

## LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA DOCTRINA JUDICIAL ARGENTINA

Ricardo HARO

SUMARIO: I. *Nociones generales y la originaria doctrina negativa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.* II. *Análisis crítico de las razones que apoyan la argumentación negatoria de la Corte Suprema.* III. *La acción meramente declarativa en la jurisdicción federal.* IV. *Un precedente premonitorio para la aceptación judicial de la acción declarativa de inconstitucionalidad.* V. *Otros antecedentes favorables para los nuevos rumbos asumidos.* VI. *La acción declarativa de inconstitucionalidad: el surgimiento jurisprudencial.* VII. *La ratificación y consolidación de la acción declarativa de inconstitucionalidad.* VIII. *Los presupuestos definitorios de la acción declarativa de inconstitucionalidad.*

### I. NOCIONES GENERALES Y LA ORIGINARIA DOCTRINA NEGATIVA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

#### 1. *El control de constitucionalidad y la acción declarativa de inconstitucionalidad*

Quizás uno de los institutos por el que se vehiculiza el control de constitucionalidad en el orden federal, y que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) y de los tribunales inferiores, ha logrado en los últimos tiempos un desarrollo inusitado, es el referido a la *acción declarativa de inconstitucionalidad* (en adelante ADI) como una de las más novedosas vías procesales para la actuación de dicho control, y que como en tantas otras loables circunstancias, ha nacido no de la norma legislada, sino del ingenioso desarrollo jurisprudencial de nuestro más alto Tribunal, en virtud del ejercicio de un *poder constituyente material* que le permite, como intérprete final de la Cons-

titudin, fijar el sentido y los ámbitos de actuación de las normas supremas. No en vano y tan acertadamente, Wilson sostenía que la Corte Suprema de los Estados Unidos, era una *convención constituyente en permanente sesión*.

El tema es de capital importancia, a poco que reparemos que toda declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica es un *acto de suma gravedad institucional*, a través del cual se manifiesta una de las formas más eminentes de la *dimensión política* del Poder Judicial, que en el sistema de control difuso, realizan todos los jueces que lo integran, cualquiera sea su jerarquía y fuero, con la CSJN, como intérprete final.

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

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

Ahora bien, cuando por esa pretensión declarativa se persigue la certeza del derecho y la incertidumbre está motivada asimismo por la inconstitucionalidad de una norma, entonces sí nos encontraremos frente a la acción declarativa de inconstitucionalidad, cuya existencia fue negada por la CS durante más de un siglo, y recién a partir de 1985 se adquirió carta de ciudadanía en nuestro derecho procesal constitucional por obra de un cambio en la jurisprudencia del Tribunal.

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

## 2. Razones en que se basaba la originaria posición negatoria

Desde los orígenes del funcionamiento de los tribunales federales con la Corte Suprema, como cabeza del Poder Judicial de la nación, para el planteamiento de la “cuestión o caso constitucional”, denominada sinónimamente como “cuestión o caso federal”, nuestro sistema receptó la llamada *vía incidental, indirecta o como excepción* y la necesidad que se plantease en un *caso o controversia judicial*.

### A. Existencia de un caso o controversia judicial

En el caso *Provincia de Mendoza c/ Nación Argentina*, se pretendía que se declare la invalidez de diversas prescripciones de la Ley 14.773 de nacionalización de hidrocarburos, por vulnerar disposiciones de la CN. El Tribunal, el 13 de marzo de 1959, se declaró incompetente para conocer en la referida inconstitucionalidad (Fallos: 243-176), recordando su antecedente *in re* “Hogg” del 1o. de diciembre de 1958 (Fallos: 242-353), en el que sostuvo que el fin y las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa, requieren que *la existencia de un caso o controversia judicial* sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de los poderes, según expone el juez Frankfurter con fundamento en la jurisprudencia norteamericana (341 U.S.149).

Pero ahondando en el tema, agregó que tales “casos” o “causas” en los términos de los artículos 100 y 101, CN (hoy 116 y 117), son aquéllos que contempla el artículo 2o. de la Ley 27 con la exigencia de que los tribunales federales sólo ejerzan jurisdicción en los *casos contenciosos*, lo que *excluye*, como lo señala la jurisprudencia (Fallos: 12-372; 24-248; 95-290; 107-179; 115-163; 156-318, entre otros), *las declaraciones generales y directas de inconstitucionalidad* de las normas o actos de los otros poderes, en tanto su aplicación no haya dado lugar a un *litigio contencioso* para cuyo fallo se requiera la revisión del punto constitucional propuesto. Al finalizar dicho año, el 28 de diciembre de 1959, se pronunció en similar sentido, *in re* “SRL HIRU” (Fallos: 245-552), afirmando que la aplicación de los preceptos de las leyes de la Nación no puede impedirse por medio de la promoción de un *juicio declarativo de inconstitucionalidad que no ha sido previsto en el orden nacional*, criterio que reiteró en el Fallo: 249-221 del año 1961.

A los pocos meses, en el caso “*Banco Hipotecario Nacional c/ Pcia. de Córdoba*”, del 26 de junio de 1963 (Fallos: 256-104), el Tribunal agregó:

...la decisión por parte de los jueces de la Nación de cuestiones constitucionales, debe ocurrir sólo en el curso de procedimientos litigiosos, es decir, en controversias entre partes con intereses jurídicos contrapuestos y propios para la dilucidación jurisdiccional, toda vez que el principio de la coordinación y la separación de los poderes, que impone al judicial la permanencia en el ámbito jurisdiccional, le impide la invalidación genérica de las leyes objetadas ante sus estrados.

Ratificando la precedente doctrina hasta la última década, recordamos el caso *Polino y otro, del 7 de abril de 1994 (Fallos: 317-341)*, en el que frente a una acción de amparo a fin de que se declare la nulidad del proceso legislativo de la Ley 24.309 que autorizó al P. E. a convocar al pueblo para elegir convencionales para la reforma de la CN, la CS sostuvo que la atribución de declarar la invalidez constitucional de los actos de los otros poderes reconocida a los tribunales federales, ha sido equilibrada poniendo como límite infranqueable la necesidad de un “caso concreto” o controversia judicial en el que se persigue la determinación de derechos debatidos entre partes adversas, cuya titularidad alegan quienes los demandan.

### B. *La ADI y la acción meramente declarativa*

No obstante la incorporación en 1968 de la “acción meramente declarativa” en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), la CS continuó rechazando las declaraciones de inconstitucionalidad que se pretendían ahora vehiculizar mediante esta nueva acción. Así, entre otros, en *SA SAFE Agropecuaria* del 18 de agosto de 1973 (Fallos: 286-76), reiteró su tradicional doctrina negatoria, al señalar que la facultad que tiene la Corte de apreciar los límites de las atribuciones propias de los otros poderes del Estado, reconocida sólo implícitamente por la CN y con referencia a los casos que caigan bajo su jurisdicción, no cabe extenderla de modo de validar declaraciones de inconstitucionalidad abstractas o de mera certeza por vía de aplicación del artículo 322 del CPCCN que tiene su ámbito natural de aplicación

en orden a decisiones de derecho común (*Idem* en Fallos: 300-241, de 1977).<sup>2</sup>

### 3. Conclusiones de esta primera etapa jurisprudencial

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

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

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

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

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

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

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

## II. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS RAZONES QUE APOYAN LA ARGUMENTACIÓN NEGATORIA DE LA CORTE SUPREMA

### 1. *Lo “contencioso” en la Constitución 1853/60*

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

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

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

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

#### A. *La función jurisdiccional y el caso contencioso*

Cuando los constituyentes usaron las denominaciones que hemos señalado, lo hicieron seguramente dentro de la comprensión que desde el derecho procesal de aquella época se debía otorgarles. Y es preciso recalcar que el ejercicio de la jurisdicción por un tribunal de justicia, se manifiesta en una “causa” o “caso contencioso”, no sólo para interpretar el derecho y aplicarlo ante circunstancias fácticas en que se controvierte o discute la reparación de un daño ya producido, sino también que se

manifiesta en toda “causa” o “caso contencioso” en que sin haberse producido daño alguno, sea necesario interpretar el derecho, para poder así establecer cuál es la significación jurídica que procede ante casos de incertidumbre y razonable duda.

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

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

### B. *Las funciones declarativas preventiva y reparadora*

Cuando existe un interés concreto, objetivo y perentorio de un justiciable en el ejercicio de su “derecho a la jurisdicción”, la naturaleza de la demanda deja de ser meramente consultiva o una impugnación inconstitucional de tipo genérica, hipotética o conjetural, circunstancias que a no dudarlo sí afectarían el principio de la división de los poderes ante un ejercicio exorbitado de la función jurisdiccional por parte de los tribunales. Por el contrario, cuando se enfrentan ante una causa en la que debe dilucidarse la interpretación y aplicación de una norma, ante una pretensión que se respalda en la inminencia de un daño y en la procuración de evitarlo, los tribunales ejercen en el marco constitucional un derecho y un deber de administrar justicia, con un claro sentido *preventivo*, sin que en modo alguno menoscaben las atribuciones de los otros poderes. Pues es función de los jueces, y esto debe ser tenido muy presente, interpretar la ley, esclarecer los derechos de las partes y finalmente, decidir los efectos en la relación jurídica litigiosa, ya sea que los tribunales hayan resuelto una “controversia” que se concreta a la sola interpretación del derecho en forma *declarativa y preventiva*, o por otra parte, los tribunales hayan interpretado el derecho y los hayan apli-

cado a las consecuencias dañosas ya producidas, de una forma *declarativa y reparadora*.

Tan ello es así, que tanto la creación y desarrollo jurisprudencial y legal de la acción de amparo durante más de cuatro décadas, como en la actualidad de su recepción en el artículo 43 de nuestra ley suprema por obra de la Convención Reformadora de 1994, inveteradamente se aceptó la acción de amparo contra:

...todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o *inminente* lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, *el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma* en que se funde el acto u omisión lesiva.

Reparemos entonces como ante la inminencia de un daño, se debe declarar la inconstitucionalidad de aquella norma cuya aplicación pueda producirlo.<sup>3</sup>

### 3. *Los parámetros de lo “contencioso” en la justicia federal*

#### A. *Acción declarativa y caso contencioso*

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

<sup>3</sup> Véase Chiovenda, Giuseppe, *Ensayos de derecho procesal civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Edit. EJE, 1949, vol. I pp. 131 y ss.; asimismo puede consultarse: Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1969, p. 315; Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, p. 62; Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, t. I, p. 122.

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

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

### B. *La acción declarativa de certeza y la ADI*

Finalmente, y desde la más pura interpretación constitucional y procesal, exponemos nuestra última reflexión que está dirigida a la afirmación categórica en el sentido que si la acción meramente declarativa de certeza, reúne la condiciones de “causa judicial” y de “causa contenciosa”, en cuanto la controversia se basa en disímiles interpretaciones del derecho, no advertimos ningún obstáculo para que en el proceso incoado, si la declaración de certeza sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, exige ineludiblemente actuar el control de constitucionalidad sobre la normatividad en análisis, dicho control sea ejercido, no como una acción directa de inconstitucionalidad, sino como en todos los procesos en el derecho federal argentino, “enancado” o “subsumido” en otra acción, en este caso la “declarativa de certeza”,

4 Haro Ricardo, *La competencia federal*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 83.

para cuya correcta resolución en dichas circunstancias deberá primeramente decidir sobre la validez constitucionalidad de la norma en cuestión.

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

Finalizando estas reflexiones, deseo señalar que la casi unanimidad de los constitucionalistas y procesalistas forjadores de la doctrina nacional, están contestes con algunos matices, en la plena aceptación de la acción declarativa de inconstitucionalidad. Lamentablemente sus valiosas opiniones no pueden ser transcriptas ni analizadas en este trabajo pues desbordan los límites del mismo.

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

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

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

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

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

## 2. Requisitos para su procedencia

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

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

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

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

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

#### IV. UN PRECEDENTE PREMONITORIO PARA LA ACEPTACIÓN JUDICIAL DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

##### 1. *El caso “Hidronor c/ Pcia. de Neuquén”*

Entre los antecedentes más destacados que influyeron doctrinariamente en la evolución hacia un concepto menos riguroso del concepto de “caso contencioso” y por ende, a la viabilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad, es preciso recordar el visionario, enjundioso y extenso dictamen del entonces procurador general de la nación, doctor Eduardo H. Marquardt, del 17 de diciembre de 1971 *in re Hidronor c/ Pcia. de Neuquén*, expediente en el que no existió sentencia de la CS por circunstancias procesales posteriores que no la requirieron. Pero el aludido dictamen quedó como un precedente insoslayable de atender al momento de abordar la acción declarativa de inconstitucionalidad (la Ley, t. 154-515). La casuística del caso era ésta: la Provincia de Neuquén intimó a la S. A. Hidronor Hidroeléctrica Norpatagónica el pago de una suma de dinero en concepto de impuesto a los sellos por el contrato celebrado entre dicha sociedad y la empresa constructora del Chocón, Impregilo Sollazzo S. A., suma que la intimada se negó a pagar por considerar que con arreglo a las Leyes nacionales 15.336 y 17.574 y al contrato de concesión, la Provincia carecía de facultades para imponer el gravamen exigido. Dada la situación de incertidumbre, la actora dedujo contra la provincia de Neuquén, la acción declarativa prevista por el artículo 322 del CPCCN a fin de obtener que se declare la invalidez constitucional de los impuestos mencionados en cuanto se aplicaban a Hidronor S. A.

##### 2. *El dictamen del procurador general y sus conclusiones*

El procurador general realizó un profundo y amplio examen de la “acción meramente declarativa” en la doctrina procesal comparada (Callamandrei, Chiovenda, Borchard, Rosenberg, etcétera), de la “acción declarativa de inconstitucionalidad” en la legislación, jurisprudencia y doctrina norteamericana, y con la misma amplitud y profundidad, la evolución en la jurisprudencia de la CS y en la doctrina nacional, a la luz de los artículos 100 y 101, CN (hoy 116 y 117), para finalizar afirmando

las siguientes conclusiones que reseñamos sobre las distintas facetas de la problemática examinada. Veamos sus conclusiones:

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

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

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

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

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

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

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

## 1. *La acción de amparo*

A pesar de la expresa prohibición que establecía el inciso *d in fine* del artículo 2o. de la Ley 16.986: “La acción de amparo no será admisible cuando:... *d*) La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese... la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas”, la CS con un criterio realmente constituyente reafirma el principio de la supremacía constitucional a partir del caso *Outon* del 29 de marzo de 1967 (Fallos: 267-215), a sólo seis meses de su sanción. Afirmó, enfáticamente, que el principio que veda declaración de inconstitucionalidad, no puede considerarse de modo absoluto, estableciendo la posibilidad de que en sede de amparo se declare la inconstitucionalidad de la norma en que se apoyaba el acto u omisión violatorios, cuando aquélla fuese manifiesta.

Esta doctrina fue reiterada en 1990 en el conocido caso *Peralta* del 27 de diciembre de 1990 (Fallos: 313-1513), sosteniendo que en el orden federal existe la acción de inconstitucionalidad, la cual se canaliza a través de la acción declarativa de certeza de definitiva aplicación en el ámbito del derecho público, ya sea que los actos violatorios de la CN sean de carácter individual como de carácter general. Finalmente, esta tendencia ampliatoria y loable para un mayor control de la supremacía constitucional, culminó en la redacción expresa del artículo 43 de la CN reformada en 1994, cuando al constitucionalizar la acción de amparo, ya sea ante lesión actual *o inminente*, señala que: “En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

## 2. *La acción de habeas corpus*

Cuya reglamentación mediante la Ley núm. 23.098, dispone en su artículo 6o., la posibilidad que los jueces declaren en caso concreto, *aún de oficio*, la inconstitucionalidad de la orden escrita cuando emanase de una autoridad que obrase en virtud de un precepto legal contrario a la CN. Este instituto, como bien sabemos ha alcanzado formalmente jerarquía constitucional, en su recepción explícita en el párrafo cuarto del artículo 43, CN.

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

Prescripta en el artículo 322 del CPCCN, y por la que se pretende “obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente”. Con base en esta disposición, la CS ha admitido —como lo veremos más adelante— que esta vía es idónea para lograr la inconstitucionalidad de una norma general.

### 4. *El caso “Baeza”*

Se vislumbra como una cierta aproximación a la configuración definitiva de la “acción declarativa de inconstitucionalidad”, las consideraciones que el Tribunal realizó en el caso “Recurso de hecho deducido por Aníbal Roque Baeza en *Baeza A.R. c/ Estado Nacional*” del 28 de agosto de 1984 (Fallos: 306-1125), a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad del decreto 2272/84 por el cual el P. E. convocó a una consulta popular el arreglo de los límites con Chile en el Canal de Beagle. Llegada la causa a la CS, no hizo lugar al recurso reiterando que la Corte y los tribunales nacionales ejercen sus funciones jurisdiccionales de los artículos 100 y 101, CN (hoy 116 y 117), sólo en las *causas de carácter contencioso* (artículo 2o. de la Ley 27), o sea aquéllas en que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas (Fallos: 156-318), lo que excluye, como se pretende en autos, la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes (Fallos: 1-27 y 292; 12-372; 95-51; 115-163; 243-176 y 256-104). Además de la “controversia”, la tutela específica de un derecho invocado, exige que medie un interés suficientemente concreto que lo legitimara para reclamarla. La Corte Suprema de los Estados Unidos insiste en la necesidad de que *el interés invocado tenga suficiente inmediatez y realidad también en los supuestos de acciones de mera certeza* (312 U.S. 270).

En este párrafo está la apertura decidida a la admisión que vendrá, no obstante que corresponde a la disidencia del ministro Fayt, el adelanto profético de la futura jurisprudencia de la CS, cuando con apoyo en el dictamen del procurador general en el caso “Hidronor”, afirmó que “no

existen obstáculos de índole constitucional para que se admita el carácter de causa que inviste el ejercicio de las acciones declarativas regladas por el artículo 322 del CPCCN, inclusive cuando ellas persigan la declaración de invalidez de una ley (o un decreto) frente a los preceptos de la Carta Fundamental”.

## VI. LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: EL SURGIMIENTO JURISPRUDENCIAL

“Pcia. de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Y.P.F.”

### A. *Las circunstancias del caso.*

Nos parece que para la mejor comprensión de la doctrina que recepitó la ADI en nuestra historia judicial, es necesario fijar el marco fáctico-jurídico que dio origen a la causa “Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales - Acción de Amparo”, fallada el 20 de agosto de 1985 (Fallos: 307-1379). La Provincia en el ejercicio de las que entendía como facultades propias en materia tributaria, sancionó la Ley 5.464, creando el Departamento de Control de Combustibles, que de acuerdo al citado texto legal, tendría a su cargo el control cualitativo y cuantitativo de los combustibles líquidos, y también el cumplimiento de las funciones y potestades que le acuerdan las leyes nacionales 19.511 y 21.970, fijándose como retribución de esos servicios, una tasa del 5% sobre el precio de las naftas “super” y “común” y del 2.5% sobre el gasoil. Ante tales circunstancias, surgió la oposición de la Divisional Salta de Yacimiento Petrolíferos Fiscales, comunicando telegráficamente a los expendedores de combustibles que debían abstenerse de modificar sus precios bajo apercibimiento de sanciones previstas. Esto motivó la demanda de inconstitucionalidad por la Provincia citada.

### B. *Los fundamentos expuestos por la Corte Suprema*

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

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

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

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

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

e) Dicha acción, constituye un recaudo apto para evitar el eventual perjuicio denunciado por la actora y que derivaría de la suspensión de suministro de combustibles, toda vez que pretende *la definición por el Tribunal de una relación jurídica discutida o incierta*.

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

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

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

### C. *La conclusión doctrinaria a que arriba el fallo*

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

## VII. LA RATIFICACIÓN Y CONSOLIDACIÓN DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Esta doctrina judicial, ha sido reiterada, y a veces con nuevos argumentos entre otros, en los siguientes casos:

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

#### A. *Caso contencioso*

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

“Provincia de Santiago del Estero” (F. 307-1379) ratificatoria de la del caso “Baeza” (F. 306-1125), sostuvo que el Poder Judicial de la nación conferido a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales nacionales por la CN, se define de acuerdo con invariable interpretación —que el Congreso argentino y la jurisprudencia de este Tribunal han recibido de la doctrina constitucional de los Estados Unidos— como el que *se ejerce en las causas de carácter contencioso* a las que se refiere el artículo 2o. de la Ley 27, o sea, *aquellas en que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas* (doctrina en F. 156-318; 243-176; 256-104; 306-1125, entre otros). requisito que debe ser observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de poderes.

### B. *¿Declaración general, abstracta y directa de inconstitucionalidad?*

No se da una “causa” cuando se procura la *declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes* (Fallos 243-176 y 256-104). Por ello la Corte desde sus inicios (Fallos 1-27 y 292) negó que estuviese *en la órbita del Poder Judicial de la nación la facultad de expedirse en forma general y directa sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los poderes Legislativo y Ejecutivo* (Fallos 12-372; 95-51; 115-163; 243-176; 256-104; 306-1125). Al reafirmar tales principios básicos del sistema de control constitucional federal, el Tribunal pone de relieve que ellos no tienen como corolario que en el orden nacional *no exista* la acción declarativa de inconstitucionalidad.

En este punto resulta preciso disipar la confusión entre las peticiones abstractas y generales de inconstitucionalidad, que no pueden revestir forma contenciosa por la ausencia de interés inmediato del particular que efectúa la solicitud (Fallos: 306-1125) y *las acciones determinativas de derechos de base constitucional* cuya titularidad alega quien demanda y que tienden a prevenir o impedir las lesiones de tales derechos, como son la acción de mera certeza y el amparo (Fallos: 306-1125 y 307-1379).

La admisión *de acciones directas de inconstitucionalidad*, como el amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional, no puede importar el olvido de la exigencia de “causa” o “caso” en el que todo magistrado puede declarar la inconstitucionalidad

de las leyes del Congreso y que tiende a preservar el ejercicio equilibrado de los poderes establecidos por la ley fundamental (en similar sentido siguieron cronológicamente, las sentencias recaídas en 1986 en las causas Klein, Guillermo Walter y *Fábrica Argentina de Calderas S.R.L. c/ Provincia de Santa Fe* (Fallos: 308-1489 y 2569, respectivamente).

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

### A. *Las circunstancias del caso*

La posición innovadora del alto tribunal, fue explicitada con nuevos argumentos en 1987 en un breve fallo en el caso *Gomer S.A. c/ Pcia. de Córdoba* (Fallos: 310-142), en el que la actora promovió la acción declarativa de inconstitucionalidad —aunque no la menciona expresamente ni cita el artículo 322 CPCCN— en contra de los impuestos sobre los ingresos brutos establecidos por la Pcia. de Córdoba en su Código Tributario. En su sentencia, la CS ratificando la doctrina de los precedentes citados: “Pcia. de Santiago del Estero”, “Lorenzo” y “Klein”, y con apoyo en el dictamen del procurador general, explicitó aún más la doctrina sobre la admisibilidad de la ADI con argumentaciones que podemos resumir en los siguientes presupuestos:

### B. *¿Cuáles son los supuestos que configuran la procedencia de la ADI?*

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

b) La *acción meramente declarativa de inconstitucionalidad* está sujeta a los *requisitos de admisibilidad* que determina el artículo 322 del CPCCN, para la acción meramente declarativa y que ya señalamos en el párrafo III. 2., siempre, claro está, que esos requisitos superen el mero ámbito de la incertidumbre legal, para introducirse en el ámbito o en el marco de la incertidumbre con base en una inconstitucionalidad, que legitime la interposición y la procedencia de la ADI.

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

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

### C. *La reflexión que nos suscita el fallo*

Es por demás evidente que si bien es cierto que la CS ratifica la existencia en el orden federal de una *acción declarativa de inconstitucionalidad*, también lo es que con todo vigor no la acepta en el común entendimiento de una acción directa o por vía de demanda reclamando la declaración de inconstitucionalidad de cualquier norma del orden jurídico que vulnere el principio de la supremacía constitucional, sino que la subsume, la “enanca”, la instrumentaliza y la hace transitar por los carriles de la *acción declarativa de certeza* que regula el artículo 322 del CPCCN, la cual podrá ser planteada ante los tribunales inferiores o en su caso, ante la CS cuando se trate de una causa de competencia originaria y exclusiva de la misma, en los términos del artículo 117, CN. Precisamente es por lo señalado, que en el caso de autos, el Tribunal rechaza la acción declarativa de inconstitucionalidad por no haberse cumplimentado los requisitos del citado artículo 322.

### 3. *La consolidación definitiva de la ADI*

A partir de este conjunto de sólidos y fundados principios y presupuestos, la CS continuó desarrollando los distintos matices doctrinarios de la acción declarativa de inconstitucionalidad, entre otros, en las sentencias dictadas entre los años 1987 y 2000 que se registran en los siguientes tomos de la colección oficial de fallos de la CS: Fallos: 310-606; 310-977; 310-1794; 310-2812; 311-421; 312-1003; 314-1186; 315-1013;

308-2569; 314-1186; 316-2206; 316-2855; 317-1224; 320-1875; 322-678; 322-1135; 322-2799; 323-19; 323-1849; 323-2107.

### VIII. LOS PRESUPUESTOS DEFINITORIOS DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

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

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

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

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

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

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

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

7) *La acción meramente declarativa de inconstitucionalidad está sujeta a los requisitos de admisibilidad que determina el artículo 322 del*

CPCCN para la acción meramente declarativa, por lo cual es preciso los siguientes presupuestos:

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

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

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

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

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