclusiva de los tribunales de justicia...*”¹⁰.

El órgano encargado de llevar a cabo la revisión de constitucionalidad es el Poder Judicial, no por encargo expreso de la Constitución Nacional (ya que ella nada dice de modo explícito), sino por construcción jurisprudencial y legislativa, siguiendo el modelo de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

Acá hay que hacer notar que ni la Constitución Federal de 1787 ni la Ley Judicial de 1789, en ese país, contenían disposición alguna en esta materia, lo cual significa que la revisión judicial de constitucionalidad nació como una creación pretoriana, sobre la base de diferentes casos y resultó un reequilibrio que llevaría a fortalecer el sistema de frenos y contrapesos contemplado por la Constitución Estadounidense.

La Corte Suprema Federal se reservó de este modo el lugar de verdadera cabeza de un poder del Estado y salvó al Poder Judicial de la debilidad a la que estaba condenado y, citando las palabras de algún historiador, el juez Marshall logró que efectivamente “*la Corte fuera Suprema*”.

En cuanto a su legitimidad, hemos señalado que tanto en los Estados Unidos como en Argentina, el control de constitucionalidad recae sobre el Poder Judicial, sin una norma que expresamente indique a los jueces como los responsables de esta función. Ya nadie duda que en los países en cuestión son ellos los garantes de la supremacía constitucional. Ahora bien, es esta una realidad, pero ¿hasta dónde se encuentran los jueces realmente legitimados para desempeñar este contralor?

Esta atribución del Poder Judicial no implica la preeminencia de tal poder sobre el Legislativo, sino la superioridad de la Constitución sobre todos los poderes del Gobierno. Los tribunales constituyen un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura.

Vélez Sarsfield coincide con esta postura, al llamar a los jueces “guardianes de la constitución y de los derechos y garantías individuales”, quedando la legislatura dentro de los límites que la misma Constitución le impone. Asimismo la Constitución Nacional en su artículo 31 consagra su supremacía, estableciendo en el 108 las

¹⁰ Fallos: 149:122; 243, considerandos 10 y 311:460 – LL, 1988 – D, 143 -; 302:132, entre otros.

autoridades que ejercerán el poder judicial de la Nación, prohibiéndole al Presidente de la Nación ejercer, en ningún caso, funciones judiciales (art. 109). El artículo 110 prescribe las dos garantías que señalan la independencia de los jueces: la inamovilidad en sus cargos y la intangibilidad de sus remuneraciones. Más precisamente en los artículos 116 y 117 se determinan las atribuciones del Poder Judicial. El artículo 116 prescribe que: *"... corresponde a la Corte Suprema y a los Tribunales Inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso doce del artículo 75; y por los Tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a Embajadores, Ministros Públicos y Cónsules extranjeros, de las causas de almirantazgo y de jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero..."*. Y el artículo 117 establece: *"... en estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a Embajadores, Ministros y Cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte la ejercerá originaria y exclusivamente..."*.

La legitimación judicial

Es importante aclarar la legitimación judicial en virtud de los poderes implícitos y de los jueces por su función. Podemos decir que en sentido estricto, los órganos de gobierno se encuentran habilitados para ejercer todas las facultades que implícitamente surgen de la Constitución o de la ley.

Cuando la Constitución confiere al Congreso en el artículo 75 la atribución de *"hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes, antecedentes y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina"*, nos encontramos con facultades o poderes implícitos y reconocidos al Congreso por la propia Constitución para el cumplimiento de sus fines y si bien no existe autorización constitucional expresa, se ha interpretado de modo positivo que el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema ostentan también poderes implícitos. La Corte Suprema hizo uso de estos poderes en diversas oportunidades, para evitar una privación de justicia.

En el caso "Pérez de Smith, Ana María y otros" del año 1977, la Corte consideró como su deber, poner en ejercicio los poderes implícitos que hacen a la salvaguarda

de la eficacia de la función judicial, principalmente en cuanto se refiere a la protección de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional. La Corte dijo que aunque no se trataba de un conflicto de poderes, igual procedía la intervención del Tribunal.

También la Corte fundó su intervención jurisdiccional en una causa referida a la irreductibilidad de las remuneraciones, en la cual expresó: "*... la igual jerarquía de la Corte Suprema, con relación al Poder Ejecutivo y al Congreso, obligan al Tribunal, en cuanto cabeza y titular del Poder Judicial, e inclusive en ejercicio de sus poderes implícitos, a conferir operatividad en causa judicial, a la garantía de la intangibilidad de los sueldos de los jueces...*"¹¹.

Los americanos del norte carecían de un modelo que imitar sobre el Poder Judicial y fueron los primeros en reconocerle a los jueces una fracción de poder político en el ejercicio de su función jurisdiccional. Es decir, elevaron la justicia a la categoría de un poder político. Esta teoría subyace en la división de poderes que estableció Montesquieu, que cuando se aplicó en la práctica, la justicia pasó a ser una simple rama de la administración, funcionalmente más débil y económicamente más dependiente, con la sola función de aplicar la ley sin discutir su mérito, ni apreciar si tiene o no relación de correspondencia con las distintas disposiciones constitucionales.

Estados Unidos, al crear un Poder Judicial independiente, que sería guardián de la Constitución, realizó un gran avance. La verdadera invención de ese país consiste en haber colocado entre la Constitución, el Legislativo y el Presidente, un poder que pueda recordarles la supremacía de la Constitución por sobre cualquier otro interés. Los jueces así están legitimados para declarar la inconstitucionalidad de una ley o un decreto, porque no establecen un juicio de valor acerca de su contenido malo o injusto, sino que sólo los comparan con la Ley Fundamental y defienden su superioridad.

Se completa el ámbito funcional de la Corte y de los Tribunales inferiores con la asignación de competencia en las causas en las que un Estado sea parte, en las relacionadas con los Tratados y con las potencias extranjeras. Es decir, que las dos funciones eminentes confiadas al Poder Judicial, la de ser el guardián de la supremacía de la Constitución y su intérprete final; y la de asegurar la primacía del Congreso Federal sobre las Legislaturas locales; legitiman la actividad jurisdiccional de la Corte Suprema y la de los demás tribunales inferiores, por imperio de lo que establece la propia Constitución.

Queda admitido que todos los jueces, debido a nuestro sistema de control difuso, además de las competencias que expresamente les confiere la ley, poseen esa competencia implícita que es la de controlar la constitucionalidad de las leyes y que es

¹¹ CSJN, 1985, "Bonorino Perú, Abel y otros c/ Nación Argentina s/ acción de amparo".

la llamada “*jurisdicción constitucional*”, ejercida a través de distintas acciones y recursos. Lo cual se ejecuta mediante distintas herramientas procesales que se han ido expandiendo para efectuar el control de constitucionalidad y aclarando que cuando se habla de “todos” los jueces, hay que distinguir el control de constitucionalidad respecto de la Constitución Nacional y de las constituciones provinciales.

Por jurisdicción constitucional debe entenderse la función jurisdiccional ejercida para tutelar, mantener y controlar la supremacía de la Constitución. Entendemos que en sentido amplio, la jurisdicción constitucional comprende también la interpretación de la Carta Magna, aunque al efecto no se arribe a una declaración de inconstitucionalidad.

Para determinar nuestra idea de jurisdicción, diremos que es ***la función estatal destinada a resolver o prevenir conflictos de intereses con trascendencia jurídica, devenidos en litigio, capaz de generar cosa juzgada***. En tales conflictos, deberán estar en juego, de manera concreta, derechos subjetivos determinados específicamente y de igual manera prerrogativas propias de personas físicas o jurídicas, en la medida en que no puedan darse sistemas de autotutela y resulte necesaria una intervención heterónoma. En esa idea, el conflicto es un presupuesto de actuación jurisdiccional pero que por sí no la define, porque lo esencial es la fuerza de cosa juzgada con la que se le dará solución.

Lo que queremos dejar en claro es que desde el punto de vista procesal, términos como “jurisdicción” y “competencia” no son lo mismo. La jurisdicción es una función de ciertos órganos del Estado que pueden ser judiciales o incluso administrativos o legislativos, (por ejemplo el juicio político); mientras que la competencia es la materia sobre la cual se ejerce dicha jurisdicción. Couture establecía la diferencia entre una y otra y definía a la jurisdicción como “... *la función pública realizada por órganos competentes del Estado; con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada...*”, mientras que, según su criterio, “*la competencia es la medida de la jurisdicción*”.

A su vez, la cosa juzgada como resultante, no excluye que se pueda fragmentar el conocimiento y resolución de algunos aspectos del conflicto, de modo de atribuirse alguno de ellos, a organismos distintos de los que se avocan a otros, con tal que las decisiones de todos ellos se integren en la unidad constitutiva de la sentencia. Es lo que pasa en materia de control constitucional concentrado cuando esa cuestión se le asigna o al máximo tribunal judicial jurisdiccional o a una estructura extra poder. Entonces será función jurisdiccional la que, por ejemplo, desempeñen los tribunales

constitucionales en los sistemas concentrados al resolver sobre la constitucionalidad de normas sin dictar sentencia sobre el fondo del conflicto, en tanto el tribunal de la causa se tiene que sujetar a ese pronunciamiento e integrarlo en los términos del fallo que emita.

Es necesario tener presente que la decisión jurisdiccional, a diferencia de la jurídica extrajurisdiccional, no tiene - por sí y por propia naturaleza - resultado derogatorio de la norma, sino de inaplicabilidad de la misma al caso. Ello es natural, pues al no ser política sino jurídica, no puede asumir una consecuencia política, como lo es la de dejar sin efecto normas cuya creación no le está asignada. En efecto, si legislar es función política positiva, va a ser política también la función negativa que lleva a borrar la ley de la realidad normativa.

Como explica Bianchi, sería más correcto hablar de “*competencia constitucional*”, que es la más importante que un juez puede ejercer, pero que no le está explícitamente asignada, ni por la Constitución ni por ley alguna. En efecto, ni aún en los arts. 116 y 117, base primerísima de las competencias judiciales, la Constitución asigna al Poder Judicial la potestad de controlar la validez constitucional de las leyes. Esto es prueba, una vez más, de la identidad que existe entre la Constitución Argentina y la norteamericana, pues al momento de ser sancionada la nuestra, en 1853, el control constitucional en los Estados Unidos cumplía ya medio siglo de vida y el camino trazado por *Marbury* desde 1803, estaba afianzado.

El leading case: “Marbury vs. Madison”

Será el caso “*Marbury vs. Madison*” el que definirá rotundamente el principio según el cual, los jueces no deben aplicar en el caso concreto la ley inconstitucional.

En dicho caso, el Supremo Cuerpo Judicial se expresó con valiosos fundamentos jurídicos, no exentos de motivaciones políticas, considerando nula una norma del Congreso que se apartaba de la Carta Máxima.

El trasfondo político se ve con nitidez si se tiene en cuenta que el litigio de referencia, votado en la Corte por su presidente, el juez Marshall, rondaba en derredor de la solicitud de Marbury para que se firmara la designación, que le había hecho el presidente Adams pocos días antes de dejar su cargo. Cuando asumió Jefferson la presidencia, sus adeptos (de ideología opuesta a la de Adams), se negaron a ponerlo en el cargo. En efecto, el secretario de estado Madison, reiteradamente se opuso a que se firmara tal designación, de ahí el litigio. La solución dada por la Corte benefició a los seguidores de Jefferson y, por supuesto, perjudicó a Marbury (que era federalista, y por ende, opositor a aquellos). Sin embargo, no con esto se quiere decir que dicho

tribunal haya obrado así para favorecer a un sector político, ya que su fallo tuvo trascendentes argumentos jurídicos. Empero, no debe perderse de vista la circunstancia antes indicada.

De modo que Marshall tuvo que decidir este conflicto, rodeado de fuertes presiones político-partidarias. Sin embargo, utilizó un método lógico-deductivo que separaba la cuestión en tres núcleos centrales. El primero era determinar si Marbury tenía derecho al nombramiento cuya efectivización requería. El juez contesta afirmativamente. El segundo núcleo establecía que si Marbury tenía ese derecho, había algún remedio o recurso. También respondió afirmativamente, según la base fundamental del Common Law: “donde hay un agravio debe haber un remedio”. En tercer lugar se preguntaba si la acción pertinente era la de “mandamiento” como la había esgrimido Marbury ante la Corte Suprema, a lo que Marshall respondió negativamente, porque si bien el actor se había basado en la Ley Judicial de 1789 que lo facultaba a deducir el mandamiento directamente ante la Corte, este principio vulneraba la Constitución, ya que ampliaba inválidamente la competencia originaria del Tribunal, establecida en el texto constitucional expresamente. Marshall se planteó la famosa opción: o devenía suprema la ley y la constitución pasaba a ser un medio inútil y sin sentido para contener un poder ilimitado, o por el contrario, la constitución mantenía su supremacía y debía descalificarse la ley que la infringía. La acción resultaba al ser la ley repugnante a la constitución suprema, improcedente.

Este *leading case* ha sido destacado por la mayoría de los autores como el antecedente más importante respecto de la posibilidad de contralor judicial de la constitucionalidad de las leyes, ya que en definitiva sostuvo, que los judicantes en su tarea interpretativa, están obligados a llevar a cabo este tipo de revisión.

Este caso, resuelto por la Suprema Corte de EEUU en 1803, es señalado entonces, como el origen del control de constitucionalidad difuso. Puede advertirse que fueron construyéndose reglas para su ejercicio:

- El control se ejerce en el marco de un caso concreto y no en abstracto.
- Quedan exentas de revisión las cuestiones políticas no judiciales.
- La declaración de inconstitucionalidad no deroga la disposición.
 - Es excepcional, y los jueces ante la duda estarán por la validez de la norma o acto, porque ellos se presumen acordes a la Constitución.
- La declaración de inconstitucionalidad debe oponerse como defensa y no puede ser declarada de oficio y debe causar gravamen en los derechos del particular, lo cual debe ser alegado y probado por aquél.

Esto **podría** haber inducido a nuestros constituyentes a incorporar expresamente en el texto de la Constitución una cláusula relativa al control, que nos hubiera ahorrado los problemas de legitimidad de la revisión judicial, ya solucionados.

Acciones preventivas de control constitucional:

¿son posibles en nuestro sistema?

Tradicionalmente, la jurisdicción actúa para resolver aquellos conflictos cuando ya se han producido y con la finalidad de resolverlos. Es la **función resolutive o reparadora**; pero tiene que quedar muy claro que también hay una **función preventiva**, que tiene entre sus manifestaciones, distintas herramientas procesales para efectuar el control de constitucionalidad. Merecen destacarse la acción declarativa de inconstitucionalidad, la acción de amparo, de hábeas data, de hábeas corpus, que han tenido gran expansión en los últimos años y la de atender y resolver pretensiones meramente declarativas, que son aquéllas que por la realidad objetiva que consideran, permiten prever el conflicto futuro, y de esa manera lo tratan de evitar por medio de un fallo que permita establecer y anticipar quién tiene la razón jurídica, careciendo de fuerza ejecutoria.

Dejamos sentado que el control de constitucionalidad puede ser incitado, tanto por vía de acción como de excepción. Así, en un caso concreto, donde se debaten derechos adversos, alguna de las partes puede fundar su pretensión en una norma que es considerada por el demandado como inconstitucional, el cual, al ejercer su defensa, planteará la invalidez de la misma por ser contraria a la Ley Fundamental. Este planteo se puede hacer por todo tipo de procesos ordinarios, ya que es la llamada vía indirecta o incidental y requiere un ataque concreto para efectuar el planteo de inconstitucionalidad. Actualmente, el ejercicio del control no requiere un ataque concreto para esgrimir una defensa de inconstitucionalidad, sino que puede ser llevada adelante en un proceso judicial con tal que reúna los requisitos establecidos.

A continuación nos ocuparemos de los reclamos por vía de acción, contra la vulneración de la Carta Magna, fundamentalmente a través de la acción declarativa de inconstitucionalidad.

La Corte Suprema, en distintos fallos, ha dicho que *“... si para determinar la jurisdicción de la Corte y de los demás Tribunales Inferiores no existiese la limitación derivada de la necesidad de un juicio, de una contienda entre partes, entendida como un pleito o demanda en derecho instituida con arreglo a un curso regular de procedimiento, según el concepto de Marshall, la Suprema Corte dispondría de una autoridad sin contralor sobre el gobierno de la República, y podría llegar el caso de que los demás poderes del Estado le quedaran supeditados con mengua de la letra y el espíritu de la Carta Fundamental...”* (fallo 245:552, entre otros).

Por lo tanto, ha quedado establecido por el más Alto Tribunal de la Nación, que no corresponde que los jueces respondan a consultas por vía de sentencias, ni se pronuncien sobre la validez de resoluciones de carácter general, de las cuales no se ha planteado la aplicación en un caso particular; ni resuelvan cuestiones abstractas, conjeturales o hipotéticas.

Estando de acuerdo en que la función jurisdiccional debe llevarse a cabo en presencia de un caso, de acuerdo con la interpretación o alcance que se le dé a esa función, llegaremos a un concepto más amplio o restringido de lo que es un caso; y eso está muy relacionado con la posibilidad de interponer y de resolver por el Poder Judicial de la Nación las acciones declarativas.

Antes se creía, erróneamente, que si no se consumaba un perjuicio, había que negar toda articulación de inconstitucionalidad, porque entonces el Poder Judicial, estaría evacuando una mera consulta, ajena a sus atribuciones.

Sin embargo, esta equívoca concepción, empezó lentamente a ser abandonada tanto por nuestra jurisprudencia, como por nuestra doctrina, dando cabida al control por vía de acción.

Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad

Históricamente se dieron distintos fallos que admitieron en el país la posibilidad de dictar pronunciamientos declarativos preventivos y que algunos códigos de provincia ya los aceptaban expresamente; pero en el orden nacional, **la acción meramente declarativa**, no tuvo sanción positiva hasta el actual Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en su art. 322. Aunque recién en el caso “Bridas S.A. c/ Provincia de Neuquén”, fallado en 1983, se admitió la viabilidad de un intento con ese objetivo, marcándose desde entonces un cambio de criterio.

El art. 322 del CPCCN regula la acción meramente declarativa en la legislación procesal nacional: “... *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 dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente. El juez resolverá de oficio y como primera providencia, si corresponde el trámite pretendido por el actor, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida...*”.

Es decir que la acción procede cuando:

a) hay 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 ellas. Todo lo cual no siempre es posible, dado que muchas veces, son vastas y complejas las realidades sociales a contemplar en el contenido jurídico del precepto.

b) 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 conjeturales, dado que los tribunales de justicia sólo están facultados para decidir, en conflictos dañosos producidos o inminentes en las relaciones jurídicas.

c) la inexistencia de otro medio legal para poner término inmediatamente a la incertidumbre. Esto hay que tenerlo muy presente, porque se trata de acciones excepcionales, que el ordenamiento procesal prescribe para lograr el objetivo de justicia.

Como dice Rivas en su crítica “... *el dispositivo da como presupuesto de la acción, una situación de incertidumbre en el sujeto, es decir una incertidumbre subjetiva y ello imposibilitaría la viabilidad de la acción, pues toda acción debe contener una pretensión, es decir una afirmación del derecho propio; de no ser así y si no hubiese sino una manifestación de duda, no solamente no habría conflicto, sino que no se podría contestar la demanda por falta de un planteo concreto que se pueda discutir...*”.¹² Desde ya, que lo correcto es computar la existencia de una incertidumbre objetiva, es decir, derivada de las condiciones en las que se estableció la relación jurídica o en las que se da el vínculo entre los sujetos, y exige por lo demás que haya una afirmación de derecho propio, que excluye la incertidumbre subjetiva; sin tal afirmación, no podría haber pleito a resolver.

Un antecedente muy importante fue el dictamen del procurador general en el caso “*Hidronor*”, que lo examinaremos más adelante, y que está entre los precedentes que influyeron doctrinariamente, en la evolución hacia un concepto menos riguroso de “*caso contencioso*”, para hacer viable la acción declarativa de inconstitucionalidad. En él quedó establecido que la presunción de constitucionalidad de las leyes, no se opone al empleo de aquella acción en orden a impugnaciones de este género, porque por su naturaleza solamente 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.

Además, 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. 116 y 117 de la Constitución Nacional y art. 2 de la ley 27, cuyo conocimiento con arreglo a dichas normas, cae bajo la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema.

También quedó claro, que con la introducción de este instituto en el derecho público federal, se empezó a contar con una vía apta para que los derechos y

¹² Rivas, Adolfo A. “Acción declarativa de inconstitucionalidad”, *La Ley*. 2001-E-1097.

obligaciones de los particulares, del Estado o de las corporaciones públicas afectadas por normas inconstitucionales, puedan dilucidarse apenas medie un interés suficientemente real y concreto, con la consiguiente economía de tiempo y la posibilidad de evitar la lesión material del derecho invocado.

Para que sea viable la acción, y se configure la *existencia de una relación jurídica*, deben estar presentes sus tres elementos: sujeto, objeto y causa. Imprescindible es la existencia de dos partes, pero la Corte Nacional salvó este requisito en “Prestaciones Médico Asistenciales S.A.”¹³ e hizo lugar a un recurso extraordinario, donde la entidad, solicitó a la justicia la autorización para no practicar transfusiones de sangre a un paciente que, por sus ideas religiosas, había expresado por escrito que no deseaba ser transfundido y eximía al sanatorio de toda responsabilidad al respecto. El voto minoritario dejó sentado la ausencia de causa judicial ya que “no existía controversia entre partes con intereses jurídicos contrapuestos”.

En cuanto al *estado de incertidumbre*, en las acciones de inconstitucionalidad es muy importante determinar dónde se encuentra esa incertidumbre, y en ese sentido hay dos posibilidades: plantear una acción de este tipo sólo cuando la oscuridad de una norma nos lleve a afirmar su inconstitucionalidad; o cuando, a pesar de ser contundente su redacción, se genere duda sobre su adecuación a la Carta Magna. En el caso “Gomer”¹⁴, se rechazó la acción por no cumplir este requisito de estado de incertidumbre. Se dijo que el mismo no se había configurado porque no se habían producido la totalidad de los presupuestos de hecho, en que se apoya la declaración, con lo que se estaría en presencia de una mera consulta.

En conclusión, y basándonos en el comportamiento de la Corte, cuando se trata de interpretar una norma de derecho común, la incertidumbre existe en la medida en que la misma sea oscura. En cambio aún cuando una norma sea clara, lo que ocurre en este tipo de procesos constitucionales, es que el requisito de la incertidumbre se configura, cuando no se está seguro si la norma en cuestión, es o no acorde a la Constitución.

Otro requisito de procedencia que exige el art. 322 es la *actualidad de la lesión*. Lo cual es algo contradictorio, porque si es una acción preventiva, que intenta despejar un estado de duda, no puede estar provocando una lesión actual; y si hay lesión actual, debe procurarse una acción de condena. Y ese no es el alcance dado por la norma.

Enderle afirma que “... *esa falta de certidumbre, de persistir, (dada por la existencia o inexistencia de una obligación, de sus alcances o modalidades) es la que*

¹³ CSJN, 8/8/1996, “Prestaciones Médico Asistenciales S.A.” LL, 1997.

¹⁴ CSJN, 3/2/1987, “Gomer S.A. c/ Córdoba, Provincia de”, ED 123-424.

*puede eventual y potencialmente, originar un perjuicio, daño o lesión - no consumado, no actualizado - y por ello, para evitarlo preventivamente, se posibilita transitar los andaniveles de la pretensión meramente declarativa. Resulta incongruente con la finalidad esencial de nuestra institución requerir un perjuicio o lesión actual...”*¹⁵.

En cuanto a la *legitimación de las partes*, esta exigencia debe estar presente tanto en quien acciona como en quien es demandado. En lo referido a la legitimación activa, no podemos dejar de remarcar, que ha existido una marcada apertura, fundamentalmente a partir de la incorporación del art. 43 de la CN, que si bien se constitucionalizó sólo en acciones de amparo, la Corte lo ha hecho extensivo a las acciones declarativas de inconstitucionalidad a partir de “AGUEERA c/ Provincia de Buenos Aires”¹⁶, admitiendo así que pueda accionar quien tenga una *afectación*, sea en un derecho subjetivo, como en un interés legítimo o incluso en un interés difuso.

En lo que respecta al legitimado pasivo, será demandado aquel que resulte beneficiado por la norma cuestionada en su constitucionalidad. Esta postura fue expresada en distintos precedentes, donde se cuestionó la inconstitucionalidad de normas y el estado legislador no era el beneficiario directo de la norma, como en “*Banco Hipotecario Nacional c/ Córdoba*”¹⁷. También la Corte admitió una excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por la Provincia de Buenos Aires, demandada por Edesur¹⁸, por haber dictado una norma que permitía consolidar deudas. Estableciendo que “... *la actividad legislativa provincial sólo determina el marco legal aplicable; su cuestionamiento debe ser encausado entre quien se dice afectado por el régimen y quien resulta su beneficiario, por la vía procesal que en cada supuesto establecen las normas locales...*”¹⁹.

No siempre es simple hacer una demanda contra el beneficiario de una norma, especialmente cuando se impugna un régimen que involucra una indeterminación de sujetos. En “*Fábrica Argentina de Calderas*”²⁰, donde se pretendía la declaración de inconstitucionalidad de una ley que reducía la jornada laboral, sin modificación de salarios, la demanda no fue entablada contra los trabajadores, beneficiarios de la norma, sino contra la Provincia de Santa Fe. Hubo dos pretensiones: una la encuadró el Tribunal en la acción mere declarativa y la otra dijo que se trataba de una acción *in rem verso*. Acá es donde se da un salto de la admisión de la acción declarativa a la acción directa.

¹⁵ Enderle, Guillermo, **La pretensión meramente declarativa**, Editora Platense, La Plata, 1992.

¹⁶ CSJN, 22/4/1997, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) vs. Provincia de Buenos Aires y otro”, LL, 1997.

¹⁷ Fallos 256:104. “... El sistema de control de constitucionalidad excluye la defensa directa de las normas impugnadas por parte del Estado...”.

¹⁸ CSJN, 17/3/1998, “Edesur S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”.

¹⁹ Fallos 321:560.

²⁰ CSJN, 19/12/1986, “Fábrica Argentina de Calderas SRL c/ Provincia de Santa Fe”, LL, 1987.

Esta legitimación procesal es importante en la consideración del legitimado pasivo, el cual es fácil de determinarlo en un tipo de relación jurídica cualquiera, pero las dificultades aparecen en la acción declarativa de inconstitucionalidad; ya que en alguna medida, esta acción es un juicio a la norma y exige la presencia en el proceso de alguien que defienda su constitucionalidad.

Por lo tanto las normas jurídicas establecen entre sus destinatarios y el órgano legislativo que las dicta, dos tipos de relaciones: una relación directa (sustancial) y una relación indirecta, donde por lo general, actor y demandado son personas alcanzadas por la regulación de la ley y no participa en el proceso el emisor de la norma. No pasa lo mismo en el marco de la acción que nos ocupa.

El problema de la llamada *relación jurídica sustancial* aparece como un elemento determinante de la legitimación pasiva en la acción declarativa de inconstitucionalidad, porque como dice Sacristán, si bien “...esta acción es esencialmente un juicio a una ley o a un reglamento, no siempre el demandado habrá de ser quien haya sancionado la ley o dictado el reglamento: lo será si la norma crea una relación sustancial entre dicho emisor de la norma y el actor. Pero si esa relación se diera entre sujetos ajenos al emisor, parecería que éste no tiene legitimación pasiva para ser demandado, pues no es parte integrante de la mentada relación jurídica...”²¹.

Esta cuestión tiene proyecciones sobre la competencia originaria de la Corte Suprema, porque si la que dictó la norma impugnada es una provincia, esta competencia procederá si además, la provincia es “parte” en la relación jurídica que ella creó. En la medida en que se demande la inconstitucionalidad de una norma, será el legitimado pasivo el encargado de defender la validez de la misma. Esta relación jurídica ha sido caracterizada por la Corte Suprema en distintas ocasiones, como en los casos que luego desarrollaremos, entre los que están “Provincia de Chubut c/ Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado”, “Gomer S.A. c/ Provincia de Córdoba” y otros.

En el mencionado caso “Edesur”, se expresó que “... la relación sustancial que da origen a este proceso, está constituida por el vínculo existente entre la empresa actora y las distintas municipalidades deudoras... Son esos entes los que reciben el servicio de electricidad y los que deberán afrontar las deudas que hayan generado...”. Es decir, la provincia no integra ese vínculo obligacional. También se ha calificado la relación jurídica sustancial como la que une a quien se dice afectado por el régimen y quien resulta su beneficiario.

²¹ Sacristán, Estela B. “El legitimado pasivo en las acciones declarativas de inconstitucionalidad (el problema de la llamada relación sustancial)”. Nota al fallo SADOP c/ Provincia de Santa Fe. **La Ley**. 2002-E.

Siguiendo a Estela Sacristán, decimos que hay casos en los que se pide la declaración de inconstitucionalidad de una norma de carácter impositivo o tributario, donde el deudor acciona contra el acreedor, quien es, a su vez, emisor de la norma; y hay otros, de contenido patrimonial, donde también se detecta un emisor de la norma demandado y el actor (que es el sujeto afectado por la norma); o bien casos, en los que no está tan claro contra quién se tiene que accionar.

En el primer supuesto, cuando se trata de una acción para declarar la inconstitucionalidad de una norma de carácter tributario, el centro de la cuestión no gira en torno al emisor de la norma, dado que la relación es patrimonial, se deduce que hay un acreedor del tributo, que es el emisor o quien la implementa, y un deudor. O sea, de un sujeto activo y de un sujeto pasivo en la así llamada relación jurídica tributaria.

En materia no tributaria se debe revelar claramente una relación entre el emisor de la norma y el afectado. En asuntos de aranceles profesionales tenemos el caso “Abud c/ Provincia de Buenos Aires”²², donde si bien la disidencia sostuvo que no se había originado relación jurídica concreta alguna entre el actor y la demandada, la Corte declaró la inconstitucionalidad solicitada porque estaba en juego la actividad profesional de los actores.

Con lo expuesto queda claro que la relación jurídica sustancial es un elemento esencial y determinante de la legitimación pasiva en la acción declarativa de inconstitucionalidad. Siguiendo a Palacio²³, la justificación de quién es el legitimado pasivo se identificará con la acreditación de la relación jurídica. Se pueden emplear distintos criterios y cuanto más amplios sean los mismos, equivaldría a reconocer el rol esencial que dicho emisor juega en la legitimación pasiva.

Nos falta analizar brevemente el requisito de la *no disponibilidad de otro medio procesal*. Este tema está relacionado con la subsidiariedad de esta acción. Morello dice que “su ejercicio aparece como residual, ya que el actor no dispondría de otro medio legal”, mientras que Salgado y Verdaguer²⁴ están a favor de la interpretación amplia y no como un obstáculo al progreso de la acción; entiende Aguilar Caravia²⁵ que la acción declarativa no es subsidiaria, sino excepcional. Pero la jurisprudencia de la Corte Nacional no ha sido contundente en este sentido, porque en alguna oportunidad ha sostenido que la actora podía provocar la actividad jurisdiccional a través del principio *solve et repete*, como en el caso “Bridas” y en otros precedentes,

²² Fallos 314:1186.

²³ Palacio, Lino, **Derecho procesal civil**, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992. Pág. 111 y sgtes.

²⁴ Salgado, Alí - Verdaguer, Alejandro, **Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad**, Astrea, 2002, Buenos Aires. Págs. 151 y siguientes.

²⁵ Aguilar Caravia, Oscar W., “El derecho tributario y la reivindicación de la acción meramente declarativa”, **La Ley**, 1986.

no sólo se han acumulado acciones declarativas y acciones de condena, sino que ha llegado a distintas soluciones, según las características de la pretensión. Por ejemplo, en “Antonio González S.A.”²⁶ se admite la acción declarativa y se rechaza el amparo porque se considera que la primera es el medio eficaz para resolver el planteo, dado que se trataba de determinación de competencias entre el estado federal y el estado provincial.

Tendríamos que agregar que si bien este requisito sería un obstáculo a la posibilidad de articular esta acción cuando no exista otro medio ordinario para demandar, debe tratarse de otro medio establecido por la ley, y por lo tanto queda claro, que la residualidad de la acción de inconstitucionalidad ha sido, según Toricelli, “... enormemente atenuada por la jurisprudencia del Máximo Tribunal, en el entendimiento que este proceso de inconstitucionalidad tiene un radio de acción propio, con objetivos específicos, que no se confunden con pretensiones de otra índole...”²⁷

Acción directa de inconstitucionalidad

Las acciones declarativas de inconstitucionalidad propias o directas no están reconocidas en el orden federal, pero habrá que seguir los distintos regímenes fijados por las provincias que más adelante trataremos. La Corte se encargó en reiteradas oportunidades de sostener su inexistencia en el orden federal. Sin embargo, comenzó a admitirla en el precedente mencionado “Fábrica Argentina de Calderas”.

Sus características principales son:

- a) forman parte de la función preventiva de la jurisdicción.
- b) hacen a la competencia exclusiva de determinados tribunales, generalmente los superiores. La razón de ser de esa atribución es considerar que como se juzga sobre el valor de una ley o de un decreto, corresponde igualmente al más alto nivel de la estructura judicial la tarea de descalificarlas constitucionalmente.
- c) la legitimación para plantearlas se encuentra en cabeza del particular afectado en sus derechos subjetivos, pero también se da a determinados funcionarios para hacerlo en interés del fisco (por ejemplo, Fiscal de Estado)²⁸.

²⁶ CSJN, 9/12/1993, “Antonio González S.A. vs. Provincia de Mendoza”. Fallos 316:2855.

²⁷ Toricelli, Maximiliano, **El sistema de control constitucional argentino**, Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 258.

²⁸ Por ejemplo, la Constitución de la Provincia de San Juan, que faculta al Fiscal de Estado a peticionar ante la Corte de Justicia la inconstitucionalidad de toda ley, decreto, ordenanza, carta municipal, resolución o acto administrativo.

d) la legitimación pasiva estará a cargo del funcionario designado por el orden jurídico para defender la constitucionalidad de la norma²⁹.

e) no es incompatible con el sistema de control difuso por pretensión dependiente o incidental (defensa).

f) no es incompatible con las facultades de declaración de oficio de inconstitucionalidad.

g) no genera la derogación de la norma general aunque puede producir efecto de obligatoriedad para casos futuros si así se determinara normativamente.

h) no impide que las leyes superiores puedan atribuir a la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma, efectos derogatorios sin que ello cambie el carácter jurisdiccional y concreto de la actividad judicial.

i) protege todo tipo de derechos individuales y/o el interés fiscal o el solo interés de la ley³⁰.

j) se aplica fundamentalmente a leyes y decretos, pero cada provincia puede ampliar el alcance de la vía de acción³¹.

k) sus presupuestos son: la existencia de un eventual perjuicio causado por la aplicación futura de la ley y la afirmación de inconstitucionalidad de la norma y no una duda o incertidumbre sobre si la norma viola o no la constitución de la que se trate y no requiere que la ley tenga condiciones objetivas que la hagan confusa o arrojen dudas sobre su contenido³².

Pensamos, siguiendo a Adolfo Rivas, que no resulta necesario en el orden nacional recostarse en el art. 322 del CPCCN, para que pueda emplearse el camino directo y preventivo. Alcanzarían al respecto las normas de competencia originaria para que pueda operar la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las de competencia en razón de la materia si se trata de la correspondiente a las instancias inferiores, haciendo operar en ellas una vía de creación pretoriana - libre de los inconvenientes que presenta el citado artículo 322 - aplicando por analogía la doctrina del amparo. Pero sería más importante el reconocimiento expreso de la acción directa a nivel federal.

Como es de interés público el mantener un orden normativo acorde con los mandatos y parámetros constitucionales, es indudable la posibilidad de asimilación

²⁹ En Entre Ríos la legitimación pasiva se otorga al Fiscal de Estado si se trata de normas emitidas por el Poder Ejecutivo o Legislativo.

³⁰ Santiago del Estero limita la acción de inconstitucionalidad a las normas que afecten derechos patrimoniales.

³¹ Provincia de Buenos Aires aplica la acción a leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos, pero San Juan, Mendoza, Misiones agregan también las resoluciones. Y Córdoba incluye las cartas orgánicas.

³² La Constitución de la Provincia de Buenos Aires dice: "ejerce la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controvierta por parte interesada" (art. 161.1).

entre la acción de inconstitucionalidad y la del amparo, como medios protectores, máxime cuando el art. 43 de la Constitución Nacional, permite la declaración de inconstitucionalidad de la norma, en la que se basa el acto. Ambos caminos deben ser considerados sin restricción y, por el contrario, ser privilegiados, atento a su común finalidad de mantenimiento de la preeminencia de las leyes.

Amparo - Etapas

El amparo es un medio para asegurar la supremacía de la Constitución ya que con él se persigue hacer efectiva la plena operatividad de los derechos constitucionales. Cabe señalar que en una **primera etapa** y durante muchos años la Corte había sostenido que no era el amparo el carril idóneo para tal declaración, pues sólo servía para reparar el derecho violado, pero de ninguna manera como acción de inconstitucionalidad. En ese orden de pensamiento había acotado reiteradamente dicho Tribunal, que el sistema argentino en el orden federal, no admitía declaraciones de ese tipo sobre normas jurídicas generales, lo que en definitiva significaba la inexistencia de la acción o demanda de inconstitucionalidad.

Sin embargo, en el año 1966 en el caso “*Outón*”, como inicio de una **segunda etapa**, la Corte sostuvo que el principio que torna improcedente la declaración de inconstitucionalidad de una regla, generada en el amparo, no era rígido ni absoluto. Ello así porque *“... cualquiera sea el procedimiento mediante el cual se proponga a decisión de los jueces una cuestión judicial, nadie puede sustraer a la esfera de acción del poder judicial la atribución inalienable y la obligación que tiene – directamente emanadas del artículo 31 de la Constitución Nacional – de hacer respetar el Estatuto Fundamental y, en particular, las garantías procesales reconocidas en su primera parte...”*³³.

A partir de 1973 comenzó una **tercera etapa** donde el Tribunal volvió a negar que el amparo pueda utilizarse para este tipo de control³⁴. De allí en adelante, la Corte reprodujo la definición de que esta vía no autoriza, en principio, la referida revisión de inconstitucionalidad³⁵.

No obstante, en 1985 admitió la posibilidad de declarar la invalidez de normas generales en el trámite del amparo. El argumento central fue que anteriormente, cuando se desestimaron los amparos, era porque ellos requerían un pronunciamiento de constitucionalidad de una norma de carácter general. Se reconocía como fundamento, la inexistencia en el orden nacional de acciones de inconstitucionalidad.

³³ Caso “*Outón*”, del 29/3/67, Fallos, 267:215; La ley, 126-193.

³⁴ Fallos, 289-177; 292-12; La Ley, 156-499; 1975-C, 157.

³⁵ Fallos, 300:200.

Conclusión que fue superada por la jurisprudencia actual de la Corte, cuya doctrina ha sido posteriormente reiterada, admitiéndose que bajo la forma del amparo se pueden articular pretensiones directas de inconstitucionalidad ³⁶.

En este sentido ha destacado con toda claridad Morello³⁷, que el control de constitucionalidad, no consiste sólo en descalificar una norma por reputársela en colisión con las de la Ley Fundamental, sino que además, se extiende positivamente a la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional, en tanto la letra o el espíritu de aquélla lo permita.

En casos anteriores la Corte dijo que “... *las garantías individuales existen y protegen a los individuos, por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias...*”³⁸. Así tiene que ser interpretada la acción de amparo del art. 43 de la Constitución Nacional, que antes surgía del art. 33 (derechos implícitos), definiéndola como la acción “expedita y rápida”.

Nos dice el artículo 43 de la Constitución Nacional que: “... *toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista un medio judicial más idóneo, 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 lesivos...*”.

Una nota distintiva de este artículo, es que amplía expresamente los derechos tutelados por el amparo, incluyendo, además de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución, los reconocidos por los Tratados Internacionales y por las leyes. Además se dejó expresamente autorizados a los jueces para declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva. Se reconoció el “amparo individual” (art. 43 primera parte) y quedó plasmado el “amparo colectivo”, ampliándose el campo de protección constitucional a los llamados *derechos de incidencia colectiva*.

Desde que entró en vigencia la reforma constitucional de 1994, la Corte ha modificado su jurisprudencia en cuanto a la subsidiariedad de esta acción, pero nunca dejó de considerarla una vía procesal excepcional, dado que para que proceda se requiere que el acto tenga arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

Desde el punto de vista de Toricelli, que compartimos, lo más adecuado a la Constitución es la postura de la Corte que ve al amparo como una vía excepcional pero no subsidiaria. Si se dan los presupuestos que exige la acción de amparo

³⁶ Caso “Peralta”, del 27 de diciembre de 1990. La Ley, 1991-C.

³⁷ Morello – Vallelín, **El amparo. Régimen procesal**, págs. 180-183.

³⁸ CSJN, “Siri, Angel”, fallo 239:459, LL. 89-531 y CSJN, “Kot, Samuel”, LL. 92-627.

(vulneración de derechos o garantías reconocidos por la Constitución, tratado o ley; por un acto u omisión; generando lesión en forma manifiestamente arbitraria o ilegal, actual o inminente, y no se ha producido la caducidad de la acción), será procedente, salvo que existan remedios procesales que sean más eficaces para la protección del derecho afectado.

Diferencias y similitudes entre la acción declarativa y el amparo

a) El amparo es un proceso excepcional que exige que se cumplan ciertos requisitos, a semejanza con la acción declarativa, sólo que ésta última requiere además la inexistencia de otra vía legal, que independientemente de su idoneidad, obsta la tramitación de este proceso constitucional.

b) El amparo es un proceso excepcional y no subsidiario, y la acción declarativa es excepcional y subsidiaria, aunque los requisitos para su admisión son menos exigentes, porque la normativa cuestionada en su constitucionalidad, no tiene que ser manifiestamente arbitraria como sí se exige en el amparo.

c) El amparo actúa para hacer cesar un acto u omisión lesivos, no tiene nada en común con la acción declarativa de inconstitucionalidad, en cuanto al ámbito de actuación.

d) La acción declarativa permite un debate mucho más amplio que el amparo, lo advierte Rosales Cuello que nos dice: *“... en muchos supuestos, la pretensión declarativa puede resultar más apropiada: ya sea por la posibilidad de debatir con mayor extensión y prueba la validez de la norma o acto en cuestión, en el proceso sumario por la que puede tramitar; ya sea por un más generoso sistema recursivo y, además, por una eventual actitud de los jueces que puede resultar más flexible en cuanto a su recepción...”*.³⁹

Si se intenta una acción de amparo, ante la amenaza que el dictado de una nueva norma provoca a los derechos constitucionales del reclamante, ahí es donde hay que prestar atención, porque siendo la acción declarativa excepcional y subsidiaria, y el amparo solamente excepcional, primero hay que analizar la procedencia del amparo, y si no cumple los requisitos, entonces procederá la acción declarativa, porque no habrá otro medio legal para poner fin al estado de incertidumbre. Es acá donde ambos procesos constitucionales tienen similitud, porque buscan una tutela preventiva.

³⁹ Rosales Cuello, Ramiro, “Acción declarativa y control constitucional. Estado actual de la cuestión en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, JA, 2000-IV-1349 a 1368.

En varias oportunidades, la Corte en lugar de rechazar acciones de amparo intentadas, las transformó, de oficio, en acciones declarativas de inconstitucionalidad. Por ejemplo en “Provincia de Santiago del Estero”⁴⁰; “Edesur”⁴¹; “Provincia de Río Negro”⁴²; “Aguas de Formosa”⁴³, entre otras. Viendo la similitud que hay entre estos procesos constitucionales, fundamentalmente en cuanto a su finalidad preventiva, lo que habría que tener en cuenta es si la mayor legitimación activa reconocida en los procesos de amparo, se puede transferir a la acción declarativa o si, por la naturaleza propia de la acción declarativa, se impide ese cambio.

En “AGUEERA”⁴⁴, la Corte rechazó la excepción de falta de legitimación deducida por la Provincia de Buenos Aires contra la actora, ante la demanda solicitando la inconstitucionalidad de decretos provinciales que establecían gravámenes, en violación de normas de coparticipación federal. Luego de admitir que el art. 43 de la CN le reconoce legitimación, sostuvo que como la actora había demandado por la vía del art. 322 del CPCCN, no había inconveniente para aplicar este precepto en virtud de la analogía existente entre esa acción y la del amparo. Dijo la Corte: “...*tal analogía ha sido advertida por esta Corte, al señalar que el pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma, importa el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad... Que la similitud entre ambas acciones, también se desprende de la doctrina de diversos precedentes, en los cuales se consideró evidente 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...*”.

El Máximo Tribunal sentó la buena doctrina, porque siendo procesos cuyo fin es sanear el ordenamiento jurídico en forma preventiva de normas inconstitucionales, es muy positivo reconocer una mayor amplitud en cuanto a los sujetos habilitados para accionar; destacando que debido a la similitud que existe, resulta incompatible su acumulación.

⁴⁰ CSJN, 12/9/1996, “Provincia de Santiago del Estero c/ Nación Argentina”.

⁴¹ CSJN, 22/5/1997, “Edesur c/ Provincia de Buenos Aires”.

⁴² CSJN, 31/5/1999 y 24/10/2000, “Río Negro, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo”.

⁴³ CSJN, 21/12/2000, “Aguas de Formosa S.A. c/ Provincia de Formosa”.

⁴⁴ CSJN, 22/4/1997, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina vs. Provincia de Buenos Aires y otro”.

Opiniones doctrinarias sobre la acción de inconstitucionalidad

En doctrina, en un concepto restringido y antiguo, se creía (como lo hemos indicado anteriormente) que solamente la realización de un daño o la comisión de un delito podía poner en marcha la máquina jurisdiccional, quedando entonces, la misión del Poder Judicial, reducida a reparar las lesiones materialmente producidas en los derechos del actor, siendo la función jurisdiccional solamente un instrumento sancionador; pero la doctrina nacional se fue mostrando proclive a admitir el ejercicio del control por vía de acción.

Peyrano entiende que no podía aceptarse que el Poder Judicial, actuara sólo cuando el perjuicio se hubiera consumado, porque “... *la noción vindicatoria de la justicia partía del presupuesto necesario consistente en que el conflicto de intereses,*

justificativo de la intervención judicial, sólo se daba ante la presencia de un derecho conculcado...”. “... Nada más erróneo por estrecho, ya que afirmar que sólo media conflicto de intereses cuando alguno de éstos ha sido vulnerado, supone otorgar a la jurisdicción el triste papel de represora, sin concederle el beneficio de desempeñar el rol docente de preventora de entuertos...”. “... Hoy día se ha superado esa idea y se comprende que el conflicto de intereses existe aunque ninguna de las partes haya vulnerado el derecho de la otra...”⁴⁵.

Por otro lado Vanossi, luego de analizar distintos procesos constitucionales en el orden federal, se preguntaba qué faltaba para lograr un efectivo sistema de control, llegando a la conclusión que estaba ausente “la acción de inconstitucionalidad”, la ley que permitiera canalizar este tipo de acción. Sostenía que “... *la acción de inconstitucionalidad es la que permite prescindir de la norma inconstitucional cuando no hay otra vía idónea o apta para obtener esa prescindencia. Hay muchas hipótesis en que no hay otra vía, es decir, muchos casos en que no funciona la defensa o excepción, porque procesalmente es imposible plantear el caso concreto...*”. “... *Nadie pretende que la acción proceda en casos abstractos; lo que se pretende es que habiendo lesión a la objetividad, al valor objetivo de las normas preeminentes, y pudiendo ello causar un perjuicio, funcione entonces la acción*”...⁴⁶.

Tal es así que este constitucionalista, ante la lamentable resistencia de la jurisprudencia, a pesar de que esta acción regía desde 1967, presentó un proyecto de ley reglamentándola en la amplitud de su temática y con acertada precisión. Proyecto que incorporaba esta acción al CPCCN en un artículo (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.⁴⁷

Bidart Campos, aunque propugnando una acción de inconstitucionalidad de mayor amplitud, decía que “... *solamente existe en el orden federal la acción declarativa de certeza del modo que estipula el art. 322 del Código Procesal, y esta acción puede usarse también (cuando se dan los requisitos generales de procedencia) en cuestiones de inconstitucionalidad...*”⁴⁸. En el mismo comentario del caso “Gomer S.A. c/ Provincia de Córdoba”⁴⁹, el autor aclaraba que solamente existía una específica modalidad de acción declarativa de inconstitucionalidad “dentro” de la acción declarativa de certeza, circunscripta a un molde que no es fácil identificar con el

⁴⁵ Peyrano, Jorge W. “La acción mere declarativa como medio de la plena realización de la garantía jurisdiccional de certeza jurídica”. **ED**, 52-561.

⁴⁶ Vanossi, Jorge, “Acción de amparo y acción de inconstitucionalidad en el derecho público federal argentino”. **ED**, 99-802.

⁴⁷ Obra legislativa, años 1983-1986, imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1987.

⁴⁸ Bidart Campos, Germán, “¿Hay en el orden federal acción declarativa de inconstitucionalidad?”. **ED**, 123-423.

⁴⁹ CSJN. 3/2/1987, “Gomer S.A. c/ Córdoba, Provincia de” **ED**. 123-424.

modelo genérico de la acción de inconstitucionalidad pura, conocida en el constitucionalismo actual como “vía directa o de demanda o de acción”, para incitar procesalmente el control de constitucionalidad. Y que la acción declarativa no versa sobre una cuestión abstracta ni teórica, sino por el contrario, se sustancia entre actor y demandado, dentro de la regla de bilateralidad o contradicción y la sentencia declarativa hace cesar el estado de incertidumbre entre las partes con fuerza de cosa juzgada. Nos decía que *“con ser una acción, carece de la amplitud que elastiza a la acción popular de inconstitucionalidad y a la acción declarativa de inconstitucionalidad pura, porque la declarativa de certeza presupone condiciones, tales como la existencia de una relación jurídica incierta entre el promotor y el demandado, el perjuicio que al primero le ocasiona la incertidumbre, y la inexistencia de otra vía para remediar ambas cosas. De todos modos, su acogimiento rinde resultados satisfactorios para dar cauce procesal a cuestiones constitucionales y aplicabilidad judicial a la fuerza normativa de la Constitución...”*⁵⁰.

Morello, analizando la inexistencia en el orden federal de la acción declarativa de inconstitucionalidad, hacía notar la superioridad que al respecto se establecía en la Provincia de Buenos Aires, expresando que *“... la conveniencia del régimen provincial sobre el nacional, resultaba manifiesta, por lo que sin duda la recepción de ese temperamento en la próxima reforma de la Ley Fundamental, representará un positivo medio para la canalización en ese contralor judicial de asegurar las garantías constitucionales...”*⁵¹.

Siguiendo la guía de Toricelli⁵², no podemos dejar de citar a Bianchi⁵³, quien ve con agrado que el control de constitucionalidad pueda ser ejercido dentro de una acción meramente declarativa de certeza, es decir, dentro del art. 322 del Código Procesal. En definitiva esa acción es un proceso judicial más, como cualquier otro, en el cual un juez es llamado a pronunciarse sobre una cuestión jurídica, de modo que aún en ese caso el control debe existir.

Por su parte, Enderle, expresaba que *“... la pretensión meramente declarativa de certeza brinda su aporte en el derecho público federal argentino, al no hallarse legislada la pretensión directa de inconstitucionalidad, como ocurre en la casi generalidad del marco provincial, ofreciendo su cauce, de concurrir los requisitos exigidos por el art. 322 del Código Procesal y posibilitando, a través de su segmento, eliminar un estado de incertidumbre jurídica al justiciable, para conocer la medida de*

⁵⁰ Bidart Campos, Germán, **El derecho de la Constitución y su fuerza normativa**. Ediar, Buenos Aires, 1995. Págs. 313 y 314.

⁵¹ Morello, Augusto, **El proceso justo**, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994. Pág. 128

⁵² Toricelli, Maximiliano, **El sistema de control constitucional argentino**, LexisNexis, 2002, pág. 187 y sges.

⁵³ Bianchi, Alberto, “¿Está en crisis el sistema clásico de control de constitucionalidad?”, **La Ley**, 1990-E-1106.

*sus derechos y obligaciones, y despejar, de tal suerte, la incógnita sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma potencialmente perjudicial”*⁵⁴.

Sagüés, analizando las diversas vías de control por acción, enseña que “... *no existiendo en el orden federal control abstracto de inconstitucionalidad (con su variante de acción declarativa pura o acción popular genérica), el control concreto se efectiviza por los siguientes conductos procesales: como acción, por la acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 322 del CPCCN, que se tramita por distintas reglas jurídicas, según el caso (proceso ordinario, sumario o sumarísimo); por la demanda incidental; por el amparo y el hábeas corpus (leyes 16.986 y 23.098); por las acciones donde el actor, para lograr su derecho, plantee la inconstitucionalidad de una norma; y como excepción, en los casos contenciosos donde el demandado pretenda la inaplicación de una norma constitucional invocada por el demandante...*”⁵⁵.

En este sentido vemos, en doctrina, que la acción declarativa pura de inconstitucionalidad no se recepta, porque la doctrina constante negaba la acción directa, reconocida en la mayoría de los regímenes provinciales.

Como detallaremos más adelante, en virtud de novedosos criterios imperantes en la Corte, esta doctrina opositora ha ido cediendo espacio y admitiéndose en la jurisprudencia. La Corte Nacional se encargó en reiteradas oportunidades de sostener su inexistencia en el orden federal. Sin embargo, la admitió en el precedente “Fábrica Argentina de Calderas”. En “AGUEERA”, entre otros casos, la Corte ha reconocido legitimación a entidades, para ser titulares de derechos fundamentales de incidencia colectiva, tales como la salud, los derechos políticos y la debida defensa judicial de los trabajadores por parte de sus asociaciones gremiales.

La acción directa se ejercita para evitar la aplicación de una ley y es la **herramienta preventiva por excelencia** para impedir que se origine un conflicto entre las partes de la relación jurídica, y no sólo el daño derivado de la eventual aplicación de la ley, opina Ramiro Rosales Cuello en “La acción directa de inconstitucionalidad. ¿Es factible a nivel federal?”⁵⁶. Por lo tanto, cuando se articula una cuestión a través de una acción directa, origina un verdadero “caso” constitucional. Es por eso que no se ve ningún impedimento para su admisión en el derecho judicial o en las leyes.

⁵⁴ Enderle, Guillermo, **La pretensión meramente declarativa**, Platense, La Plata, 1992. Pág. 157.

⁵⁵ Sagüés, Néstor, **Recurso extraordinario**, Astrea, Buenos Aires, 1992. Pág. 122.

⁵⁶ Rosales Cuello, Ramiro, “La acción directa de inconstitucionalidad. ¿Es factible a nivel federal?”. **Sup. Const.** 01/01/2008. 25

Etapas - Acción declarativa de inconstitucionalidad - Orden federal.

Esta acción declarativa de inconstitucionalidad constituye un fenómeno particular dentro del sistema de control de constitucionalidad argentino. Ninguna otra vía procesal ha tenido el desarrollo experimentado, en los últimos años, como ésta acción, que desde una posición inicial negatoria de su condición de caso judicial, ha llegado a convertirse en el vehículo de los pronunciamientos más trascendentes en materia de control de constitucionalidad.

En el régimen que existía - **primera etapa** - había una posición negatoria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde el control se ejercía solamente por vía reparatoria, persiguiendo la indemnización del daño ocasionado como consecuencia de normas ilegítimas. Aunque también se daba tutela para evitar la sanción fundada en normas inconstitucionales, era inevitable transgredirlas, cosa que no pasaba en el sistema norteamericano, donde, si bien en los primeros tiempos no se admitía la

acción declarativa de inconstitucionalidad, el control no sólo era ejercido por vía reparatoria sino también preventiva, a través de los mandatos de “injunction”, inexistentes en nuestro derecho.

Los fundamentos de esta postura, eran que las acciones declarativas escapaban al margen del “caso” judicial, el cual estaba presente sólo cuando se perseguía una condena o absolución. Y también la presunción de legitimidad de los actos estatales, que impedía enervar su aplicación por medio de acciones directas a fin de preservar la división de los poderes.

Esta postura se extiende hasta 1967 - **comienzo de la segunda etapa** - fecha en que se incorporó en el art. 322 del CPCCN, la acción declarativa como proceso judicial, y durante el cual se negó a la acción declarativa de inconstitucionalidad el carácter de caso judicial. Mediante ese artículo se incorporó la acción meramente declarativa y de esta manera se introdujo, una vía procesal posible, para dilucidar cuestiones de incertidumbre ordinaria, respecto de la modalidad, alcance o extensión, de una relación jurídica entre un sujeto activo y un sujeto pasivo.

La norma surgió como producto de una transacción de la comisión redactora, donde había una corriente minoritaria que pretendía incorporar la declaración de inconstitucionalidad, lo que no fue aceptado por la mayoría. Esta situación generó críticas respecto de la ubicación metodológica - porque no existe un “proceso meramente declarativo”, sino que la pretensión de certeza puede sustanciarse mediante cualquier proceso de conocimiento - y también hubo problemas con el título del art. 322, en la medida en que no existe una “acción meramente declarativa”, sino lo que adquiere el carácter declarativo es la sentencia⁵⁷. Recordando que según la norma *“... 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...”*, aclaramos que sobre el tema, reciente doctrina especializada, al analizar cada uno de los componentes del enunciado normativo, sostiene:

a) respecto del concepto de acción, en realidad existe una pretensión de certeza que se vincula con la sentencia en forma directa (mientras que la acción se vincula en forma directa con la actividad jurisdiccional derivada del proceso);

b) en torno a la declaración, ésta implica una manifestación de tipo determinativa que otorga firmeza y límites a una relación jurídica pública o privada (lo cual impide definirla en el espacio meramente consultivo);

⁵⁷ Alí Salgado, Joaquín y Verdagué, Alejandro, **Juicio de amparo y acción declarativa**, Astrea, 2000. Pág. 425.

c) vinculado a la certeza, es posible observar que emerge una fijación e inmutabilidad de lo declarado, respecto de lo afirmado litigiosamente, y que fuera controvertido en el proceso⁵⁸.

En esta segunda etapa, desde 1967 hasta 1985, la Corte Suprema de Justicia, no admitió la posibilidad del control de constitucionalidad en la acción regulada por el art. 322, como lo detallaremos en la jurisprudencia.

En la tercera etapa, período que comienza en 1985 y se extiende hasta la actualidad⁵⁹, el Alto Tribunal anunció la existencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad y la encuadró en el art. 322, dando dos alternativas posibles:

a) que se trate de la acción declarativa de certeza con ejercicio de control de constitucionalidad, a efectos de despejar un estado de incertidumbre constitucional, basada en un estado de duda, respecto de la constitucionalidad de una posición jurídica, generada a partir de una relación normativa aplicable al caso concreto. Lo que implica que la acción debe promoverse ante el sujeto beneficiario de la aplicación de la norma, por cuanto la cuestión constitucional planteada, se revela conflictiva en la aplicación inmediata de la misma.

b) que se trate de una acción declarativa de inconstitucionalidad - que si bien se afina normativamente en el art. 322, es totalmente independiente de la acción declarativa de certeza constitucional - cuyo objeto sea exclusivamente la declaración de inconstitucionalidad de una norma. Aquí la pretensión de sentencia declarativa se orienta, directamente, a cuestionar la constitucionalidad de una norma. La cuestión que ha suscitado el mayor debate, es la determinación del sujeto pasivo de la acción, y consecuentemente, si la controversia debe ser sustanciada contra el órgano que dictó la norma o contra los terceros beneficiados por ésta (o contra ambos)⁶⁰.

En ambos casos, se genera un tránsito necesario desde una pretensión declarativa ordinaria hacia una pretensión declarativa constitucional, lo cual implica que la acción se transforma en un proceso constitucional que tiene vasos comunicantes vinculantes con la acción de amparo⁶¹. En ese sentido, en el caso "AGUEERA c/ Provincia de Buenos Aires", la Corte de Justicia señaló: *... "que aunque la actora demandó por la vía del 322 del Código Procesal, no constituye óbice para la aplicación de este precepto, en virtud de la analogía existente entre esa acción y la del amparo... ya que la acción declarativa, al igual que el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia del daño consumado..."*.

⁵⁸ González Castro, Manuel, **La acción meramente declarativa**, Alveroni Ediciones, 2007.

⁵⁹ Bidart Campos, Germán, "¿Hay en el orden federal acción declarativa de inconstitucionalidad?", **ED**, 123-423 y "La acción declarativa de certeza y el control de constitucionalidad", **La Ley**, 154-515.

⁶⁰ Enderle, Guillermo, **La pretensión meramente declarativa**, Editora Platense, La Plata, 2005. Págs. 110 y sgts.

⁶¹ Gil Domínguez, Andrés, "La acción declarativa como proceso constitucional", **La Ley**, 1996.

Jurisprudencia - Primera etapa

Hasta la reforma del Código Procesal y la incorporación del art. 322 (año 1967).

Es sabido que para el planteamiento de la cuestión constitucional, cuestión federal 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 señalaremos las más destacadas que expresan su doctrina en la materia.

Por ejemplo, en el caso “**Provincia de Mendoza contra Nación Argentina**”, la demanda pretendía que se declarara la invalidez de distintas prescripciones de la ley 14.773 de nacionalización de hidrocarburos, por vulnerar disposiciones de la Constitución Nacional. El Tribunal sostuvo que: “... *como esta Corte ha tenido oportunidad de declararlo... se requiere que el requisito de la existencia de un caso o controversia judicial sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de los poderes...*”⁶² Y que tales casos o causas en los términos de los artículos 116 y 117 (hoy) de la Constitución Nacional, son aquellos que contempla el art. 2 de la ley 27 con la exigencia 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.

Esta tradicional posición de la Corte, en cuanto a la inexistencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad porque alteraba el régimen institucional dispuesto, se reiteró en el caso “**Fiscal de Estado**”. Lo que ocurrió es que el Fiscal de Estado de la Provincia de Río Negro interpuso demanda en forma originaria ante la Corte Suprema pidiendo la declaración de inconstitucionalidad del decreto ley 260/63 del Poder Ejecutivo Nacional que llamaba a elecciones de Gobernador en todo el ámbito nacional, vulnerando así las autonomías provinciales reconocidas constitucionalmente. A lo que se concluyó que “... *la posibilidad de una acción declarativa de inconstitucionalidad, con base en una ley provincial, no puede exceder el ámbito local,*

⁶² CSJN, 13/3/1959, “Mendoza, la provincia c/ Gobierno de la Nación s/ inconstitucionalidad ley 14.773”. Fallos 243:177.

dentro del cual rigen las leyes de ese carácter...”⁶³. Este caso tiene gran importancia, porque aparece por primera vez en el voto disidente de Boffi Boggero, la admisión, en situaciones excepcionales, de la viabilidad de acciones declarativas. Él afirmó que en los casos donde una provincia sea parte, éstos se encuentran dentro de los taxativamente establecidos por el art. 101 (hoy 117) de la Constitución Nacional, como de competencia jurisdiccional de la Corte. Por ello, Boffi Boggero, votó por sustanciar la causa.

En el mismo año, en el caso “**Banco Hipotecario Nacional**”, 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...*”⁶⁴. En este caso, se estableció también un tema muy importante: que el sistema de control incidental de inconstitucionalidad excluye la defensa directa de las normas impugnadas, por parte del estado que las dictó. Se dejó constancia que la entidad crediticia que demandó a la Provincia de Córdoba, pretendiendo la declaración de invalidez de una ley provincial, en tanto obligaba al banco a encomendar la labor notarial a escribanos que integraran las listas preparadas por el respectivo Colegio Profesional, estaba impidiendo la libertad de contratación. Una de las defensas esgrimidas por la provincia fue la falta de legitimación pasiva; postura que no fue compartida por el procurador porque la ley impugnada fue dictada por la respectiva legislatura provincial y obligatoria para el Colegio.

Jurisprudencia - Segunda etapa

Desde la incorporación del art. 322 hasta 1985

Encontramos en el precedente “**Outón**”⁶⁵ una pretensión que se hace viable a través de una acción de amparo. La Corte deja de lado el problema de la existencia de una acción mere declarativa, admite el amparo y ordena a la Bolsa de Trabajo Marítimo, inscribir a los actores, aduciendo que el decreto “desconoció el derecho de trabajar y agremiarse libremente” y se excedió el Poder Ejecutivo de las facultades reglamentarias que le confería el actual art. 99 inc. 2 de la Constitución Nacional.

⁶³ CSJN, 13/3/1963, “Fiscal de Estado de la Provincia de Río Negro s/ planteo de inconstitucionalidad del decreto ley 260 del Poder Ejecutivo Nacional”, fallos 255:87.

⁶⁴ CSJN, 26/6/1963, “Banco Hipotecario Nacional c/ Córdoba, provincia de s/ inconstitucionalidad de la ley 4.582”. Fallos 256:104.

⁶⁵ CSJN, 29/3/1967, “Outón, Carlos y otros”, LL, 126-293.

Esta postura se refuerza en “**Mate Larangeira Méndez**”⁶⁶, donde los actores impugnaban un decreto del Poder Ejecutivo que prohibía la cosecha de yerba mate durante el año 1966; así como su transporte siempre que no tuviera una guía especial de libre tránsito. Lo que se buscaba era la declaración de inconstitucionalidad de ese decreto, para evitar los perjuicios que pudiera ocasionar. Y la Corte hace lugar al amparo pero, ni en el voto de la mayoría, ni en la disidencia, se menciona la existencia de una acción meramente declarativa, aunque la acción de amparo planteaba esa declaración en forma preventiva.

A pesar de la incorporación en 1967 de la “acción meramente declarativa” en el art. 322 del CPCCN, la Corte Suprema siguió rechazando las declaraciones de inconstitucionalidad, que se pretendían ahora vehiculizar, mediante esta nueva acción. Así fue que, entre otros, en el caso “**S.A. Safe Agropecuaria**” de 1973, 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 Constitución Nacional y con referencia a los casos que caigan bajo su jurisdicción, no cabe extenderla de modo de validar declaraciones de inconstitucionalidad abstractas por vía de la aplicación del art. 322 del CPCCN, que tiene su ámbito natural de aplicación en orden a decisiones de derecho común. Dijo la Corte “...Cabe advertir que la atribución que este tribunal tiene de declarar inaplicables al caso, leyes y actos emanados de otros poderes del Estado Nacional o Provincial, a título de contrarios a la Constitución o leyes nacionales, no se concilia con la citada disposición procesal en tanto se postula su aplicación con ese objeto y por vía de competencia originaria...”⁶⁷.

El precedente “**Hidronor**”, en el dictamen del Dr. Marquardt, **abrirá el camino hacia la consagración de la acción declarativa de inconstitucionalidad como mecanismo de control**. En un extenso y fundado trabajo, el procurador, analizando las características del control de constitucionalidad en los sistemas jurisdiccionales difusos, junto a la tradicional posición de la jurisprudencia norteamericana y su evolución en cuanto a la participación en acciones preventivas, estableció que debe admitirse en nuestro ordenamiento federal la acción meramente declarativa de inconstitucionalidad.

En ese caso, Hidronor, demandaba a la Provincia de Neuquén, mediante acción declarativa de inconstitucionalidad, según el art. 322, dado que se le exigía el pago de impuestos que la empresa consideraba inconstitucionales. Aunque por el desistimiento, la Corte no se pronunció, la doctrina prohibitiva de las acciones

⁶⁶ CSJN, 7/12/1967, “Empresa Mate Larangeira Méndez S.A. y otros”, LL, 130-557.

⁶⁷ CSJN, 1973, “Safe Agropecuaria S.A. c/ Provincia de Santa Fe”.

declarativas comenzaba a ceder y se abandonaba la idea de que estos procesos no configuraban un “caso judicial”.

En la parte más importante del dictamen, dijo el Dr. Marquardt: “...*que si la justicia federal sólo puede conocer de los casos o causas a que se refieren los arts. 100 y 101 (hoy 116 y 117) de la Constitución, y si las acciones declarativas no son tales casos o causas, la Corte Suprema tampoco puede conocer de ellas por vía de apelación.*”⁶⁸ Además hizo una aclaración estableciendo que no había obstáculos constitucionales para que se admita el carácter de causa en las acciones declarativas del art. 322 del CPCCN, aunque persigan la declaración de invalidez de una ley frente a la Constitución. Pensaba que con este instituto, el derecho público federal tendría una vía para que todo afectado por normas inconstitucionales que tenga un interés real y concreto, evitara lesión material del derecho que invocare.

Por lo tanto el procurador entendió:

a) que el sistema de control constitucional vigente en el orden nacional impedía que se dictaran sentencias cuyo efecto fuera privar de valor erga omnes a las normas impugnadas.

b) que había obstáculos para emitir fallos sobre agravios conjeturales o hipotéticos.

c) que la acción de mera certeza, sobre la base de un interés sustancial concreto y con efecto limitado a una declaración válida sólo inter partes, constituía causa, de acuerdo a la Constitución.

d) que la acción declarativa reglada por el art. 322 del CPCCN se refería tanto a las relaciones jurídicas de derecho privado, como a las de derecho público.

e) que 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 podría ser igualmente ejecutada, no así después de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que desde luego hace desaparecer la presunción.

f) que tratándose de una acción declarativa, que comprende sólo cuestiones de carácter federal y está dirigida contra una provincia, la demanda configura un caso o causa de acuerdo a los artículos 116 y 117 de la Constitución y 2 de la ley 27 y que es de la competencia exclusiva y originaria de la Corte.

Los fundamentos de la posición negatoria de la Corte Suprema en esta etapa, fueron:

⁶⁸ CSJN, dictamen del procurador general en CSJN, 28/2/1973, “Hidronor c/ Provincia de Neuquén”, LL, 154-515.

* que el control de constitucionalidad encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa, requiere de la existencia de un “caso” o “controversia judicial” de acuerdo a los hoy 116 y 117 de la Constitución Nacional.

* que la exigencia de que los tribunales federales sólo ejerzan jurisdicción en los “casos contenciosos”, excluye las declaraciones generales y directas de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes.

* 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, dado que con arreglo a lo que dispone la ley 27 en el art. 2: “... *la justicia nacional nunca procede de oficio y sólo ejerce su jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte...*”. Por lo tanto no existe en el orden nacional la acción declarativa de inconstitucionalidad.

* que el principio de la coordinación y separación de los poderes, que impone al Poder Judicial la permanencia en el ámbito jurisdiccional, le impide la invalidación genérica de las leyes objetadas.

* que no es procedente por vía de aplicación del art. 322 del CPCCN, el planteamiento de declaraciones de inconstitucionalidad abstractas.

* que 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.

Nuestra opinión sobre los fundamentos de la posición negatoria de la Corte Suprema, sostenida hasta ese momento, y siguiendo a Ricardo Haro⁶⁹ es que: el sentido de lo “contencioso” en la Constitución de 1853/60 en los artículos 100 y 101, (hoy 116 y 117) dispusieron que correspondía a la Corte Suprema y a los Tribunales Inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión tanto de “causas”, como de “asuntos” y de “casos”, según surge de estos textos. Cuando los constituyentes usaron el nombre de “caso” o “asunto” o “causa”, han sido entendidas como sinónimos de “proceso”, “litigio”, “pleito”, “juicio”. Lo que hay que aclarar es 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 la reparación de un daño ya producido, sino también que se manifiesta en aquel caso en que sin haberse producido daño alguno, sea necesario interpretar el derecho, despejando así la incertidumbre. En estos últimos casos, el ejercicio de la función jurisdiccional, tiende precisamente a otorgar certeza al derecho, frente a situaciones que requieren garantizar el valor de la seguridad jurídica.

⁶⁹ Haro, Ricardo, “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**, 2001.

Nosotros no compartimos la interpretación que realiza la Corte Suprema, que por ser tan estricta, se torna equivocada, frustrando así la actuación de la justicia federal en causas realmente “contenciosas” como las acciones declarativas. No creemos que sea correcto considerando tanto el espíritu como el texto constitucional, limitarnos a lo que está en la ley 27, de modo tan categórico y absoluto: la “controversia o contienda entre partes” como necesidad sine qua non para la actuación de la justicia federal. Porque es innegable que existen y han existido, si bien de modo 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 porque estaríamos frente a una “causa”⁷⁰.

Recién el cambio va a suceder después del año 1983, con la llegada del gobierno democrático, donde se abre curso a la pretensión meramente declarativa del art. 322 del CPCCN, como medio eficaz para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Es a partir de este período, donde se hará una correcta distinción entre control abstracto y concreto de constitucionalidad y donde surgirá claramente el concepto de caso judicial. Ante la presentación de una acción de amparo por **Aníbal Baeza** con el fin de obtener que se declarara judicialmente la inconstitucionalidad de un decreto del año 1984, por el cual el Poder Ejecutivo Nacional convocó a una consulta popular sobre los límites con Chile en la zona del Canal de Beagle, Baeza alegó que en las elecciones del 30 de octubre de 1983 fue nombrado presidente de mesa en los comicios, y resultaba posible que en esta próxima consulta se viese obligado a desempeñar tareas similares en virtud de ese decreto que él consideraba inconstitucional. Se le rechazó el planteo con la idea de que no había causa judicial alguna, porque si la afectación se daba por la carga pública que implicaba ser presidente de mesa, el actor tendría que haber pedido su eximisión, en lugar de la nulidad del decreto. Se fue en queja ante la Corte y nuevamente lo desestimaron y entendieron que bajo la acción de amparo, se estaba articulando una simple consulta⁷¹.

Estamos de acuerdo con aquellos autores como Ramiro Rosales Cuello que consideran “Baeza” entre los casos fundadores, porque *“... si bien es cierto que el tribunal, por medio del voto mayoritario, insistió en su concepto “clásico” de causa, no obstante, hizo una aclaración que hasta el momento no se había hecho, y que estimo relevante para el tema que nos ocupa, porque refleja una concepción diferente a la que se venía sosteniendo. La aclaración fue la siguiente: se puso de resalto que, aún en la hipótesis en que Baeza hubiese solicitado tutela expresa del derecho a no ser convocado como autoridad comicial, no mediaba, en el caso, un interés*

⁷⁰ Haro, Ricardo, **La competencia federal**, Depalma, Buenos Aires, 1989.

⁷¹ CSJN, 28/8/1984, “Baeza, Aníbal R. c/ Estado Nacional”, ED, 110-357.

*suficientemente concreto, que lo legitimara a reclamar su protección, ya que no había indicado, y menos demostrado, haber sido convocado para desempeñarse en tal función...*⁷². De lo que se deduce que, si Baeza hubiese justificado la convocatoria, se habría originado un “caso”, donde el tribunal podría haber hecho el control constitucional que se le pedía. Fue muy interesante el voto en disidencia del Dr. Fayt, porque siguió el dictamen del procurador en el caso “Hidronor”, estableciendo que había una situación de incertidumbre sobre la modalidad y el alcance no vinculante de la consulta. Que esa falta de certeza podía producir un perjuicio al cuerpo electoral de la Nación, y que no había ningún impedimento constitucional para el ejercicio de las acciones declarativas del 322 del CPCCN cuando ellas busquen la invalidez de una ley frente a los preceptos de la Constitución, admitiéndoseles así el carácter de causa.

Jurisprudencia - Tercera etapa

Desde 1985 hasta la fecha

La Corte dio la recepción definitiva a la acción declarativa de inconstitucionalidad como mecanismo de control preventivo, al transformar de oficio, una acción de amparo en acción declarativa en el caso “**Santiago del Estero**”. La Corte Suprema de Justicia comenzó a delinear los contornos de la acción declarativa de inconstitucionalidad en sus diversas modalidades.

Los hechos de esos autos fueron: la Provincia de Santiago del Estero había sancionado una ley, creando un departamento de control de combustibles, el cual tendría retribución por los servicios del control sobre los precios. Ante esta situación, YPF les comunicó a los expendedores de combustible, que no debían modificar los precios porque serían sancionados; lo que generó la presentación judicial. Se dictaminó que “*...frente a una solicitud de declaración de certeza, que responde a un caso, se busca precaver los efectos de un acto en ciernes y en esas condiciones la acción declarativa del art. 322 del Código Procesal, constituye un recaudo apto para evitar el eventual perjuicio denunciado por la actora, o sea, se configuran las*

⁷² Rosales Cuello, Ramiro “Acción declarativa y control constitucional. Estado actual de la cuestión en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

*exigencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que son: 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*⁷³.

La gran diferencia con los casos anteriores - según la Corte - es que la cuestión planteada no tenía un carácter consultivo o especulativo, ya que buscaba precaver, mediante la declaración de certeza, los efectos de un acto en ciernes y había un interés concreto y real que merecía protección actual. Con esta afirmación se deja de lado la doctrina de la Corte en la que sólo se configuraba un “caso” para ejercer el control constitucional, cuando fuere necesaria la reparación de un daño y el proceso terminara con una sentencia de condena o de absolución.

En pronunciamientos posteriores, se reafirmó la existencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad, ya que en el mismo año, **Constantino Lorenzo** demandó al Estado Nacional con el fin de que se declarara la inconstitucionalidad de la ley que aprobaba el tratado de paz y amistad firmado con Chile, por entender que violaba la base territorial de la Provincia de Santa Cruz. Apoyándose en el precedente “Baeza”, la Corte entendió que no se configuraba “causa” judicial; pero dijo que “...al reafirmar los principios básicos del sistema de control constitucional federal, estima conveniente poner de relieve que ellos no tienen por corolario, que en el orden nacional no exista la acción declarativa de inconstitucionalidad...”⁷⁴. También aclaró la confusión entre peticiones abstractas y generales de inconstitucionalidad (que no revisten forma contenciosa, por la ausencia de interés inmediato del particular que efectúa la solicitud) y acciones determinativas (que tienden a prevenir o impedir las lesiones de esos derechos, como son la acción de mera certeza y el amparo). O sea, admitió acciones preventivas de inconstitucionalidad como el amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional; y resaltó que no es el carácter declarativo de la sentencia lo que convierte a un caso en abstracto o concreto, sino el interés que en la cuestión pueda tener quien lo plantea.

Fue sin dudas el precedente “**Fábrica Argentina de Calderas**”⁷⁵ uno de los más importantes en cuanto al perfil de la acción declarativa se refiere. La actora demandó la declaración de inconstitucionalidad de una ley santafesina - que reducía la jornada laboral sin modificación de salarios - y la repetición de las sumas pagadas a su personal por esa norma. El primer planteo es receptado y la repetición pretendida desechada. Lo importante de este decisorio no sólo es haber separado ambos requerimientos, y encuadrar uno de ellos dentro de la acción declarativa, sino haber admitido, aunque sea tácitamente, que ante la imposibilidad de determinar el

⁷³ CSJN, 20/8/1985, “Provincia de Santiago del Estero c/ Gobierno Nacional y/u otro”, LL, 1986.

⁷⁴ CSJN, 12/12/1985, “Constantino Lorenzo vs. Nación Argentina”, fallos 307:2384.

⁷⁵ CSJN, 19/12/1986, “Fábrica Argentina de Calderas S.R.L. c/ Provincia de Santa Fe”, LL 1987.

beneficiario de un régimen legal, se puede demandar al autor de la norma. **Este precedente asemeja la acción declarativa del orden federal con las acciones directas previstas en los ordenamientos provinciales.**

Otro caso donde la Corte reafirmó la existencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad, sujetándola al art. 322 del CPCCN, admitiendo que pueda ser planteada directamente ante sus estrados, como había pasado en “Fábrica Argentina de Calderas”, siempre que se den “los requisitos que determinen su intervención en instancia originaria”, es el caso “**Gomer**”. Aún cuando no se hizo lugar al planteo efectuado por entender que no se encontraban acreditados los extremos exigidos: estado de incertidumbre e interés jurídico suficiente, la Corte Suprema de Justicia en este caso, definió a la acción declarativa de inconstitucionalidad como “... *Aquella que se concreta en el sentido que en el momento de dictarse el fallo, se hayan producido la totalidad de los presupuestos de hecho, en que se apoya la declaración, acerca de la existencia o inexistencia del derecho disentido, condición bajo la cual sólo podrá afirmarse realmente, que el fallo pone fin a una controversia actual, diferenciándose de una consulta en la cual se responde acerca de la eventual solución que podría acordarse a un supuesto de hecho hipotético...*”⁷⁶. Con este caso la Corte dejó claro cuál era el marco procesal al que debía ajustarse todo el que persiga la declaración de inconstitucionalidad dentro de una pretensión declarativa (al art. 322 del CPCCN), mientras que el marco “sustancial” de esa pretensión quedó establecido en los casos “Provincia de Santiago del Estero vs. YPF” y “Constantino Lorenzo”.

La Corte siguió admitiendo la viabilidad de la acción declarativa intentada y dio precisión sobre los requisitos que se deben cumplir y que son los del art. 322, en los casos “**Newland**”⁷⁷, “**Escuela Escocesa San Andrés**”⁷⁸, “**Gobierno Nacional c/ Santiago del Estero**”⁷⁹, “**Colegio San Lucas**”⁸⁰ y otros.

Otro paso fundamental en procura de una mayor apertura de la acción declarativa, fue cuando se hizo lugar a la demanda, declarando la inconstitucionalidad de una ley de la provincia de Buenos Aires, que establecía una rebaja de los honorarios en el supuesto de tener que inscribir, en el Registro de la Propiedad de la provincia demandada, actos notariales pasados ante sus respectivos registros - caso “**Abud**”⁸¹. Luego de entender que la causa era de su competencia originaria, estableció que no era una solución a una hipótesis abstracta, sino que estaba en juego

⁷⁶ CSJN, 3/2/1987, “Gomer S.A. c/ Córdoba, Provincia de”, ED 123-424.

⁷⁷ CSJN, 19/3/1987, “Newland, Leonardo Antonio c/ Provincia de Santiago del Estero”, fallos 310:606.

⁷⁸ CSJN, 21/5/1987, “Asociación Civil Escuela Escocesa San Andrés y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otro”, ED, 128-199.

⁷⁹ CSJN, 22/12/1987, “Gobierno Nacional vs. Provincia de Santiago del Estero”, JA, 1989.

⁸⁰ CSJN, 29/3/1988, “Colegio San Lucas S.R.L. c/ Gobierno Nacional y otra”, LL, 1988.

⁸¹ CSJN, 1/10/1991, “Jorge Romero Abud y otros c/ Provincia de Buenos Aires”, fallos 314:1186.

la actividad profesional de los actores y que había entre ambas partes una vinculación jurídica.

En el año 1992 la Corte admitió originariamente una acción en la que **Martín Leiva**⁸² pretendía la inconstitucionalidad de una ley de la Provincia de Entre Ríos, que regulaba las actividades relacionadas con la sangre humana, sus componentes y derivados para fines terapéuticos, por contradecir dos leyes nacionales, ya que se le impedía como médico terapeuta el libre ejercicio de dicha actividad. El Tribunal entendió que se configuraron los requisitos para la procedencia formal de la acción meramente declarativa.

No podemos dejar de destacar el precedente **“Aguera”**⁸³, porque allí la Corte equipara la acción declarativa con el amparo, a fin de reconocer al actor, en los procesos tramitados por el art. 322, la misma legitimación que otorga el art. 43 de la Constitución Nacional. La similitud entre ambas acciones también se desprende de la doctrina de diversos precedentes, como en el caso **“Edesur”**, donde una acción de amparo intentada ante el Máximo Tribunal de Justicia se transformó de oficio, haciendo lugar a la medida cautelar y tramitándola por la vía del 322. Allí se estableció que *“...la acción de amparo, de manera general, es procedente en los litigios que caen dentro de la competencia originaria, porque de otro modo, en tales controversias, quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el actual art. 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16.986...”*⁸⁴. Aclarando que como era un problema relacionado con la determinación de competencia entre los poderes del gobierno federal y los de una provincia, parecía poco compatible el régimen que se invocó y el mecanismo procesal de la 16.986. Por lo tanto no estaban dadas las circunstancias mencionadas.

Posteriormente en **“Athuel”**⁸⁵, se inició acción declarativa de inconstitucionalidad contra la provincia de Tierra del Fuego, respecto de una ley y su decreto reglamentario, por entender que resultaban violatorios de lo dispuesto en la Constitución Nacional y que la provincia se había atribuido facultades que correspondían al Congreso Nacional según el art. 75 inc. 12 y que dictó leyes que regulaban las relaciones laborales. La provincia demandada invocó que la cuestión de inconstitucionalidad se había tornado abstracta, por cuanto había perdido su vigencia temporal y pidió que se rechazara la pretensión de la demanda. Como la actora no

⁸² CSJN, 19/5/1992, “Leiva, Martín c/ Entre Ríos, Provincia de s/ inconstitucionalidad ley 8.144”, fallos 315:1013.

⁸³ CSJN, 22/4/1997, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) vs. Provincia de Buenos Aires y otros”, fallos 320:691.

⁸⁴ CSJN, 22/5/1997, “Empresa Distribuidora Sur S.A. vs. Provincia de Buenos Aires y otro”, fallos 320:1093.

⁸⁵ CSJN, 16/9/1997, “Athuel Electrónica S.A. c/ Tierra del Fuego, Antártica e Islas del Atlántico Sur, Provincia de s/ acción declarativa”.

rebatió lo invocado por la demandada, en cuanto al vencimiento del plazo de vigencia temporal de la ley, ante la evidencia de su expiración, no existía estado alguno de incertidumbre sobre la existencia, alcances o modalidades de una relación jurídica, ni perjuicio o lesión actual que justificara lograr una declaración de inconstitucionalidad, por lo que sería abstracta.

Ante el planteo de inconstitucionalidad efectuado por una empresa de transporte, en el caso **“Cooperativa TAC”**⁸⁶, pidiendo la declaración de inconstitucionalidad de leyes mendocinas, que autorizaban a gravar con el impuesto a los ingresos brutos, a la actividad del transporte público de pasajeros interjurisdiccional, la Corte admitió su competencia originaria, e hizo lugar al planteo.

En el año 1999, en **“Droguería Aries S.A.”**⁸⁷, se demandó a la provincia de Santa Fe por la inconstitucionalidad de una ley y de un artículo de un decreto local, porque se entendía que esas normativas impedían la comercialización, en bocas de expendio masivo (súper o hipermercados) que operaban en el territorio de la demandada, de diversos productos medicinales de “venta libre”, debidamente registrados y habilitados por el Ministerio de Salud Pública de la Nación. La acción fue rechazada *in limine* en el entendimiento de que existía un carácter simplemente consultivo, al no mediar actividad administrativa concreta, en la búsqueda del cumplimiento de esa normativa.

En la demanda instada por la **“Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones del Banco de la Nación Argentina, contra la Provincia de Catamarca”**⁸⁸, pretendiendo la declaración de inconstitucionalidad de una resolución de la Administración General de Rentas de la Provincia, en cuanto gravaba con el impuesto a los ingresos brutos, las sumas que percibía de sus afiliados, al solo efecto de transferirlas a las compañías aseguradoras pertinentes, se consideró que existía incertidumbre constitucional y que había una actividad concreta del fisco provincial para efectivizar el pago, por lo que se reunían los requisitos necesarios para la procedencia de esta acción.

Se destacan numerosos precedentes **que fueron constituyendo en sus aspectos formales y sustanciales la acción declarativa de inconstitucionalidad**, entre los que se encuentran: **Casiano Iribarren**⁸⁹, donde el Ministro de la Corte de Santa Fe, demandó pretendiendo la declaración de inconstitucionalidad del artículo 88 de la Constitución local, que establecía el cese de la inamovilidad de los jueces a los

⁸⁶ CSJN, 8/9/1998, “Cooperativa de Trabajo Transporte Automotor de Cuyo T.A.C. Ltda. c/ Provincia de Mendoza”, LL 1998.

⁸⁷ CSJN, 20/4/1999, “Droguería Aries S.A. c/ Provincia de Santa Fe y otros”, fallos 322:678.

⁸⁸ CSJN, 16/5/2000, “Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones S.A. c/ Catamarca, Provincia de s/ acción declarativa”, fallos 323:1208.

⁸⁹ CSJN, 22/6/1999, “Iribarren, Casiano R. c/ Provincia de Santa Fe s/ acción declarativa”, fallos 322:1253.

65 años de edad si se encontraban en condiciones de acogerse a la jubilación ordinaria. La Corte hizo lugar al planteo del magistrado y reiterando la doctrina del fallo “Provincia de Santiago el Estero c/ Estado Nacional”, declaró procedente la acción declarativa de inconstitucionalidad, sosteniendo que la causa 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.

El caso más importante en cuanto al control de constitucionalidad se refiere, dado que se declaró la nulidad del inc. 4 del art. 99 de la Constitución Nacional, por considerar que la Convención Constituyente se había excedido en el marco fijado por la ley declarativa de la reforma constitucional 24.309, es el caso **Fayt**⁹⁰. **Justamente este fallo fue la gran consagración, para nosotros, de la acción declarativa de inconstitucionalidad en el orden federal.**

Se trató de una demanda promovida por un titular de un derecho subjetivo, con proyección colectiva individual homogénea (la estabilidad vitalicia que, el hoy art. 110 de la Constitución, asegura a los jueces de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Inferiores, sin limitación alguna). Estuvo dirigida contra una Convención Constituyente Reformadora, emisora de la norma cuestionada (pero sin facultad de aplicación de la misma) como sujeto pasivo. Se consideró y se avanzó hacia una más amplia comprensión del “caso contencioso” del art. 2 de la ley 27, porque afirmó 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, configurándose una controversia “definitiva y concreta” que remite al estudio de puntos regidos por normas constitucionales e infraconstitucionales de naturaleza federal. Se dictó una sentencia declarativa con efectos *erga omnes* retroactivos (la nulidad de la reforma introducida por la Convención Reformadora de 1994 en el art. 99 inc. 4 párrafo tercero).

En “**Aguas de Formosa contra la Provincia de Formosa**”⁹¹, la Corte transformó un amparo en acción declarativa, considerando que los requisitos para su procedencia se encontraban presentes, aún en ausencia del acto administrativo concreto, por el solo hecho de estar encuadrados en los supuestos de la ley que, al igual que en los precedentes “Iribarren” y “Fayt”, resultaba operativa.

Este fallo cuenta con el comentario de Juan Manuel Hubeñak, quien entiende que “este carácter de autoaplicatividad de la ley, es el que genera inmediatamente un caso judicial en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional, y habilita de esa

⁹⁰ CSJN, 19/8/1999, “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”, fallos 322:1665.

⁹¹ CSJN, 21/12/2000, “Aguas de Formosa S.A. c/Provincia de Formosa”, LL 2001.

forma la vía impugnatoria directa de normas, a través de la acción declarativa de inconstitucionalidad”⁹².

En noviembre de 2004, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “**Hoof**”⁹³ declaró la inconstitucionalidad del artículo 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en cuanto a la diferenciación que hacía entre “dos clases de ciudadanos argentinos”, es decir, entre argentinos nativos y por opción, por una parte, y argentinos naturalizados, por la otra, excluyendo a ésta última categoría para acceder al cargo de Magistrado de los Tribunales de Cámara de la Provincia de Buenos Aires.

La argumentación de la mayoría hizo hincapié en que el art. 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires distingue a los ciudadanos de “primera clase”, de los ciudadanos de “segunda clase” (argentinos naturalizados como el actor), a los fines del acceso a las funciones públicas de su provincia. Por lo que la norma, al contener esa descalificación, afecta a esa clase de personas, por lo tanto tiene “presunción de inconstitucionalidad”. Invoca en su apoyo distintos instrumentos internacionales que prohíben la discriminación por motivos de origen nacional.

El Doctor Belluscio, al fundar su disidencia, argumentó que en lo que se refiere a los requisitos que deben cumplir los funcionarios provinciales, es de competencia provincial, no delegada al gobierno federal (arts. 121, 122 y 123 de la CN) y, por lo tanto, el mismo está excluido de regular sobre el tema. Que el acierto o error, mérito o conveniencia de las soluciones legislativas, no son puntos sobre los que el Poder Judicial pueda pronunciarse, salvo en aquellos casos que están en el campo de lo irrazonable o arbitrario.

En realidad no estamos de acuerdo con el criterio de prohibir desde el principio la ingerencia de la Corte en el control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos provinciales, en resguardo de las autonomías locales, porque es una franca violación a una norma de rango superior. La Corte debe proteger la autonomía provincial, y el criterio restrictivo que toda declaración de inconstitucionalidad impone, en la presencia de un caso o controversia y debe intervenir cuando se lesiona una garantía o un derecho reconocido por la Ley Fundamental, las leyes que en su consecuencia se dicten, o tratados con naciones extranjeras para mantener la supremacía de la Constitución.

Como no fue lineal la postura de la Corte, es muy interesante el caso “**Expreso Quilmes S.A.**”⁹⁴, donde se inicia demanda contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad, del impuesto sobre los ingresos

⁹² Hubeñak, Juan Manuel, “La sola sanción de la ley constituye caso judicial en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional”. Comentario “Aguas de Formosa S.A. c/ Provincia de Formosa”, LL, 2001.

⁹³ CSJN, 16/11/2004, “Hoof, Pedro Cornelio Federico c/ Provincia de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, LL, 2005.

brutos que se le pretende aplicar sobre el transporte interjurisdiccional de pasajeros, por entender que es contrario al artículo 75 inciso 13 de la Constitución Nacional y al régimen de coparticipación federal. La provincia contesta y niega el estado de incertidumbre, sosteniendo que el sistema de pago y repetición está contemplado en su Código Fiscal y que éste es el medio apropiado para discutir la cuestión. La Corte, como no acompañó la actora ninguna documentación que acredite los requerimientos de pago, ni sus contestaciones, ni intentó demostrar por otros medios de prueba la existencia de actos concretos, concluye que el agravio traído a juicio del Tribunal, resulta conjetural e hipotético; ya que no ha existido actividad alguna que haya puesto en tela de juicio el derecho que se ejerce, porque no median actos concretos o en ciernes del poder administrador.

Beneficios y límites del art. 322 - tercera etapa

A partir del año 1985, se logró superar esa doctrina jurisprudencial que se alimentaba de una visión limitada de la función jurisdiccional y por este medio se adquirió una nueva vía que fortaleció el sistema y que hizo que el Poder Judicial cumpliera una de sus más importantes funciones: **dilucidar la validez de una ley sin necesidad de daño.**

A través de la pretensión meramente declarativa se ha podido debatir en la justicia, mostrando este artículo del Código Procesal indudables ventajas en materia laboral o del ejercicio profesional, como lo hemos demostrado en el desarrollo de la jurisprudencia, donde ha sido muy provechosa para dejar en claro anticipadamente, cuestiones en las cuales existía incertidumbre sobre la constitucionalidad de normas que, de una u otra manera, afectaban el derecho a trabajar y a ejercer una profesión o industria. Además ha sido muy beneficiosa para debatir la constitucionalidad de normas locales que exigían a los profesionales, como recaudo para ejercer su profesión, matricularse en su jurisdicción pese a estar matriculados en otra, como en el caso “Cadopi vs. Provincia de Buenos Aires”⁹⁵.

En materia previsional ha tenido mucha utilidad para delimitar las competencias entre la Nación y las provincias, reportando beneficios para cuestionar la validez de normas constitucionales, ya sean nacionales o provinciales, o para obtener certeza en

⁹⁴ CSJN, 3/10/2006, “Expreso Quilmes S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”.

⁹⁵ CSJN, 9/6/1994, “Cadopi, Carlos c/ Provincia de Buenos Aires”, fallos 317:581.

cuestiones de índole institucional, en donde han alcanzado una profunda repercusión pública y jurídica. Por ejemplo en “Iribarren” o en “Fayt”. La pretensión declarativa no sólo es útil para cuestionar la validez de leyes o normas que afecten derechos individuales, sino también derechos de incidencia colectiva.

Todo esto nos convence que ésta es una figura muy importante, que quizá no se la utilice en muchos casos por desconocimiento y donde se usa la otra vía de control preventivo, que es el amparo. Esto se mejoraría con el reconocimiento por vía jurisprudencial y posteriormente por vía legal y/o constitucional de la acción directa.

No podemos dejar de señalar los supuestos límites que esa norma impone. Pensamos que la acción declarativa de certeza por un lado, sólo previene el daño y por el otro, también está la dificultad para la procedencia de esa pretensión.

Otros límites están dados por la legitimación en esa acción, ya que quien la promueva deberá justificar que él y el demandado integran la relación jurídica. Es decir, el accionante tendrá que demostrar que es parte en esa relación y que está comprendido en la norma que cuestiona, demostrando un perjuicio particular o diferenciado resultante de su aplicación. El sujeto pasivo de la pretensión será el beneficiario de la norma cuestionada cuya aplicación concreta se pretende evitar. Por eso nuestro Tribunal ha dejado claro que estas acciones no deben ser siempre dirigidas contra el “emisor de la norma”, rechazando distintas pretensiones dirigidas contra el Estado Nacional o Provincial, cuando éstos no eran parte de la relación sustancial y consecuentemente no eran los “beneficiados” con la aplicación de la norma.

Pero además de dirigir la acción contra quien resulte beneficiado por la aplicación de la norma, el art. 322 nos exige que el actor deba probar la existencia de un interés jurídico en la declaración de inconstitucionalidad. Para la Corte, ese interés radica en la necesidad de **precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal**. Es por esto que también deberá acreditar la existencia de alguna actividad concreta por parte del demandado que evidencie que intentará hacer valer la norma impugnada. Un ejemplo radica en lo resuelto en el ya mencionado caso “Expreso Quilmes S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, donde el Tribunal desestimó la pretensión porque la actora no acompañó documentación alguna que acreditara requerimientos de pago, ni tampoco actos concretos de la Dirección de Rentas del Estado local dirigidas a gravar la actividad.

Acción declarativa de inconstitucionalidad

Orden provincial

En el orden provincial hay distintos tratamientos del control por vía de las acciones preventivas de inconstitucionalidad, dependiendo de las diferentes constituciones locales y de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Algunas constituciones no la han regulado, lo que no significa que estas jurisdicciones no tengan procesos que permitan hacer efectivo el control por vía de acción. Podemos citar las constituciones de Corrientes, Catamarca, Santa Fe y Tucumán.

Hay otras constituciones que regulan la acción directa, exigiendo afectación diferenciada, que admiten expresamente el control por vía de acción, pero se encargan de aclarar que debe ser tramitado en un caso judicial. Está previsto dentro de las siguientes Constituciones: la de la Provincia de Buenos Aires, de Córdoba, de Chubut, Formosa, La Pampa, Mendoza, Neuquén, Río Negro, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santiago del Estero y Tierra del Fuego. Lo que demuestra que esta acción preventiva que de hecho existe en la mayoría de las provincias y que no tiene relación con las del sistema europeo - que más adelante trataremos - hace necesaria su incorporación al ámbito federal. Por ejemplo, en la provincia de Córdoba, el art. 175 expresa: "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 controviertan en caso concreto por parte interesada”.

Lo mismo pasa con las otras provincias mencionadas, donde el control por vía de acción se desarrolla dentro de un caso judicial, el legitimado pasivo es el legislador, autor de la norma cuestionada, y no necesariamente su beneficiario directo. En Mendoza, en su art. 144, la Constitución contempla el control por vía de acción dentro del caso judicial, diciendo: “la Suprema Corte tendrá las siguientes atribuciones y deberes, sin perjuicio de los demás que determine la ley: ... 3) ejerce jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controviertan por parte interesada”.

Otras constituciones provinciales regulan la acción directa sin exigir afectación diferenciada, es decir, no exigen expresamente que el control por vía de acción sea instado por parte interesada ni dentro de un caso judicial, como la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la del Chaco, la de Entre Ríos, Jujuy, La Rioja y Misiones.

También hay una Constitución **que contempla expresamente la acción abstracta**; el diseño constitucional de Salta, se aparta notablemente del modelo nacional - e incluso del resto de las regulaciones provinciales - y contempla la acción abstracta en su versión popular. En el art. 92 expresa que “todo habitante puede interponer la acción popular directa para que se declare la inconstitucionalidad de una norma de alcance general contraria a la Constitución”. Una particularidad de este proceso es el efecto abrogatorio general que produce sobre la norma reputada inconstitucional, que no es lo que ocurre en la generalidad de las provincias que regulan la acción directa.

En el orden federal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ha pronunciado reiteradamente en contra del efecto *erga omnes* de la sentencia que declara inconstitucional una ley o un decreto del Poder Ejecutivo, limitando los efectos al juicio en que fue admitida la declaración. Se ha sostenido que la declaración general de inconstitucionalidad de una ley o un decreto, provocaría un conflicto de poderes, que colocaría al Poder Judicial por encima del Congreso de la Nación, y que el fin y las consecuencias del control encomendado a la justicia, sobre las actividades ejecutiva y legislativa requieren que el requisito de la existencia de un “caso” sea observado rigurosamente para la preservación del principio de división de poderes, rechazando

expresamente la posibilidad de atribuir a una sentencia el carácter de declaración de inconstitucionalidad genérica y *erga omnes*.

El caso “**Ekmekdján vs. Sofovich**”⁹⁶ constituye una excepción a esa corriente jurisprudencial. Se reconoció el derecho a réplica al actor frente a comentarios vertidos en un programa de televisión, que afectaban sus sentimientos religiosos. La Corte Suprema sostuvo que el efecto reparador de la sentencia alcanzaba al conjunto de personas que pudieran considerarse afectadas por las expresiones vertidas, y que el órgano emisor podrá excepcionarse frente a otras pretensiones de igual naturaleza con la acreditación de la respuesta reparadora. Así, el Alto Tribunal ha dicho que el efecto de cosa juzgada comprende no sólo a las partes, sino a toda clase de presuntas personas afectadas.

En la causa “**Monges**”⁹⁷ se declaró la invalidez de un reglamento con efectos *erga omnes*, porque lo decidido en ese fallo fue extendido a todas las personas que se encontraban en la misma condición que la actora. La Corte decidió la cuestión de los efectos de la cosa juzgada tanto en el espacio como en el tiempo. Una interpretación contraria significaría suponer que la Universidad de Buenos Aires, amparándose en la doctrina que atribuye sólo efectos *inter partes* a la sentencia de la Corte, hubiera podido circunscribir el alcance del fallo, exclusivamente a la actora.

Estos casos ponen en claro que el principio secular del efecto *inter partes* de las sentencias comienza a resquebrajarse, ante pronunciamientos que proyectan sus efectos más allá de los intereses de las partes involucradas en el conflicto.

En la provincia de Buenos Aires la acción declarativa de inconstitucionalidad, estructura un sistema difuso, dado que puede ser ejercido por todos los jueces; pero además, tal como está previsto en casi todos los ordenamientos provinciales, **esta vía de control indirecto coexiste con la acción declarativa de inconstitucionalidad** que es una vía directa y concentrada de control, prevista en el art. 161 inc. 1 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que le atribuye a la Suprema Corte de Justicia el ejercicio de la jurisdicción originaria para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por la Carta Magna local y que se controvierta por parte interesada. Es lo que se llama **acción declarativa de inconstitucionalidad propia o pura**, por la cual se articula una pretensión, cuyo objeto esencial es la resolución autónoma de una cuestión constitucional que se forma por la impugnación de una norma local general - leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos - , porque colisionan directamente con la Constitución provincial.

⁹⁶ CSJN, 1991, “Ekmekdján, Miguel A. vs. Sofovich, Gerardo y otros”, JA 1992-III-199.

⁹⁷ CSJN, 16/12/1996, “Monges, Analía vs. Universidad de Buenos Aires”. LL, 1997-C-150.

Esta acción es diferente de la **acción declarativa de inconstitucionalidad impropia o impura**, que se basa en el modelo del art. 322 del CPCCN, cuyo conocimiento está dentro de la competencia originaria que ejerce la Corte Suprema de Justicia Federal, en donde la cuestión constitucional se inserta en forma incidental en el proceso, cuya pretensión principal es hacer cesar un estado de incertidumbre jurídica.⁹⁸

En el ámbito de esa provincia, el planteo de inconstitucionalidad - que se promueve directamente ante la Corte local - es formulado como pretensión principal, a través de la acción declarativa regulada por los arts. 683 a 688 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. El juicio tiene por objeto demandar la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por la Constitución Provincial (art. 683). Es decir, por medio de esta acción se impugnan actos normativos o de alcance general, excluyéndose los actos estatales de alcance particular. Por regla, la Suprema Corte, no admite la impugnación de actos particulares, es decir, que a la acción de inconstitucionalidad se le puede acumular una pretensión de condena y excepcionalmente, cuando advierte que el reclamo de condena no es sino una consecuencia necesaria de la declaración de inconstitucionalidad, declara procedente la acumulación.

La Suprema Corte Provincial ha dicho en reiterados casos que el objeto exclusivo de la acción de inconstitucionalidad, son aquellos ordenamientos jurídicos que tienen en común, dejando de lado el nombre que se les haya dado, dar mandatos generales, abstractos e impersonales dirigidos a la comunidad y cuando tal mandato entra en colisión con las normas constitucionales, es cuando cobra vida la acción de inconstitucionalidad. Queda claro entonces, que la materia propia de esta acción, en esa provincia, está constituida por las cuestiones constitucionales provinciales directas, es decir, las que plantean un conflicto entre la Carta Magna local y una norma general (provincial o municipal). Aclarando que no obsta a la admisibilidad de la demanda, la circunstancia de contener enlazadas cuestiones constitucionales federales y provinciales - por ejemplo, cuando se impugna una norma local por atentar tanto contra la Constitución Nacional como contra la Provincial - porque la Carta local reconoce a todos los habitantes el goce de los derechos y garantías que establece la Constitución Nacional.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su Constitución, deja abierta la posibilidad de incorporar tanto un sistema de control concreto como un sistema

⁹⁸ Bidart Campos, Germán, **La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional; La acción declarativa de certeza y el control de constitucionalidad**; “¿Hay en el orden federal acción declarativa de inconstitucionalidad?”

abstracto. El inciso 2 del art. 113, dispone que es competencia del Tribunal Superior de Justicia, conocer “... *originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma, salvo que se trate de una ley y la legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa, por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la legislatura no altera sus efectos en el caso concreto, ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces o por el Tribunal Superior...*”.

Alberto Bianchi entiende que se ha regulado un sistema de control mixto, tanto concentrado como difuso, en donde la acción de inconstitucionalidad constituye un sistema abstracto, orientado a objetar normas de carácter general y no respecto de actos concretos de aplicación. Para este autor, no estamos en presencia de una acción declarativa de certeza ni de una acción popular, sino de una acción declarativa de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*.

No coinciden con estas apreciaciones ni Bidart Campos, para quien la Ciudad ha incorporado “... *una acción de inconstitucionalidad pura, que funciona con legitimación amplia a favor de cualquier justiciable, como acción popular...*”⁹⁹, ni Gil Domínguez al afirmar que la acción declarativa de inconstitucionalidad - en la Ciudad - es una acción abstracta pura que tiene como objeto esencial preservar la legalidad constitucional.

Lo que sí queda claro, que en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, coexisten dos tipos de control de constitucionalidad. El primero es sustancialmente análogo al que hay en el sistema federal, es difuso, por cuanto todos los órganos de la Ciudad con facultades jurisdiccionales, y ante la existencia de un caso o causa, ejercen el control de constitucionalidad tanto sobre las normas locales como nacionales. En cuanto al segundo tipo de control y que opera por acción declarativa de inconstitucionalidad, es de carácter concentrado, ya que lo ejerce de manera exclusiva el Tribunal Supremo de Justicia de la Ciudad.

Gil Domínguez define esta acción de inconstitucionalidad como “... *una acción abstracta pura que tiene por objeto esencial preservar la legalidad constitucional y, a la vez, constituye una de las más genuinas manifestaciones de la democracia participativa en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires...*”¹⁰⁰.

⁹⁹ Bidart Campos, Germán, **Tratado elemental de derecho constitucional argentino**, Ediar, Buenos Aires, 1994, pág. 318 y sgtes.

¹⁰⁰ Gil Domínguez, Andrés, “Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, régimen procesal. Derecho procesal constitucional”, **La Ley**, 2001.

Víctor Trionfetti¹⁰¹, tomando como punto de partida la naturaleza mixta o dual del control de constitucionalidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, junto con Andrés Gil Domínguez¹⁰², ha señalado que el control de constitucionalidad que se realiza a través de esta acción no resuelve - al menos directamente - conflictos intersubjetivos sino conflictos internormativos. No debe existir caso: es requisito de admisibilidad que la acción no incorpore un caso. Su carácter abstracto no implica que se pueda plantear una cuestión académica o falta de actualidad, es más, es posible la admisión de alguna actividad probatoria. Las normas jurídicas que se pueden cuestionar a través de la acción declarativa de inconstitucionalidad, deben ser locales y de carácter general y en dicha acción, la sentencia que invalida una norma jurídica provoca la expulsión de la misma del ordenamiento jurídico y su consecuente pérdida de vigencia. Esta última situación de derecho, depende de que la legislatura no la ratifique dentro de los tres meses. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires exige que la ratificación legislativa deba realizarse por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes, de lo contrario ésta queda definitivamente expulsada del sistema jurídico y ninguna autoridad local podrá en lo sucesivo aplicar la norma tachada de inconstitucional. Por último, la ratificación de la ley no altera sus efectos en el caso concreto, esto implica que, por un lado, la norma en cuestión puede ser observada por vía del control jurisdiccional difuso o en futuros procesos en donde la ley pueda ser cuestionada, y por otro, el propio Tribunal Superior puede, por vía recursiva, declarar la inconstitucionalidad de una ley local invalidada por la acción declarativa y ratificada posteriormente por la legislatura.

A modo de síntesis, las características principales de esta acción en la Ciudad Autónoma, son: a) jurisdiccional; b) concentrado; c) posterior; d) vertebrado sobre el principio rogatorio o impulsorio; e) con cosa juzgada constitucional con efecto erga omnes ex nunc y d) salvo que se trate de una ley y la legislatura la ratifique dentro de los tres meses posteriores a la emisión de la sentencia por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes.

La no aceptación de la acción directa en nuestro sistema federal, aunque esté dado en muchas provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, puede obedecer al prejuicio de que esas pretensiones puedan confundirse con las acciones directas del sistema abstracto de control, que en nuestro sistema no son viables.

El modelo abstracto por excelencia fue el diseñado por Hans Kelsen para la constitución austríaca de 1920. Este jurista partió de premisas diferentes a las que

¹⁰¹ Trionfetti, Víctor R., **Acción declarativa de inconstitucionalidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, *Revista de derecho procesal* n 3, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, pág. 501 y sgtes.

¹⁰² Gil Domínguez, Andrés, **Neoconstitucionalismo y derechos colectivos**, Buenos Aires, Ediar, 2005, pág. 89.

utilizó Estados Unidos, para crear su método de control constitucional, que si bien lo ideó a partir de la experiencia americana, le pretendió dar una “cierta racionalización”. Las diferencias son:

a) un concepto distinto de Constitución. Para Kelsen no es una norma de la que se deriven para todos, derechos y obligaciones que los jueces han de proteger y hacer cumplir, incluso frente al legislador. Los derechos de los ciudadanos nacen de la ley y únicamente a ella el juez está sujeto. La Constitución se limita a prohibir que las leyes tengan cierto contenido y a ordenar que tengan otro, porque Kelsen pensaba que una Constitución plena de contenido material era una puerta abierta al decisionismo judicial intolerable para esa democracia política.

b) la confianza que se depositaba en los legisladores y en los jueces encargados del control. En EE.UU. se buscaba frenar los abusos de las mayorías parlamentarias, mientras que en Austria se procuraba reforzar la posición del legislador.

c) en el modelo europeo se debía neutralizar a los jueces y en el sistema estadounidense se consideró al Poder Judicial como el órgano natural para ejercer el control.

Estas diferencias llevaron a que autores como Pietro Sanchis¹⁰³ señalaran que había que tener muy en cuenta el distinto contexto político y cultural en el que nacieron la justicia constitucional norteamericana y la europea. El control constitucional en Europa se asignó a un Tribunal Constitucional y su función quedó restringida a un juicio de compatibilidad lógica entre enunciados normativos, pero sin facultad para indagar la relación de adecuación o no de la norma legislativa con el supuesto de hecho que era regulado. La acción directa de inconstitucionalidad fue el instrumento creado para que ese Tribunal ejercitara esa función de contralor. Y como la Constitución no le reconocía esos derechos a los ciudadanos, esa acción debía ser promovida por los órganos a los que la Constitución o la ley les atribuía legitimación para ello, con el único propósito de la defensa abstracta de la Constitución. Por esto, la acción directa, en el sistema kelseniano, hace que el tribunal que la resuelve deba pronunciarse sobre la validez constitucional de las normas en abstracto, es decir, sobre su enunciado y no sobre una previa decisión judicial que la haya aplicado a un caso concreto.

Lo que se llama acción directa en nuestro país, que toman muchas provincias y que nosotros promovemos que sea considerada en el orden federal, es totalmente diferente, porque se ejercita para evitar la aplicación de una ley considerada una amenaza a los derechos e intereses de sus titulares y que, quienes la promueven lo hacen en su defensa. De ese modo, es la herramienta preventiva por excelencia para

¹⁰³ Pietro Sanchis, “Justicia constitucional y derechos fundamentales”, **Editorial Trotta**, Madrid, 2003.

impedir que se origine un conflicto entre las partes de la relación jurídica y no sólo el daño derivado de la eventual aplicación de esa ley. La cuestión articulada a través de una acción directa, origina un verdadero caso concreto.

Según surge de la jurisprudencia citada a nivel federal y tomando lo que sostiene Rivas, la acción del art. 322 del CPCCN, muchas veces torna incierta o frustra la acción de inconstitucionalidad y esto se ve reflejado tanto en la delimitación de los legitimados pasivos, es decir la necesidad de dirimir la contienda con el “beneficiario de la norma”, lo cual provoca inconvenientes importantes para constituir la relación procesal y hasta puede derivar en una verdadera privación de justicia; como en la necesidad de justificar los “actos en ciernes”, porque los criterios utilizados para evaluar la presencia de actos en ciernes terminan en muchas ocasiones frustrando la viabilidad de la acción y su naturaleza preventiva. No son pocos los casos en los que esa interpretación ha traído como consecuencia un aumento de formalismos y son inconvenientes que es preciso superar, estableciendo la acción directa de inconstitucionalidad, ya que de ese modo, toda persona que justifique un agravio a un derecho o interés, podrá impugnar la norma que lo alcanza demandando directamente a su emisor y sin necesidad de justificar que hayan recaído actos de aplicación sobre él.

En la jurisprudencia detallada anteriormente queda de manifiesto que la interpretación de la Corte fue admitiendo pretensiones que se acercaron a una verdadera acción directa de inconstitucionalidad. En varios casos, como en “Abud” e “Iribarren”, donde si bien el Estado local alegó que la cuestión era “abstracta” y que, a pesar de repetir la fórmula “la necesidad de que se busque prevenir los efectos de un acto en ciernes”, sostuvo como único fundamento que “la cuestión debatida en autos encuadra suficientemente en tales exigencias, por lo que cabe su tratamiento”.

Es cierto que esa posible apertura no se mantuvo en el tiempo, pero hoy nuevamente estamos en el camino correcto, ya que se demuestra, en los dos casos que a continuación detallamos, que los criterios que venía sosteniendo la Corte en cuanto a los presupuestos de la acción declarativa han cambiado, ya que es necesario superar el artículo 322 por insuficiente, y en esos fallos, la necesidad de causa judicial se tuvo por cumplida por la sola circunstancia de que la ley constituía una amenaza a los derechos de los actores, admitiéndose como legitimados pasivos a sus emisores.

Aunque insisten en que en nuestro país no es viable la acción directa de inconstitucionalidad, eso no sería necesario, dice Ramiro Rosales Cuello, si no se disimulara lo que se viene reconociendo: **la necesidad de disipar la incertidumbre que genera una norma en los derechos de los habitantes, es lo que ya tiene entidad de causa judicial cuando es promovida por el interesado.**

Dos fallos que se encaminan a admitir la acción directa de inconstitucionalidad

La Provincia de Entre Ríos¹⁰⁴ promueve demanda contra el Estado Nacional para obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.232, que obliga a liberar del tributo local, al titular de dominio de un automotor a partir de la fecha de la denuncia de venta, lo cual, argumenta, constituye una intromisión del legislador federal en una cuestión de exclusiva competencia de las provincias.

La mayoría de la Corte Suprema de Justicia resolvió hacer lugar a la demanda y declarar la inconstitucionalidad de la ley 25.232, que había agregado al artículo 27 de un decreto-ley del año 1958¹⁰⁵, un párrafo con el siguiente texto: *“... además los registros seccionales del lugar de radicación del vehículo, notificarán a las distintas reparticiones oficiales provinciales y/o municipales, la denuncia de la tradición del automotor, a fin de que procedan a la sustitución del sujeto obligado al tributo (patente, impuestos, multas, etc.) desde la fecha de la denuncia, desligando a partir de la misma al titular transmitente...”*.

El Tribunal admitió la demanda y declaró que la ley 25.232 contraría lo dispuesto en los arts. 75 inc. 12 y 121 de la Constitución Nacional. Conclusión que es la única que concilia la unidad jurídica nacional con la autonomía impositiva de las provincias, ya que éstas imponen tributos permanentes pero siempre dando sentido económico y tomando, como materia imponible, las entidades jurídicas, así como las crea el derecho sustantivo de la Nación. Lo que pasa es que, dentro de la esfera autónoma del derecho financiero local, las provincias gozan de las más amplias facultades para gravar las entidades jurídicas; pero no puede la ley 25.232 impedir optar por el cobro del tributo provincial al dueño del automóvil, a su poseedor o a ambos, porque una solución contraria, importaría tanto como desnaturalizar el equilibrio y la armonía con que deben operar los poderes federales con los provinciales, en desmedro de éstos últimos.

Pero fue la disidencia del Dr. Fayt, la que rechazó la demanda y remitió gran parte de los fundamentos de su voto a lo que había sostenido en el caso **“Search”**¹⁰⁶; donde se promovió demanda contra la Provincia de San Luis, en los términos del art. 322 del CPCCN para declarar la inconstitucionalidad de una ley local y se determinó

¹⁰⁴ CSJN, 10/6/2008, “Provincia de Entre Ríos c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”.

¹⁰⁵ Decreto-ley 6582/58 que establece la posibilidad de exención de responsabilidad civil para el dominial de un automotor, cuando denuncie ante el Registro Nacional de Propiedad Automotor su tradición, con el propósito de transmitir el dominio.

¹⁰⁶ CSJN, 2004, “Search Organización de Seguridad S.A. c/ San Luis, Provincia de s/ acción declarativa”.

que era condición ineludible, que se configuraran los requisitos que determinan la intervención de la Corte en instancia originaria, como es que un estado provincial sea parte adversa de quien efectúa el cuestionamiento.

La mayoría nada dijo acerca de la legitimación en el caso “Entre Ríos”, pero el Dr. Fayt votó en disidencia porque sostuvo que la demanda debía rechazarse por ausencia de legitimación pasiva en el Estado Nacional. Esto hace que lo decidido por la mayoría - en una interpretación a contrario sensu - implique un notable avance en la construcción pretoriana de la acción declarativa de inconstitucionalidad en el orden federal, respecto a la determinación del sujeto pasivo y a los fines de detectarlo, sirve el recaudo de “concreción bastante” de la relación jurídica, cuando de acciones declarativas de inconstitucionalidad se trata.

Se consagra de este modo la “relación jurídica sustancial mediata”, que se origina entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, como órgano emisor de la norma, que habilita la procedencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad, sin que esto sea un desborde de los límites del control de constitucionalidad federal. Esto es importante porque también permite que las cuestiones constitucionales, reservadas exclusivamente al recurso extraordinario federal, sean más amplias.

Otro caso importante sobre la acción directa de inconstitucionalidad, es el de “**Camuzzi**”¹⁰⁷, donde una distribuidora de gas persigue, en instancia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la declaración de inconstitucionalidad de la ley 3.701 de la Provincia de Río Negro, en cuanto elimina, en el marco de la emergencia económica provincial, el cobro por reconexión o retiro de medidores y cualquier otro tipo de multas por facturas adeudadas por servicios de gas, lo cual colisionaría con el marco regulatorio de gas establecido por la ley nacional 24.076, con las competencias constitucionales del gobierno federal y la garantía de la igualdad.

El art. 1 de la ley 3.701 dispone: “... *elimínase el cobro de reconexión y/o retiro de medidores o cualquier otro tipo de multas de servicios, como agua, luz, gas por facturas adeudadas, mientras dure la emergencia económica provincial...*”. Y el art. 2 establece: “... *esta norma tendrá como beneficiarios a personas indigentes, jubilados con haber mínimo, pensionados, desocupados, núcleos familiares de escasos recursos con discapacitados a cargo, empleados permanentes, no permanentes con o sin relación de dependencia de los tres poderes del estado, organismos descentralizados, organismos de control...*”.

El Tribunal, por mayoría, hizo lugar a la demanda. En el caso, aunque la provincia solicitó el rechazo de la pretensión, por no configurarse los presupuestos de

¹⁰⁷ CSJN, 7/10/2008, “Camuzzi Gas del Sur S.A. c/ Provincia de Río Negro”.

la acción declarativa, en particular porque la actora no había mostrado la existencia de un perjuicio o daño o un vicio conceptual, que por sus características, habilitase una declaración de la gravedad impetrada por la actora, entiende así que no se ha acreditado que la lesión al derecho de propiedad invocado, sea la consecuencia cierta y directa de la aplicación de la ley 3.701. La Corte igual hizo lugar a la pretensión, estableciendo que es de su competencia originaria y que se configura una **causa judicial** atinente al control de constitucionalidad de preceptos legales infraconstitucionales, cuya decisión es propia del Poder Judicial porque hay un perjuicio concreto que genera en la demandante un estado de incertidumbre.

En uno de sus considerandos, resalta que la interferencia de normas locales en una materia regulada por un régimen federal, ha recibido adecuado tratamiento en las causas “Telefónica de Argentina”¹⁰⁸, donde se examinaron y resolvieron planteos similares al que aquí se presenta (si bien vinculados al régimen de las telecomunicaciones); donde se dejó sentado que la competencia concurrente está claramente fundada en la Constitución y de manera que no obstaculice el comercio interprovincial. Que es un principio consolidado que las provincias ejercen habitualmente el “poder de policía de bienestar”, controlando los pequeños y medianos oferentes de bienes y servicios. Si no lo pudieran hacer respecto de los más importantes, afectaría gravemente la percepción de la justicia por parte del ciudadano común. El bienestar de los ciudadanos, el federalismo, la descentralización institucional, y la aplicación efectiva de los derechos del consumidor, constituyen una estructura de principios, suficiente para sustentar la competencia concurrente.

Continuando con el caso que nos ocupa, la conducta de la Provincia de Río Negro al dictar la disposición atacada, de carácter operativo, genera en la demandante “un estado de incertidumbre”; determinando **que la solicitud de la actora no tiene carácter consultivo sino que responde a un caso**, y que la acción declarativa impetrada resulta un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer su interés. Concluyendo que la ley 3.701 de la Provincia de Río Negro debe ser privada de validez por el principio de supremacía federal contenido en el artículo 31 de la Constitución Nacional.

¹⁰⁸ CSJN, 25/11/2003, “Telefónica de Argentina S.A. c/ Provincia de Mendoza” y 11/7/2007, “Telefónica de Argentina S.A. s/ acción de inconstitucionalidad”.

Conclusiones personales

Considero que no fue una tarea fácil admitir el control de constitucionalidad por vía de acción en nuestro régimen federal. La doctrina constante de nuestro más Alto Tribunal es negatoria respecto a la acción directa reconocida en la mayoría de los regímenes provinciales, por lo que esta acción es una herramienta procesal ajena al diseño de su propia jurisprudencia.

Quiero dejar sentado que esa antigua postura de la Corte en el sentido de no existir en el orden federal acciones directas de inconstitucionalidad, ya desde 1987 en el caso “Gomer” se había establecido “que existe en el orden nacional la acción declarativa de inconstitucionalidad”. Luego agregaron que no hay inconvenientes en usarla directamente ante la Corte, cuando la causa incumba a su competencia originaria y exclusiva. Comparto el comentario de ese caso, de Germán Bidart Campos, estableciendo que como la acción declarativa de certeza viene encapsulada por el artículo 322 del CPCCN, no es lo mismo ésta que la acción declarativa de inconstitucionalidad. Es más, hay una distancia que no nos permite asimilarlas, ya que en el Código solamente existe una específica modalidad de acción declarativa de inconstitucionalidad “dentro” de la acción declarativa de certeza. Cosa que, a mi criterio, debería establecerse en otra norma, por ejemplo un 322 bis, como lo proyectó el constitucionalista Vanossi.

Es cierto que con el advenimiento pretoriano de la acción declarativa de inconstitucionalidad, el control que antes sólo procedía como excepción o defensa, se transformó en una vía alternativa y no exclusiva, para que un afectado por una norma inconstitucional tenga dos caminos para solucionarlo: o bien aguardar que la controversia sea actual y plantear la inconstitucionalidad de la norma dentro de un caso, o accionar directamente ante la inminencia del daño que la norma le puede producir.

No se concibe la existencia de confusión ontológica posible entre la acción declarativa de inconstitucionalidad y la acción meramente declarativa, ya que la primera desborda claramente el perímetro de la descripción procesal de la acción del artículo 322; aunque ésta rinda resultados positivos para brindar causa procesal a cuestiones constitucionales y aplicabilidad judicial a la fuerza normativa de la Constitución.

Debo afirmar que la diferencia entre ambas acciones, radica en la mediatez o inmediatez del ámbito de aplicación de la norma en cuestión, respecto de los derechos subjetivos y/o colectivos titularizados por el actor. Dejando sentado que el presupuesto básico a las dos tipologías es la presencia de un caso o controversia subjetiva o colectiva que surge como consecuencia del radio expansivo de la norma que se cuestiona.

Otro argumento en vistas a utilizar la acción directa de inconstitucionalidad, es que en muchos casos la acción del art. 322, con su formalismo, torna incierta o frustra la acción de inconstitucionalidad y esto queda muy claro revisando la jurisprudencia de la Corte Suprema. A partir de los casos "Provincia de Entre Ríos c/ Estado Nacional" y "Camuzzi Gas del Sur S.A. c/ Provincia de Río Negro" que analicé supra, la Corte va cambiando su criterio y nos dice en ambos que la necesidad de causa judicial se tuvo por cumplida por la sola condición de que la ley haya sido sancionada. Estas causas configuran un eslabón muy importante en la construcción pretoriana de la acción declarativa de inconstitucionalidad y quiero dejar constancia que la ampliación del sujeto pasivo al emisor de la norma es otra señal importante para llegar a un más efectivo control de constitucionalidad.

Sólo el tiempo y los caminos que la Corte Suprema de Justicia recorra, demostrarán si esos casos que comenté fueron hechos aislados o marcaron un nuevo eslabón fundacional de un instrumento, que desde mi punto de vista y teniendo en cuenta el surgimiento de nueva doctrina, servirá para garantizar mejor la validez y eficacia de la fuerza normativa de la Constitución. Considero que está muy claro que a pesar de que nuestro Máximo Tribunal, insiste en encuadrarlas en el artículo 322, su ámbito de aplicación es mayor y son las acciones directas de inconstitucionalidad.

Es cierto que no es imprescindible - aunque sí más que conveniente - el dictado de una ley especial para el funcionamiento de la acción declarativa de inconstitucionalidad, ¿o acaso hubo necesidad de ella para concebir pretorianamente a la del amparo, insertándola en el contexto garantista?; o ¿tal vez la hubo para permitir la declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se funden el acto o la omisión lesivos en las acciones de amparo, años antes que se plasmara la reforma constitucional de 1994?

Insisto en que en éste, como en tantos otros aspectos, sería muy útil aprovechar la experiencia, tanto normativa como jurisprudencial, del derecho público provincial en torno de las acciones declarativas de inconstitucionalidad.

Si se pudiera aclarar que la incertidumbre que genera una norma en los derechos de todos los habitantes, tiene entidad de causa judicial cuando son promovidas por los interesados, quedaría claramente admitida la acción directa de inconstitucionalidad.

Entonces dejo en claro que entre las herramientas existentes he demostrado que una acción preventiva de control de constitucionalidad es posible dentro de nuestro sistema y que ella, sin duda mejoraría lo existente. Y que la acción directa de inconstitucionalidad es compatible con el concepto de "caso" exigido por la Constitución cuando la ley que se cuestiona configura una amenaza directa e importante para los derechos de sus titulares, ya que quien la promueve persigue la tutela de un interés jurídico concreto.

La evolución de nuestro sistema de control de constitucionalidad federal, muestra aspectos positivos y alentadores y como no hay ninguna disposición de nuestra Constitución que prohíba su aplicación, no veo impedimentos para que sea admitida por el derecho judicial o por la ley, como sí se admite en varias provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La admisión de estas acciones tutelarán en forma efectiva los derechos fundamentales, lo que demuestra que estas variantes o transformaciones que ha sufrido nuestro sistema de control en la jurisprudencia, sería correcto acompañarlas con una norma (constitucional o procesal), que diera el marco que posibilite contar con este tipo de acción.

Concluyo que la acción directa, que opera desde el momento mismo en que la norma general entra en vigencia, es mucho más abarcativa y preventora de conflictos en relación a la acción regulada por el artículo 322. Insisto en que su reconocimiento eliminaría las dificultades que hay para que proceda la pretensión regulada en esa norma. Creo haberlo dejado en claro, cuando detallé la jurisprudencia, que hay inconvenientes importantes para constituir la relación procesal del 322 en cuanto al

beneficiario de la norma, inconvenientes que pueden derivar en una verdadera privación de justicia y que por eso es necesaria su superación.

Bibliografía

LIBROS:

- Bianchi, Alberto B. **Control de constitucionalidad**. Editorial Ábaco. Buenos Aires. 1992.
- Enderle, Guillermo J. **La pretensión meramente declarativa**. Editora Platense, La Plata, 1992.
- Haro, Ricardo. **La acción declarativa de inconstitucionalidad en el derecho federal argentino**. Editorial Zavallía. 1996.
- Morello, Augusto Mario. **Constitución y proceso**. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1998.
- Sagüés, Néstor Pedro - Serra, Mercedes - Vanossi, Jorge - Ubertone, Fermín, **Desafíos del control de constitucionalidad**. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
- Salgado, Alf Joaquín - Verdaguer, Alejandro. **Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad**, Astrea, Buenos Aires, 2000.
- Toricelli, Maximiliano. **El sistema de control constitucional argentino**. Ediciones De Palma. Lexis Nexis. Buenos Aires. 2002.

DOCTRINA:

- Aguilar Caravia, Oscar W. "El derecho tributario y la reivindicación de la acción meramente declarativa". **LL**, 1986-C-1072.
- Bianchi, Alberto B. "De la acción declarativa de certeza a la acción de inconstitucionalidad". **ED**, 22/2/2001.
- Bianchi, Alberto B. "¿Está en crisis el sistema clásico de control de constitucionalidad?". **LL**, 1990-E-1089.
- Bidart Campos, Germán J. "La acción declarativa de certeza y el control de constitucionalidad". **LL**. 154-517.
- Bidart Campos, Germán J. "¿Hay en el orden federal acción declarativa de inconstitucionalidad?". **ED**, 123-423.
- Bidart Campos, Germán J. "Procedencia de la acción declarativa de certeza en jurisdicción federal", **ED**, 115-362.
- Bidart Campos, Germán J. "Manual de la Constitución Reformada".
- Borchard, Edwin M. "Las sentencias declarativas". **Revista de Derecho Procesal**. Año V.
- Enderle, Guillermo J. "La pretensión meramente declarativa". **Ed. Platense**. La Plata.
- Gil Domínguez, Andrés. "Acción declarativa de inconstitucionalidad en el orden federal" **LL** 2008-E-73.
- Gil Domínguez, Andrés. "La acción declarativa de certeza como proceso constitucional". **LL**, 1996-A-1445.
- Hubeñak, Juan Manuel. "La sola sanción de la ley constituye "caso" judicial en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional". **LL**, 2001-C-259.
- Navarrine, Susana. "Acción declarativa. Prevención del daño tributario. Inexistencia del solve et repete". **Derecho Fiscal** 453.
- Palacio de Caeiro, Silvia B. "El amparo y la acción declarativa de inconstitucionalidad en la realidad jurídica argentina". **LL**, 1995-E-778.
- Peyrano, Jorge W. "La acción mere declarativa como medio de la plena realización de la garantía jurisdiccional de certeza jurídica". **ED**. 52-561.
- Rivas, Adolfo. "Acción declarativa de inconstitucionalidad". **LL**. 2001-E-1097.
- Rosales Cuello, Ramiro. "Acción declarativa y control constitucional". **JA**. 2000-IV-1349.
- Rosales Cuello Ramiro. "La acción directa de inconstitucionalidad". **Sup. Const.** 01-01-2008.
- Sacristán, Estela B. "El legitimado pasivo en las acciones declarativas de inconstitucionalidad (el problema de la llamada relación sustancial)". **LL** 2002-E.
- Sagüés, Néstor P. "Competencia originaria de la Corte Suprema y transformación de oficio de la acción de amparo". **LL** 1986-C.

- Salgado-Verdaguer. "Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad". **Astrea**.
- Vanossi, Jorge R. "Acción de amparo y acción de inconstitucionalidad en el derecho público federal argentino". **ED**. 99-802.
- Verdaguer, Alejandro C. "Acción meramente declarativa". **LL**. 1991-A-796.

FALLOS:

- CSJN. "**Ferrocarril Gran Oeste Argentino y Buenos Aires al Pacífico c/ Provincia de Mendoza**" 107:179 Año 1907.
- CSJN. "**Provincia de Mendoza c/ Gobierno de la Nación s/ inconstitucionalidad Ley 14.773**" 243:177 Año 1959.
- CSJN. "**H.I.R.U. SRL c/ Federación Argentina de Trabajadores de la Industria Gastronómica**" 245:552 Año 1959.
- CSJN. "**Aserradero Clipper SRL**". LL 103-315 Año 1961.
- CSJN. "**Traverso, Conrado T.**" LL 106-415 Año 1961.
- CSJN. "**Fiscal de Estado de la Provincia de Río Negro s/ planteo de inconstitucionalidad del Decreto-ley 260 del Poder Ejecutivo Nacional**". 255:87 Año 1963.
- CSJN. "**Banco Hipotecario Nacional c/ Provincia de Córdoba s/ inconstitucionalidad de la Ley 4582**". 256:104 Año 1963.
- CSJN. "**Leguiza, Luis E. c/ Gobierno Nacional**". LL 122-339 Año 1966.
- CSJN. "**Outón, Carlos y otros**". LL 126-293 Año 1967
- CSJN. "**Unión Cañeros Independientes de Tucumán (Sociedad Civil) y otro c/ Nación Argentina s/ demanda contenciosa**" 275:394.
- Dictamen del Procurador General de la CSJN en "**Hidronor c/ Provincia de Neuquén**" LL 154-515 Año 1973.
- CSJN. "**Organización Coordinadora Argentina (OCA) c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones**". ED 78-721 Año 1978.
- CSJN. "**Provincia del Chubut c/ Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado**". ED 98-692 Año 1982.
- CSJN. "**Oscar Manuel García y otros**". 304:759 Año 1983.
- CSJN. "**Bridas SA c/ Provincia del Neuquén**". LL 1984-A-423 Año 1983.
- CSJN. "**Baeza, Aníbal R. c/ Estado Nacional**". ED 110-357 Año 1984.
- CSJN. "**Provincia de Santiago del Estero c/ Gobierno Nacional y/u otro**" LL 1986-C-117 Año 1985.
- CSJN. "**Constantino Lorenzo vs. Nación Argentina**" 307:2384 Año 1985.

- CSJN. Recurso de hecho deducido por Roberto Romero en la causa **“Romero Roberto c/ Caja Nacional de Previsión Social para el Personal de la Industria, Comercio y Actividades Civiles”** 308:979 Año 1986.
- CSJN. **“Klein, Guillermo W. s/ Recurso de Amparo”** 308:1496 Año 1986.
- CSJN. **“Fábrica Argentina de Calderas SRL c/ Provincia de Santa Fe”** LL 1987-A-615 Año 1986.
- CSJN. **“Gomer SA c/ Provincia de Córdoba”** ED 123-424 Año 1987.
- CSJN. **“Newland Leonardo A. c/ Provincia de Santiago del Estero”** 310:606 Año 1987.
- CSJN. **“Gobierno Nacional c/ Provincia de Santiago del Estero”** JA 1989-I-315 Año 1987.
- CSJN. **“Colegio San Lucas SRL c/ Gobierno Nacional y otra”** LL 1988-D-98 Año 1988.
- CSJN. **“Conarpesa Continental Armadores de Pesca SA c/ Provincia de Chubut”**. 312:1003 Año 1989.
- CSJN. **“Camal SA c/ Provincia de Buenos Aires”** 313:819 Año 1990.
- CSJN. **“Universidad de Buenos Aires vs. Nación Argentina (Poder Ejecutivo Nacional)”** 314:570 Año 1991.
- CSJN. **“Jorge Romero Abud y otros c/ Provincia de Buenos Aires”**. 314:1186 Año 1991.
- CSJN. **“Leiva, Martín c/ Provincia de Entre Ríos s/ inconstitucionalidad Ley 8144”** 315:1013 Año 1992.
- CSJN. **“Satecna Costa Afuera SA c/ Provincia de Buenos Aires s/ cláusula comercial (transporte marítimo)”**. 316:2206 Año 1993.
- CSJN. **“Antonio González SA vs. Provincia de Mendoza”**. 316:2855 Año 1993.
- CSJN. **“Segura Olivera, Domingo J. vs. Provincia de Buenos Aires”**. 316:3201 Año 1993.
- CSJN. **“Cadopi, Carlos H. c/ Provincia de Buenos Aires”**. 317:581 Año 1994.
- CSJN. **“Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe c/ Provincia de Santa Fe”** 317:1195 Año 1994.
- CSJN. **“Central Neuquén y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otra s/ acción declarativa”**. 318:30 Año 1995.
- CSJN. **“Palópoli, Hugo Daniel vs. Provincia de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”**. 318:2503 Año 1995.
- CSJN. **“Telefónica de Argentina c/ Municipalidad de Chascomús s/ acción meramente declarativa”**. 320:619 Año 1997.

- CSJN. **“Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) vs. Provincia de Buenos Aires y otro”**. 320:691 Año 1997.
- CSJN. **“Empresa Distribuidora Sur SA vs. Provincia de Buenos Aires y otro”**. 320:1093 Año 1997.
- CSJN. **“Edesur SA c/ Provincia de Buenos Aires”**. 321:551 Año 1998.
- CSJN. **“Gómez Diez, Ricardo y otros c/ P.E.N. (Congreso de la Nación) s/ proceso de conocimiento”**. 322:528 Año 1999.
- CSJN. **“Droguería Aries SA c/ Provincia de Santa Fe y otros”**. 322:678 Año 1999.
- CSJN. **“Iribarren, Casiano R. c/ Provincia de Santa Fe s/ acción declarativa”**. 322:1253 Año 1999.
- CSJN. **“Fayt, Carlos S. c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”**. 322:1253 Año 1999.
- CSJN. **“Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones SA c/ Provincia de Catamarca s/ acción declarativa”**. 323:1208 Año 2000.
- CSJN. **“Aguas de Formosa SA c/ Provincia de Formosa”**. LL 2001-C-250 Año 2000.
- CSJN. **“Hoof, Pedro C. F. c/ Provincia de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”**. LL 2005-A-295. Año 2004.
- CSJN. **“Brandi, Eduardo Alberto y otros c/ Provincia de Mendoza s/ acción declarativa”** Año 2007.
- CSJN. **“Empresa de Transportes Microómnibus Sáenz Peña SRL c/ Buenos Aires s/ acción declarativa”**. Año 2008.
- CSJN. **“Provincia de Entre Ríos c/ Estado Nacional”**. Año 2008.
- CSJN. **“Camuzzi Gas del Sur SA c/ Provincia de Río Negro”**. Año 2008.