

07/ 08/ 2004

Citar Lexis N° 0003/007821 ó 0003/007857

Género: Doctrina
Título: Acción declarativa y control constitucional. Estado actual de la cuestión en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
Autor: Rosales Cuello, Ramiro
Fuente: JA 2000–IV–1349

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – 01) Acción declarativa de inconstitucionalidad (en el orden nacional)

CONSTITUCIÓN – 04) Control de constitucionalidad (nacional) – a) Generalidades

20004418.txt

SUMARIO: I. Introducción.– II. La evolución de la figura en el ámbito nacional.– III. Su recepción como proceso constitucional: a) Los casos fundadores: 1. El caso "Baeza v. Estado Nacional" (28/8/1984); 2. El caso "Provincia Santiago del Estero v. Gobierno Nacional y/u otro" (20/8/1985); 3. El caso "Costantino Lorenzo v. Gobierno Nacional" (12/12/1985); 4. El caso "Gomer v. Provincia de Córdoba" (3/2/1987).– IV. Improcedencia de la pretensión por falta de los recaudos previstos en el art. 322 CPCCN.– V. Ámbitos de aplicación de la pretensión de certeza: a) En materia tributaria; b) En materia laboral o de ejercicio profesional; c) En materia previsional; d) Cuestiones institucionales.– VI. La pretensión declarativa y los derechos de incidencia colectiva.– VII. Las medidas cautelares.– VIII. Agotamiento de vías administrativas locales.– IX. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

La función jurisdiccional (1) atribuida al Estado, que comprende en nuestro país el control constitucional (2), y que es ejercida exclusivamente por el Poder Judicial debe llevarse a cabo, de conformidad con los actuales arts. 116 y 117 CN. (LA 1994–B–1587), dentro de la denominada "causa" (3) o "caso" judicial (4). De ello resulta que nuestro Poder Judicial no puede actuar fuera de ese marco porque, de lo contrario, desbordaría los límites de competencia que le han sido atribuidos por la Ley Fundamental.

Al respecto explica Joaquín V. González (5) que "como todos los poderes creados por el pueblo para su gobierno, el Judicial también tiene sus atribuciones limitadas, y lo están por el art. 100. Esto quiere decir que ningún tribunal puede entender en una causa no comprendida entre las que allí se enumeran... Aplicar la ley es el objeto del Poder Judicial, es decir, conocer y decidir todas las causas que se produzcan con motivo de hechos regidos por la Constitución y las leyes. Significa que no puede tomar por sí una ley o una cláusula constitucional, y estudiarla e interpretarla en teoría, sin un caso judicial que provoque su aplicación estricta. No pueden pues, los jueces de la Corte y demás inferiores, hacer declaraciones generales, ni contestar a consultas sobre el sentido o validez de las leyes (6); su facultad para explicarlas o interpretarlas se ejerce sólo aplicándolas a las cuestiones que se suscitan o se traen ante ellos por las partes para asegurar el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones. Conceder tales facultades sería dar al Poder Judicial mayor fuerza o autoridad que a los otros dos, destruyendo el sistema de gobierno y exponiéndolos a continuas controversias" (7).

De conformidad con ello, ha dicho el más alto tribunal de la Nación que no cabe que los jueces respondan a consultas por vía de sentencias (8), ni se pronuncien sobre la validez de resoluciones de carácter general, de las cuales no se ha planteado la aplicación en un caso particular (9); ni resuelvan cuestiones abstractas (10), conjeturales, hipotéticas, etc.

Aclarado ello, y contestes en que la función jurisdiccional debe llevarse a cabo en presencia de un caso, sin embargo de la interpretación o alcance que se le dé a esa función se arribará a un concepto más amplio o restringido de aquél, lo que guarda directa relación con el tema que nos ocupa, pues la posibilidad de interponer y resolver por el Poder Judicial de la Nación acciones declarativas depende ineludiblemente de esto último (11).

En una concepción restringida y antigua, se creía que sólo la perpetración de un daño o la comisión de un delito podía poner en marcha la máquina jurisdiccional, apareciendo entonces el juez como un vengador del damnificado, quien a través de penas civiles o criminales intentaba restablecer el equilibrio desaparecido (12). Para esa doctrina, entonces, la misión del Poder Judicial se reducía a reparar las lesiones materialmente producidas en los derechos del actor mediante el ejercicio de sus facultades compulsivas, concibiendo, de esa manera, a la función jurisdiccional como instrumento sancionador. Asimismo, para esta postura doctrinal la única función de la sentencia es la condena (13).

No obstante, como hemos expuesto, esa es una visión limitada de la función jurisdiccional, pues la paz social, que es su norte, no sólo se ve quebrantada cuando el daño ya ha ocurrido y se ha vulnerado un interés jurídicamente protegido. Por el contrario, ya en el siglo pasado se advirtió, debido al desarrollo y complejidad de las relaciones jurídicas y a la interferencia del Estado sobre ellas, que la paz social y la seguridad de los derechos adquiridos no sólo se perturban por la efectiva violación de la norma legal, sino por hechos o actos que crean dudas o incertidumbres a través de ataques, negaciones o jactancias; o por la sola existencia de discrepancias interpretativas (14).

En tal sentido, expresaba Chiovenda, que la obtención de certeza, a través del proceso es "...verdaderamente la función más elevada del proceso civil", sosteniendo, además, que "...asegurar a las relaciones de los hombres la certeza, prevenir los actos ilegítimos, en lugar de afectarlos con el peso de grandes responsabilidades, ...es un cometido bien digno de un proceso de un pueblo civilizado". A ello agregaba que es, además, la función más autónoma del proceso porque con respecto a los bienes que pueden conseguirse también fuera del proceso, éste se presenta como un instituto secundario y subordinado, como un remedio para el incumplimiento de los obligados. Pero la certeza jurídica es por sí misma un bien, y este bien no puede conseguirse fuera del proceso; el mismo tiene en el proceso su única fuente... y el actor sin esa declaración judicial de certeza sufriría un daño, de modo que la declaración judicial se presenta como el medio necesario para evitar el daño (15).

Del mismo modo, especificaba Borchard que "la exigencia de certeza en las relaciones legales es esencial para el orden y el progreso en la sociedad, y los tribunales la sirven con la variedad de los pronunciamientos que subsiguen a las correlativas acciones..." (16).

Conforme a esta tesis más amplia, paulatinamente se fue señalando que la función jurisdiccional también se pone en movimiento no sólo para castigar infracciones a la violación material del derecho, sino también para hacer cesar incertidumbres y evitar, de esa manera, la consumación de un daño. Para esta postura, obviamente, la coacción y la condena son elementos accidentales y no necesarios ni caracterizantes de la función jurisdiccional.

Como enseñaba Chiovenda, el proceso se presenta así, en lugar de la figura violenta y dura de un organismo de coacción, en su aspecto más perfeccionado y afinado de "puro instrumento de integración y especialización de la voluntad expresada en la ley sólo en forma general y abstracta; de facilitación de la vida social mediante

la eliminación de las dudas que obstaculizan el normal desarrollo de las relaciones jurídicas" (17).

II. LA EVOLUCIÓN DE LA FIGURA EN EL ÁMBITO NACIONAL

El control de constitucionalidad, propio o ínsito a la función jurisdiccional que se asigna a nuestros tribunales y jueces, debe llevarse a cabo en el ejercicio de esa función, por lo que ese control sólo se puede llevar a cabo en ocasión de una causa judicial. Por ello, y conforme a las precisiones que hemos hecho más arriba, la extensión que se le dé al concepto de causa, delimitará el marco del control de constitucionalidad.

Adelantamos que, en el orden federal, nuestro más alto tribunal, desde sus orígenes y hasta 1984, a los fines del control de constitucionalidad, adoptó un concepto limitado o reducido de "causa judicial" ya que impidió que ese control se llevara a cabo en los procesos de naturaleza declarativa.

De acuerdo con esa interpretación, entonces, quedaba fuera del marco de la función jurisdiccional, delimitada por los entonces arts. 100 y 101 CN. (hoy arts. 116 y 117), y su ley reglamentaria, la posibilidad de cuestionar la validez constitucional de las normas en aquellos procesos que no culminaran en una sentencia de condena.

Como veremos a continuación, tal conclusión obedeció a un concepto equivocado de lo que comprende la función jurisdiccional, de lo que constituye un caso judicial y, además, de lo que es control abstracto y concreto de inconstitucionalidad, que recién será superado y rectificado a partir del año 1984. Interpreto, asimismo, que tal criterio equívoco puede enmarcarse en una política judicial que, con exceso de prudencia, pretendió limitar sus facultades de control con la finalidad de resguardar la adecuada división de los poderes y evitar el denominado "gobierno de los jueces" (18).

La Corte, en reiterados casos, sostuvo que el fin y las consecuencias del "control" encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa, requería que el requisito de la existencia de una "causa" o "controversia judicial" fuera observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de los poderes (19). Tales causas, en los términos de los arts. 100 y 101 (hoy arts. 116 y 117 CN.), eran aquellas que contempla el art. 2 ley 27, con la exigencia de que los tribunales federales sólo ejerzan jurisdicción en los "casos" contenciosos, excluyéndose las declaraciones generales y directas de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes, en tanto su aplicación no hubiese dado lugar a un litigio contencioso para cuyo fallo se requiera la revisión del punto constitucional propuesto (20). Concluía de ello el tribunal que, por vía de principio, la aplicación de los preceptos de las leyes de la Nación no podía impedirse por medio de la promoción de un juicio declarativo de inconstitucionalidad; respondiendo tal solución, además, a la presunción de validez de los actos de las autoridades constituidas y, muy particularmente, a las leyes dictadas por el Congreso de la Nación (21).

Tales afirmaciones, en tanto se mantuvieran en su contexto adecuado, no hacían más que reiterar los principios generales en cuanto a que la actuación del Poder Judicial de la Nación debía hacerse dentro de los límites previstos por las normas constitucionales y legales: el caso judicial. Por tal razón, no sólo le estaba vedado hacer declaraciones abstractas y generales de inconstitucionalidad, sino de cualquier tipo y con independencia de la naturaleza de las normas implicadas (22).

Sin embargo, esa pauta hermenéutica, en sí misma correcta, fue desvirtuada y acorralada, posteriormente, al circunscribirse la viabilidad del control constitucional a aquellos juicios que culminaran con una sentencia de condena o absolución, reduciendo, de esa manera, y en este aspecto, a la función jurisdiccional a su concepto más limitado: el reparador o sancionador.

Ello se ve con claridad cuando el tribunal resolvió que las causas en que se plantearan cuestiones constitucionales, y que persiguiesen la determinación de derechos debatidos entre partes adversarias, debían conducir a la condena o absolución de alguna de ellas (23). O cuando, en otros términos, pero en igual

sentido, puso de resalto que el contenido de una causa de inconstitucionalidad no podía ser la sola declaración de la ineficacia jurídica de normas legales o reglamentarias preexistentes, ya que se requería que, como consecuencia de ella, se llegase a dictar una sentencia de condena, que reconociera a favor del actor un derecho concreto, a cuya efectividad obstaban las normas impugnadas (24). También cuando sostuvo, en forma reiterada, que en el orden nacional no existía acción declarativa de inconstitucionalidad, por lo que la causa que persiguiera obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma provincial, sin objeto de condena, ni de otra concreta tutela judicial, era insusceptible de admisión en jurisdicción federal, por estar vedado a los jueces nacionales resolver cuestiones abstractas o genéricas (25).

Como se observa, para la Corte, en ese entonces, las pretensiones o procesos declarativos, al no perseguir, ni concluir en sentencias de condena, no constituían el caso judicial dentro del cual los jueces podían ejercer sus funciones de contralor de validez de las leyes. De esa manera se limitaba el ámbito del control de constitucionalidad, característico de la función jurisdiccional asignada a nuestros jueces, y se iba a contramano, incluso, del modelo del cual tomamos nuestro sistema de control (26).

La confusión señalada, no desapareció pese a la incorporación, en el año 1967, del art. 322 al Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación (27), que receptó expresamente la pretensión declarativa de certeza, ni pese al esclarecedor dictamen del procurador Marquardt del año 1972, en los autos "Hidronor S.A. v. Provincia de Neuquén" (28) en el cual se pronunciaba, luego de un exhaustivo estudio, por la viabilidad del control constitucional a través de esta vía.

Lo expuesto se ve reflejado en el caso "Safe S.A. Agropecuaria v. Provincia de Santa Fe", donde la Corte tuvo oportunidad de decir, respecto a esa norma procesal, que "... sin abrir juicio acerca de lo que corresponda decidir en los casos en que sentencias de ese orden llegaren a conocimiento de esta Corte por vía de recurso, cabe advertir que la atribución que este tribunal tiene de declarar inaplicables al caso leyes o actos emanados de otros poderes del Estado Nacional o Provincial a título de contrarios a la Constitución o leyes nacionales, no se concilia con la citada disposición procesal en tanto se postula su aplicación con ese objeto y por vía de competencia originaria ..." (consid. 6). A ello agregó "...que tal facultad debe, en efecto ejercerse con suma prudencia, ya que asigna a este tribunal la potestad de apreciar los límites de las atribuciones propias de los otros Poderes del Estado. Y en tanto la Constitución Nacional no se la atribuye sino implícitamente, y en cuanto a los casos que caigan bajo su jurisdicción, no cabe extenderla de modo de validar declaraciones de inconstitucionalidad abstracta o de mera certeza por vía de una norma procesal que tiene su ámbito natural de aplicación en orden a decisiones de derecho común..." (consid 7) (la bastardilla me pertenece) (29).

De manera tal que ni siquiera la recepción expresa en el Código Procesal de la Nación de la pretensión declarativa de certeza sirvió para que la Corte abandonara su erróneo criterio, desnaturalizando, por otra parte, la extensión que debía darse a aquella norma por la sola circunstancia de estar incorporada a ese cuerpo legal.

Cabe señalar que en los años 1976 y 1977, con nueva integración de la Corte, se reiteraron nuevos dictámenes que hacían remisión al del Dr. Marquardt en "Hidronor v. Provincia de Neuquén". Si bien en estos casos la Corte hizo suyos tales dictámenes, lo cual permite inferir razonablemente que se abandonaba la postura anterior (30), no obstante, después, mantuvo expresamente el criterio sentado en "Safe S.A." (31). En consecuencia, nada había cambiado.

III. SU RECEPCIÓN COMO PROCESO CONSTITUCIONAL

Recién el cambio se va a operar con el advenimiento del gobierno democrático del año 1983, que renovó íntegramente la composición de la Corte. Con esta nueva integración, se supera aquella postura limitativa, abriendo curso a la pretensión meramente declarativa, prevista en el art. 322 CPCCN., como medio eficaz para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Es a partir de este período, entonces, en el cual se va a efectuar la correcta distinción entre control abstracto y concreto de constitucionalidad y se dará su justo cauce

al concepto de caso judicial.

Veamos cómo se fue consolidando la nueva posición.

a) Los casos fundadores (32)

1.– El caso "Baeza v. Estado Nacional" (33) (28/8/1984)

Considero que este caso refleja el anticipo de lo que iba a suceder después. En él puede vislumbrarse, aunque en ciernes, lo que va a constituir posteriormente la nueva doctrina del tribunal (34).

Los hechos que lo motivaron son los siguientes: El Sr. Aníbal R. Baeza promovió un amparo con la finalidad de que se declarase la inconstitucionalidad del decreto 2274/1984 (LA 1984–B–890), por el cual el Poder Ejecutivo Nacional convocaba a una consulta popular sobre los términos del arreglo de los límites con Chile en la zona del Canal de Beagle. Pedía que, invalidada la norma, se hiciera saber al ministro del Interior que se abstuviera de ejecutar o dictar actos tendientes a la realización de la consulta promovida. La pretensión fue rechazada en las instancias ordinarias, por lo que se interpuso recurso extraordinario y, atento su denegatoria, se fue en queja ante la Corte. Finalmente, esta siguió igual suerte, ya que fue desestimada con el voto mayoritario de los ministros del tribunal (35). En este voto, y con la finalidad de desestimar la pretensión, los ministros insistieron en definir, con citas de fallos precedentes, el concepto de caso judicial que la Corte había consolidado hasta ese entonces (consids. 2 y 3). De acuerdo con ese criterio desestimaron la queja de Baeza, por la simple razón de que su planteo no encuadraba como tal, porque no indicaba, específicamente, cuál era el derecho cuyo ejercicio pretendía amparar. Concretamente, para estos ministros, si bien Baeza manifestaba que había sido citado para ser autoridad de mesa en elecciones anteriores (las del 30/10/1983), lo que permitía suponer una nueva convocatoria como consecuencia de la consulta popular, no peticionaba expresamente la protección de su derecho a no ser convocado como autoridad comicial (consid. 4) (36). En consecuencia, entendieron que bajo el ropaje de "amparo" se articulaba una mera consulta, que el tribunal no podía evacuar sin salirse de su marco de competencia constitucional

Sin embargo, como anticipé, en la sentencia se refleja, a mi criterio, la intención de modificar la postura vigente respecto a cuál era el concepto del caso judicial dentro del cual se podía llevar a cabo el control de validez de las leyes y es por ello que lo considero como uno de los eslabones necesarios para comprender la posterior admisión de ese control en las pretensiones declarativas.

En efecto, si bien es cierto que el tribunal, por medio del voto mayoritario, insistió con su concepto "clásico" de causa, no obstante, a título de obiter dictum, hizo una aclaración que hasta el momento no se había hecho y que estimo relevante para el tema que nos ocupa, porque refleja una concepción diferente a la que se venía sosteniendo. La aclaración fue la siguiente: se puso de resalto que, aún en la hipótesis en que Baeza hubiese solicitado tutela expresa del derecho a no ser convocado como autoridad comicial, no mediaba, en el caso, un interés suficientemente concreto (37) que lo legitimara para reclamar su protección, ya que no había indicado, y menos demostrado, haber sido convocado para desempeñarse en tal función como consecuencia de la consulta que cuestionaba (consid. 4). De ello puede inferirse, razonablemente, que, para la mayoría, en el supuesto en que Baeza hubiese justificado la convocatoria, se habría originado un caso dentro del cual el tribunal podría haber efectuado el contralor constitucional que se le peticionaba, lo que me lleva a concluir que la Corte estaba dispuesta a dar un cambio cuando se dieran los presupuestos que le permitieran hacerlo. Las circunstancias de este caso particular lo impidieron (38).

2.– El caso "Provincia Santiago del Estero v. Gobierno Nacional y/u otro" (39) (20/8/1985)

Lo que estaba ausente en el caso anterior se va a dar en el presente y ello permite concretar la mudanza anunciada. De esa manera, se convierte en el primero en cual la Corte, por unanimidad (40), admite que la

pretensión declarativa de mera certeza puede ser utilizada para introducir y resolver una cuestión de índole constitucional.

Para marcar las diferencias con el anterior, es conveniente reseñar cuáles fueron las circunstancias del caso: la Provincia de Santiago del Estero, en uso de atribuciones que consideraba propias, sancionó la ley 5464 (LA 1984-B-2149), creando un Departamento de Control de combustibles, que tendría a su cargo la fiscalización cualitativa y cuantitativa de los combustibles líquidos y también el cumplimiento de las funciones y potestades que le acordaban las leyes nacionales 19511 (LA 1972-A-281) y 21970. Como retribución de esos servicios, cobraría, a los expendedores, una tasa del 5%, sobre el precio de las naftas "super" y "común", y del 2,5% sobre el gas oil, trasladables al precio final.

Ello originó que la "divisional" Salta de YPF cursara, a los expendedores de combustibles, un telegrama, en el cual se les comunicaba que deberían abstenerse de modificar sus precios bajo apercibimiento de aplicarles las sanciones previstas en la resolución 125/1971 (ALJA 1971-A-440) de la Secretaría de Energía de la Nación.

A su vez la Provincia, por vía telegráfica, requirió a esa divisional que rectificara o ratificara la medida y obtuvo por respuesta la ratificación y la aclaración de que actuaba bajo las directivas del Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación.

Frente al conflicto planteado, la Provincia promovió una acción de amparo ante la Corte Suprema de Justicia, a fin de que se declarara la inconstitucionalidad de las normas nacionales invocadas por el Estado Nacional, validándose, de esa manera, a la normativa provincial.

Previo a analizar la solución del caso, es importante puntualizar lo siguiente: a) el conflicto versaba sobre la extensión del poder de policía correspondientes a la Provincia y a la Nación; b) a diferencia de lo ocurrido en "Baeza", había una actuación concreta de la autoridad administrativa, en este caso nacional, que amenazaba aplicar sanciones a aquellos expendedores que aplicaran la normativa provincial; c) las sanciones, al momento de promover el caso, no se habían materializado; d) para evitar su aplicación era necesario que el tribunal se expidiera sobre la cuestión constitucional planteada.

Hechas las aclaraciones precedentes, veamos la solución del caso.

El tribunal, a través del voto de la mayoría, precisó que la Provincia perseguía una declaración preventiva, con la finalidad de impedir la concreción de las medidas anunciadas por la División Salta de YPF (no proveer carburantes o productos e imponer sanciones), para el caso en que se pusiera en vigencia la normativa provincial.

Pese a ello, a diferencia de lo sucedido hasta ese entonces, afirmó que se estaba en presencia de un "caso" judicial, dado que la cuestión planteada no tenía carácter simplemente consultivo, ni importaba una indagación meramente especulativa, ya que buscaba precaver, mediante la declaración de certeza, los efectos de un acto en ciernes –al que se consideraba inconstitucional– y fijar las relaciones legales de las partes en conflicto. Las amenazas del Estado Nacional revelaban, para estos ministros, que la Provincia tenía un interés concreto y real que merecía protección actual.

Como se observa, con esta afirmación se echa por tierra una casi centenaria doctrina de la Corte que reputaba que sólo se configuraba un "caso", a los fines de ejercer el control constitucional, cuando fuera necesaria la reparación de un daño y el proceso culminara con una sentencia de condena o absolución.

También, en el voto que analizamos, se admitió, por primera vez, que la pretensión declarativa, regulada en el art. 322 CPCCN., resultaba un medio apto para el planteo y solución de cuestiones como éstas, dejando de lado el criterio sentado en el caso "Safe".

Efectuada esa última precisión, el tribunal concluyó que la pretensión articulada no encuadraba dentro del amparo, ya que se trataba de un problema atinente a la determinación de las órbitas de competencia entre los poderes del gobierno federal y los de un Estado provincial, "... para cuya solución... parecen poco compatibles el régimen invocado (amparo) y los mecanismos previstos en la ley 16986 (ALJA 1967-A-500)..." (41), y la calificó como pretensión declarativa de certeza, adecuando el trámite procesal.

Sin temor a equivocarnos este fallo constituyó un notable triunfo en nuestro sistema del control de constitucionalidad, ampliando, notablemente, el marco de su funcionalidad y cerró el paso de una posición que, hemos demostrado, ya carecía de sustento.

3.- El caso "Costantino Lorenzo v. Gobierno Nacional" (42) (12/12/1985)

Otro paso importante se dio en este caso, ya que en él se puso fin a la confusión conceptual que, durante décadas, había impedido distinguir adecuadamente entre control abstracto y concreto de constitucionalidad.

Para ello, el tribunal puso de resalto que no es el carácter declarativo de la sentencia lo que convierte a un caso en abstracto o concreto, sino el interés que en la cuestión pueda tener quien lo plantea (43). Los términos utilizados para hacer la distinción fueron los siguientes: "... 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 declarativa y el amparo..." (consid. 4).

Esta puntualización, sumada a lo dicho en el caso anterior, terminó con los argumentos que impedían, hasta el año 1984, la viabilidad del control constitucional en las pretensiones meramente declarativas.

4.- El caso "Gomer v. Provincia de Córdoba" (44) (3/2/1987)

Con este caso, podemos dar por finalizada la nueva etapa iniciada a partir de 1983. En este fallo, la Corte determina que, cuando se persiga la declaración de inconstitucionalidad dentro de una pretensión declarativa, ésta debe ajustarse a los recaudos procesales previstos en el art. 322 CPCCN.

Si bien entendemos que ello surgía, en forma implícita, en el caso "Santiago del Estero v. YPF", ahora quedaba plasmado en forma expresa.

En "Gomer", la ausencia de esos recaudos fue lo que selló su suerte (45).

Como corolario de lo analizado, podemos decir que los casos "Provincia Santiago del Estero v. YPF" y "Costantino Lorenzo" le dieron a la pretensión declarativa el marco "sustancial", mientras que el caso "Gomer" le dio el marco procesal.

IV. IMPROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN POR FALTA DE LOS RECAUDOS PREVISTOS EN EL ART. 322 CPCCN.

De acuerdo a lo resuelto en el caso "Gomer" y, como enseña Morello (46), para que progrese la pretensión declarativa de certeza, es necesario:

a) Que concurra un estado de incertidumbre sobre la existencia, modalidad o alcance de una relación jurídica, entendiéndose por tal aquella que es concreta y pervive en el momento de dictarse el fallo, es decir que sea actual y que se hayan producido la totalidad de los presupuestos de hecho en que se apoya la declaración acerca de la existencia o inexistencia del derecho disentido, condición bajo la cual sólo podrá afirmarse

realmente que el fallo pone fin a una controversia actual, diferenciándose de una consulta en la cual se responde acerca de la eventual solución que podría acordársele a un supuesto de hecho hipotético.

b) Que, asimismo, haya interés jurídico suficiente en el accionante, en el sentido de que la falta de certeza pudiere producir un perjuicio o lesión actual al actor (47), entendiéndose que la actualidad del interés jurídico no depende a su vez de la actualidad o eventualidad de la relación jurídica; y

c) Además, condicionada a que se verifique una razón específica, la de que el uso de la vía declarativa podrá ocurrir únicamente cuando el actor "no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente" (48).

En consonancia con ello, la Corte sostiene, reiteradamente, que "procede la acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 322 CPCCN.) en la medida 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" (49).

Por eso, el tribunal ha desestimado aquellas pretensiones en las cuales estén ausentes esos requisitos (50). A modo de ejemplo, pueden citarse, entre otros, los siguientes motivos de desestimación:

1) Por no tener quien la promueve un interés jurídico concreto que busque fijar la modalidad de una relación jurídica o prevenir o impedir las lesiones a un derecho de base constitucional (51); 2) Por ausencia de incertidumbre (52); 3) Por devenir abstracta la cuestión planteada, ya sea porque las normas cuestionadas han perdido vigencia por el dictado de otras que las dejan sin efecto (53) o por haber transcurrido el límite temporal de su aplicación (54); 4) Por sometimiento voluntario al régimen que se cuestiona, cuando el actor ha cumplido por decisión propia con la normativa que objeta (55); o 5) Por no acreditarse la existencia de actividad alguna que haya puesto en tela de juicio el derecho que se ejerce (56).

V. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE CERTEZA

A partir de su reconocimiento como medio idóneo para cuestionar la validez de las leyes, la pretensión declarativa ha brindado suma utilidad en distintos campos de las relaciones jurídicas, disipando la incertidumbre existente en cuanto a las normas que pretendían regirlas y evitando la consumación de los daños que hubiesen ocurrido de no adquirirse la certeza.

A modo ilustrativo, podemos señalar los siguientes ámbitos jurídicos en los que ha tenido resultados beneficiosos:

a) En materia tributaria

Este es uno de los campos en los cuales ha mostrado mayor rendimiento desde que, en el caso "Newland v. Provincia de Santiago del Estero" (57), se abandonó el criterio cerrado y restrictivo que regía hasta entonces y que había sido adoptado en las postrimerías de la Corte anterior al gobierno democrático de 1983.

La Corte, con esa integración, en el caso "Bridas v. Provincia de Neuquén" (58) había resuelto que la pretensión declarativa, por su carácter subsidiario, quedaba relegada por otras vías legales, igualmente aptas, para efectuar planteos vinculados a las cuestiones tributarias. Asimismo, conforme a este criterio, previo a acudir a la justicia, debía cumplirse con el pago de la obligación tributaria y luego, en su caso, intentar su devolución (59).

En ese marco interpretativo, era evidente que la pretensión declarativa carecería de utilidad para cuestionar la validez constitucional de las normas tributarias. En su caso, y como sucedía hasta entonces, esos cuestionamientos quedaban reservados para el juicio de repetición (60), o, excepcionalmente, para la ejecución fiscal (61).

Como anticipé, esta doctrina, que restaba toda operatividad a la pretensión declarativa, fue dejada de lado por la Corte, en su nueva integración, en la causa "Newland, Leonardo A. v. Provincia de Santiago del Estero" (62). En ella, con rigurosa lógica, el tribunal entendió que, cuando se promueven pretensiones declarativas, queda relevado el cumplimiento del recaudo del solve et repete, ya que de lo contrario se la vaciaría de contenido y sentido (63).

A partir de ese momento, entonces, y teniendo en cuenta la nueva doctrina de la Corte respecto a la pretensión declarativa como vía apta para el control de constitucionalidad, se adquiere un medio sumamente valioso para cuestionar, dentro del proceso respectivo, la validez de normas que impongan obligaciones tributarias.

Sin perjuicio de ello, corresponde aclarar que, en aquella causa, el tribunal determinó que la sustanciación del juicio no afectaba la ejecutoriedad del título. En consecuencia, entendía la Corte que mientras no recayera sentencia definitiva firme, la provincia podía intentar el cobro compulsivo de la deuda por las vías que estimara pertinentes a tal fin. Sin duda, este criterio, que posteriormente fue abandonado, relativizaba los beneficios apuntados (64).

A modo de ejemplificar la utilidad que ha brindado la pretensión, para cuestionar la constitucionalidad de normas tributarias, pueden citarse, entre otros, los siguientes casos: "La Plata Remolques S.A. v. Provincia de Buenos Aires" (JA 1994-III-Índice-42-Sum. 12) (65) y "Satecna Costa Afuera S.A. v. Provincia de Buenos Aires" (66) en los que se impugnó la validez constitucional y legal del art. 118 Código Fiscal Prov. Bs. As., que gravaba con el impuesto a los ingresos brutos a los servicios de remolque que se llevaban a cabo en zonas portuarias (67); también "El Libertador v. Provincia de Buenos Aires" (68) y "Cooperativa de Trabajo Transporte Automotores de Cuyo TAC. Ltda. v. Provincia de Mendoza" (69) en los cuales se planteaba idéntica cuestión respecto al impuesto a los ingresos brutos a las empresas dedicadas al transporte interjurisdiccional de pasajeros.

También, la pretensión ha sido utilizada para cuestionar la validez de tasas municipales. Así, por ejemplo, en el caso "Telefónica de Argentina v. Municipalidad de Chascomús" (70) se persiguió que se declarasen inexigibles tributos municipales en concepto de habilitación comercial, seguridad, salubridad e higiene y publicidad y propaganda. Igualmente, la misma empresa, hizo uso de esta vía para cuestionar los tributos que por la ocupación o el uso de espacios públicos municipales pretendía cobrarle el Municipio de General Pico (71).

Los casos precedentes muestran las indudables ventajas que para el contribuyente tiene la pretensión, ya que sin necesidad del agotamiento total de las vías procesales previas, ni el pago de la obligación que se cuestiona, puede mediante sentencia judicial obtener certeza acerca de la validez constitucional de la obligación que se le pretende imponer (72).

b) En materia laboral o de ejercicio profesional

También, en este ámbito, ha sido provechosa la pretensión declarativa, para elucidar anticipadamente cuestiones en las cuales existía incertidumbre sobre la constitucionalidad de normas que, de una u otra manera, afectaban el derecho a trabajar, ejercer una profesión o industria.

Así, en el caso "Fábrica Argentina de Calderas S.R.L. v. Provincia de Santa Fe" se declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial 9497, que obligaba al empleador a abonar salarios correspondientes

a 48 horas semanales, como contraprestación por tareas prestadas en jornada reducida de 44 horas. La Corte sostuvo que la ley local avanzaba sobre las facultades legislativas reservadas a la Nación, por el entonces art. 67 inc. 11 (hoy 75 inc. 12), y quebrantaba, de esa manera, el orden jerárquico normativo establecido en el art. 31 CN. (73).

En los autos "Leiva, Martín v. Provincia de Entre Ríos", se declaró la inconstitucionalidad de una ley local que atribuía, con exclusividad, el manejo terapéutico de la sangre humana a los bioquímicos. Por aplicación de esa norma, el actor, médico especialista en hemoterapia, quedaba impedido de concursar para incorporarse a un cargo de la planta permanente de un hospital público. La Corte declaró la invalidez de la ley local por oponerse a las disposiciones de los arts. 59 incs. a y b ley nacional 22990 (LA 1983-B-1785), que disponían que los servicios de hemoterapia y los bancos de sangre debían funcionar a cargo y bajo la dirección de un médico especialista en hemoterapia y sólo, como procedimiento no habitual, expresamente autorizado y controlado, por personal auxiliar o técnico (74).

También, a través de la pretensión declarativa, se declaró la invalidez de normas de la Provincia de Buenos Aires, que imponían restricciones, dentro de su territorio, a las incumbencias profesionales de escribanos de otras jurisdicciones (75).

Además, ha servido para debatir la constitucionalidad de normas locales que exigían a los profesionales, como recaudo para ejercer su profesión, matricularse en su jurisdicción, pese a estar matriculado en otra (76).

c) En materia previsional

No menos utilidad ha tenido la pretensión declarativa, para delimitar las competencias de las provincias y la Nación en materia previsional.

En el caso "Asociación Civil Escuela Escocesa San Andrés v. Provincia de Buenos Aires" (JA 1988-II-312) se declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial 10427 (JA 1986-B-1561) (77), porque la misma implantaba un régimen previsional que suplantaba y desplazaba al nacional. La Corte sostuvo, para descalificar la ley, que la Provincia avanzaba sobre facultades legislativas otorgadas al Congreso Nacional y que su aplicación provocaría una superposición de aportes prohibida por el art. 14 bis CN. (78). Igualmente, pero en sentido contrario, otros establecimientos educativos promovieron demandas para que se declarara la invalidez de la legislación nacional (79).

d) Cuestiones institucionales

También se ha recurrido a la pretensión declarativa para cuestionar la validez de normas constitucionales, ya sean provinciales o nacionales, o para obtener certeza en cuestiones de índole institucional, algunas de las cuales han alcanzado honda repercusión pública y jurídica.

Entre otras, pueden mencionarse: "Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe v. Provincia de Santa Fe" (JA 1995-II-609), en el cual los representantes legales del partido de ese distrito promovieron la pretensión con la finalidad de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la cláusula de la Constitución Provincial que impide la reelección inmediata del gobernador y vicegobernador (80); el caso "Provincia del Chaco v. Estado Nacional" (81), donde la Provincia, representada por su gobernador, persiguió la invalidación constitucional de la resolución del Senado de la Nación que, como consecuencia de una impugnación del Partido Justicialista, desestimó los pliegos de senadores, de dos ciudadanos elegidos por la legislatura provincial e incorporó, en su lugar, a la Sres. Sager y Ayala para el período 1998-2001 (82); el caso "Iribarren v. Provincia de Santa Fe" (JA 1999-IV-706), en el cual la Corte, con el voto mayoritario de sus integrantes, declaró la inconstitucionalidad del art. 88 de la Constitución de esa Provincia, que dispone el cese de la inamovilidad de los jueces a partir de la edad de los sesenta y cinco años, haciendo lugar, de esa manera, a la

pretensión declarativa promovida por el actor (83).

Quizá, uno de los casos de mayor repercusión pública, fue el que se originó a consecuencia de la pretensión declarativa promovida por el Dr. Carlos Fayt contra el Estado Nacional. A través de la misma, Fayt, en base a lo dispuesto por la ley 24309 (LA 1993-C-3163), perseguía la nulidad de la reforma introducida por el art. 94 inc. 4 párr. 3° (84), del nuevo texto de la Constitución Nacional, al art. 86 inc. 5 del texto de 1853/1960. Sostuvo, para ello, que la Convención Constituyente incorporó una restricción a la garantía de la inamovilidad que no estaba prevista dentro de los temas habilitados para reformar. La Corte, por el voto mayoritario de sus integrantes, declaró la nulidad de la reforma introducida por la convención reformadora de 1994 en el art. 99 inc. 4 párr. 3° –y en la disposición transitoria undécima– al art. 110 CN. (85).

VI. LA PRETENSIÓN DECLARATIVA Y LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

La pretensión declarativa no sólo es útil para cuestionar la validez de leyes o normas que afecten derechos individuales, sino también los de incidencia colectiva.

Sin embargo, respecto a estos últimos, el interrogante gira en torno a saber quiénes son los legitimados para obtener, en sentencia, la declaración de invalidez de la norma que los vulnera (86). ¿Sólo el afectado directo o inmediato, o, también, los afectados indirectos, Asociaciones que propendan a la protección de esos derechos y el Defensor del Pueblo, como está previsto para el amparo?

La Corte, en el caso "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica v. Provincia de Buenos Aires" (JA 1998-I-309) (87) brindó la respuesta. Con fundamento en la analogía existente entre el amparo y la pretensión declarativa, cuando en ambas se persigue preventivamente la declaración de inconstitucionalidad, sostuvo que tienen derecho a reclamar en protección de esos derechos, todos aquellos que han sido legitimados en el art. 43 CN., en su parte pertinente.

Coincido con Gordillo en que el fundamento para llegar a esa solución es otro (88). Sostiene este autor, que en nuestro ordenamiento jurídico "...no existe obligación de interponer una acción de amparo, sólo derecho a hacerlo. Quien no quiere utilizar la acción de amparo puede prescindir de ella y utilizar entonces las demás vías que el ordenamiento procesal en cada caso le otorga. Imponer la obligatoriedad del amparo para el resguardo del derecho constitucional previsto en el art. 42 CN. implicaría quitarle toda acción cuando su derecho no fuera afectado en forma manifiesta, lo que resulta jurídicamente inaceptable...".

Independientemente de ello, debe destacarse la solución de la Corte, pues amplía notablemente el marco de funcionalidad de la pretensión declarativa en pos de la tutela de los derechos de incidencia colectiva.

VII. LAS MEDIDAS CAUTELARES (89)

Las beneficios que el ejercicio de la pretensión declarativa apareja para el control de constitucionalidad, no serían completos, si quien la promueve, no cuenta a su favor con la posibilidad de obtener, en el curso del proceso, medidas cautelares. Ello es así, porque, como sucede en todos los procesos, la falta de un aseguramiento provisional de lo que se pretende obtener con la sentencia, puede generar una actividad jurisdiccional inútil, convirtiendo en ilusorio su producto final (90). Es probable o posible, que cuando se dicte la sentencia, el daño que se pretende evitar haya ocurrido mediante la aplicación de las normas cuya validez se pretende neutralizar con la pretensión declarativa.

Una visión equivocada de la Corte Suprema, respecto a su naturaleza y finalidad, impidió que en sus primeros tiempos, como proceso constitucional, los justiciables obtuvieran a su favor medidas cautelares, con los consiguientes perjuicios que ello acarrea (91).

Si bien el tribunal no sentó un principio general, y en cada caso sostenía que no concurrían los recaudos de su procedencia, podemos señalar que, principalmente, los motivos que llevaban a desestimarlas, eran: a) la presunción de legitimidad de las leyes y actos administrativos y; b) la circunstancia de considerar que las medidas cautelares estaban dirigidas a asegurar la eventual ejecución de las sentencias, lo cual no era posible en procesos que se agotaban en la mera declaración (92).

Esta desacertada postura con posterioridad fue dejada de lado mediante un saludable giro del más alto tribunal de la Nación, cuando advirtió que la sola circunstancia de tratarse de una acción declarativa no era obstáculo para la procedencia de medidas precautorias. A esa conclusión arribó al comprobar que el riesgo de que, durante el transcurso del proceso, el pronunciamiento, que pudiera reconocer o actuar el derecho, pierda virtualidad, puede existir no sólo en el supuesto de las acciones de condena, sino también en las declaraciones de certeza (93).

También, la presunción de legitimidad de las normas y actos dejó de ser un obstáculo para la procedencia de la cautelar, cuando el tribunal comprendió que tal presunción debe ceder cuando se los impugna sobre bases prima facie verosímiles (94).

De esa manera, la propia Corte revirtió los dos argumentos que ella misma sustentaba como impedimentos a la procedencia de las medidas cautelares, atribuyendo plena operatividad a la pretensión, cuando con ella se persigue la declaración de inconstitucionalidad.

No obstante, el más alto tribunal, no ha sido lineal en esta materia y con posterioridad ha desestimado medidas cautelares, invocando que las mismas no son procedentes en las pretensiones declarativas de certeza por no concurrir en las mismas, como principio, el presupuesto del peligro en la demora. Es por ello que en la actualidad no resulta sencillo aventurar, por la existencia de precedentes contradictorios, la suerte de las medidas cautelares en este tipo de proceso, máxime cuando se debatan cuestiones de índole patrimonial en la que esté en juego la percepción de la renta pública (95).

Cabe puntualizar, además, que la Corte, en base a un criterio que no resulta pacífico, sostiene que las medidas obtenidas en este proceso no pueden impedir que se promuevan acciones tendientes a ejecutar y/o exigir, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de las leyes cuya inconstitucionalidad se propone.

Tal criterio encuentra su fundamento en el hecho de que la prohibición de innovar no puede interferir en el cumplimiento de pronunciamientos judiciales, ni ser empleada para obstaculizar el ejercicio del derecho, de índole constitucional, de ocurrir a la justicia para hacer valer los reclamos que se consideren legítimos (96).

Debe destacarse, asimismo, que cuando se admiten cautelares, en lo que respecta al peligro en la demora, el tribunal ha puesto de resalto que tal recaudo lo evalúa tomando en consideración los diversos efectos que podría provocar la aplicación de las disposiciones impugnadas, entre ellos su gravitación económica (97).

VIII. AGOTAMIENTO DE LAS VÍAS ADMINISTRATIVAS LOCALES

Finalmente, es importante señalar que cuando la pretensión se promueve directamente ante la Corte, en razón de su competencia originaria, no está condicionada al agotamiento de las vías administrativas que existan a disposición del accionante en sede local. Ello se funda en la reiterada doctrina que sostiene que la competencia originaria de la Corte, por su origen constitucional, no puede quedar subordinada al cumplimiento de requisitos exigidos por las leyes que regulan el procedimiento administrativo local (98).

IX. CONCLUSIONES

Con el advenimiento del nuevo período democrático, a partir del año 1983, se logró superar una doctrina jurisprudencial que se nutría de una visión limitada de la función jurisdiccional y que confundía, al no distinguir adecuadamente, el control abstracto y concreto de constitucionalidad.

Con esa superación, se ha adquirido para el derecho argentino una nueva vía para el control de constitucionalidad, que fortalece al sistema y perfecciona los mecanismos necesarios para que la supremacía de la constitución no sea una mera ilusión.

Mediante la misma, y en ello radica su importancia, el Poder Judicial cumple una de sus más vitales funciones: dilucidar la validez de una ley, sin necesidad de daño. Es más, su objetivo primordial es prevenir el daño, lo cual la convierte en una de las más excelsas misiones de la jurisdicción.

A través de esta pretensión, como se refleja en el trabajo, se ha podido debatir en la justicia sobre la validez de leyes laborales, tributarias, impositivas, etc.; lo que ha sido beneficioso para resguardar los derechos individuales y demarcar las competencias y facultades de los Estados Nacional, Provincial y Municipal, cuando ello era necesario, manteniendo de esa manera el imperio de la Constitución.

La Corte, también, ha sabido dejar interpretaciones desafortunadas, como la que impedía la procedencia de las medidas cautelares, y ha demostrado suficientes reflejos al ampliar los legitimados activos para promoverla cuando se trata de cuestionar normas o actos que afectan derechos de incidencia colectiva.

Todo ello me convence, de que es una figura sumamente atrayente en el campo de los procesos constitucionales, que quizá no se la utilice en la medida de lo que se puede. Muchos casos, por desconocimiento, son articulados por la otra vía de control preventivo, que es el amparo. Sin embargo, en muchos supuestos, la pretensión declarativa puede resultar más apropiada: ya sea por la posibilidad de debatir con mayor extensión y prueba la validez de la norma o acto en cuestión, en el proceso sumario por la que puede tramitar; ya sea por un más generoso sistema recursivo y, además, por una eventual actitud de los jueces que puede resultar más flexible en cuanto a su recepción.

No obstante, no se nos escapa, que el proceso declarativo no es ajeno a los problemas que afecta en general a todos los procesos, entre los cuales se cuentan la "extrema lentitud" con la que tramitan, lo que muchas veces conduce a que los litigantes pretendan fugarse hacia "vías más rápidas". Demoras de cuatro, cinco o más años, en procesos declarativos, y en parte importante en los cuales se debaten cuestiones de puro derecho o con escasa actividad probatoria, desvirtúan la finalidad propia del proceso declarativo: ya que aumentan el estado de incerteza que con el mismo se pretende hacer cesar. También, la excesiva lentitud, y falta de respuesta en tiempo propio, cobijan o alientan la promoción de estos procesos con el sólo objeto de dilatar los conflictos: aumentando la tensión social y restando operatividad a la justicia. Como señala Morello, los albores del siglo XXI, no son días de espera, ni consienten demoras, que colisionan y ahuecan los tópicos de la justicia (99). Es hora de que todos, legisladores, jueces y abogados, busquemos soluciones para este mal que corroe la confianza social en el sistema judicial, con los consecuentes males que ello acarrea en una sociedad organizada.

Es de desear también que nuestro más alto tribunal clarifique adecuadamente el tópico referente a la procedencia de las medidas cautelares, ya que su inconsecuencia genera inseguridad jurídica; y es de esperar que lo haga con un sentido amplio y teniendo en consideración los fines preventivos que inspiran a la pretensión declarativa. Sin cautelar adecuada, el proceso puede carecer de sentido, obligando al accionante a obtener la sentencia declarativa y luego promover el respectivo juicio reparatorio. Ello no resulta congruente con lo que sostuvieran oportunamente Chiovenda y Bocharad respecto a la misión que la función jurisdiccional cumple con esta pretensión (100).

Sin perjuicio de ello, estimo que lo hecho por la Corte, en el campo que analizamos, en alguna medida, puede constituir una respuesta a uno de los retos decisivos que, con la lucidez de siempre nos marca Morello, para la justicia de este siglo: ser pieza clave en el ensamble de los poderes, lubricando el afiatado desarrollo de sus competencias, asegurando, en la base, la tutela efectiva de las libertades (101).

En fin, con esta descripción, he pretendido mostrar el desarrollo actual de la pretensión declarativa en la doctrina de la Corte y su valor como herramienta eficaz para la tutela de los derechos constitucionales. Creo, además, que la evolución que la figura ha tenido en el orden nacional permite mostrar, nuevamente, todo lo que los tribunales pueden dar al sistema constitucional, y a su efectiva vigencia, cuando abandonan posiciones temerosas que desdibujan su verdadera función: dar a cada uno lo que la Constitución le atribuye y de esa manera lo que cada comunidad estima, en un momento determinado, como lo justo.

NOTAS:

(1) Para el concepto de jurisdicción véase: Couture, Eduardo J., "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", cap. I, 1990, Ed. Depalma; Devis Echandía, "Teoría general del proceso", cap. VI, 1997, Ed. Universidad; Podetti, Ramiro, "Derecho Procesal Civil..." I Tratado de la competencia, caps. I, X, XI; Palacio, Lino, "Tratado de Derecho Procesal", t. I, Ed. Abeledo-Perrot; Ibáñez Frocham, Manuel, "La jurisdicción", 1972, Ed. Astrea; Di Iorio, Alfredo, "Lineamientos de la teoría general del Derecho Procesal", 1994, Ed. Depalma.

(2) Sobre el monopolio del control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial puede verse Guiridlian, Javier, "Otra forma de acceder a la revisión judicial de la actividad administrativa...", ED Suplemento de Derecho Constitucional, 28/12/1999.

(3) La Corte ha definido como causas o casos "aquellos en los que se persigue en concreto la determinación de derechos debatidos entre partes adversas" (Fallos 322:528, consid. 6). Puede ampliarse el estudio de la cuestión en la obra de Silvia Palacio de Caeiro, "Competencia Federal", cap. III, 1999, Ed. La Ley.

(4) En el art. 2 ley 27 (ALJA 1853-1958-1-13) se especifica que la justicia federal nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte. En cuanto a los fundamentos y antecedentes de esta norma puede verse el trabajo de Alberto Bianchi, "Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de la legitimación...", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, p. 17. Afirma Bidart Campos que el concepto de causa o caso del art. 116 CN. aparece restringido y desfigurado en el art. 2 ley 27 donde se dice que sólo ejerce jurisdicción en los "casos contenciosos" en que es requerida a instancia de parte, ya que puede haber causas no contenciosas (ob. cit., p. 461). Para Di Iorio, en los arts. 116 CN. y 2 ley 27 reposa la exclusión de las llamadas causas abstractas "...es decir, que no constituyen causas contenciosas, o para decirlo con más propiedad, no contienen alegación de conflictos." (ob. cit., p. 40).

(5) Joaquín V. González, "Manual de la Constitución Argentina", 1983, Ed. Estrada, ps. 575/576. También, Bidart Campos, Germán, "Manual de la Constitución reformada", t. III, 1997, Ed. Ediar, p. 461.

(6) Señala Lucio Vallejo que en los Estados Unidos se ha confundido la sentencia declarativa con el advisory opinion. Explica, citando a Roberto Goldschmidt, que la advisory opinion consiste en dar una opinión sobre la aplicación de la ley a ciertos hechos no necesariamente en litigio y sin fuerza vinculatoria para un conflicto futuro entre las partes interesadas. Sostiene que la misma constituye una valiosa ayuda con que los tribunales, a requerimiento de las autoridades legislativas, preventivamente y sin que exista litigio trabado, concurren a la más sólida legalidad de la administración de las leyes que se proyectan. Usada en los países de habla inglesa, no tiene cabida en nuestro derecho. Ver Vallejo, Eduardo L., "La acción meramente declarativa en el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", JA 1968-IV-749.

(7) Concordante con ello, ha dicho la Corte Suprema que "si para determinar la jurisdicción de la Corte y de los demás tribunales inferiores no existiese la limitación derivada de la necesidad de un juicio, de una contienda entre partes, entendida esta como 'un pleito o demanda en derecho instituida con arreglo a un curso regular de procedimiento', según el concepto de Marshall, la Suprema Corte dispondría de una autoridad sin contralor sobre el gobierno de la República, y podría llegar el caso de que los demás poderes del Estado le quedaran supeditados con mengua de la letra y el espíritu de la Carta fundamental" (Fallos 156:318 [JA 32-586]; 227:688 [JA 1954-III-178]; 245:552; 322:528 entre otros.

(8) Fallos 184:358 (JA 67-524); 188:179, entre otros.

(9) Fallos 184:358 ; 244:390 ; 255:143.

(10) Explica Bianchi que no siempre se utiliza el concepto de caso abstracto en sentido coincidente. Véase su obra "Control de constitucionalidad", 1992, Ed. Ábaco, p. 164.

(11) No es el objeto de este trabajo analizar la naturaleza jurídica de la acción declarativa, ni su evolución histórica. Esta acción ha sido conceptuada por Chiovenda, en un sentido restringido, como aquella figura general de acción y de sentencia con la que el actor que la propone o la invoca tiende exclusivamente a procurarse la certeza jurídica, frente a un estado de falta de certeza que le es perjudicial, pidiendo a tal objeto que se declare existente un derecho suyo o inexistente el derecho ajeno (declaración positiva o negativa), con independencia de la efectiva realización, de la condena, de la ejecución forzada. Ver Giuseppe Chiovenda, "Acciones y sentencias de declaración de mera certeza" (traducido por Santiago Sentís Melendo) en Revista de Derecho Procesal, Año V, Primera parte, p. 554.

(12) Borchard, Edwin M., "Las sentencias declarativas" en revista de Derecho Procesal, Año V, primera parte, p. 567. Traducción Martha E. Mercader. Señala el autor que el concepto de Blackstone sobre la función judicial era: "Los tribunales de justicia son instituidos en toda sociedad civilizada para llevar a cabo más eficazmente la reparación de los daños privados". También ver Hitters, Juan C., "La acción meramente declarativa", Revista Argentina de Derecho Procesal", n. 3-1970, p. 363.

(13) Hitters, Juan C., "La acción meramente declarativa", Revista Argentina de Derecho Procesal, n. 3-1970, p. 363.

(14) Borchard, E., "Las sentencias declarativas" en Revista de Derecho Procesal, Año V, primera parte, p. 567.

(15) Chiovenda, "Acciones y sentencias de declaración de mera certeza" (traducido por Santiago Sentís Melendo) en Revista de Derecho Procesal, Año V, Primera parte, ps. 529 y 551. Señala el maestro italiano que será la perspicacia del magistrado en la valoración de esta necesidad, en cada caso, la que puede garantizar contra eventuales abusos, como pueden ser los juicios colusivos o ficticios, las acciones desconsideradas y vejatorias.

(16) Borchard, "Las sentencias declarativas" en revista de Derecho Procesal, Año V, primera parte, p. 568

(17) Chiovenda, "Acciones y sentencias de declaración de mera certeza" (traducido por Santiago Sentís Melendo) en Revista de Derecho Procesal, Año V, primera parte, p. 529.

(18) Ver al respecto Bianchi, Alberto, "Control de constitucionalidad", cap. III, 1990, Ed. Ábaco; Oyhanarte, Julio, "Cuestiones no justiciables" en "Temas de casación y recursos extraordinarios (en honor al Dr. Augusto M. Morello)", 1982, Ed. LEP.

(19) Fallos 242:353 (JA 1959-I-558).

(20) Fallos 12:372; 24:248; 95:290; 107:179; 115:163; 243:176 (JA 1959-III-524).

(21) Fallos 245:552 .

(22) Así, por ejemplo, en el caso registrado en fallos 243:176 ("Provincia de Mendoza v. Gobierno Nacional"), la provincia sólo perseguía la declaración de inconstitucionalidad de la ley de nacionalización de hidrocarburos, sin invocar ninguna situación concreta de la que le resultara perjudicial la aplicación de esa ley. En este caso, evidentemente, resultaba acertado que el tribunal se declarase incompetente por ausencia de "caso", ya que lo único que se perseguía era una declaración general y abstracta de inconstitucionalidad.

(23) Fallos 256:104 (JA 1963-V-199).

(24) Fallos 256:386 (JA 1964-II-3).

(25) Fallos 260:44 .

(26) Es de destacar que en el sistema americano, que ha servido de fuente al nuestro en materia de control constitucional, la Corte Federal ya admitía desde 1926, en el famoso caso "Fidelity National Bank v. Swope", que era factible ejercitar tal control por medio de las acciones declarativas de certeza, ya que se consideraba que aquellas generaban un caso de los previstos en la Constitución federal. Si bien luego hubo algunos fallos contradictorios, esa línea de pensamiento se consolidó en 1933 en el caso "Nashville, Chattonooga y Saint Louis Railway Co. v. Wallace". A ello debe sumarse que en el año 1934 se sancionó la ley federal de procesos declarativos, la que fue declarada constitucional en el caso "Aetna Life Insurance Co. v. Haworth" de 1937. Debe agregarse, además, que previo a la admisión de las acciones declarativas en ese sistema ya se admitían las injunciones, en las cuales cabía el control constitucional, y que estaban destinadas a prevenir la irrogación de un perjuicio inevitable de otra manera. Para ampliar esta cuestión consultar a Bianchi, Alberto, "Control de constitucionalidad", 1992, Ed. Ábaco, ps. 195/196; Salgado, A. J., "Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad", Ed. Astrea, ps. 172/178; dictamen del Dr. Marquardt en "Hidronor S.A. v. Provincia de Neuquén" (punto 7).

(27) Respecto a los antecedentes y análisis de este artículo puede verse Carlo Carli, "La demanda civil", 1980, Ed. Aretua, ps. 48/50; Enderle, Guillermo, "La pretensión meramente declarativa", 1992, Ed. Platense; Vallejo, Eduardo L., "La acción meramente declarativa en el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", JA Doctrina 1968-IV-749; Hitters, Juan C., trabajo citado en Revista Argentina de Derecho Procesal, n. 3-1970. En cuanto a los antecedentes históricos de las acciones declarativas pueden verse los trabajos ya citados de Chioyenda y Borchard.

(28) Transcripto en Fallos 307:1387. También puede verse en LL 154-515 con nota de Bidart Campos, Germán, "La acción declarativa de certeza y el control de constitucionalidad". Es dable recordar que en este caso la Corte no se expidió sobre la cuestión porque la actora desistió de la acción.

(29) Fallos 286:76 . En este caso, la actora perseguía que se condenara a la Provincia de Santa Fe a expedir guías de despacho de ganado, y otros documentos relativos a tales semovientes, con prescindencia del pago, que según la ley fiscal, debía hacerse para obtenerlas cuando se pretendía trasladar a esos animales fuera de la provincia. Pedía que, previo a la condena, se declarase inconstitucional la norma del Código Fiscal de la Provincia y que se dejaran sin efecto las intimaciones que se le habían efectuado por haber sacado el ganado sin cumplir con las disposiciones legales.

(30) En Fallos 294:315, "Donald Paterson", el Dr. Guastavino, entonces procurador general se adhirió y remitió en su dictamen al del Dr. Marquardt en la causa "Hidronor" considerando que era posible el control del constitucionalidad por esta vía, ya que la pretensión declarativa de certeza constituía un caso judicial, sin perjuicio de que en el caso no era viable pues se demandaba una declaración general de inconstitucionalidad. La Corte, haciendo remisión a los fundamentos del procurador, desestimó la pretensión. En el caso registrado en Fallos 297:353, el Dr. Guastavino vuelve a expedirse en igual sentido pese a considerar que en el caso, en el cual dictaminaba, debía desestimarse la pretensión por no haber sido demandado el beneficiario de la norma impugnada. La Corte se adhirió al dictamen y rechazó la pretensión. Es de observar que las remisiones integrales que hace el tribunal, con nueva composición designada por el gobierno militar, al dictamen del procurador permiten inferir que se estaba frente a un cambio de criterio respecto al control constitucional en este tipo de pretensiones.

(31) Fallos 300:241 .

(32) Igualmente ver en lo que hace a la evolución de la pretensión declarativa de certeza como medio para cuestionar la validez de las leyes a Enderle, Guillermo, "La pretensión meramente declarativa" 1992, Ed. LEP, p. 142 y ss.; Salgado, Joaquín A., "Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad", cap. VI, 1987, Ed. Astrea; Sagüés, Néstor, "Recurso extraordinario", t. I, 1992, Ed. Astrea, ps. 114/118; Bianchi, Alberto, "Control de constitucionalidad", 1992, Ed. Ábaco, ps. 193/207.

(33) Fallos 306:1125 (JA 1984–IV–84). Casi tres meses después, la Corte resolvió un caso análogo, arribando a igual solución. El caso, caratulado "Recurso de hecho deducido por Alberto Fonrouge", se encuentra publicado en Fallos 306:1722.

(34) Si bien aclaro que la cuestión constitucional se planteó por medio de un amparo, este era de naturaleza preventiva y los anticipos que, al resolver, hace la Corte, a través del voto mayoritario, forjan el camino para admitir el control constitucional en los procesos declarativos.

(35) Constituyen la mayoría los Dres. José Severo Caballero, Genaro Carrió y Enrique Petracchi.

(36) Bidart Campos, en nota a este fallo publicado en ED 110–357 considero que los argumentos de la mayoría respecto al concepto "caso" "...son en verdad de mucho arcaísmo, y de severo rigor formal...". Si bien comparto tal postura respecto al tradicional concepto de caso, no lo hago respecto a la solución del mismo por las razones que expongo en el texto.

(37) Cita del voto del juez Frankfurter en causa citada en Fallos 242:353 (JA 1959–I–558) y 243:176 (JA 1959–III–524).

(38) El Dr. Fayt, en su voto, a diferencia de la mayoría, consideró que se estaba frente a un caso judicial, porque Baeza perseguía, además de la protección de su derecho individual, la protección del sistema representativo de gobierno y admitió, expresamente, con remisión al dictamen de Marquardt, en "Hidronor S.A. v. Provincia de Neuquén", que el control constitucional era viable dentro del ámbito de la pretensión regulada en el art. 322 CPCCN., constituyéndose en el primer juez de la Corte en reconocerlo. Para el Dr. Fayt, la incertidumbre, a dilucidar por esta vía, versaba sobre los alcances y modalidad de la consulta y sus efectos sobre el sistema representativo (consid. 3). En cuanto al fondo de la cuestión, desestimó la queja porque, a su criterio, el decreto cuestionado no vulneraba el sistema representativo. El Dr. Belluscio, por su parte, revocó la sentencia apelada, calificándola de arbitraria. En su voto no analizó la viabilidad de efectuar el control constitucional en el marco del art. 322 CPCCN.

(39) JA 1985–IV–255 . Fallos 307:1379. Ver en JA 1985–IV–257 , la nota del Dr. Augusto M. Morello, "La recepción de la acción declarativa de certeza en el marco del contralor de constitucionalidad".

(40) Aunque el Dr. Petracchi efectuó su voto por separado lo hizo en el mismo sentido que el de los otros integrantes del tribunal.

(41) Ver en tal sentido la nota de Sagüés, Néstor P., "Competencia originaria de la Corte Suprema y transformación de oficio de la acción de amparo", LL 1986-C-116. A igual solución se arribó, en cuanto encarrilar acciones de amparo en declarativas de certeza, en los fallos registrados en 320:1093 y 322:1135. En el primero, "Empresa Distribuidora Sur S.A. v. Provincia de Bs. As", la empresa había promovido un amparo contra la Provincia de Buenos Aires y el Ente Regulador de la Electricidad a fin de que cesara la amenaza de consumación de actos que tachaba de arbitrarios, ilegítimos y contrarios a la Constitución Nacional. En el caso, se denunciaba que ambas autoridades, en apoyo de normas legales, le exigían el cumplimiento de conductas contradictorias entre sí. Por una lado, la Provincia de Buenos Aires lo constituía en agente de percepción de los ingresos brutos en su territorio y la obligaba a incluir ese tributo en las facturas de electricidad y a ello se oponía el Ente Regulador, invocando el régimen impositivo especialmente creado para la concesionaria. En el otro caso, "Provincia de Río Negro v. Nación Argentina", el gobernador de la Provincia de Río Negro interpuso un amparo, cuestionando la constitucionalidad de la ley federal de radiodifusión, y sus normas reglamentarias, que instituían el "Plan de normalización de espectro radioeléctrico de frecuencia modulada", porque consideraba que legislaban sobre materia no delegada al Gobierno Nacional.

(42) Fallos 307:2384 (JA 1986-IV-651). Los hechos que lo motivaron, fueron los siguientes: Costantino Lorenzo, por su derecho propio y como ciudadano argentino, demandó al Estado Nacional, requiriendo se declarara la inconstitucionalidad de la ley 23172 (LA 1985-A-4), de aprobación del Tratado de Paz y Amistad con Chile, y la nulidad de los decretos ley 21178 y 2191, que a su juicio destruían la base territorial de la Provincia de Santa Cruz. La Corte, en base a la distinción señalada, rechazó la demanda porque consideró que Lorenzo no tenía interés concreto y personal en la cuestión planteada.

(43) Borchard, diferenciando el proceso declarativo de los casos abstractos u académicos, dice lo siguiente: "La locución moot cases se ha utilizado en diversas circunstancias para aludir a los problemas que fuesen de suyo abstractos o académicos o que se tornasen ficticios, hipotéticos o simplemente desactualizados. La particularidad característica de estos problemas, que los distingue inequívoca y radicalmente del proceso declarativo, encuentra sus signos en la circunstancias de que: a) no implican ninguna controversia formal e inmediata, b) cuya decisión puede afectar definitivamente ciertos vínculos jurídicos. Por lo general, se trata de casos inapropiados para una sentencia determinante, puesto que no existe demanda interpuesta y derecho contestado y falta, entonces, el consiguiente desarrollo del proceso, todo lo que pone en evidencia que el conflicto real o latente tampoco existe como acaecer que reclame decisión jurisdiccional, desde el momento en que los hechos pueden cambiar en alguna medida y desactualizar la realidad litigiosa o en que las partes, por la propia naturaleza del asunto que se controvierte, pueden requerir para sus diferencias, opiniones no decisivas de inocultable alcance académico" (trabajo citado, p. 576).

(44) JA 1988-I-279 .

(45) La actora había promovido la demanda para que se declarase la inconstitucionalidad de un impuesto a los ingresos brutos, previsto en la legislación tributaria de esa provincia. Sin embargo, a estar a lo dictaminado por el procurador, no se daba en el mismo una relación jurídica concreta y actual, ya que no se había indicado a qué gravámenes hacía referencia la pretensión, lo que impedía saber si ya habían sido devengados o se refería a periodos futuros, ni concurría el recaudo de interés suficiente ya que no se había demostrado que existiere ninguna actividad explícita de la administración tendiente a la percepción del impuesto.

(46) Morello, Augusto M., "Constitución y proceso", cap. XIV, 1998, Ed. Platense.

(47) Señala Carlo Carli que la actualidad se refiere al estado de incertidumbre jurídica y, citando a Chiovenda, explica "...que debe existir una situación de hecho tal que el actor sin la declaración judicial de la voluntad

concreta de la ley, sufrirá un daño injusto, de manera que la declaración judicial se presenta como el medio necesario para evitar ese daño", ob. cit., p. 49.

(48) Morello en la obra citada en 16 señala sus reservas respecto a este recaudo.

(49) Fallos 307:1379 ; 312:1003; 316:2855 (JA 1995-I-44); 318:30-2374 (JA 1998-I-Índice-128-sum. 8-110); 320:1093-1556-1876; 322:678 entre otros.

(50) Debe tenerse presente, al respecto, que la Corte sólo realiza el examen de los recaudos de admisibilidad de la pretensión declarativa en aquellos casos en los cuales el proceso, por su competencia originaria, se inicia directamente ante sus estrados. De lo contrario, cuando la cuestión le llega por la vía del recurso extraordinario, considera que ello no corresponde por tratarse de cuestiones de derecho procesal, reservadas a los magistrados de la causa y ajenas, por regla, a la vía del art. 14 ley 48 (Corte Sup., B.216 LXXXIV, "Bernasconi Sociedad Anónima Inmobiliaria Agrícola Ganadera Financiera Comercial Inmobiliaria e Industrial v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", consid. 6; "Fayt, Carlos S. v. Estado Nacional" (consid. 3), JA 1999-IV-611 .

(51) Fallos 322:528 . En este caso, caratulado "Ricardo Gómez Díez y otros v. Congreso de la Nación y otros", tres diputados nacionales, elegidos en el distrito electoral de Salta, como ciudadanos y en representación de su provincia, promovieron la pretensión declarativa a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 24699 . En esta –entre otras disposiciones– se prorrogaba hasta el día 31/12/1998 el plazo para el cumplimiento de las cláusulas del "Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento" del 12/8/1993. A juicio de los actores, esa ley creaba un estado de incertidumbre acerca del momento en que efectivizaría el nuevo régimen de coparticipación federal, previsto en el art. 75 inc. 2 CN., y se oponía a lo establecido en la cláusula transitoria sexta de la Constitución Nacional. Pretendían, asimismo, que en la sentencia, mediante la fijación de un plazo razonable, se ordenara al Congreso, aprobar, antes del 31/12/1996, un nuevo régimen de coparticipación. La Corte rechazó la pretensión por ausencia de legitimación en los actores, en tanto, sostuvo, que la calidad de diputados no les atribuía la representación de la Provincia y que la calidad de ciudadanos era un concepto de notable generalidad que impedía acreditar la existencia de un interés especial o "directo". Además, agregó, que la pretensión no resultaba atendible, pues con ella se perseguía una declaración de ilegitimidad "...cuyos efectos no se limitan a los actos relacionados con un conflicto o controversia concreto, sino que se proyectan erga omnes, al procurar una sentencia con carácter de norma general..." (consid. 13). El fallo puede verse también en LL del 17/8/1999 con nota de Cipriano H. J. Cambiasso.

(52) "Conarpesca Continental Armadores de Pesca S.A. v. Provincia del Chubut" (Fallos 312:1003). En el caso, se cuestionaba la validez de disposiciones provinciales que impedían apelar resoluciones que imponían multas, si previamente no se las pagaba. Sin embargo, se desestimó la pretensión, porque al momento de promoverla, ya se habían interpuesto y rechazado los respectivos recursos por incumplimiento del pago previo que se cuestionaba.

(53) Por ejemplo, en el caso registrado en Fallos 316:3200 (JA 1996-IV-Índice-151-sum. 10), un escribano de la Capital Federal demandaba a la Provincia de Bs. As., cuestionando la validez del art. 185 decreto ley 9020/1978, modif. por el art. 1 ley 10542 (LA 1987-B-2176) y su decreto reglamentario, que creaba la denominada "barrera jurisdiccional". Como al momento de dictarse la sentencia, la barrera se había levantado, mediante el dictado de otra disposición registral, la Corte resolvió que la pretensión había perdido objeto actual, lo cual tornaba inoficioso todo pronunciamiento. Idéntica cuestión y solución se da en el caso registrado en Fallos 317:188 .

(54) Fallos 320:1875 .

(55) Fallos 320:2964.

(56) Fallos 320:1556 ; 322:678 . En este último, por ejemplo, la pretensión fue promovida por la Droguería Aries S.A. contra la Provincia de Santa Fe, con la finalidad que se declarase la inconstitucionalidad de normas locales que, a su juicio, violaban el derecho a comerciar porque le impedían vender, dentro de la provincia, productos medicinales de venta libre en lugares distintos a las farmacias. Sin embargo, la Corte la desestimó, porque el actor no había demostrado actividad alguna por parte de la Administración que reflejara lesión o amenaza que pudiera afectar en grado suficientemente concreto su derecho a comercializar productos medicinales de venta libre (consid. 4).

(57) Fallos 310:606 (JA 1988–II–309).

(58) Fallos 305:1715 . Los hechos eran los siguientes: la Provincia de Neuquén perseguía la aplicación del impuesto a los ingresos brutos correspondiente a determinados períodos fiscales. Frente a las intimaciones de la provincia, la empresa, que se dedicaba a actividades vinculadas a la exploración y explotación de hidrocarburos, promovió la pretensión declarativa. La Corte rechazó la pretensión en base a estos fundamentos: a) la actora no había demostrado la utilización de los remedios administrativos previstos por la ley fiscal para cuestionar la intimación cursada; y b) la actora podía provocar la actividad jurisdiccional a través de un medio legal apto como lo era la acción de repetición. Para ello le habría bastado cumplir con el requisito del solve et repete, el cual no había sido cuestionado en su aplicación, ni se había solicitado su dispensa. La Corte concluyó que la persistencia de la incertidumbre, en la que se pretendía fundar la demanda, se debía exclusivamente a la conducta del accionante.

(59) Ver al respecto las críticas efectuadas por Susana C. Navarrine en "Acción declarativa. Prevención del daño tributario. Inexistencia del solve et repete", Derecho Fiscal 453, marzo 1986, ps. 193/202 y Oscar Aguilar Caravia en "La acción meramente declarativa de certeza en el derecho tributario", LL 1985–E–600. Señala la primera, que "con relación al régimen impositivo, tanto nacional, provincial, como municipal, ninguna otra vía procesal podría elegirse subsidiariamente, en lugar de la acción declarativa de certeza, para prevenir la lesión tributaria. Todas las acciones judiciales suponen, por la legitimidad del acto administrativo, el pago de la obligación, con lo que ocasionan la lesión tributaria que previene la acción declarativas". No obstante, Spisso, en su obra "Derecho Constitucional Tributario", 1991, Ed. Depalma, sostiene que, en lo que atañe a los impuestos regulados por la ley 11683 , los remedios y recursos establecidos en ella desplazan a la pretensión declarativa, por no condicionar la norma legal la discusión de los puntos constitucionales al previo pago del tributo. No obstante, concluye que en la medida que las acciones y recursos regulados en las leyes 11683 y 19549 no den adecuada solución para superar inmediatamente un estado de incertidumbre existente, con relación a determinada relación jurídica, se debe considerar admisible la acción declarativa (ob. cit., cap. XVII, ps. 370/379.

(60) Ver, vgr., Fallos 308:2153.

(61) Spisso, "Derecho Constitucional Tributario", 1991, Ed. Depalma, ps. 367/369.

(62) La causa fue resuelta el 19/3/1987. Las circunstancias fácticas eran las siguientes: la provincia reclamaba a Newland el pago de multas que se le habían impuesto por no haber realizado, en sus predios rurales, las inversiones exigidas por la ley provincial 5442 (LA 1984–B–2128). A través de la pretensión declarativa, el actor cuestionaba el derecho de la provincia a cobrarle esas multas. La demandada, opuso excepciones previas, en las cuales sostenía que no podía ser demandada en tanto, Newland, no cumpliera con el pago previo de la obligación. Ambas excepciones fueron rechazadas, y en lo que importa al tema en análisis la Corte, para justificar la supresión del recaudo del pago previo, dijo que "...la exigencia del cumplimiento previo de lo que se considera el objeto de la discusión implicaría desconocer la necesidad de tutela judicial que, en casos como el presente, tiende a dilucidar el Estado de falta de certeza entre el contribuyente que

cuestiona la actitud del Estado y este último" (consid 5).

(63) A igual solución se arribó en el caso "López Saavedra v. Provincia de Buenos Aires" (Fallos 311:1459 [JA 1998-IV-163]), donde el actor controvertía el derecho de la Provincia a cobrar impuestos a los buques deportivos radicados en su territorio. El accionante sostenía que la provincia se arrogaba competencias tributarias del gobierno federal. La Corte opinó lo contrario y por tal motivo rechazó la pretensión.

(64) Sin perjuicio de lo que expondré al tratar las medidas cautelares, entiendo que lo resuelto por la Corte se enmarcaba en la postura restrictiva, que predominaba en esa época, respecto a su improcedencia en la acción declarativa de certeza, en razón de la "presunción de legitimidad" y "ejecutoriedad" de los actos administrativos.

(65) Fallos 316:2182.

(66) Fallos 316:2206.

(67) Si bien, en ambos casos, no se declaró la inconstitucionalidad del art. 118, se hizo lugar a la demanda y se declaró la improcedencia de la pretensión fiscal, por contrariar el párr. 2º del art. 9 ley 20221 (ALJA 1973-A-165) que impedía a las provincias mantener o establecer impuestos locales sobre materia sujeta a imposición nacional coparticipable.

(68) Fallos 321:2517. En este se desestimó la pretensión.

(69) Fallos 321:2501. En este se hizo lugar a la pretensión por remisión a lo resuelto en Fallos 308:2153.

(70) Fallos 320:619. Debe tenerse presente que, al no ser la cuestión de competencia originaria de la Corte, esta intervino al resolver el recurso interpuesto contra la sentencia definitiva. Uno de los argumentos de la accionante, para fundar su pretensión, fue que el Municipio, con el cobro de las tasas, comprometía el comercio interjurisdiccional. La Corte, sin embargo, confirmando lo resuelto por la Cámara Federal de Apelaciones, desestimó el recurso extraordinario por considerar que las tasas municipales se inscribían dentro de las facultades, que por su naturaleza, eran propias de los Municipios y que, además, las normas federales, que se decían vulneradas, no incluían a las tasas citadas como de incumbencia de las autoridades federales.

(71) Fallos 320:162 , "Telefónica de Argentina S.A. v. Municipalidad de General Pico". En este caso, que también llegó a la Corte por recurso extraordinario, se revocó la sentencia apelada y se resolvió que "el gravamen municipal impugnado por la recurrente y que se origina en la ocupación o uso del espacio aéreo de jurisdicción municipal se encuentra en franca oposición con lo dispuesto por el art. 39 ley 19978, toda vez que esta norma establece que estará exento de todo gravamen" el uso del suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público nacional, provincial o municipal, a los fines de la prestación del servicio público de telecomunicaciones. Al ser ello así, el tributo local constituye un inequívoco avance sobre la reglamentación que el Gobierno Nacional ha hecho en una materia delegada por las provincias a la Nación, importa el desconocimiento del ámbito de protección que la ley federal otorga a dicho servicio público y en definitiva lesiona palmariamente el principio de la supremacía legal del art. 31 CN..." (consid. 9).

(72) En similar sentido Navarrine, en el art. cit., p. 202.

(73) LL 1987-A-616. Es interesante remarcar que, en este caso, se había acumulado a la pretensión declarativa una de condena, por repetición de lo pagado hasta ese entonces. Sin embargo, esta última se rechazó por falta de legitimación pasiva de la Provincia, ya que los salarios habían sido percibidos por los empleados de la empresa y no se había acreditado, además, la imposibilidad de demandarlos.

(74) Fallos 315:1013.

(75) Fallos 314:1186.

(76) Fallos 320:89 , "Cadopi v. Provincia de Buenos Aires". La Corte rechazó la demanda por considerar que no resultaba aplicable la norma federal que invocaba el accionante.

(77) Los artículos cuestionados eran los arts. 1 y 2 de esa ley que modificaban los arts. 2, 7 y 9 del decreto ley 8727/1977.

(78) El fallo puede verse en ED 133:418, con nota de Bidart Campos, "La inconstitucionalidad de un régimen previsional provincial".

(79) "Colegio San Lucas S.R.L. v. Gobierno Nacional"; "Colegio Estrada v. Gobierno Nacional" (JA 1988–IV–382).

(80) Fallos 317:1195. Sostenían que el art. 64 Const. Prov. Bs. As. era contrario a la Constitución Nacional (según el texto reformado en 1994), al Pacto de San José de Costa Rica y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La demanda fue rechazada, porque "el régimen vigente en el orden provincial representa un razonable ejercicio del poder constituyente local que no es incompatible con los principios de la Constitución Nacional que deben ser preservados..." (consid. 5). El Dr. Fayt, en su disidencia, manifestó en el consid. 3, que la demanda era formalmente procedente, ya que reunía los requisitos a los cuales el tribunal subordinaba la procedencia de las acciones declarativas.

(81) JA 1999–I–517.

(82) La demanda fue desestimada por la mayoría del tribunal. Consideraron, para hacerlo, que el Senado de la Nación había actuado dentro del marco de sus facultades privativas y en ejercicio razonable de las potestades derivadas del art. 64 CN. y cláusula transitoria 4ª de la misma norma. Incluso, en el voto conjunto de los Dres. Moliné O'Connor, Nazareno y López, se declaró que tal cuestión escapaba al marco del control judicial. Los Dres. Fayt, Bossert, Belluscio y Petracchi, por el contrario, imprimieron a la cuestión la vía sumarísima, ordenaron dar traslado de la demanda y decretaron una medida de no innovar, disponiendo que el Senado debía abstenerse de tomar juramento a los senadores designados.

(83) ED del 24/3/2000. La Corte sostuvo, por mayoría, en este caso que "...sin que ello importe abrir juicio sobre esta última disposición (art. 99 inc. 4 CN.), corresponde advertir que la norma impugnada presenta –con relación a aquella– una diferencia de carácter sustancial. En efecto, de modo ajeno al contenido del art. 99 inc. 4 de la ley fundamental, el art. 88 Const. Prov. hace cesar la condición de inamovilidad del cargo para el magistrado que cumple sesenta y cinco años, sometiéndolo, sine die, a permanecer en la función –con pérdida de un atributo indispensable para su debido cumplimiento–, con un carácter precario sujetando este estado al exclusivo arbitrio del Poder Ejecutivo ...Que la trascendencia de tales efectos excede el marco del derecho público local y se proyecta al ámbito de vigencia de la Constitución Nacional, pues si bien ésta garantiza a las provincias el establecimiento de sus instituciones, el ejercicio de ellas y la elección de sus autoridades, les impone expresamente el deber de asegurar la administración de justicia (art. 5), proclama su supremacía sobre la constitución de las leyes locales (art. 31) y encomienda a esta Corte su mantenimiento (art. 116). Y es evidente que choca frontalmente con el citado deber la disposición que transforma en precaria la situación de los jueces que arriban a una determinada edad, sin limitación alguna en el tiempo, dejando en manos de los otros poderes provinciales la disposición de sus cargos..." (consids. 7 y 8, voto de los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor y Boggiano).

(84) La norma constitucional, dispone que "un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente por el mismo trámite".

(85) El fallo está publicado en JA del 17/11/1999, p. 6. Debe recordarse, que la Corte intervino en la cuestión, en razón del recurso extraordinario federal interpuesto contra la sentencia de la C. Nac. Cont. Adm. Fed. –sala 3ª–; la cual, revocando la de primera instancia, desestimó el pedido de nulidad, sin perjuicio de hacer lugar a la demanda, por entender que el art. 94 inc. 4 párr. 3º no resultaba aplicable al Dr. Fayt.

(86) Nos valemos del concepto de legitimación de Devis Echandía, "Teoría general del proceso", 1997, Ed. Universidad, ps. 254/255.

(87) Fallos 320:690 . También puede verse el fallo en LL 1997–C–320 con nota de Agustín Gordillo. La plataforma fáctica era la siguiente: la Asociación, promovió la acción contra la Provincia y el ente provincial regulador energético para que se declare la inconstitucionalidad de una serie de normas locales que a su juicio vulneraban la ley 24065 , el Pacto Federal para el Empleo, la producción y el crecimiento y principios constitucionales tales como el de la igualdad, propiedad y normas constitucionales sobre el comercio interprovincial, entre las cuales incluía el art. 42 CN. Sostenía que, por aplicación de esas normas, los usuarios industriales del ámbito bonaerense debían abonar gravámenes que ascendían al 18,5% del importe facturado, cuando eran abastecidos por un prestador sujeto a la jurisdicción nacional, mientras que estaban eximidos de su pago, en caso de que el prestador estuviera sujeto a la jurisdicción provincial. Corrido el pertinente traslado, la Provincia de Buenos Aires opuso una excepción de falta de legitimación activa aduciendo que las normas cuestionadas gravaban el consumo de energía eléctrica que se llevaba a cabo en su jurisdicción y que, por ello, los usuarios eran los sujetos pasivos de la relación jurídica tributaria. Por tal razón, sostuvo que no se configuraba el recaudo del "perjuicio o lesión actual en el actor", en los términos del art. 322 CPCCN., ya que la actora no revestía el carácter de obligada al pago del impuesto que regulaba la legislación cuestionada.

Respecto a ello, dictaminó el procurador "que el hecho de no ser la actora quien deba soportar el pago del tributo que reputa inconstitucional, es insuficiente para descartar la existencia en su contra de un perjuicio o lesión actual en los términos del art. 322 CPCCN. Así lo pienso, toda vez que el accionante afirma que esta legitimada para accionar en función de una circunstancia totalmente distinta, cual es el cumplimiento de una de sus finalidades para las que fue creada... y que, en el caso, es la de evitar el perjuicio que la imposición de un tributo sumamente gravoso y discriminatorio causaría a los grandes usuarios de energía eléctrica que ella representa, pues, a su juicio, comporta el abuso de una posición dominante o monopólica, lesiva del espíritu de las normas nacionales que regulan la materia..." (punto VI).

(88) Gordillo, Agustín, "Derechos de incidencia colectiva" en la obra colectiva "El Derecho Administrativo hoy", p. 281.

(89) Es evidente que por la naturaleza de lo que se pretende en las pretensiones declarativas de certeza las medidas cautelares que se corresponden con la misma son la medida de no innovar o la llamada medida innovativa.

(90) El trámite de los procesos declarativos, en instancia originaria de la Corte, pueden durar varios años. Así, por ejemplo, en el caso "Iribarren v. Provincia de Santa Fe", la medida cautelar se obtuvo en 1992 (Fallos 315:2956) y la decisión definitiva en el año 1999, pese a ser una cuestión de puro derecho (ED del 24/3/2000); en el caso "Cadopi v. Provincia de Buenos Aires" la cautelar se obtuvo en 1994 (Fallos 317:581), y la sentencia se dictó en 1997. Esos lapsos, son en sí mismos demostrativos del riesgo que implica no tener asegurado el resultado de la sentencia con una medida cautelar, si es que además concurren los otros recaudos para su procedencia.

(91) Cabe destacar que otros tribunales, adelantándose a la Corte, admitieron la procedencia de medidas cautelares, específicamente la medida de no innovar. Así, por ejemplo, la C. Fed. Rosario en "Cipoma S.A. v. Gobierno Nacional", en un proceso en el cual se cuestionaba la validez del impuesto a los débitos bancarios (LL 1988–C–340, con nota Fernando Frávega y Luis E. Pendebiene, "Impuesto a los débitos bancarios". También la C. Fed. Mendoza, en los autos "Diario Los Andes" (JA 1988–IV–618), en un proceso en el que se impugnaba la ley de ahorro obligatorio. C. Fef. Rosario, sala B, "Electromotores v. Gobierno Nacional" (JA 1988–IV–489). Véase, asimismo, respecto a este punto: JA 1984–III–44 , con nota de Susana Miri Ferrari de Heras, "La medida judicial de no innovar en el proceso de inconstitucionalidad".

(92) Es ilustrativo, al respecto, lo resuelto por la Corte en los autos "Provincia de Santiago del Estero v. YPF" (Fallos 307:1804). El tribunal, por mayoría, luego de dejar sentado que el proceso no era de los que aparejaba ejecución, y de describir los recaudos de admisibilidad de la medida de no innovar, concluyó en que "...esas consecuencias que la medida cautelar tiende a prevenir, no parecen imaginables en una acción de mera certeza que está destinada, por su índole, a agotarse en la declaración del derecho..." (consid. 5). Si bien, en el considerando siguiente, analizó las circunstancias particulares de la causa para desestimar la cautelar, entiendo que ello lo fue sin desmedro del argumento principal y sólo a mayor abundamiento del mismo. El fallo, contó con la disidencia del Dr. Petracchi, quien se pronunció a favor de la medida cautelar.

(93) Fallos 313:1152. También puede verse en ED del 9/5/1991 con nota laudatoria de Augusto M. Morello.

(94) Fallos 315:2956; 316:2855 ; 317:581 ; 318:32; 319:2374 entre otros. Debe tenerse presente, sin embargo "que la presunción de legitimidad de que gozan los actos de los poderes públicos, así como la consideración del interés público en juego –involucrado en el caso no sólo por la importancia que reviste para la comunidad la regular percepción de los recursos tributarios, sino también y preponderantemente, por la preservación de la transparencia en el mercado de la carne– hacen necesaria una especial prudencia en la apreciación de tales recaudos" (Fallos 319:1317). Verse además De Lazzari, Eduardo N., "Medidas cautelares", t. I, 1997, Ed. LEP, p. 551.

En este último, el tribunal expresó respecto al recaudo del peligro en la demora "que... se advierte en forma objetiva si se consideran los diversos efectos que podría provocar la aplicación de las disposiciones impugnadas, entre ellos su gravitación económica..." (consid. 6); Fallos 317:581 .

(95) Esta doctrina contradictoria de nuestra Corte Suprema de Justicia puede verse, por ejemplo, en los siguientes fallos: así en los casos registrados en Fallos 318:30 ("Central Neuquén y otro v. Provincia de Bs. As. y otra" del 7/2/1995), 318:2371 ("Líneas de Transmisión del Litoral v. Provincia de Corrientes" del 23/11/1995) y 320:1093 ("Empresa Distribuidora Sur S.A. v. Provincia de Bs. As., 22/5/1997), se decretaron medidas de no innovar en pretensiones declarativas de certeza, disponiendo lo no aplicación de las leyes cuestionadas o impidiendo el cobro de impuestos impugnados, etc. Sin embargo tal medida fue denegada en Fallos 319:1317 ("Frigorífico Litoral Argentino v. DGI", 16/7/1996). En dicho caso, que llegó a la Corte mediante recurso extraordinario, esta descalificó por arbitrario el fallo apelado que concedía la cautelar y sostuvo para ello que "...por otra parte, en lo que atañe al requisito del peligro en la demora (la bastardilla me pertenece), corresponde concluir que si el demandante encauza su pretensión por la vía de la acción de mera certeza, no puede desconocer que ella está destinada, por su índole, a agotarse en la declaración de derecho, limitación que en principio, obsta a que pueda configurarse tal recaudo, máxime cuando como en el caso, las consecuencias que podrían derivar para la actora son de estricto carácter patrimonial y esta podría obtener la pertinente reparación –por el medio procesal que corresponda– en el caso de que resultase de la decisión final de la causa que la actividad estatal le hubiera causado un daño injustificado (consid. 9). Lo mismo, y ante un caso análogo, se resolvió en Fallos 320:2697 ("Antonio Garré v. DGI", 10/12/1997, consid. 6). También se reiteró tal doctrina en Fallos 321:695 ("Bs. As. Catering v. DGI", 2/4/1998). De ello puede extraerse que, por regla, en cuestiones de índole patrimonial la medida cautelar sería improcedente por no concurrir el recaudo del peligro en la demora. En el caso registrado en Fallos 322:1135 "Provincia de Río Negro v. Nación

Argentina", se reconvirtió un amparo en pretensión declarativa de certeza, y si bien en el mismo no se concedió la cautelar por no advertirse verosimilitud en el derecho invocado (consids. 6 y 7), no se asumió ninguna postura restrictiva. Cabe aclarar que no se trataba en el mismo de una cuestión de índole patrimonial sino de deslinde competencias, respecto a las comunicaciones radiales, entre el Estado Nacional y Provincial.

(96) Fallos 318:2374 . Véase en tal sentido lo que sostiene De Lázzari, Eduardo N., "Medidas cautelares", t. I, 1997, Ed. LEP, ps. 554/563.

(97) Fallos 316:2855 ; 318:32; 320:1093 entre otros.

(98) Fallos 315:1013 y sus citas.

(99) Morello, Augusto, "El reloj de los operadores del proceso judicial", DJ 2000-2-711.

(100) Ver trabajos citados en notas 11 y 12.

(101) Morello, Augusto, trabajo citado en nota 94.

* * *

2000