

ARTICULO 43

ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Aporte de Ricardo Alejandro Terrile

ABREVIATURAS

Art./arts.	Artículo/artículos
c	Contra
CN	Constitución Nacional
Cnciv.	Cámara Nacional Civil
conc.	Concordantes
Cód.	Código
Conf.	Conforme
CPCCN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina
CPCC	Código Procesal Civil y Comercial Santa Fe
CSJN-Fallos	Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
Dec.	Decreto
ED	Revista El Derecho, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina
Ed.	Edición
inc./incs.	Inciso/incisos
LL	Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires
Nro/nros.	Número/números
p.	Página
s/	Sobre
sig.	Siguientes
t./ts	Tomo/tomos
vol.	Volumen
www.	Página web

SUMARIO

1.	Introducción	03
2.	Evolución	04
3.	La diferencia entre la acción declarativa de certeza y la acción declarativa de inconstitucionalidad	12
4.	Sobre los requisitos y la admisión de la acción declarativa de inconstitucionalidad	16
5.	Diferencia con otros institutos	17
	5.a) el amparo	17
	5.b) habeas data	20
	5.c) medidas autosatisfactivas	21
6.	La acción declarativa en el ámbito del derecho pro- vincial y la ciudad autónoma	21
7.	Las recientes resoluciones de la CSJN	23
8.	Conclusiones	31

1.- INTRODUCCIÓN:

La acción declarativa de inconstitucionalidad carece de procedimiento propio. El legislador ha omitido otorgarle en forma autónoma un procedimiento de la misma manera que se le otorgó a las garantías de amparo, hábeas corpus, hábeas data.

Toda la construcción y andamiaje del instituto es pretoriano por lo que se torna imperioso analizar numerosos fallos, en los que se fijaron los requisitos para su procedencia y las exigencias liminares que la acción declarativa de inconstitucionalidad impone para su reconocimiento y tratamiento.

Asimismo, nos hemos impuesto remarcar las analogías y/o sutiles diferencias con otros institutos que persiguen con muy diversas formas de alcances, la inconstitucionalidad de una norma o de la omisión en su aplicación o dictado.

En no pocas oportunidades la CSJN en algunos de los precedentes comentados, “convierte” el procedimiento utilizado por el actor, ora amparo por acción declarativa; ora acción declarativa por amparo.

A pesar de la ausencia de base constitucional explícita (se sostuvo que junto con el amparo es una acción que nacía directamente del art. 33 de la CN.) la Corte ha adoptado mayoritariamente el mecanismo del artículo 322 del CPCCN. interpretando que la

declaración implica hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza produzca un perjuicio o lesión actual al actor y este no disponga de otro medio legal para ponerle término en forma inmediata.

En los fallos de la CSJN resueltos durante los últimos dos años, que analizo más adelante, verifico que lo precedentemente expuesto, constituye el actual criterio interpretativo de la mayoría de sus ministros.

Toda la construcción y andamiaje del instituto es pretoriano por lo que se torna imperioso analizar los diferentes fallos, en los que se fijó los requisitos para su procedencia y las exigencias liminares que la acción declarativa de inconstitucionalidad impone para su reconocimiento y tratamiento.

Asimismo, nos hemos impuesto remarcar grandes o sutiles diferencias con otros institutos que persiguen con muy diversas formas de alcances, la inconstitucionalidad de una norma o de la omisión en su aplicación o dictado.

Por fin, hacemos un suscito desarrollo de la forma en que las provincias han procurado su tratamiento en sus respectivas constituciones, en la legislación ordinaria y/o en los códigos de forma.

En el análisis de fallos recientes de la CSJN verificamos un criterio interpretativo a favor de la acción declarativa de inconstitucionalidad dentro del procedimiento tutelado por el artículo 322 de CPCCN e incluso en acciones que originariamente invocaron el amparo como procedimiento idóneo, la Corte en el entendimiento que no estaba configurado uno de los requisitos esenciales que expresamente consigna el art. 43 CN y la ley 16986, es decir, la “manifiesta arbitrariedad o ilegalidad” convirtió a dicha acción en pretensión declarativa de inconstitucionalidad, corriendo el traslado que dispone el código de forma federal.

Claro que ello no fue siempre interpretado de esa manera.....

2.- EVOLUCIÓN:

En sus orígenes, la acción declarativa no fue considerada un proceso contencioso. No constituía un caso judicial en los términos del artículo 2 de la Ley 27 y los tribunales rechazaban su procedencia. Se aseguraba que el control de constitucionalidad tiene lugar solo en el curso de procedimientos litigiosos, casos contenciosos o controversias concretas, pues no le esta dado a los tribunales efectuar declaraciones en abstracto ni

emitir respuestas a meras consultas (CSJN-Fallos 255:86, 184:358). Son varios los fallos que ilustran estas negativas (CSJN-Fallos 245:552; 255:86) y especialmente la causa **“Banco Hipotecario Nacional c/ Córdoba** (CSJN-Fallos 256-104) en la que explícitamente se afirmó que una cuestión declarativa de inconstitucionalidad era ajena al recurso extraordinario.

El control de constitucionalidad tiene lugar *“solo en el curso de procedimientos litigiosos, es decir, en controversias entre las partes con intereses jurídicos contrapuestos y propios para la dilucidación jurisdiccional”* donde se *“persiga la determinación de derechos debatidos entre las partes adversarias y deban conducir a la condena o absolución de alguna de ellas...”* (Conf. Alberto B. Bianchi *“Control de Constitucionalidad”*, t.1, 2 ed. Actualizada, reestructurada y aumentada, pag. 392 y sig.).

La Corte interpretaba que una mera cuestión declarativa es ajena a la instancia extraordinaria, reiterando la doctrina sobre la inexistencia en el orden nacional de la acción declarativa de inconstitucionalidad (CSJN-Fallos 265:225; 256:386; 263:351; 262:136, entre otros).

Luego, con la reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el año 1967, por imperio de la Ley de Facto 17.454, se incorporó la acción declarativa como un nuevo proceso judicial en el artículo 322 del citado cuerpo legal y su reconocimiento como *“caso”*.

En 1973, dentro de la causa **“Hidronor S.A. c/ Provincia de Neuquén (CSJN-Fallos 307:1387, LL 154-516)**, la Corte no tuvo oportunidad de expedirse sobre el fondo del planteo por haberse desistido del proceso. En un extenso y fundado dictamen, el procurador Dr. Marquardt, produce un exhaustivo análisis con fundamento en la jurisprudencia de Estados Unidos, argumentando que la acción meramente declarativa constituye un *caso judicial* dentro del cual corresponde y es viable el ejercicio del control de constitucionalidad. Toda la doctrina posterior rescata esas reflexiones cuya lectura se impone, como uno de los fundamentos más importantes en el origen del reconocimiento de la acción declarativa.

La Corte Suprema tradicionalmente sostuvo que en nuestro país rige el modelo norteamericano incidental de inconstitucionalidad que habilita dentro del caso concreto y en cualquier proceso judicial la declaración de la inconstitucionalidad de la norma en el marco del control difuso siendo la pretensión declarativa ajeno al sistema vigente

(CSJN-Fallos: 256:110). Así mismo, se destacó, que el control de constitucionalidad se limitaba a aquellos casos que culminaban con una sentencia de condena (CDJN-Fallos: 255:88).

La doctrina judicial imperante a esa época, fue morigerada por quienes sostuvieron el reconocimiento de excepciones. A tal fin, la invocación por la Corte de un caso de “gravedad institucional”, posibilitó por vía del recurso extraordinario, la adopción de dicha declaración (Conf. CSJN-Fallos: 254:544).

Sin embargo, la Corte rechazó hasta 1985 la posibilidad de que la acción declarativa constituya una eficaz herramienta para el ejercicio de control constitucional.

En “**Santiago del Estero c/ Nación Argentina**” (CSJN-Fallos 307:1379) la Corte admitió el control de constitucionalidad en las acciones declarativas reguladas por el artículo 322 del CPCCN. como mecanismo preventivo, *al transformar de oficio* , una acción de amparo en acción declarativa.

Efectivamente: La actora promueve la acción de amparo en instancia originaria ante la CSJN frente a un conflicto suscitado con YPF. La provincia de Santiago del Estero había creado el Departamento de Control de Combustible, con la función de controlar cuantitativa y cualitativa los mismos, fijando como contribución, el pago de una tasa sobre los precios fijados por las autoridades nacionales. La empresa estatal ordenó a los expendedores de combustibles no modificar sus precios, bajo apercibimiento de aplicar sanciones. La Corte al analizar el caso, rechaza la vía del amparo como procedimiento idóneo, pero no rechaza la acción. Por el contrario, establece que Santiago del Estero tiene derecho a una declaración de certeza porque su pretensión *no tiene carácter simplemente consultivo ni importa una indagación meramente especulativa , sino que responde a un caso y busca precaver los efectos de un acto en ciernes, fijando las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto* y por ende, le fija un plazo a la provincia para encauzar su demanda por vía del juicio sumario. El fallo tomando en consideración precedentes de la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo que se había probado que la actividad administrativa ha afectado un interés legítimo en forma directa y concreta (“Provincia de Santiago del Estero c/ Gobierno Nacional”, en LL 1986-C-116)

Los Ministros sostuvieron:, en dicho fallo: *“parece evidente que la acción declarativa tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia del daño consumado en*

resguardo de los derechos. Es un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora que, en las actuales circunstancias, se agota en una mera declaración de certeza...”.

En el mencionado caso, la Corte mudó su tradición jurisprudencial, dando partida de nacimiento a la acción declarativa dentro del marco del art. 322 del CPCCN.

La afirmación, expuesta en la frase (cito) *“cuando en la causa la pretensión no tiene un carácter simplemente consultivo, ni importa una indagación meramente especulativa sino que responde a un “caso” y busca precaver los efectos de un acto en ciernes – al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal-, corresponde admitir el pronunciamiento declarativo de inconstitucionalidad”*, se ha reiterado en numerosos precedentes hasta la actualidad. El tribunal remarca la finalidad preventiva de la acción declarativa, en la cual no requiere la existencia de un daño consumado en resguardo de los derechos.

Es importante consignar que la acción se interpuso bajo la tutela de un garantía de amparo. Ha sido la Corte, quién encarriló procesalmente el trámite transformándolo en acción declarativa de certeza por lo que, consagró en este tipo de acciones el concepto de *“causa judicialable”* y además *“causa contenciosa”*, admitiendo en la jurisdicción federal la habilitación para conocer y decidir acciones declarativas de certeza, sin desmedro del principio consagrado por la ley 27.

Con este lineamiento quedaba incorporado el precedente que constituyó el “leading case” para el desarrollo del instituto y el criterio interpretativo mayoritario en los casos posteriores.

Los mencionados precedentes **“Provincia de Santiago del Estero c/ Gobierno Nacional”** (LL 1986-C-116) y **“Gomer”** (ED 123-424) admitieron el control preventivo de constitucionalidad por vía de la acción declarativa en el orden federal, adoptando estableciendo: *“la admisibilidad de la acción declarativa de certeza para plantear una acción de inconstitucionalidad en el orden federal, siendo compatibles ambos institutos”*

Posteriormente, en autos **“Lorenzo c/ Nación Argentina”** (CSJN-Fallos 307:2384), Constantino Lorenzo, el actor, invocando su condición de ciudadano argentino, pretendía la declaración de inconstitucionalidad de la ley 23.172 que aprobaba el Tratado de Paz y Amistad firmado con Chile por considerarlo violatorio de la base territorial de la provincia de Santa Cruz. La acción fue rechazada por ausencia de caso. Sin embargo, la Corte vuelve a pronunciarse sobre la acción declarativa, al expresar:

“ ..al reafirmar tales principios básicos del control de constitucionalidad federal, estima conveniente (La Corte) poner de relieve que ellos no tienen por corolario que en el orden nacional no exista la acción declarativa de inconstitucionalidad. En este punto resulta preciso disipar la confusión entre las peticiones abstractas y generales de inconstitucionalidad, que no pueden revestir forma contenciosa por la ausencia de interés inmediato del particular que efectúa la solicitud y las acciones determinativas de derechos de base constitucional cuya titularidad alega quien demanda y que tienden a prevenir o impedir las lesiones de tales derechos , como son la acción de mera certeza y el amparo..la admisión de acciones directas de inconstitucionalidad, como el amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional, medios por los cuales el sistema adoptado en los inicios de la vida constitucional argentina adquiere su desarrollo lógico, no puede importar el olvido de la exigencia mencionada que, dentro de un ordenamiento en el que todo magistrado puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes del Congreso, tiende a preservar el ejercicio equilibrado de los poderes establecidos por la ley fundamental... ”.

En **“Fabrica Argentina de Calderas S.R.L. c/ Santa Fe”** (CSJN-Fallos 308-2569), la Corte por primera vez introdujo el control de constitucionalidad en el marco de una acción que involucraba una petición de certeza, *aun cuando la actora no había planteado formalmente una acción declarativa.*

La actora demanda la inconstitucionalidad de la ley provincial santafecina N° 9497, que reducía la jornada laboral en cuatro horas semanales, sin modificación alguna en el nivel salarial. Simultáneamente se solicitaba la repetición de las sumas pagadas a su personal como consecuencia de la aplicación de la referida norma.

La Corte encuadra la inconstitucionalidad pretendida dentro del artículo 322 del C.P.C.C.N, aún cuando la actora no lo había planteado formalmente, manifestando que la tutela jurisdiccional pretendida consistía en una declaración de certeza que impida en el futuro a la actora, la obligación de abonar salarios correspondientes a la jornada máxima de 48 horas semanales como contraprestación por tareas prestadas en la jornada reducida de 44 horas, por igual lapso.

El citado fallo es rescatado por la doctrina que lo describe como un paso más en la evolución del reconocimiento del instituto que, tiempo más tarde, desemboca en el caso **“Gomer S.A c/ Provincia de Córdoba”**(CSJN-Fallos 310:142).

En dichos autos, la actora invocó en instancia originaria, una acción declarativa de inconstitucionalidad sin citar ninguna norma procesal que lo sustentara. El Procurador

General sostiene en su dictamen que la acción debe encuadrarse dentro del ámbito del artículo 322 del C.P.C.C.N y en el entendimiento, que no se han cumplido los requisitos para su procedencia, aconseja su rechazo *in limine*.

La Corte coincide con el mencionado dictamen y rechaza la acción, sin embargo, se permite convertir en *holding* lo que en ese momento era *dictum*, al manifestar: “*existe en el orden nacional la acción declarativa de inconstitucionalidad y ella puede ser instaurada directamente ante esta Corte cuando se dan los requisitos que determina su intervención en instancia originaria..*” e individualiza a la acción declarativa de certeza normada en el artículo 322 del C.P.C.C.N. como su herramienta.

El antecedente no implicó conferir a la acción declarativa de inconstitucionalidad un carácter autónomo sino que precisó requisitos de procedencia a partir de los cuales, lo admitió en el marco de la acción declarativa de certeza.

El caso que analizamos tiene una decisiva importancia en la evolución del instituto, atento a que la Corte trazó los requisitos de precedencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad: a) estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica, diferenciado de una consulta en la cual se responde acerca de la eventual solución que podría acordarse a un supuesto de hecho hipotético; b) interés jurídico suficiente en el accionante, dado por la falta de certeza perjudicial y c) que el actor no disponga de otro medio legal.

A partir de ese momento, la Corte va a reiterar y en consecuencia a ratificar, en todos los fallos posteriores que la cuestión en debate no debe versar sobre hechos abstractos o teóricos ni tener carácter simplemente consultivo o importar una indagación meramente especulativa, constituyendo un punto de partida nuevo en la postura interpretativa de la Corte.

La introducción formal del control de constitucionalidad dentro de la acción declarativa, el reconocimiento de la existencia en el orden nacional de la acción y la habilitación del requerimiento cuando actúa como tribunal originario, han actuado como verdaderos puentes que consolidan la función de control.

Es cierto y coincido con Alberto Bianchi que la Corte no le confirió a la acción declarativa de inconstitucionalidad un carácter autónomo sin base procesal positiva sino que se limitó a precisar con exactitud cuales eran los requisitos de su procedencia. La Corte se limitó a admitir la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad dentro de la acción declarativa de certeza.(Conf. Alberto Bianchi “Control de Constitucionalidad”, t.1, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, pag. 415)

En el caso **"Newland, Leonardo Antonio c/ Provincia de Santiago del Estero"**(CSJN-Fallos 310:606), resuelto por la Corte el 19/03/87, el Tribunal mudó un restrictivo y censurable criterio jurisprudencial (sentado *in re* **"Bridas c/ Provincia de Neuquén"**(LL,1984-A-423). En éste, la pretensión declarativa mantenía un carácter subsidiario siendo relegada por otras vías legales para efectuar planteos relativos a cuestiones tributarias. Además, el Tribunal impuso el cumplimiento de la regla *solve et repete* previo a acudir a la justicia , para, luego y en su caso, intentar la restitución de lo oblado.

Leonardo Antonio Newland interpuso acción meramente declarativa contra la Provincia de Santiago del Estero, ante la Corte, en el marco de la competencia originaria. La demandada, opuso las excepciones de a) incompetencia, alegando en su sustento que sólo puede accionarse en instancia originaria ante el Alto Tribunal por la repetición de impuestos abonados espontáneamente, y b) de falta de legitimación activa, invocando a su respecto que la admisión de una acción meramente declarativa en materia tributaria importaría desconocer la vigencia del principio *solve et repete*.

Luego de considerar que se encontraban reunidos los requisitos establecidos por el artículo 322 del C.P.C.C.N. para la procedencia formal de la acción meramente declarativa y de concluir en la existencia de "*causa*" (citando los precedentes "Provincia de Santiago del Estero" y "Fábrica Argentina de Calderas S.R.L.") , criteriosamente la Corte entendió que la exigencia de cumplimiento previo de lo que constituye el objeto de la discusión implicaría desconocer la necesidad de tutela judicial que, en casos como el planteado en autos, tendía a dilucidar el estado de falta de certeza entre el contribuyente que cuestiona la actitud del Estado y este último. Se pronunció a favor del criterio expuesto por la Procuración General en el dictamen emitido en "Hidronor S.A." (que fuera tratado *supra*) y, expresamente, abandonó el sentado en CSJN-Fallos, 305:1715, desestimando las excepciones opuestas y manteniendo su competencia para entender en la causa.

En otra causa **"Asociación Civil Escuela Escocesa San Andrés y otros c/ Provincia de Buenos Aires y otra"** el Tribunal resolvió que existía "*causa*" en los términos de la Constitución (apoyándose en lo resuelto en "Provincia de Santiago del Estero", "Fábrica Argentina de Calderas S.R.L." y, precisamente, en "Newland") estableciendo que se hallaban reunidos los recaudos de admisibilidad del artículo 322 del C.P.C.C.N. Afirmó su competencia para entender en el proceso, y desestimó la medida precautoria

solicitada, pese a la posición contraria sostenida por el Procurador General en su dictamen.

Posteriormente, en "**Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Provincia de Bs. As. y otro**"(CSJN-Fallos 320-691), se dilucida un pleito impulsado por la actora contra la Provincia de Buenos Aires y el Ente Provincial Regulador Energético, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de los Decretos-Ley N° 7.290/67 y 9.038/78 y del Decreto N° 1.160/92 de la mencionada provincia, por resultar violatorios de la C.N. y del orden normativo federal derivado de la Ley N° 24.065 y de sus normas reglamentarias y complementarias. La provincia accionada, por su parte, se presentó y articuló la excepción previa de falta de legitimación activa.

En un fallo tan breve como importante, emitido el 22/04/97, la Corte recordó que el artículo 43 de la Constitución Nacional faculta a interponer acciones de amparo contra cualquier forma de discriminación y, en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva, legitima al afectado, al Defensor del Pueblo y a *"las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización"*, concluyendo que la demandante se encontraba dentro de esas asociaciones, por cuanto había sido creada por el Decreto Provincial N° 1.192/92 con la finalidad de proveer a la defensa de los intereses de sus asociados, que son precisamente los grandes usuarios de electricidad.

El Tribunal dejó aclarado que el hecho de que la actora haya demandado por la vía prevista en el artículo 322 del CPCCN. no constituye óbice para la aplicación de aquel precepto, en virtud de la analogía entre dicha acción y la de amparo.

Tal analogía había sido advertida por el Tribunal al señalar que el pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma importa el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, de aquéllas que explícitamente ha admitido como medio idóneo (el amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional) para prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional.

El fallo dice, además, que la acción declarativa, al igual que la de amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de sus derechos, citando el precedente de "Provincia de Santiago del Estero c/ Nación Argentina", y en él, concretamente, los considerandos 7° del voto de la mayoría y del concurrente del Ministro Dr. Petracchi.

Más adelante se analizarán las analogías existentes de otros institutos con la acción declarativa e incluso, el procedimiento de oficio que adopta la Corte en algunas de las causas mencionadas, transformando acciones de amparo en acciones declarativas de inconstitucionalidad. En el fallo citado, la Corte recorre el camino inverso y ello constituye una atipicidad en sus precedentes. Efectivamente: Frente a una acción declarativa, la Corte lo asimila a un amparo y resuelve en consecuencia, de la forma expuesta.

Sin embargo, verifico que en "**Provincia de Río Negro c/ Nación Argentina**"(CSJN-Fallos 322-1135), cuya sentencia fue dictada el 31/05/99, de modo muy similar a la forma en que lo hiciera en "**Provincia de Santiago del Estero v. Nación Argentina**", el temperamento vuelve a ser diferente: La acción de amparo intentada se convierte por imperio de la interpretación de los hechos y el derecho que hace la Corte, en una acción declarativa. Los hechos fueron los siguiente: el Gobernador de la Provincia de Río Negro interpuso acción de amparo (art. 43 de la C.N.), en instancia originaria ante la Corte, con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad del art. 45, párrafo 1º, de la ley federal de radiodifusión N° 22.285, de los decretos del P.E.N. N°s. 310/98 y 2/99, de las resoluciones de la Secretaría de Comunicaciones N°s. 163/96 y 2.344/98 y del COMFER, N° 16/99 y 76/99, por ser violatorios de la Ley Fundamental y de varios tratados internacionales. El Tribunal recordó su doctrina (CSJN- Fallos 307:1379), en el sentido de que la acción de amparo, de manera general, es procedente en los litigios que caen dentro de la competencia originaria de la Corte porque de otra forma, en tales controversias quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por la Ley Nacional N° 16.986; de cualquier modo, advirtió que en el caso, no se configuraban dichas circunstancias y se mostraban poco compatibles el régimen legal y los mecanismos previstos en la aludida ley reglamentaria del amparo. Paralelamente, expresó, que la acción declarativa de inconstitucionalidad que, al igual que el amparo, posee una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos, constituye un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la accionante. Por tanto, estimó que podía prescindirse válidamente del *nomen iuris* empleado por la interesada y atender a la real sustancia de la solicitud por medio del ejercicio de la acción declarativa regulada en el artículo 322 del C.P.C.C.N., por lo que decidió correr traslado de la demanda, la que

debería sustanciarse por la vía del proceso sumario, aunque rechazó la prohibición de innovar solicitada.

En el mes de Junio de 1999, en autos **“Iribarren, Casiano Rafael c/ Provincia de Santa Fe”** (CSJN-Fallos 322-1253), se inició una causa como consecuencia de la acción declarativa de certeza articulada por el Dr. Iribarren (juez de la Corte Suprema de Justicia santafecina) con el objeto de lograr un pronunciamiento que declare la inconstitucionalidad del art. 88 de la Constitución de esa provincia en cuanto dispone el cese de la inamovilidad de los magistrados a partir de los 65 años de edad si están en condiciones de obtener la jubilación ordinaria. La Corte, anticipando el carril a discurrir por la solución que luego propiciaría en el caso "Fayt" -que veremos más adelante-, reiteró que la declaración de certeza, en tanto no tenga carácter simplemente consultivo ni importe una declaración meramente especulativa y responda a un "caso" que busque prevenir los efectos de un acto en ciernes, al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional, constituye *causa* en los términos de la Ley Fundamental (cita como fundamento de su decisión, las causas "Provincia de Santiago del Estero c/ Nación Argentina", "Newland" y "Estado Nacional c/ Provincia de Santiago del Estero", analizados precedentemente). Sobre el núcleo de la petición (validez constitucional del art. 88 de la Constitución santafecina que establece la pérdida de la inamovilidad de los jueces a los 65 años de edad si se encuentran en condiciones de acogerse a la jubilación ordinaria), sostuvo que dicha norma presenta una diferencia sustancial con el art. 99, inc. 4º, de la Constitución Federal, ya que en modo ajeno a éste, el precepto provincial hace cesar la condición de inamovilidad del cargo para el magistrado que cumple 65 años, sometiéndolo *sine die* a permanecer en la función, con un carácter precario, sujetando ese estado al exclusivo arbitrio del Poder Ejecutivo, precepto que choca frontalmente con el deber de asegurar la administración de justicia que la Constitución Nacional asigna a las provincias en el art. 5, ya que deja en manos de otros poderes la disposición de los cargos de los magistrados que arriban a determinada edad. La Corte concluyó declarando la inconstitucionalidad del aludido artículo 88 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe.

El caso **"Fayt"**(CSJN-Fallos 322-1253), representa un jalón *sui generis* en la evolución del tratamiento jurisprudencial de la acción declarativa, pues si bien condujo *teóricamente* a la declaración de nulidad de la norma en crisis (nada más y nada menos

que un *precepto constitucional*), merece ser incluida en este señalamiento (no obstante que la acción no haya sido planteada en la instancia originaria y exclusiva de la Corte) por la enorme trascendencia de la cuestión en torno de la cual giró el problema: la posibilidad de ejercer control de constitucionalidad sobre la labor del poder constituyente derivado.

Víctor Bazan ha sostenido que el fallo abre “*impredicibles proyecciones en la solución diseñada por el Tribunal en el futuro, sumado a la convergencia de una posición activista por parte del máximo Tribunal argentino -que no pocos han tildado de respuesta corporativista- y, aun cuando no abiertamente, la asunción de un criterio progresista -que ojalá se mantenga en otras causas- para la visualización de ciertos asuntos otrora declarados no judiciales...*”(Conf. Víctor Bazan “Reflexiones Sobre La Acción Declarativa de Inconstitucionalidad en el Ámbito Jurídico Argentino” *Ius et Praxis*, 2002, vol.8, no.2, p.93-140. ISSN 0718-0012).

Repasemos los hechos: El Dr. Carlos S. Fayt (ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la República Argentina) promovió acción declarativa con el fin de obtener la nulidad -en los términos del artículo 6 de la Ley Nacional N° 24.309- de la reforma introducida en el artículo 99, inciso 4°, párrafo 3°, de la C.N. en cuanto importa una restricción no habilitada a la garantía de inamovilidad de los jueces consagrada en el artículo 110 del actual texto constitucional, al disponer que un nuevo nombramiento, precedido de acuerdo del Senado, será necesario para mantener en el cargo a cualquier magistrado una vez que cumpla la edad de 75 años.

La Corte admitió el recurso extraordinario, y, por mayoría, declaró la nulidad de la reforma introducida en el artículo 99, inciso 4°, párrafo 3° de la Constitución Nacional -en la disposición transitoria undécima- al art. 110.

El Tribunal resolvió que al declarar la necesidad de la reforma constitucional y fijar los límites de la Convención por medio de una ley, el Congreso ha admitido el carácter justiciable de los límites del poder reformador y, en tanto previó la sanción de nulidad de las "modificaciones, derogaciones y agregados" que se realizaran apartándose de la competencia establecida (art. 6, Ley Nac. N° 24.309), presupuso la existencia de un poder dotado de suficientes facultades para controlar el alcance de las disposiciones y de las derogaciones adoptadas. Asimismo, la sanción explícita de nulidad contenida en dicho artículo 6 de la ley declarativa de la necesidad de la reforma revela, en opinión de la Corte, el carácter de restricción explícita que el Congreso atribuyó a aquello que alterase o excediese el marco de la habilitación (Conf. considerando 10°).

Por otra parte, el control de los límites de la Convención exigía profundizar la intención de quienes fijaron los puntos habilitados para su revisión y no la de los convencionales, por lo que la reforma introducida en el art. 99, inc. 4º, párrafo 3º y de la cláusula transitoria undécima de la C.N. fue considerada nula de nulidad absoluta dado que *“..una alteración tan sustancial no reconoce habilitación suficiente en las facultades implícitas derivadas de la expresa atribución de reformar el régimen de designación de los magistrados federales, además de que en ningún párrafo de los puntos "I" y "J" del "Núcleo de Coincidencias Básicas" -relativos a la designación y a la remoción de aquéllos- aparece algún contenido que pudiera interpretarse racionalmente como relativo a la posibilidad de estipular un término a la garantía de inamovilidad de ellos (que es inherente a la naturaleza del Poder Judicial de la Nación y configura uno de los principios estructurales del sistema político establecido por los constituyentes de 1853) con motivo del cumplimiento de una determinada edad..”*(**"Fayt"**, caso citado precedentemente, publicado en CSJN-Fallos 322-1253)

Maximiliano Toricelli ha efectuado una prolija investigación de los diferentes fallos que han acompañado la evolución del instituto en su libro “El Sistema de Control Constitucional Argentino” (LexisNexis Depalma, Julio 2002, pag. 192 y sig.) analizando en cada uno de ellos el sustento de las decisiones que comenzaron por negar la posibilidad de enervar la constitucionalidad de una norma a través de una acción declarativa de inconstitucionalidad y su creciente admisibilidad. En su lectura verificamos un tránsito sinuoso en la que comienza por negar el procedimiento para después admitirlo, distinguiendo entre la acción mere declarativa, la acción abstracta y de inconstitucionalidad e incluso “transformando” la naturaleza procesal de la pretensión, ora en acción declarativa si originariamente se había incoado amparo; ora en acción de amparo si primitivamente se había articulado como acción declarativa.

La reforma constitucional de 1994 y la consagración del amparo como garantía tutelada y reconocida expresamente en el texto constitucional (art. 43), constituyó un novedoso y relevante despegue del control de constitucionalidad atento la expresa habilitación que el convencional confirió en la norma constitucional para que un proceso sumarísimo quepa la posibilidad judicial de declarar la ineficacia de la norma.

La CSJN ha admitido la acción declarativa de inconstitucionalidad en el ámbito del amparo cuando el acto u omisión de autoridades públicas o particulares, en forma actual

o inminente, lesiona, restringa, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad *manifiesta* derechos y garantías reconocidos por la constitución, un tratado o una ley.

Expresamente, el convencional habilitó en el artículo 43 C.N. al juez, a la declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

En mi interpretación, la acción de amparo después de la reforma de 1994, ha “ordinarizado” su vía. El hecho que la lesión se extienda al texto constitucional, la ley federal y a las disposiciones de los tratados internacionales; que no requiera la vía administrativa previa; que pueda ser articulado por autoridades públicas o de particulares y se admita la declaración de ineficacia de la norma, la impronta del amparo queda reducido en su presentación a acreditar a priori, que la arbitrariedad e ilegalidad es “manifiesta”.

Cuando la lesión *no es manifiesta*, la vía del procedimiento adopta la condición de juicio ordinario de acuerdo al principio general dispuesto por el art. 319 1er. Párrafo del C.P.C.C.N. Sin embargo, a pedido del actor, también ha utilizado las reglas establecidas para el juicio sumario o sumarísimo autorizado por el art. 486 del citado código.

La acción declarativa ha tenido un desarrollo relevante dentro del sistema del control constitucional y se ha convertido en uno de los vehículos más trascendentes en el contralor de la supremacía constitucional.

Los recientes antecedentes han reconocido en la acción declarativa, una herramienta eficaz para la verificación de la constitucionalidad, transformando el instituto en un capítulo importante y potenciado como alternativa a nuevos desarrollos como mecanismo de control.

A la postura negativa en la que desconoció la acción declarativa como mecanismo procesal apto para controlar la supremacía constitucional, sobrevino después de 1967, con la incorporación de la acción declarativa en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Art. 322) , una instancia de carácter mas bien consultivo habida cuenta que le negaba a los requerimientos la condición de “causa”.

Es a partir de 1985 cuando la Corte admite y reconoce la acción declarativa de inconstitucionalidad y la encuadra dentro del ámbito del artículo 322 del CPCCN.

Aquel debate primitivo en torno a si la acción declarativa constituía un caso judicial en los términos del artículo 2 de la ley 27 parece haber quedado en la prehistoria (Conf.“H.I.R.U. S.R.L c/ Federación Argentina de Trabajadores de la Industria Gastronómica”- CSJN-Fallos 245:552). Para la Corte el control de constitucionalidad solamente se admitía en procedimientos litigiosos (CSJN-Fallos 256:104).

En el proceso evolutivo más reciente vamos a observar que la Corte se debate entre: a) reconocer y admitir el control a través de la acción declarativa de mera certeza o b) fijar y transformar a la acción declarativa de inconstitucionalidad como un mecanismo apto distinto de la primera.

3.- LA DIFERENCIA ENTRE LA ACCION DECLARATIVA DE CERTEZA Y LA ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD:

El proceso evolutivo que hemos reseñado, en su interpretación más reciente distingue entre: a) la llamada acción declarativa de certeza y b) la acción declarativa de inconstitucionalidad.

El tratamiento parte de una condición o requerimiento de impostergable resolución: en el Derecho Constitucional federal argentino los art. 116 y 117 de la Constitución Nacional atribuyen competencia a los tribunales federales solamente en “*causas*” o “*asuntos*”.

Un debate que se mantuvo latente consistía en conocer si las acciones declarativas de certeza y/o de inconstitucionalidad configuran “*causa*” en el sentido constitucional y procesal de la palabra que emplea.

German Bidart Campos(Conf. “La interpretación y el control constitucional en la jurisdicción constitucional” – Editorial Ediar – Pág 181 y sig.), señala que conviene tener presente que cuando estas normas incorporan los vocablos “*causa*” y “*asuntos*” también precisa “que se susciten entre” o “contra”; todo lo cual implica concluir que las expresiones están apuntando a la existencia en la causa de una *controversia o litigio*.

Si participamos del requerimiento de la existencia de causa, estamos descartando la cuestión abstracta o teórica que se propone a un tribunal bajo forma de consulta o, aquella pretensión, sin un hecho específico o un caso concreto, que merezca tutela judicial a favor de parte legitimada.

La existencia de causa implica una decisión sobre cuestión real y sustancial que afecte a la parte justiciable; de tal manera que causa, proceso, juicio, litigio, son todos conceptos que se asimilan entre sí.

Basta para que haya proceso que la parte justiciable necesite el pronunciamiento de un tribunal, que encuadre y decida un caso real y concreto dentro de ese derecho vigente, sea para dirimir pretensiones controvertidas, sea para resolver situaciones o relaciones

inciertas o dudosas, sea para otorgar eficacia a determinados estados o relaciones jurídicas.

La acción declarativa de certeza se sustenta en una norma, el art. 322 del CPCCN, norma aplicable por los tribunales de jurisdicción federal, la cual expresa: “*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 este no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente*”.

Es una acción que habilita a introducir en la causa que provoca, una cuestión de constitucionalidad y esto es así, porque impulsa la pretensión un proceso donde el caso que se lleva a tutela judicial es concreto, real y actual, ora por la existencia de conflicto, ora por la controversia, ora por la discrepancia, ora por la existencia de falta de certeza, ora porque la pretensión no puede resolverse sino mediante procedimiento judicial.

La acción declarativa habilita, incita, provoca, procesalmente una causa judicial y en ella el control de constitucionalidad que tutela el artículo 116 de la Constitución Nacional por la expresa función que tiene reconocida la constitución al Poder Judicial.

La acción declarativa de certeza tiene por objeto, en suma, hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica

En cambio, la acción declarativa de inconstitucionalidad, es una vía directa en la que se promueve un proceso cuyo objeto es el control puro de constitucionalidad.

La jurisprudencia tradicional de la Corte, según hemos visto y reseñado, durante mucho tiempo confirmó *la inexistencia*, en el orden federal de acciones declarativas de inconstitucionalidad, con cuyo ejercicio se pretendiera cohibir la eficacia de las leyes antes de ser aplicadas al pretensor.

La decisión que negaba la vía y la acción reposaba en tres argumentos: a) el art. 2 de la ley 27 en la que la Corte infería que dicha norma prescribe que la justicia federal solo interviene en *casos contenciosos*; b) el que incluye al control y a la declaración de inconstitucionalidad como cuestión incidental en un proceso judicial cuyo objeto consiste en alcanzar una *sentencia de condena* y c) la interpretación de que controlar la constitucionalidad de una ley antes de su aplicación a un caso concreto implicaría *decidir una cuestión abstracta*.

En un precedente que ha sido citado ut supra (“**Iribarren c/ Pcia. De Santa Fe**”-CSJN-**Fallos 315:2956**) se admitió una medida cautelar en el marco de una acción meramente declarativa, iniciada a fin de obtener la inconstitucionalidad del artículo 88 de la Constitución de Santa Fe que consagra el cese de la inamovilidad de magistrados y funcionarios del Ministerio Público a los 65 años de edad.

Posteriormente, en las causas “**Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe c/ Provincia de Santa Fe**”(CSJN-Fallos 317:1195); “**El Libertador S.A c/ Provincia de Buenos Aires**”)CSJN-Fallos 321:2527-2530); “**Cooperativa de Trabajo Transportes Automotores de Cuyo c/ Provincia de Mendoza**” (CSJN-Fallos 321:2501); “**Central Neuquén S.A**” (CSJN-Fallos 318:30), la Corte se pronuncia manifestando “*que en la medida en que la cuestión no tenga un carácter simplemente consultivo ni importe una indagación meramente especulativa, sino que responda a un caso y busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, la acción declarativa regulada en el art. 322 CPCCN constituye un recaudo apto para intentar que se eviten los eventuales perjuicios que se denuncian.*

Andrés Gil Dominguez (Conf. “La acción declarativa de certeza como proceso constitucional” transcrita en www.agdconsultora.com.ar), afirma que la acción declarativa de certeza se encuentra regulada en el art. 322 del CPCCN. Al interponerla, el sujeto legitimado procesalmente puede plantear una acción de inconstitucionalidad.

Es importante destacar, a propósito del mencionado artículo 322 del CPCCN., que ha sido incorporado por el legislador dentro de la “Parte Especial” del “Libro II” (Proceso de Conocimiento) “Título I” (Disposiciones Generales) “Capítulo I” (Clases). El capítulo se limita a tres artículos(319, 321 y 322), en razón que el artículo 320 fue derogado por el art. 3 de la ley N° 25.488.

El principio general dispuesto en el artículo 319 del CPCCN determina que todas las contiendas judiciales que *no tuvieren señalada una tramitación especial* serán ventiladas en juicio ordinario, salvo cuando este Código autorice *al juez* a determinar la clase de proceso aplicable. La discrecionalidad confiada por el legislador al juez, se basa en la mayor amplitud o no de la prueba en consonancia con la complejidad de los hechos y el derecho invocado y debe perfilarse cuando no existiere establecido una tramitación especial y los temas en debate no requieran la adopción de la vía ordinaria. Cuando la controversia versare sobre los derechos que no sean apreciables en dinero o existan dudas sobre el valor reclamado y no correspondiere juicio sumarísimo o un proceso especial, el juez determinará igualmente el tipo de proceso aplicable.

Con la reforma introducida por la ley N° 25.488, existen dos tipos de proceso de conocimiento: el ordinario y el sumarísimo. Este último está previsto para situaciones muy concretas (Conf. art. 321 CPCCN).

Precisamente, el actual artículo 321 del CPCCN consagra el procedimiento establecido en el art. 498 del mismo cuerpo legal, es decir, el proceso sumarísimo y a tal efecto dispone que ingresan dentro de éste procedimiento, la acción de conocimiento en las que el valor cuestionado no exceda la suma de \$5.000 y/o cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícita reconocidos por la Constitución Nacional, un Tratado o una Ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por el Código Procesal Nacional u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a quien está destinada esta vía acelerada de protección. Cuando el proceso se impulsa por los mecanismos de la vía sumarísima, el control tiende a asemejarse a la acción de amparo, sin estar condicionado por los requisitos de “manifiesta ilegalidad o arbitrariedad” que impone el art. 43CN

Partiendo de esa premisa procesal, verificamos en el citado art. 322 y dentro de la “Parte Especial” anunciada precedentemente, el reconocimiento a la acción meramente declarativa, procura la obtención de 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 artículo en cuestión habilita al juez de la causa resolver de oficio y como primera providencia si corresponde el trámite pretendido por el actor y a tales efectos deberá tener en cuenta la naturaleza de la cuestión, la prueba ofrecida y la complejidad de la trama traída a la controversia.

El Código Procesal de la Nación, en consecuencia determina la existencia de requisitos cuya observancia resulta inexcusable para la viabilidad de la acción, a saber: a) estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidad de una determinada relación jurídica, lo que implica una controversia actual o inminente; b) carencia de otra vía alternativa para articular la pretensión y c) que genere una cuestión justiciable concreta, actual o inminente; de ahí el carácter preventivo que suele atribuirse a este instituto.

Actualmente el artículo 43 de la Constitución Nacional admite el proceso de amparo como mecanismo válido para perseguir la declaración de inconstitucionalidad de una norma y han sido numerosas las demandas que han utilizado dicho procedimiento cuando la lesión, restricción, alteración o amenaza, actual o inminente es “manifiesta”.

En mi criterio y sin perjuicio de un sector en la doctrina que no lo avala, la vía del amparo es legítima para la declaración de inconstitucionalidad cuando la lesión es manifiesta en los términos del artículo 43. La “ordinarización” de la vía, después de la reforma de 1994, así lo habilita.

Un sector de la doctrina a la que no adscribo sigue interpretando que el amparo es una vía excepcional y restringida, de tal manera que se ha resistido y se resiste en la actualidad a adoptar la acción del amparo como mecanismo apto para la declaración de inconstitucionalidad.

Insisto que la lesión debe ser “manifiesta”, es decir, una entidad y relevancia tal que lleve al pleno convencimiento judicial de la arbitrariedad o ilegalidad expuesta.

Cuando la lesión delata una forma más sutil y existen, en los hechos denunciados, razonables dudas en su actualidad o inminencia, en la arbitrariedad o ilegalidad de la norma cuestionada, interpreto que el amparo no es la vía apta, salvo que la apertura a prueba, con las limitaciones que ella conlleve, terminen por justificar la procedencia de la acción sumarísima.

Los precedentes Siri y Kot, siguen manteniendo su vigencia en torno a la necesidad de procurar alternativas diferentes del proceso ordinario y más cercana a la vía sumarísima cuando lo que se debate es un derecho constitucional lesionado, el cual no puede quedar expuesto en el tiempo sujeto a la decisión judicial medido ordinariamente por imperio de un proceso extendido. Su propia naturaleza nos impone una solución rápida y eficaz.

Por ello, la acción declarativa de inconstitucionalidad, se transforma en la herramienta adecuada cuando la arbitrariedad o ilegalidad no es manifiesta, sino más bien, sutil o debe ser investigada en el marco de una etapa de prueba más generosa.

La reciente jurisprudencia de nuestros tribunales ha transformado de oficio aquel amparo que persigue la declaración de inconstitucionalidad, cuando dicha lesión no es manifiesta, en una acción declarativa y optado por la vía sumarísima del art. 322 del CPCCN.

Augusto Mario Morello (Conf. “Precisiones en torno de la acción mera declarativa de constitucionalidad en el orden nacional” en ED 123-421) nos dice que la acción

declarativa presenta dos vertientes: 1) Las acciones positivas y negativas de certeza; estas últimas pretenden hacer cesar el estado de incertidumbre originado por una norma inconstitucional; 2) Constituye una presentación jurisdiccional de carácter preventivo cuya finalidad es eliminar la inseguridad que supone la amenaza potencial de un daño, el cese de la actividad o el desarrollo de la misma y 3) Abarca tanto las relaciones jurídicas de derecho privado como a las de derecho público

Interpreto que la acción declarativa cuando persigue el propósito de declarar la inconstitucionalidad de una norma, forma parte de un proceso o procedimiento constitucional que habilita a la Corte Suprema y lo demás tribunales inferiores en el marco del artículo 116 de la CN a cumplir con la función que tiene establecida y reconocida por la Constitución Federal, es decir, el adecuado control de la supremacía constitucional.

En materia de legitimación pasiva, no existe duda alguna que el afectado está legitimado procesalmente. Ahora bien, si el acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, lesiona, restringe, altera o amenaza en forma actual o inminente con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantía reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley federal por discriminación o frente a derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general también están legitimados el Defensor del Pueblo y las Asociaciones que propendan a esos fines.

El temperamento y naturaleza del proceso expedito y rápido del amparo siempre que no exista otro medio judicial mas idóneo, es el adecuado, reitero, cuando la arbitrariedad o ilegalidad son “manifiestas”.

A mi juicio “lo idóneo” tiene directa referencia (habida cuenta que se tratan de derechos y garantías constitucionales) con la inmediatez en el tiempo y no con el mayor debate probatorio, dado que a veces, la alternativa procesal ordinaria en el plano específico del debate en torno a la inconstitucional o no de la norma cuestionada, constituye *per se*, una clara violación del acceso a la justicia en el reclamo del justiciable.

Cuando elegimos como vía procesal los postulados del artículo 322 del CPCN, en el entendimiento que la inconstitucionalidad de la norma requiere un ámbito probatorio diferente a las limitaciones que impone el art. 43 de la CN. y sus disposiciones reglamentarias, el juez deberá resolver de oficio y como primera providencia, si corresponde el trámite pretendido por el actor, pudiendo optar por la vía sumarísima u ordinaria fuera de los casos previsto en el art. 321 del CPCN.

Sin embargo, interpreto, que cuando la acción meramente declarativa procura una declaración de inconstitucionalidad, el juez siempre debe resolver a favor de la vía sumarísima dado que se encuentran cuestionados derechos y garantías de jerarquía constitucional y no pueden quedar subordinados a una instancia dilatada.

Cuando se cuestiona una omisión que lesiona constitucionalmente un derecho reconocido, coincido con Germán Bidart Campos (Conf. “¿Hay en el orden federal acción declarativa de inconstitucionalidad?” En ED 123-323) quien sostiene que la omisión lesiva no está fundada en una norma a la que haya que declarar inconstitucional sino que la inconstitucionalidad radica en la omisión misma. Es decir, en vez de declararse inconstitucional una norma en que se funda la omisión, se podrá declarar inconstitucional a la omisión porque ésta, precisamente, constituye la lesión

4.- SOBRE LOS REQUISITOS Y LA ADMISION DE LA ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

La admisión de la acción declarativa de inconstitucionalidad impone el cumplimiento de requisitos propios de un *caso judicial*. No debe limitarse a una mera consulta sino que debe ser parte de un caso y busca precaver los efectos de un acto al que se le atribuye ilegitimidad; no debe constituir causa abstracta y debe respetarse el requisito de legitimación para accionar.

Interpreto que la acción declarativa de inconstitucionalidad no se limita a hacer cesar un estado de incertidumbre en torno a la aplicación o vigencia de una norma sino que constituye una acción directa en la que se peticiona la ineficacia de una norma que genera un daño futuro pero cierto en el actor.

El código de forma reconoce dos tipos diferentes de acciones declarativas: a) la acción declarativa de certeza dentro de la cual puede ejercerse el control constitucional, conforme al criterio adoptado por la Corte en sus últimos fallos y b) la acción declarativa de inconstitucionalidad. Ésta última debe cumplir cuatro requisitos esenciales:

- 1) Una pretensión cuyo objeto principal es la declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada;
- 2) Debe incoarse dentro de un caso judicial. No tiene carácter consultivo ni importa una indagación meramente especulativa;

3)La acción tiene por finalidad precaver las consecuencias de un acto en ciernes y simultáneamente fija las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto.

La naturaleza preventiva que algunos sectores de la doctrina judicial le adjudican, sugiere que la acción sólo es viable mientras la autoridad de aplicación no haya puesto en ejecución las normas impugnadas (Conf.“Conarpesa S.A c/ Chubut”- CSJN-Fallos 312:1003).

4)El actor debe acreditar legitimación procesal.

Ricardo Haro en “La doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la acción declarativa de inconstitucionalidad” (colaboración transcripta en “www.acaderc.org.ar), expone que la acción declarativa de inconstitucionalidad constituye unos de los institutos más novedosos que vehiculiza el control de inconstitucionalidad en el orden federal y que debe su origen al ingenioso desarrollo jurisprudencial de nuestro más alto tribunal como consecuencia del ejercicio de “un poder constituyente material.

Por su parte, Hugo Alsina (Derecho Procesal, 2da Edición, Buenos Aires, Ediar, 1956, Tomo I pag. 354, citado por Ricardo Haro) decía *“que la sentencia meramente declarativa, no requiere un estado de hecho contrario al derecho, sino que bastaba un estado de incertidumbre sobre el derecho y por eso no obliga a nada, sino que se limita a declarar o negar la existencia de una relación jurídica”*.

La pretensión declarativa persigue la certeza del derecho y la incertidumbre está motivada por la inconstitucionalidad de una norma. Son presupuestos para su procedencia, la existencia de “casos contenciosos”, “causas” o “controversia judicial” (ver artículos 116 y 117 CN y artículo 2 de la ley 27), entendiendo éstas, como aquellas que persiguen la determinación concreta de derecho debatido entre partes adversa

La declaración de inconstitucionalidad inmersa en una declaración de certeza no debe tener carácter simplemente consultivo ni importa una indagación meramente especulativa, tiene una finalidad preventiva, y no requiere la existencia del daño consumado. Así lo ha determinado la jurisprudencia imperante.

El código de forma determina los requisitos de admisibilidad (conf. art. 322 del CPCCN):

- a) la vigencia de un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica concreta y la simultánea lesión al régimen constitucional federal que afecta dicha relación jurídica discutida o incierta;
- b) el actor que promueve la acción debe tener interés jurídico personal, real, concreto, suficiente cierto e inmediato en la que la falta de certeza contagiada por la inconstitucionalidad pueda producirle un daño, perjuicio o lesión actual o inminente;
- c) que el demandante no disponga de otro medio legal para darle fin inmediato a la incertidumbre constitucional.

5.- DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS CON OTROS INSTITUTOS:

Siempre se percibió a la acción declarativa en estrecha relación con otros institutos, posiblemente por la ausencia de un procedimiento propio y frente al hecho que su objetivo no es ajeno al control de constitucionalidad difuso.

Analicemos algunos de sus aspectos, limitados a los siguientes institutos:

5.a) **El Amparo:**

La ley de facto 16.986 que introdujo el reconocimiento legal del amparo contra actos de autoridad pública, desestimaba las acciones de amparo cuando ellas requerían un pronunciamiento de inconstitucionalidad de la misma manera que sucedía hasta 1985 en las acciones declarativa. La Corte, en sus sentencias, adoptó ese temperamento.

El nuevo contenido del artículo 43 CN, después de la reforma de 1994, sumado a la naturaleza propia de la acción de amparo, consagró el reconocimiento constitucional de una garantía amplia y generosa, cuyos objetivos son aplicables a la acción declarativa de inconstitucionalidad:

- 1 – El juez debe imprimirle el trámite de proceso sumarísimo en razón del imperativo constitucional al ser “expedita y rápida”
 - 2 – No requiere reclamo administrativo previo para incoarla
 - 3 – Procede también en caso de inconstitucionalidad por omisión
 - 4 – Se puede interponer para proteger derechos individuales y de incidencia colectiva.
- En ese sentido están legitimados el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines (CSJN-Fallos 320:690).

El amparo comenzó siendo una acción excepcional en su origen pretoriano y posteriormente, legalizado, su carácter de excepción se acentuó hasta el dictado del art. 43 de la CN.

Los tribunales vacilaban en su procedencia y la tendencia era su no admisibilidad, desnaturalizando la condición de garantía, afirmada en el imperio del artículo 33 CN.

En “Video Club Dreams” (LL 1995-D,247 c/ nota de María Angélica Gelli), la SCJN afirma que la alegada existencia de otras vías procesales aptas que harían improcedente el amparo, constituye una evaluación propia del tribunal de grado y los argumentos sostenidos por la demandada no tienen entidad suficiente para *dilatar* el control de constitucionalidad que constituye la principal misión de la Corte. El fallo coloca a la garantía en su verdadero papel y “dispara” la función del poder judicial que no es otro que verificar, controlar el marco de supremacía evitando, cuando están en juego normas constitucionales, que el proceso se dilate o se extienda en el tiempo. Dicha conclusión fue uno de los vértices que la Corte había utilizado para fundar el contenido de sus sentencias en Siri y en Kot.

En 1994 con el dictado del nuevo artículo 43 de la CN, la jurisprudencia comienza a perfilarse en forma contradictoria: Admite y consiente el amparo como vía excepcional de aquellos otros que, interpretamos, el convencional constituyente ha “ordinarizado” la vía.

Pensamos que el convencional ha transformado el contenido del amparo en nuestro país y colisiona con la resistencia de muchos jueces que no han percibido ese cambio.

El art.43 CN se configura de tal modo que si se dan los presupuestos que exige el instituto (acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual e inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidos por la constitución, un tratado o una ley y no se ha producido la caducidad de la acción) la acción será procedente, salvo que existan otros medios judiciales más idóneos. Esta última circunstancia deberá acreditarla fundadamente la contraparte o en su defecto el juez.

En mi criterio, la amplitud consagrada en la norma constitucional protegiendo la tutela y reconocimiento de la norma suprema, los tratados y la ley implican que acreditado prima facie la “manifiesta arbitrariedad o ilegalidad”, la pretensión no puede ser rechazada *in limine*.

Sin embargo, para Néstor Sagües (“Manual de Derecho Constitucional”- Ed. Ediar-2002, pag. 284) y otros autores que comparten su postura, “el medio judicial más

idóneo” significa la existencia de remedios procesales que aseguren más eficazmente la protección del derecho afectado y en tal sentido se inclinan por los procesos ordinarios y/o declarativos de mayor amplitud probatoria. Para mi, “el medio judicial más idóneo” hace directa referencia a la celeridad en el procedimiento que ponga fin a la omisión o acción que manifiestamente lesiona, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad derechos y garantías reconocidos por la constitución, un tratado o una ley, teniendo en cuenta que la afectación de un derecho reconocido por las disposiciones que configuran el marco de supremacía normativa no pueden estar suspendidas *sine die*, atados a un procedimiento ordinario. La jerarquía de la norma lesionada no justifica extensos procedimientos que nos remontan en los hechos a los criterios adoptados antes de Siri.

Aquí encontramos una primera semejanza/diferencia con la acción declarativa, habida cuenta que la misma puede incursionar en el proceso sumarísimo u ordinario según el humor y la definición doctrinaria del justiciable, dada la amplia discrecionalidad que el código de forma reconoce al Juez.

Efectivamente: Existe una diferencia que se percibe en el amparo y la acción declarativa y ella esta dada por el hecho que la primera tiene establecida legalmente un procedimiento mientras que la segunda se la “*enanca*” al decir de Ricardo Haro, en el proceso tutelado por el art. 322 del CPCCN y eventualmente por vía del art. 486 de ese mismo código. De tal manera que si el criterio discrecional es a favor de admitir en la acción declarativa la vía sumarísima, la “*marcada diferencia*” , se transforma en semejanza. (ver “La doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la acción declarativa de inconstitucionalidad” -colaboración transcrita en “www.acaderc.org.ar).

Sin embargo los requisitos de admisión en la acción declarativa son menos exigentes, fundamentalmente porque la normativa cuestionada en su constitucionalidad no requiere ser “*manifiestamente arbitraria o ilegal*”, permitiendo un debate mucho más amplio que el amparo.

El plazo que determina el art. 2 inc. e) de la ley 16.986 (actual ley reglamentaria. En el Congreso mantiene estado parlamentaria un proyecto que derogaría la citada norma de facto) impone la presentación de la acción (algunos la denominan “*recurso*”) dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto impugnado fue ejecutado o debió producirse. En la acción declarativa dicho plazo se torna inexistente.

Ahora bien: cuando se intenta la acción de amparo frente a la amenaza que el dictado de una nueva norma provoca, directa o indirectamente a los derechos constitucionales del actor, existe una creciente similitud con la acción declarativa. Ambos procuran una tutela preventiva.

Frente a un supuesto en la que analizada la procedencia de los requisitos del amparo, se declara admisible el mismo, en el marco del art. 8 de la ley 16.986, la mencionada el amparo se transforma en el medio judicial más idóneo. En cambio de no cumplirse con los requisitos señalados, procederá la acción declarativa, atento que no existirá otro medio legal para poner fin al estado de incertidumbre.

En **“Provincia de Santiago del Estero c/ Gobierno Nacional”** (CSJN- Fallos 307:1379, ya citado, LL, 1986-C-117) que mencionamos en oportunidad de reseñar la “evolución” del instituto, la acción de amparo intentada por la actora, de oficio, fue “convertido” en acción declarativa. Esta doctrina y la consecuente conversión de acciones de amparo en acciones declarativas es reafirmada en **“EDESUR c/ Provincia de Buenos Aires”** (CSJN-Fallos 320:1093). El comportamiento procesal delata la semejanza que a veces insinúa el instituto.

En autos **“Asociación Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina c/ Provincia de Buenos Aires y otro”** (CSJN-Fallos 320:691) la Corte admitió que el artículo 43 de la CN reconoce legitimación a las asociaciones que propendan a la protección de derechos del usuario, consumidor e incidencia colectiva en general, conforme expresamente lo establece el segundo párrafo de la norma y a tal efecto, la Asociación actora tiene la finalidad de proteger los intereses de sus asociaciones. El tribunal sostuvo que *“la circunstancia de que la actora haya demandado por la vía prevista en el artículo 322 del CPCCN no constituye óbice para la aplicación de éste precepto, en virtud de la analogía existente entre esa acción y la del amparo”*.

“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, de aquellas que explícitamente ha admitido como medio idóneo para prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional.

“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”.

Lo expuesto remarca sin necesidad de ampliar más conceptos, que en la interpretación de la Corte, el amparo y la acción declarativa tienen más semejanzas que diferencias.

Ricardo Haro, en la obra que citamos oportunamente, grafica el “presta proceso” con la palabra “enanca” y creo que constituye todo un acierto.

5.b) **Hábeas Data**: El hábeas data encuentra reconocimiento constitucional en el mencionado artículo 43 de la CN y legalmente en la ley 25.326. Constituye un subtipo de amparo en la que requiere para su procedencia una intimación previa. En dicho requisito ausente en la acción declarativa dada su finalidad preventiva, surge la primera diferencia.

El hábeas data persigue proteger a los particulares de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean estos públicos o privados, destinados a dar informes para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre.

El almacenamiento de información en un banco de datos público o privado destinado a proveer informes puede generar incertidumbre sobre su constitucionalidad, sobretodo si afecta los llamados “datos sensibles”. Es aquí donde aparece el punto de contacto entre el hábeas data y la acción declarativa de inconstitucionalidad.

Sin perjuicio de considerar al hábeas data como una subespecie de amparo, para su admisión no se torna aplicable el requisito de “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta” que es de la esencia del amparo, por lo que adoptar una u otra vía es una opción influida decididamente por el propósito principal de la pretensión.

Si la acción persigue la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de los datos no existe lugar a duda que el hábeas data es la garantía correspondiente. Si el requerimiento persigue la inconstitucionalidad preventiva de alguna norma contenida en un tratado o en una ley que interfiere, en consecuencia, con la protección del derecho al honor y la intimidad, la vía de la acción declarativa se torna el medio judicial más idóneo.

Es interesante subrayar que la propia Corte admite que el pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma importa el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, de aquellas que explícitamente ha admitido la jurisprudencia como medio idóneo --ya sea bajo la forma de amparo, la acción de mera certeza o el juicio

sumario en materia constitucional-- para prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional.

5.c) **Medidas Autosatisfactivas**: Ambos se presentan como pretensiones que no son tributarios de la existencia de otro procedimiento. En realidad, conforme lo reconoce y admite la doctrina, en cierta forma son subsidiarios de otros medios de tutela.

La acción de constitucionalidad se limita a declarar que una norma se conforma o no a la constitución y en éste caso, se afirma su ineficacia. En la medida autosatisfactiva se impone una conducta de hacer, no hacer o dar.

Si bien el art. 322 del CPCCN admite la tramitación de un procedimiento sumarísimo que ingresa dentro de la discrecionalidad judicial, su utilización se reserva a tramitaciones que permiten un determinado marco de debate. En la medida autosatisfactiva la urgencia constituye la esencia del instituto y ello reduce notablemente el margen de debate admitiendo incluso decisiones inaudita parte con posterior participación del pretendido. Mientras la acción de inconstitucionalidad se inicia frente a la duda que suscita la concordancia de una norma con la constitución la medida autosatisfactiva requiere la presencia de una fuerte verosimilitud del derecho, un gran peligro en la demora y la consecuente necesidad de resolver inmediatamente sin ingresar en el control inmediato de la constitucionalidad.

Las decisiones recaídas en los procesos declarativos de inconstitucionalidad son definitivos y no requieren la prestación de contracautela, en cambio las decisiones recaídas en las medidas autosatisfactivas son provisorias permitiendo un debate ulterior sobre el mismo tema exigiendo, dado el carácter de inaudita parte, contracautela para su otorgamiento.

6.- LA ACCION DECLARATIVA EN EL AMBITO DEL DERECHO PROVINCIAL Y LA CIUDAD AUTONOMA:

El control en el derecho público provincial:

Partimos de la premisa que el desarrollo de la acción declarativa de inconstitucionalidad en el ámbito del derecho público provincial excede a la presente colaboración. Nos vamos a limitar, en consecuencia a citar algunas referencias indicando la naturaleza a la que adscriben:

En el derecho público provincial se han dado respuestas diferentes al control por vía de acción. Algunas constituciones provinciales han omitido su regulación, supeditando su ejercicio al reconocimiento *legal o a la aplicación de la doctrina de la Corte Nacional* basado en el art. 322 del CPCCN o remitiéndose la regulación de los Códigos de forma en los que expresamente se contemplan las acciones declarativas.

Otras provincias han contemplado la acción directa de inconstitucionalidad, reservando su promoción para *el afectado legitimado*.

Por fin un tercer grupo ha consagrado la acción directa sin exigir la afectación dejando en manos de la legislación provincial o de la interpretación judicial una suerte de acción popular.

En la **provincia de Santa Fe** la acción mere declarativa de inconstitucionalidad tiene sustento en el artículo 1, 2do. Párrafo del CPCC que expresamente consigna “*deberá actuar aun en los casos que no exista una lesión actual, cuando la incertidumbre respecto de una relación jurídica, de sus modalidades o de su interpretación cause un perjuicio a quien tenga interés legítimo en hacerla cesar*”.

El código procesal santafecino reconoce su procedencia aún cuando existan otro tipo de acciones siempre que se den las siguientes condiciones:

- a) existencia de una relación jurídica;
- b) estado de incertidumbre;
- c) legitimación activa y pasiva de las partes y
- d) existencia de caso judicial.

La **provincia de Buenos Aires** al igual que la **provincia de Córdoba**, sus constituciones adscriben al segundo grupo que admiten expresamente el control por vía de acción pero imponen que debe ser tramitado en un caso judicial.

El art. 161 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires dice: “*La suprema corte de justicia tiene las siguientes atribuciones: 1) ejerce jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos ordenanzas o reglamentos que estatuyen sobre materia regida por esta constitución y se controvierta por parte interesada*”.

Por su parte, el art. 165 de la constitución de la provincia de Córdoba 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 controvierta en caso concreto por parte interesada.”

De la misma manera se pronuncian las constituciones de **Formosa, Río Negro, Mendoza, San Juan, Chubut, Tierra del Fuego.**

El Estatuto de la ciudad de Buenos Aires regula la acción directa sin exigir afectación diferenciada.

El art. 113 establece como competencia del Tribunal Superior de Justicia:

“2) originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la valides de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o 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. 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 y por el tribunal superior”. (Ver Toricelli, Maximiliano. Obra citada. pag. 322 y 323).

Por su parte la **Constitución Salteña** se aparta notablemente del modelo nacional y de algunas constituciones y/o regulaciones provinciales al disponer en su artículo 92:

“todo habitante puede interponer la acción popular directa para que se declare la inconstitucionalidad de una norma de alcance general contraria a la constitución. Los firmantes de una demanda manifiestamente improcedente son sancionados de acuerdo a la ley”.

Por su parte el art. 153 de la citada constitución dispone:

“la Corte de Justicia sin perjuicio de las demás que le confiere la ley conforme a sus funciones y jerarquía, tiene las siguientes atribuciones y competencias: II.- le compete conocer y decidir en forma originaria: a) las acciones sobre inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución.”

Consagra una legitimación amplia en la que no exige la condición de “afectado” directo para promoverla, en la procura de impulsar el control judicial de la norma que se juzgue lesiva por contradictoria con la constitución.

7.- LAS RECIENTES RESOLUCIONES DE LA CSJN :

Hemos tomado como objeto de nuestra investigación, fallos de la CSJN resueltos durante el año 2008 y otros muy recientes, que han sido publicados en la página de la Corte.

Es interesante visualizar en el contenido de las siguientes sentencias, la interpretación que ha adoptado la composición del tribunal como finiquito de la evolución a la fecha:

En **"Línea Expreso Liniers Sociedad Anónima Industrial y Comercial c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Acción Declarativa"**, la SCJN, el 19 de Febrero de 2008 (L. 279 XXXV, publicado en "www.csjn.gov.ar"), resolvió rechazar la acción declarativa tendiente a obtener la inconstitucionalidad del impuesto sobre los ingresos brutos que se pretende aplicar sobre la actividad de transporte interjurisdiccional que desarrolla la actora, *"toda vez que los actos voluntarios emanados de ésta, consistentes en su inscripción en la Dirección General de Rentas provincial como contribuyente de ese impuesto y su acogimiento a diversos regímenes de regularización de deudas, denotan que no se configura un caso en que se verifique un "estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica" que "pudiera producir un perjuicio o lesión actual del actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente"* —art. 322 del Cód. Procesal—.

El dictamen de la Procuradora Fiscal de la Nación, comienza por analizar si la demanda cumple con los requisitos que el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece como condicionantes de la posibilidad de entablar acciones meramente declarativas (CSJN-Fallos: 304:310 y su cita). Al respecto, expone, que, siempre que la cuestión no tenga un carácter simplemente consultivo ni importe una indagación meramente especulativa, sino que responda a un caso y busque precaver los efectos de un acto en ciernes, al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, *"la acción declarativa constituye un recaudo apto para intentar que se eviten los eventuales perjuicios que se denuncian"* (CSJN-Fallos: 318:2374, cons. 5, entre muchos otros).

Concluye, sobre la base de tales criterios, que no se configuran en el proceso los requisitos que habilitan la admisión de la acción meramente declarativa intentada en

razón que son actos voluntarios emanados por la actora que denotan, claramente, que *no se configura, con relación al tributo provincial cuestionado, un caso en que se verifique un "estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica" que "pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente"* (art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) de modo que se procure precaver por esta vía los efectos de un "acto en ciernes" al que se le atribuye ilegitimidad y lesión del régimen constitucional (CSJN-Fallos: 328:1791, criterio reiterado en E. 223, L. XXXV "Empresa Ciudad de Gualeguaychú Sociedad de Responsabilidad Limitada c/ Entre Ríos, Provincia de s/ acción declarativa", sentencia del 13 de septiembre de 2005).

La demanda se rechaza en razón de interpretar que la pretensión no constituye "causa" o "caso contencioso" que permita la intervención del Poder Judicial de la Nación (Fallos: 319:2642, entre otros).

Los Ministros de la Corte señalan que la actora tiene por objeto dilucidar el estado de falta de certeza en que dice encontrarse frente a la pretensión provincial de gravar con el impuesto sobre los ingresos brutos a la actividad del transporte interjurisdiccional que desarrolla, constituyendo sus actos, manifestaciones voluntarias que denotan, claramente, que no se configura, con relación al impuesto provincial cuestionado, un caso en que se verifique un "estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica" que "pudiera producir un perjuicio o lesión actual del actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente" (art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) de modo que se procure precaver por esta vía los efectos de un "acto en ciernes" al que se le atribuye ilegitimidad y lesión del régimen constitucional (CSJN-Fallos: 328:1791 y 3356).

El fallo es un "retorno" a los argumentos vertidos en numerosas sentencias después de "Gomer", en la que se rechaza toda aquella pretensión que tenga un carácter simplemente consultivo o importe una indagación meramente especulativa. La acción para que prospere su tratamiento, debe responder a un caso que busque precaver los efectos de un acto en ciernes, al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal.

En ese marco, la Corte revalida su criterio: “*la acción declarativa constituye un recaudo apto para intentar que se eviten los eventuales perjuicios que se denuncian*” (CSJN-Fallos: 318:2374)

En “***Provincia de Río Negro c/ A.F.I.P. (Dirección General de Aduanas) s/ Acción Declarativa*** (Fallo 2008- R.129.- XLII., publicado en www.csjn.gov.ar), el 04/03/2008, la actora promueve acción declarativa en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General de Aduanas, a fin de obtener que se la declare única y exclusiva importadora de la mercadería documentada en los "despachos de importación" 065-2-94 y 066-9-94 de locomotoras diesel y eléctricas, coches de pasajeros y repuestos provenientes de España y se excluya al Instituto de Desarrollo del Valle Inferior (IDEVI) de esa condición; calidad que la aduana erróneamente le atribuye al no valorar que esos despachos no fueron suscriptos por un representante del mencionado instituto.

Se solicita, asimismo, que se declare prescripta la acción de la Dirección General de Aduanas para exigirle a la Provincia de Río Negro el pago de los derechos de importación devengados como consecuencia de los referidos despachos. Señala que la procedencia de la acción se justifica por el hecho que, en la aduana, las operaciones de importación fueron documentadas por el IDEVI., y por "cuenta y orden" de la Provincia de Río Negro, cuando en realidad fueron actos exclusivos por esta, sin ninguna participación de aquel.

Como consecuencia de esa situación, la Aduana de San Antonio Oeste promovió ejecución fiscal exclusivamente contra el IDEVI., la que se sustanció en el Juzgado Federal de Viedma, y en la cual el ejecutado planteó su falta de legitimación pasiva y una acción autónoma de nulidad, que fueron desestimadas.

El Procurador Fiscal subrogante sostuvo que la causa es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y que en consecuencia, corresponde la intervención del Tribunal.

Los Ministros se remiten a los precedentes de la Corte en la materia y al respecto afirman y reiteran que la acción declarativa de certeza debe responder a un "*caso*", ya que dicho procedimiento no tiene carácter simplemente consultivo, ni importa una indagación meramente especulativa. En efecto, la acción debe tener por finalidad precaver las consecuencias de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión

al régimen constitucional federal y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto (CSJN-Fallos: 307:1379; 311:421, entre muchos otros).

En tal sentido, para considerar configurado un caso que pueda ser resuelto por el Poder Judicial de la Nación, se ha exigido:

- a) actividad administrativa que afecte un interés legítimo;
- b) que el grado de afectación sea suficientemente directo;
- c) que aquella actividad tenga concreción bastante (CSJN-Fallos: 307:1379; 325:474, entre muchos otros).

La existencia de "caso", "causa" o "asunto" presupone como surge del propio artículo 116 de la Ley Fundamental la de "parte", para lo cual, para la Corte, resulta necesario determinar si hay un nexo lógico entre el status afirmado por el litigante y el reclamo que se procura satisfacer. Es decir, la "parte" debe demostrar que los agravios alegados la afectan de forma "suficientemente directa", o "sustancial", esto es, que posean "suficiente concreción e inmediatez" para poder procurar dicho proceso (CSJN-Fallos: 306:1125; 308:2147; 310:606; 322:528, 326:1999; 328:2429, entre otros).

Asimismo, en ese contexto, el ejercicio de la función jurisdiccional requiere que los litigantes demuestren la existencia de un perjuicio y la afectación de un interés jurídicamente protegido de orden personal, particularizado, concreto y además susceptible de tratamiento judicial (CSJN-Fallos: 326:1007).

La acción intentada resulta para la Corte inadmisibles dado que no se ha demostrado la existencia de actividad alguna por parte del poder administrador, respecto del Estado provincial, que pueda configurar para éste un estado de incertidumbre sobre la existencia y alcance de la relación jurídica derivada de las operaciones de importación descritas en la demanda y esas mismas constancias evidencian que tampoco está afectado un interés directo o propio de la provincia, dado que la pretensión tiene como único propósito excluir de la relación jurídica en cuestión al Instituto de Desarrollo Económico del Valle Inferior, que es un organismo autárquico con personalidad jurídica propia (artículo 33, Código Civil) y, por ende, con capacidad para estar en juicio en defensa de sus derechos.

En autos ***“Empresa de Transportes Microómnibus Saenz Peña S.R.L c/ Provincia de Buenos Aires s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”*** (E. 158.XXXIX- publicado en www.csjn.gov.ar), la CSJN, en el mes de Marzo de 2008 admite la acción declarativa en el entendimiento de la existencia de “causa”.

La actora inició acción declarativa en los términos del artículo 322 del CPCCN contra la provincia de Buenos Aires con el objeto que se declare la inconstitucionalidad del impuesto de sellos que la demandada pretende aplicarle sobre el permiso de explotación otorgado por la Secretaría de Transporte del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación el 11/12/1997, para efectuar el servicio público de transporte interjurisdiccional de pasajeros y anexos.

La demandada niega la existencia de un estado de incertidumbre, pues considera que la actora posee suficiente certeza de su obligación de pago. Agrega que en los procedimientos de revisión establecidos por la legislación local o incluso la vía de apremio y su juicio ordinario posterior, resulta aptos para debatir el tema, lo cual excluye la prevista por el artículo 322 del código citado.

La Corte admite en sus “considerandos” que la demanda cumple con los requisitos del código de forma (conf. art. 322 del CPCCN), argumentando que en fallos precedentes se ha sostenido *“que siempre que la cuestión no tenga un carácter simplemente consultivo ni importe una indagación meramente especulativa, sino que responda a un caso que busque precaver los efectos de un acto al que se le atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, la acción declarativa constituye un recaudo apto para evitar los eventuales perjuicios que se denuncian”* (CSJN-Fallos 318:2374, considerando 5to; 326:4774; 304:310 y su cita; 307:1379; 310:606 y 325:474).

En el mencionado fallo la Suprema Corte interpreta “que la vía intentada resulta procedente ante la pretensión de la demandante de obtener la declaración de inconstitucionalidad del impuesto de sellos sobre el permiso de concesión otorgado y de lo que resulta de la actividad explícita de la Dirección Provincial de Rentas de la provincia de Buenos Aires, actividad que sumió a la actora en un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica, toda vez que *“se han configurado los presupuesto de hecho sobre los que se apoya la declaración acerca de la existencia o inexistencia del derecho discutido, 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 hecho hipotético”*.

En autos ***“Provincia de Río Negro c/ Estado Nacional s/ Amparo”*** (R.1858. XXXVIII, publicado en “www.csjn.gov.ar”), la CSJN, rechaza por voto mayoritario:

a) la legitimación de la actora, aduciendo que los invocados derechos de los ahorristas, no autoriza la intervención de las autoridades provinciales en los términos del segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional pues, en primer lugar, no se trata de derechos de incidencia colectiva, ni tampoco las autoridades provinciales resultan legitimadas activas de acuerdo al texto constitucional que sólo menciona al afectado, el Defensor del Pueblo, y las asociaciones que propendan a los fines indicados en la norma, sin que se haya alegado siquiera que las provincias o sus gobiernos constituyan una de esas asociaciones (CSJN-Fallos: 324:2381). Asimismo, se afirma, que en el ámbito federal, no resultan de aplicación disposiciones procesales provinciales de las que pudiera derivarse una conclusión diversa por cuanto, de lo contrario la jurisdicción originaria de esta Corte no tendría por base la regla uniforme del interés general de una provincia en el resultado de sus respectivos juicios, y estaría subordinada a las leyes diversas y variables a que deben su origen las instituciones provinciales, cuyo funcionamiento y conflictos posibles no afectan el orden federal en los términos taxativamente establecidos por los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional (CSJN-Fallos: 100:65) y

b) descarta que se trate de un interés directo de la provincia, por lo que concluye que la demanda es ajena a la competencia originaria.

Efectivamente: No se limita a rechazar la legitimación invocada, sino que rechaza la competencia originaria de la Corte, en el entendimiento que *“la sola enunciación de que por vía refleja se tiende a garantizar los derechos conculcados a los ciudadanos rionegrinos alcanzados por los efectos del decreto de necesidad y urgencia, descarta que se trate de un interés directo de la provincia que la transforme en parte sustancial, por lo que lleva a concluir que la demanda es ajena a la competencia originaria pues no obstante haber sido iniciada por una provincia contra el Estado Nacional, aquélla no es parte sustancial en el pleito por no ser titular de ninguno de los derechos pretendidamente conculcados por el decreto cuestionado.* Firman la sentencia, los Ministros Julio s. Nazareno - Eduardo Moline O'connor - Carlos s. Fayt - Augusto Cesar Belluscio -Antonio Boggiano (en disidencia)- Guillermo A. F. Lopez - Adolfo Roberto Vazquez.

En dichos autos, Pablo Verani, en su condición de Gobernador de la Provincia de Río Negro y Sergio Gustavo Ceci, como Fiscal de Estado, quienes invocan la defensa de los intereses de la provincia y de los habitantes rionegrinos usuarios del servicio bancario, deducen acción de amparo, con fundamento en los artículos 42 y 43 de la Constitución

Nacional, en la ley 16.986 y en el artículo 43 de la Constitución local, contra el Estado Nacional, a fin de obtener *la declaración de inconstitucionalidad* del decreto 1316/02 - de necesidad y urgencia- del Poder Ejecutivo Nacional. Cuestionan dicha norma, en cuanto dispone que se suspenda la ejecución de las medidas cautelares y sentencias definitivas dictadas en los procesos judiciales a los que se refiere la ley 25.587 en su artículo 1, sometiéndolas a un nuevo procedimiento y/o mecanismo de cobro, lo cual lesiona, restringe, altera o amenaza, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta -a su entender- derechos y garantías reconocidos a la provincia y a sus habitantes en los artículos 1, 5, 14, 16, 17, 19, 28, 31, 42, 43, 54, 75 (incisos 6, 7 y 22), 76, 109, 121, 122 y concordantes de la Constitución Nacional, en el artículo 12 inciso 1 de la constitución provincial y en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.

La actora sostuvo que el decreto que impugnan, vulnera expresamente el principio de la garantía federal y la supremacía de la Ley Fundamental, impidiendo el ejercicio de facultades provinciales propias, viola el sistema republicano de gobierno y la división de poderes, al arrogarse el Poder Ejecutivo funciones inherentes a los jueces, careciendo asimismo la excepcional vía del decreto de necesidad y urgencia, facultades reservadas al Congreso de la Nación.

En síntesis, afirman que lesiona los principios de legalidad, razonabilidad, igualdad y acceso a la justicia y que resulta arbitrario, irrazonable y, por ende, inconstitucional, que en los casos de excepción previstos en el artículo 1 de la ley 25.587, fundados en razones de edad -75 o más años- o que pongan en riesgo la vida, la salud o integridad física de las personas, la ejecución de las medidas cautelares o de las sentencias estimatorias de la pretensión deban ahora tramitar ante el Banco Central de la República Argentina, quien cumplirá los mandatos judiciales con cargo y por cuenta y orden de las entidades financieras obligadas (artículo 3 del decreto en crisis).

Es interesante señalar, que en la causa que nos ocupa, la Provincia de Río Negro, solicita *“para el eventual caso de que el Tribunal no considere viable esta vía de amparo, que se encause la pretensión como acción declarativa, en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, participando de la analogía que hemos expuesto precedentemente, que ha sido avalada por la Corte.*

Era necesario introducir la decisión del voto mayoritario y sus fundamentos para entender la disidencia del Señor Ministro Doctor Antonio Boggiano, el que, a la par que

sostiene la competencia originaria de la Corte, prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, justifica el procedimiento de amparo y la vía alternativa propuesta por la actora como conveniente para resolver la cuestión traída a juicio:

“...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 (CSJN-Fallos: 313:1062). Sin embargo, en el caso, las cuestiones planteadas no pueden ser subsumidas en la vía propuesta, ya que no parecen compatibles con los presupuestos que deben configurarse para que resulten aplicables los mecanismos procesales previstos en la ley citada. La acción declarativa del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que, al igual que el amparo, tiene una finalidad preventiva, es el procedimiento que resulta plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora (arg. Fallos: 307:1379; 316:2855; 320:1093). A esos efectos también se tiene en cuenta que es la propia interesada quien solicita que se encauce la pretensión por el trámite antedicho si el Tribunal no considera apropiado el del amparo ...” (el subrayado es mío).

Boggiano sostiene en su voto de minoría, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que corresponde imprimir a la citada causa el trámite del proceso sumarísimo regulado por el artículo 498 del código citado, ordenando traslado de la demanda al Estado Nacional por el término de cinco días.

En **“T.S.R. Time Sharing Resorts SA C/ Provincia de Neuquén s/ Amparo** (T. 667.XL-publicado en www.csjn.gov.ar), La SCJN rechaza la pretensión de la actora *in limine*, en el entendimiento que se torna inadmisibles en instancia originaria tratar y resolver fundadamente la pretensión de inconstitucionalidad que se introduce.

El actor, en su carácter de titular de dominio sobre un inmueble ubicado en el Parque Nacional Lanín, promueve una acción de amparo contra la Dirección General de Rentas de la Provincia del Neuquén, por intimaciones al pago de diversos impuestos inmobiliario e ingresos brutos y la simultánea aplicación de multas. Considera que dicha pretensión tributaria viola lo dispuesto en la ley 22.351, en el artículo 75, inciso 30, de la Constitución Nacional, y afecta el derecho de propiedad también reconocido en la Ley Fundamental.

Se relata, en la pretensión, que en la finca señalada explota un complejo turístico con unidades de alojamiento y servicios complementarios, denominado "Paihuen", el cual le fue adjudicado en propiedad con el destino indicado al que califica como "fin superior de utilidad pública federal" mediante un procedimiento de licitación pública realizado por la Administración de Parques Nacionales (APN) e indica que la provincia carece de la facultad de exigir tributos de esa naturaleza sobre bienes situados o actividades desarrolladas en un establecimiento de utilidad nacional, en tanto esa imposición interfiere en el cumplimiento de los fines específicos de creación del Parque Nacional Lanín, dentro del cual se ubica el complejo turístico de propiedad de la demandante.

El tribunal analiza en primer término, si el carácter excepcional de la acción de amparo debe ser atendido. En ese orden de cosas, verifica el Tribunal que en la causa no aparece nítida en la especie una lesión cierta o ineludible causada por la autoridad con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, en tanto el asunto versa sobre una materia opinable que exige una mayor amplitud de debate o de prueba para la determinación de la eventual invalidez del acto (CSJN-Fallos: 303:422). Si bien la ley de amparo 16.986 no es excluyente de las cuestiones que requieren trámites probatorios, descarta a aquellas que son complejas o de difícil acreditación y que, por esa razón, exigen un aporte mayor de elementos de juicio que no pueden producirse en el breve trámite previsto en la reglamentación legal (CSJN-Fallos: 307:178).

La Corte sostiene que la doctrina sobre el alcance de la acción de amparo y su carácter de vía procesal de excepción no ha sido alterada, sin más, por la inclusión en la reforma constitucional de 1994. El artículo 43 CN al disponer que *"toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo"* mantiene el criterio de excluir la acción cuando por las circunstancias del caso concreto, se requiere mayor debate y prueba, y por tanto no se da el requisito de *"arbitrariedad o ilegalidad manifiesta"* en la afectación de los derechos y garantías constitucionales, requisitos cuya demostración es imprescindible para la procedencia de aquella (CSJN-Fallos: 319:2955 y 323:1825, entre otros).

En efecto, de acuerdo con el derecho que invoca la demandante el Tribunal debería, a fin de dictar un pronunciamiento fundado como lo imponen el artículo 18 de la Constitución Nacional y las disposiciones reglamentarias del ordenamiento procesal (arts. 34, inc. 4º, 162 inc. 2º, y 163, inc. 5º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), determinar si los impuestos sobre los ingresos brutos e inmobiliario interfieren efectivamente con la satisfacción del propósito de interés público

característico de un establecimiento de utilidad nacional, extremo que requeriría la producción de la respectiva prueba.

Y al respecto debe recordarse que, sobre la base de que los establecimientos de esta naturaleza no cuentan con inmunidad absoluta ante la potestad de imposición general que corresponde a las provincias, el tradicional precedente de CSJN-Fallos: 137:212 dejó bien en claro el carácter preponderante de la prueba para los asuntos en que se ventilen planteos como el que se pretende introducir en este proceso, al sostener que de la consideración de las circunstancias de hecho "...ha de derivar el concepto jurídico con que habrá de decidirse si existe o no entre las leyes de referencia la incompatibilidad alegada...".

En este orden de ideas cabe señalar que la Corte ha desestimado, inclusive, demandas declarativas después de realizar el escrutinio de una circunstancia de índole análoga a la que se postula, esto es, el examen del modo en que el ejercicio de los poderes locales impide, perturba o entorpece los fines federales antes mencionados (CSJN-Fallos: 322:2598), en la inteligencia de que la utilidad nacional asignada a una actividad no autoriza sin más a concluir que la Nación atraiga toda potestad de manera exclusiva o excluyente, y, por ende, de que es necesario para el contribuyente demostrar de qué manera la pretensión impositiva local frustraría, por su incompatibilidad, el fin asignado.

El fallo ha sido firmado por los Ministros Ricardo Luis Lorenzetti (según su voto) – Elena I. Highton de Nolasco – Carlos S. Fayt (en disidencia) – Enrique Santiago Petracchi (en disidencia) – Juan Carlos Maqueda (según su voto) – E. Raúl Zaffaroni (en disidencia) – Carmen M. Argibay .

En el análisis de los votos de quienes han fundado individualmente sus argumentos y aquellos que han disentido con la mayoría, traducen y delatan un perfil que comienza a insinuarse en la SCJN.

El Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, que coincide con el voto mayoritario, se detiene en dos aspectos que juzga relevantes en el caso: a) El estándar de excepcionalidad y b) El estándar de idoneidad.

El primero establece que si existe una vía procesal alternativa, el amparo no es procedente. La doctrina de los precedentes de esta Corte, dice, ha sido clara al respecto: a) la existencia de una vía legal ordinaria para la protección de los derechos que se dicen lesionados excluye, en principio, la acción de amparo (CSJN-Fallos: 269:187; 270:176);

- b) quien solicita protección judicial deberá acreditar la inoperancia de las vías procesales comunes a fin de reparar el perjuicio invocado (CSJN-Fallos: 263: 371) porque se torna abstracta o tardía la efectividad de las garantías constitucionales (CSJN-Fallos: 323:2519);
- c) el amparo es admisible si aparece manifiesto el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos judiciales ordinarios (CSJN-Fallos: 280:228; 294: 152; 299:417; 303:811; 307:444; 308:155; 311:208);
- d) este análisis debe hacerse en cada caso y conforme a las circunstancias particulares que se presentan (CSJN-Fallos: 318:1154);
- e) los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia a fin de no decidir, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate (CSJN-Fallos: 241:291).

La finalidad de esta interpretación ha sido evitar la desnaturalización de una vía que se ha considerado excepcional dentro de las acciones procesales ordinarias disponibles para la protección de los derechos.

El segundo aspecto que desarrolla el Dr. Lorenzetti ha afirmado que el estándar de la idoneidad, incorporado con la reforma del artículo 43 de la Constitución Nacional, no tiene por finalidad evitar la desnaturalización de una vía procesal, sino de un derecho tutelado de un modo especial. Cuando se trata de derechos fundamentales protegidos de tal modo en la Constitución o en tratados internacionales, *“toda interpretación debe estar guiada por la finalidad de lograr una tutela efectiva, lo que se presenta como una prioridad cuando la distancia entre lo declarado y la aplicación efectiva perturba al ciudadano común”*, coincidiendo con lo expuesto precedentemente sobre la naturaleza del amparo y su finalidad garantista..

Conforme con esta finalidad, la Constitución Nacional regula el amparo como un instrumento propio de la jurisdicción que ella crea y como una garantía, confiriéndole autonomía típica a un proceso de carácter urgente. *De tal modo, dentro del derecho procesal constitucional el amparo constituye un instrumento que es presuntivamente el más idóneo toda vez que se trate de la tutela de un derecho fundamental.*

Por aplicación de este segundo criterio, pueden existir casos en los que el transcurso del tiempo propio de la vía ordinaria conduce a una grave e irreversible afectación del derecho, y por ello el amparo es admisible aun cuando exista otra vía alternativa (C.1526.XLI. "Clínica de la Merced c/ Asociación de Clínicas y Sanatorios Privados de

la Provincia de Salta s/ amparo", sentencia del 7 de noviembre de 2006, voto del juez Lorenzetti).

En este sentido, la acción examinada en autos no cumple con ninguno de los dos aspectos señalados. Si se controvierte la potestad tributaria provincial con sustento en que vulnera lo dispuesto por el art. 75, inc. 30, de la Constitución Nacional es imprescindible demostrar de qué manera tal pretensión impositiva local frustraría, por su incompatibilidad, el fin nacional (CSJN-Fallos: 322:2598), de modo que se trata de una materia que regularmente debe ser planteada por las vías ordinarias. Lo contrario significaría desnaturalizar la vía excepcionalísima del amparo, haciendo extensivo un proceso de tutela a supuestos para los que no ha sido previsto. Tampoco ha demostrado la actora la inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado. El estándar de la idoneidad conduce al mismo resultado. Cabe señalar que para alegar la garantía del amparo no es suficiente con la invocación de derechos fundamentales en forma genérica, pues, de ser así, toda actividad humana estaría comprendida en esa categoría. Por el contrario, es necesario aportar evidencia clara y directa sobre la existencia de la idoneidad requerida por la Constitución.

El Ministro Doctor Juan Carlos Maqueda, quien coincide con el voto mayoritario, según su voto, sostiene que resulta indispensable para la admisión del remedio excepcional y sumarísimo del amparo que quien solicita protección judicial acredite, en debida forma, la inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado (CSJN-Fallos: 274:13, considerando 3º; 283:335; 300:123), circunstancia que no encuentra acreditada en autos.

Los Ministros Carlos Fayt, Enrique Santiago Petracchi y Raún Zaffaroni, exponen los argumentos de los votos en disidencia. Parten de aseverar que se está frente a una postulación que no tiene carácter consultivo ni importa una indagación meramente especulativa, sino que responde a un "*caso*" y busca precaver los efectos de actos en ciernes a los que se atribuye ilegitimidad y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto, extremos que "*aconsejan subsumir la cuestión por la vía prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*"

En efecto, la acción de amparo, de manera general, dicen lo Ministros, es procedente en los litigios alcanzados por la competencia originaria porque de otro modo en tales controversias quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el art. 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16.986. Sin

embargo, en el caso en análisis, no se configuran las circunstancias que justifican un trámite de esas características, toda vez que el *thema decidendum* radica en determinar si la provincia demandada puede gravar o no los bienes e ingresos de propiedad de la actora, materia que, en las circunstancias del caso, exige un marco de debate y prueba que no es compatible con los mecanismos procesales previstos en la ley 16.986 (CSJN-Fallos: 307:1379; 316:2855; 323:1849 y 2107; 325:3525; 326:2254; 327:3852), por lo que sostienen que resulta procedente *“Correr traslado de la demanda interpuesta, que se sustanciará por la vía del proceso ordinario, contra la Provincia del Neuquén por el plazo de 60 días (art. 338 del código citado). Para su comunicación al gobernador y al Fiscal de Estado librese oficio al juez federal...”*.

Conforme observamos, los votos en disidencia expresamente transforman o convierten la acción de amparo intentada por la actora en acción declarativa, ordenando correr traslado de la demanda, adoptando el proceso ordinario y por sesenta días.

Esa modalidad no es novedosa. Por el contrario, la Corte ha acudido a consagrar ese temperamento en varias oportunidades, procurando ejercer y no omitir, el control de constitucionalidad.

Los fallos que hemos comentado y que, publicados en la web de la CSJN, definen la orientación actual que el Tribunal Supremo sustenta.

Participando de que la acción debe cumplir un requisito esencial para su validez, es decir, la existencia de “causa”, sostiene que el procedimiento del art.322 del CPCCN es el medio eficaz para impulsar la declaración de inconstitucionalidad. Ahora bien, si la inconstitucionalidad por acción u omisión aparece como consecuencia de una conducta por acción o por omisión, el procedimiento del amparo puede constituir el medio eficaz para resolverlo, en tanto y en cuanto, la lesión de un derecho con jerarquía constitucional habilita utilizar mecanismos de tutela que eviten la dilación en el tiempo de derechos esenciales.

8.- CONCLUSIONES:

La mayoría de la doctrina distingue entre: a) la acción declarativa de certeza con ejercicio del control constitucional; b) la acción declarativa directa de inconstitucionalidad; c) la acción pura de inconstitucionalidad y d) la acción popular.

En el derecho público provincial cada una de las acciones tiene reconocimiento en las diferentes disposiciones constitucionales y/o legales, algunas de las cuales, hemos sintetizado más arriba.

En los dos primeros supuestos indicados ut supra, existe caso judicial, es decir, una litis controversial que constituye el requisito primario para que el tribunal pueda intervenir en la solución de la acción interpuesta.

La Corte ha sostenido y conforme a los últimos fallos, se ha reiterado, que frente a meras consultas, el Poder Judicial no interviene y corresponde rechazar *in limine* la pretensión esgrimida.

En la acción declarativa se requiere una determinada legitimación para accionar y debe alegarse y probar la existencia de un daño futuro, cierto, pero no consumado todavía.

La diferencia entre la acción mere declarativa y la de inconstitucionalidad, radica en el objeto, ya que mientras la acción declarativa de mera certeza pretende despejar una incertidumbre sobre una relación jurídica, en la acción directa se demanda como único y directo objeto de la acción, la declaración de inconstitucionalidad de una norma.

En el tercer supuesto, es decir, la acción pura de inconstitucionalidad hay ausencia del caso judicial, el control es abstracto y la norma es juzgada fuera de todo contexto fáctico. Es una acción consultiva. Conforme se trata de una mera consulta, el Tribunal Federal ha sostenido su improcedencia por inexistencia de caso judicial.

En la acción popular la norma se juzga fuera de todo contexto fáctico a pedido de cualquiera, alcanzado por la norma que impugna o no. Permite a cualquier habitante impulsar el procedimiento de control de constitucionalidad aun sin estar afectado directamente por la norma que impugna. Su regulación es ajena al ámbito federal y esta presente en algunas constituciones provinciales.

La Corte ha reconocido la acción directa de inconstitucionalidad, la cual no está tipificada expresamente por el art. 322 del CPCCN, pero toma esta disposición como referencia para exigir la concurrencia de los requisitos del caso o controversia.

Evidentemente, para que la acción declarativa tenga cabida debe haber *caso judicial* y al respecto los precedentes que hemos comentado, vienen sosteniendo que dicha acción declarativa tiene por finalidad:

- a) precaver las consecuencias de un acto en ciernes al que se le atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal y
- b) fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto.

No existe incertidumbre como en la acción declarativa de certeza propiamente dicha, pero debe cumplirse con los recaudos de la existencia de causa.

Existe una marcada evolución que Alberto Bianchi (BIANCHI, ALBERTO B. “De la acción declarativa de certeza a la acción declarativa de inconstitucionalidad - la conversión del caso federal en caso judicial, en ED, suplemento de derecho constitucional 22/07/2001), define como *“un nuevo corrimiento de los límites del caso judicial, pero no al extremo de producir una decisión basada en una conjetura o hipótesis abstracta, carente de un sustento fáctico”*.

Este proceso evolutivo en la interpretación de la Corte hacia un control más amplio y flexible tiene proporciones no solo cuantitativas sino cualitativas. En efecto, hasta hace pocos años la cuestión constitucional carecía de entidad suficiente para constituir *per se* una controversia o caso judicial y por ello Ricardo Haro (obra citada) utiliza la frase “enanca” o Alberto Bianchi, la frase “engarzada” para ilustrar que en la actualidad la cuestión constitucional se involucra dentro de una cuestión de hecho o de derecho.

Precisamente, Alberto Bianchi, a quien seguimos en sus interesantes conclusiones, es quien refiere que el caso judicial podía tener un núcleo constitucional pero que individualmente considerado no tenía viabilidad procesal. A partir de la admisión de la acción declarativa donde lo único que se discute es la validez constitucional de una ley o de otra norma, parecería que el caso federal ha pasado a tener por sí, rango de caso judicial. Ello significa que puede ser impulsado ante un Tribunal como pretensión independiente en la medida que el actor acredite la existencia de un daño futuro y cierto. Tradicionalmente la Corte establecía que el control constitucional se torna procedente como excepción o defensa y ello era consecuencia de la exigencia de controversia o causa, para promover la acción.

Hoy día, quien se ve afectado por una norma que juzga inconstitucional tiene dos opciones:

- a) aguardar que la controversia sea actual y plantear la inconstitucionalidad de la norma dentro del caso o
- b) accionar directamente ante la inminencia del daño que la norma pueda producirle.

La jurisprudencia dominante de la Corte caracteriza a la acción declarativa como preventiva y sumarísima de contralor de constitucionalidad, cuyo objeto es impulsar un proceso para remover el obstáculo que impide el ejercicio de un derecho o garantía. El

obstáculo es la falta actual de certeza originada por una norma que se considera inconstitucional, la cual acarrea la posibilidad de un perjuicio que no es actual sino futuro. Ello se traduce en sostener que la actualidad radica en la incertidumbre y no en la afectación del derecho.

La acción evita que el control de constitucionalidad sea tardío al no funcionar a posteriori de la aplicación de la norma presuntamente inconstitucional y una vez producido el daño. Por el contrario, se anticipa a ambas circunstancias. Aseveran que la acción declarativa es una verdadera acción directa de inconstitucionalidad pues su fin exclusivo es obtener la declaración de inconstitucionalidad u omisión normativa, empero no en forma genérica y abstracta sino concreta y particular.(Conf. Quiroga Lavié – Benedetti – Cenicacelaya “Derecho Constitucional Argentino Tomo I Pág. 641 y sig.).

La acción declarativa de inconstitucionalidad se ha constituido en uno de los institutos más evolucionados en la interpretación de la Corte. Apenas en 23 años, la SCJN ha pasado de negar el reconocimiento del juzgamiento y control de constitucionalidad, a la admisión de su función, en las acciones impulsadas de conformidad con el art. 322 CPCCN y en aquellos amparos en las que “la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta” no se delata a priori y torna necesario una mayor amplitud de prueba.

Evidentemente, como toda evolución interpretativa, existen precedentes, que han constituido el punto de partida del reconocimiento de la acción declarativa de inconstitucionalidad. Todos ellos parten de una premisa: la existencia de causa o controversia. En la interpretación actual de la Corte, dicha exigencia se torna necesaria y vital. Ello implica que en el ámbito federal no tiene cabida la acción popular.

Si bien se han señalado claras y determinantes diferencias entre el objeto perseguido en la acción declarativa de certeza y la acción declarativa de inconstitucionalidad, no es menos cierto que en el marco de los artículos 116 y 117 CN, el control difuso, habilita a que en una u otra acción siempre esté presente la facultad delegada al Poder Judicial de ejercer el control de la supremacía constitucional.

Posiblemente el hecho de señalar o apuntar a priori la conducta activa u omisiva que juzgamos inconstitucional de aquella otra que genera una incertidumbre en su aplicación, la cual necesariamente implica un control a posteriori, resida la diferencia entre la mere declarative y la acción declarativa de inconstitucionalidad.

No tengo duda que cuando la lesión por acción u omisión afecta un derecho constitucional y exige la intervención judicial, el juez siempre debe optar por aquel

mecanismo procesal que en forma rápida, expeditiva y eficaz, resuelva la cuestión porque hace a la esencia de la función que los convencionales constituyentes le han conferido al Poder Judicial.

La acción declarativa no está sujeta a requisitos expresamente consignados en el art. 43 CN y en tal sentido, nos permite su invocación, una mayor generosidad de prueba y un debate más amplio. Sin embargo, no soy partidario que el procedimiento adoptado se dilate sine die en el tiempo, en razón que la demora conspira con el ejercicio pleno de un derecho constitucional que todos los habitantes tenemos reconocido en la norma fundamental.

La discrecionalidad que el Código de forma habilita la facultad del juez para establecer la modalidad procesal de la acción declarativa debe ejercerse con responsabilidad y sin perder de vista el objeto del instituto.

El temperamento utilizado por la Corte de “transformar” o “convertir” los amparos en acciones declarativas de inconstitucionalidad o su camino inverso, constituyen una excelente muestra de dinámica puesta al servicio del control eficaz de justicia, dejando de lado cuestiones formales que no conspiran contra el debido proceso y acentuando la función primordial del Poder Judicial, que consiste en el pleno respeto de la supremacía constitucional por parte de los poderes públicos y de los particulares.

En el proceso evolutivo que hemos reseñado, los casos “Iribarren” (CSJN-Fallos 315:2956 ya citado) y “Fayt” (CSJN- Fallos 322:1253), la admisión de la acción y el contenido de su fundamentos han conformado un excelente instrumento de análisis que colabora con la finalidad del instituto, sin perjuicio de sostener que en “Fayt”, fue más allá: no se limitó a declarar la inconstitucionalidad sino su nulidad y ello tiene un efecto completamente distinto.

A veces nos tentamos en ejercicios de imaginación:

A)Un Poder Judicial independiente que ejecute adecuada e inmediatamente los controles necesarios para que la Constitución mantenga plena vigencia;

B)Una acción declarativa de inconstitucionalidad, con mecanismos procesales propios que constituyan una formidable herramienta que otorgue eficacia al mencionado control y

C)Una legitimación amplia y generosa que habilite no solamente al afectado, sino a cualquier habitante que acredite la lesión de la norma por acción u omisión, semejante a la acción popular.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

- BAZÁN, VICTOR “Reflexiones sobre la acción declarativa de inconstitucionalidad en el ámbito jurídico argentino”, Ius et Praxis ISSN 0718-0012 versión on line.
- BENEDETTI, MIGUEL ANGEL “Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, T. 1 pág. 641/645:
- BIANCHI, ALBERTO B. “De la acción declarativa de certeza a la acción declarativa de inconstitucionalidad (la conversión del caso federal en caso judicial)”, ED, suplemento de derecho constitucional 22/07/2001.
- “Control de constitucionalidad”, Ed, Abaco de Rodolfo Depalma, T. 1, Segunda edición, actualizada, reestructurada y aumentada, septiembre 2002.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J. “La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional.”, Ed. Ediar, pág. 181 y ss.
- CENICACELAYA, MARIA DE LAS NIEVES “Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, T. 1 pág. 641/645:
- CHRISTENSEN, EDUARDO A. “La acción declarativa ¿tiene monto económico?”, en www.legalmania.com.
- GELLI, MARÍA ANGÉLICA “Constitución de la Nación Argentina – Comentada y concordada”, tercera edición ampliada y actualizada, Ed. La Ley, pág. 982/985.
- GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS “La acción declarativa de certeza como proceso constitucional”, en [www. agdconsultora.com.ar/doctrinadoc30.html](http://www.agdconsultora.com.ar/doctrinadoc30.html)
- “La incertidumbre constitucional en la acción declarativa de certeza”, en www.aaba.org.ar
- HARO, RICARDO “La doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la acción declarativa de inconstitucionalidad”, en www.aaba.org.ar
- QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO “Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, T. 1 pág. 641/645
- TORICELLI, MAXIMILIANO “El sistema de control constitucional argentino – La acción declarativa de inconstitucionalidad como mecanismo de tutela”, Lexis Nexis Depalma, julio de 2002.
- TERRILE RICARDO ALEJANDRO, “La constitución Nacional y la legislación dictada en su consecuencia”, UNR Editora, mayo 2007
- “La Constitución material escrita”, Río Editora, abril 2004
- “Apuntes sobre el Recurso Extraordinario Federal”, Ed. Imprarias, abril 2003

