

# La acción de inconstitucionalidad en Argentina. Un camino con luces.

Por Maximiliano Toricelli

**Sumario:** 1.- Introducción. 2.- La configuración de la acción declarativa de inconstitucionalidad. 3.- Las necesidades actuales. 4.- Viabilidad de las medidas cautelares. 5.- Consideraciones finales.

## 1.- Introducción.

Si bien el control constitucional por vía de acción tenía cabida tanto en los sistemas político como jurisdiccional concentrado, existía una gran resistencia a darle andamiaje en aquellos países que adoptaban la jurisdicción difusa.

En Argentina, pese a los incesantes reclamos de la doctrina nacional<sup>1</sup>, la jurisprudencia del Tribunal cívico, mantuvo una posición negatoria hasta la década del 80<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Ver, entre muchos otros Jorge Walter Peyrano, La acción mere declarativa de certeza como medio de la plena realización de la garantía jurisdiccional de certeza jurídica, ED 52-561; Germán José Bidart Campos, ¿Hay en el orden federal acción declarativa de inconstitucionalidad?, ED 123-423; La acción declarativa de certeza y el control de constitucionalidad, LL 154-517; El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Ediar, Buenos Aires 1995; Augusto Mario Morello, El proceso justo, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1994; Alberto B. Bianchi, ¿Está en crisis el sistema clásico de control de constitucionalidad?, LL 1990-E-1106; Alí Joaquín Salgado, Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad, Astrea, Buenos Aires 1987; Guillermo J. Enderle, La pretensión meramente declarativa, Editora Platense, La Plata 1992.

<sup>2</sup> Esta fue la posición sustentada en C.S., 13/3/59, "Mendoza, la Provincia c. Gobierno de la Nación s. inconstitucionalidad ley 14.773", Fallos: 243:177; 28/12/59, "H.I.R.U. S.R.L. c. Federación Argentina de Trabajadores de la Industria Gastronómica", Fallos: 245:552; 2/3/61, "Aserradero Clepper, S.R.L.", LL 103-315; 13/3/63, "Fiscal de Estado de la Provincia de Río Negro s. plantea la inconstitucionalidad del decreto ley 260 del Poder Ejecutivo Nacional", Fallos: 255:87; 26/6/63, "Banco Hipotecario Nacional c. Córdoba, la Provincia de s. inconstitucionalidad de la ley 4582", Fallos: 256:104; 11/3/66, "Leguiza, Luis E. c. Gobierno nacional", LL 122-339; 29/3/67, "Outon, Carlos y otros", LL 126-293; 7/12/67, "Empresa Mate Laranguera Mendez, S.A. y otros", LL 130-557; 26/11/69, "Unión Cañeros Independiente de Tucumán (Soc. Civil) y otro c. Nación Argentina s. demanda contenciosa", Fallos: 275:394.

No sólo rechazaba las acciones declarativas intentadas en el entendimiento que no se estaba en presencia de un caso judicial sino que tampoco admitía el amparo como mecanismo de control por vía de acción, pese a que no se procuraba una pronunciamiento meramente declarativo sino una sentencia de condena.

En esta situación el óbice era la imposibilidad de declarar la inconstitucionalidad de normas dentro del acotado marco que brinda el amparo<sup>3</sup>.

Poco a poco esta postura fue cediendo y se dio pleno andamiaje a la acción declarativa de inconstitucionalidad<sup>4</sup>.

## **2.- La configuración de la acción declarativa de inconstitucionalidad.**

La Corte nacional entendió que el control por vía de acción era viable en tanto se cumplieran con los recaudos establecidos en el art. 322 del Código procesal.

Así exigió que para la procedencia de este proceso constitucional existiera una relación jurídica, un estado de incertidumbre, actualidad de la lesión, legitimación en las partes y no disponibilidad de otro medio procesal.

### *a.- La existencia de una relación jurídica.*

Para que la acción declarativa de inconstitucionalidad sea viable, deben estar presentes los tres elementos de toda relación jurídica, sujeto, objeto y causa.

La doctrina procesalista no coincide en cuanto a la cantidad de sujetos que integran la relación jurídica, así mientras Alvarado Velloso habla de dos partes (independientemente de la cantidad de individuos que conformen

---

<sup>3</sup> C.S., 7/4/61, "Traverso, Conrado T.", LL 106-415.

<sup>4</sup> Para una reseña de la posición sentada por el máximo Tribunal véase nuestro trabajo *El Sistema de Control Constitucional Argentino. La acción declarativa de inconstitucionalidad como mecanismo de tutela*, Depalma Lexis Nexis, Buenos Aires 2002.

cada una de ellas), actor o pretendiente y demandado o pretendido<sup>5</sup>, Palacio entiende que son tres los sujetos, dado que también involucra al órgano ante quien se formula la pretensión<sup>6</sup>. Más allá de las discusiones doctrinarias al respecto, en lo que aquí interesa, para que un magistrado pueda declarar la inconstitucionalidad de una norma, es imprescindible la existencia de dos partes, es decir, de dos sujetos que ostenten intereses contrapuestos y no que persigan la misma finalidad.

Sin ello, la acción declarativa no sería viable.

Esta posición ha sido unánimemente reconocida tanto doctrinaria como jurisprudencialmente.

Sin embargo, la Corte nacional ha exceptuado este requisito en “Prestaciones Médico Asistencial S.A.” donde no existían dos partes sino una sola compuesta por más de un individuo, dado que no había conflicto de intereses<sup>7</sup>.

El objeto de este proceso será precisamente lograr que el órgano judicial declare la inconstitucionalidad de la norma y que, como consecuencia de ello, ésta no sea aplicada por el demandado.

La causa, que al decir de Palacio “*consiste en la invocación de una concreta situación de hecho a la cual el actor asigna una determinada consecuencia jurídica*”<sup>8</sup>, estará dada por la existencia de una norma a la cual se la reputa de inconstitucional.

#### *b.- Estado de incertidumbre.*

El art. 322 del Código procesal exige para dar andamiaje a esta acción, la presencia de un estado de incertidumbre que debe recaer sobre la existencia, alcances o modalidades de la relación jurídica.

---

<sup>5</sup> Adolfo Alvarado Velloso, Introducción al estudio del Derecho Procesal, Primera Parte, Rubinzal-Culzoni, Reimpresión, Santa Fe 1992, págs 102 y ss.

<sup>6</sup> Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Tomo 1, Novena edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1992, págs. 111 y ss.

<sup>7</sup> Ver al respecto Unidad II, B.1.1.c.

<sup>8</sup> Ob. cit., pág. 112

En tal sentido Peyrano afirma que “la falta de certeza debe recaer sobre una relación jurídica (entendemos objeto o causa) o en los sujetos que son sus términos”, dado que “no puede ser motivo de una acción o sentencia mere declarativa la verificación de la existencia de un hecho, aunque el mismo sea jurídicamente relevante”<sup>9</sup>.

Enderle entiende que la incertidumbre “produce duda, discusión, inseguridad, hipótesis de problemas y consiguiente intranquilidad”, que debe recaer sobre el objeto (y que este no puede ser un simple hecho) o los sujetos, y que puede referirse a una relación jurídica pasada extinguida, pero con efectos subsistentes<sup>10</sup>.

En el caso de las acciones de inconstitucionalidad es importante determinar dónde se encuentra dicha incertidumbre.

En este sentido se presentan dos posibilidades distintas, plantear una acción de esta naturaleza sólo cuando la oscuridad de una norma nos lleve a afirmar su inconstitucionalidad; o cuando, pese a la contundencia de su redacción, se genere duda sobre su adecuación a la Carta magna.

En definitiva, se trata de dilucidar si las acciones de inconstitucionalidad tienen un plus sobre las meramente declarativas del derecho común -pedir incertidumbre en la norma en sí, más duda sobre su constitucionalidad- o si la naturaleza propia de este proceso constitucional exige sólo que se afirme que la ley impugnada presenta incertidumbre constitucional.

En los comienzos del desarrollo de este instituto, la Corte nacional pareció inclinarse por la primer posibilidad, es decir, exigir incertidumbre legal e inconstitucional a la vez.

Tal lo sugerido en el caso “Gomer”, donde el Tribunal supremo, adhiriendo al dictamen del Procurador, entiende que no se han cumplido los

---

<sup>9</sup> Jorge Walter Peyrano, *La acción mere declarativa, como medio de la plena realización de la garantía jurisdiccional de certeza jurídica*, ED 52-568.

<sup>10</sup> Guillermo J. Enderle, *La pretensión meramente declarativa*, Editora Platense, La Plata 1992, págs. 91 y ss.

requisitos propios del art. 322 del Código procesal, por lo cual rechaza la acción intentada.

Entre los requisitos no cumplidos, se dijo, tenemos el “estado de incertidumbre”.

Un análisis superficial del fallo permitiría concluir en la necesidad de una incertidumbre legal, que a la vez produzca incertidumbre constitucional.

Sin embargo, no es ello lo afirmado por el Tribunal cimero. En el precedente analizado se dijo que el estado de incertidumbre no se había configurado porque no se habían producido la totalidad de los presupuestos de hecho en que se apoya la declaración, con lo que se estaría en presencia de una mera consulta.

Aún más concluyente fue la posición de la Corte en “Conarpesa”, donde rechaza el planteo de inconstitucionalidad del art. 14 de la ley de Chubut 2.458 por entender que no había incertidumbre alguna, atento que la Provincia ya había hecho aplicación de la norma impidiéndole a los recurrentes cuestionar una multa sin su previo pago<sup>11</sup>.

A su turno, en “Nación A.F.J.P.” la Corte dijo que “existe en el *sub examine* un estado de incertidumbre sobre la existencia y modalidad de una relación jurídica en la medida en que la provincia reclama a la actora el pago de ajustes fundados en la inclusión en la base imponible del impuesto a los ingresos brutos de un rubro que -a criterio de la demandante- no debe computarse a tal efecto en virtud de lo establecido en una ley nacional... En tales condiciones, resulta procedente la vía prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pues se... busca precaver los efectos de un acto concreto -al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen

---

<sup>11</sup> Fallos: 312:1003. Nótese que el brecha de la acción no proviene porque se deba procurar una acción de condena, sino que se afirma que no existía incertidumbre dado que la norma había sido aplicada, pese a que los actores planteaban la incertidumbre de si esta ley era o no acorde a la Constitución.

constitucional federal- y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto”<sup>12</sup>.

En este aspecto, la doctrina de la Corte es plausible en tanto resulta difícil encontrar el cumplimiento de ambas situaciones en forma conjunta.

Tal por ejemplo lo que aconteció con la ley 11.696 en la Provincia de Santa Fe que estipulaba en su artículo 4 que los adicionales salariales que tengan como base de cálculo el transcurso del tiempo, debían liquidarse “a los mismos valores nominales percibidos con los haberes del mes inmediato anterior al de la sanción de esta ley”, mientras el art. 41 rezaba “las disposiciones de la presente ley son de orden público y entrarán a regir a partir de su publicación”.

Como vemos, en este supuesto existía una confusión en la redacción de la norma que provocaba una incertidumbre constitucional, atento la flagrante violación de la Carta magna que originaba la interpretación que admitía la aplicación retroactiva de la ley.

Sin embargo, no son estas situaciones las que ha tenido en sus manos el máximo Tribunal nacional cuando resolvió la procedencia de acciones declarativas de inconstitucionalidad.

Es claro el art. 99 inc. 4 de la Constitución nacional en cuanto establece el cese de la inamovilidad de los magistrados al cumplir los setenta y cinco años; también son contundentes los arts. 64 y 88 de la Constitución santafesina<sup>13</sup>; aunque ello no ha sido obstáculo para que la Corte nacional admitiera las acciones declarativas de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la decisión finalmente adoptada<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Fallos 323:1213.

<sup>13</sup> El primero en cuanto estipula que el Gobernador dura 4 años y no puede ser reelegido en forma inmediata y el segundo en cuanto cesa la inamovilidad de los magistrados a los 65 años.

<sup>14</sup> Nos estamos refiriendo a los casos ya citados “Fayt”, “Iribarre” y “Reutemman” (Partido Justicialista c. Pcia. de Santa Fe), en este último si bien se rechazó la acción intentada no fue porque la vía elegida haya sido inadecuada.

En definitiva, sobre la base del comportamiento de la Corte nacional, podemos concluir que cuando se trata de interpretar una norma de derecho común, la incertidumbre existe en la medida que la misma sea oscura. En cambio, aun cuando una norma sea perfectamente clara en su interpretación, en este tipo de procesos constitucionales, el requisito en análisis se configura porque sobre lo que no se está seguro es si la norma en cuestión es o no acorde a la Constitución.

Esto suele ser motivo de confusión<sup>15</sup> tanto en doctrina como en el ámbito de los tribunales inferiores, pero es constante y concluyente, especialmente en los últimos años, la postura del Tribunal cimero al respecto.

#### *c.- Actualidad de la lesión.*

El art. 322 del código de rito exige, como requisito de procedencia, que la lesión sea actual.

---

<sup>15</sup> Por ello no parece acertada la decisión del magistrado que rechazó una acción declarativa donde el actor había solicitado se estableciera si la sanción de clausura dispuesta por el Tribunal de disciplina de la A.F.A. era o no constitucional, en el entendimiento que “el órgano competente se expidió en forma categórica, clausurando por tres fechas y su aplicación se haría por el Comité Ejecutivo de la A.F.A.”. Comentando dicho precedente sostuvimos que “*si el planteo hubiera versado sobre la “interpretación” de la decisión del Tribunal de Penas, es decir, si se hubiese intentado una acción declarativa común, es indudable que la decisión del juez habría resultado adecuada. Pero cuando la acción mere declarativa tiende a buscar certeza en cuanto a la violación o no de la Constitución (sea directa o indirectamente, por violación de su jerarquía), en definitiva, cuando la acción mere declarativa lo es de inconstitucionalidad, la incertidumbre surge en si la decisión adoptada –clara y contundente, como lo ha sido en el caso- es acorde o no a los preceptos de la Carta magna. Esto es lo que configura la situación de incertidumbre que requiere el art. 322 del C.P.C. Lo que el actor pide no es que se aclare de qué sanción se trata, cuántos días durará la suspensión, o quién tendrá a su cargo la aplicación, sino que quiere saber si esa amenaza de sanción (dado que todavía no se había concretado, por lo menos en su totalidad) era acorde o no a la Constitución. Y en ello radica la incertidumbre que exige el art. 322 del C.P.C. cuando el mismo se aplica como proceso constitucional. Este proceso tiene su propia lógica y no puede asimilárselo a un proceso común ni verse bajo su óptica. Además, en estos procesos, el estado de incertidumbre se genera entre el momento que se dicta el acto considerado inconstitucional –antes de ello no hay “causa” o “caso” judicial, dado que no puede haber controversia alguna sino meras especulaciones- y el momento en que el mismo comienza a cumplirse –donde la incertidumbre se torna lesión-. Por ello, si lo que se pretendía en el caso era saber si el decisorio de la A.F.A. era o no constitucional, la incertidumbre requerida en este tipo de acciones se encontraba presente” (LL 1999-E-754, Maximiliano Toricelli, La acción declarativa de inconstitucionalidad como mecanismo de protección de los intereses difusos, en nota al fallo C.N.Civ, Sala F, 18/3/99, “Mahsardjian, Claudio M. c. Tribunal de Penas de la Asociación del Fútbol Argentino”).*

Si nos atenemos a la literalidad de las palabras nos encontramos indudablemente frente a un contrasentido, pues si se trata de una acción preventiva que intenta despejar un estado de dudas, mal puede estar provocando una lesión actual. Si ya existe lesión actual, debe procurarse una acción de condena, lo cual torna inadmisibile la pretensión mere declarativa.

No es indudablemente éste el alcance dado a la exigencia de lesión actual<sup>16</sup>.

La doctrina ha tratado este tema fundamentalmente como la presencia de “interés” en promover la acción<sup>17</sup>.

Al respecto Enderle afirma que “esa falta de certidumbre, de persistir (dada por la existencia o inexistencia de una obligación, de sus alcances o modalidades) es la que puede eventual, potencialmente, originar un perjuicio, daño o lesión –no consumada, no actualizada- y por ello, para evitarlo *preventivamente*, se posibilita transitar los andariveles de la pretensión meramente declarativa. Resulta incongruente con la finalidad esencial de nuestra institución requerir un perjuicio o lesión actual...”<sup>18</sup>.

Peyrano expresa que “no es suficiente la invocación de un interés moral o científico”, que el interés debe ser actual, es decir “estar orientado directamente a la desaparición de una incertidumbre jurídica existente y no eventual”<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Bourguignon y Madozzo entienden que “lo que motivó la reacción y justa crítica de la doctrina, fue la adición del vocablo *actual*”, pues “con dicho aditamento se estaría atentando seriamente contra la naturaleza preventiva del instituto”, ob. cit., pág. 1.205.

<sup>17</sup> En el mismo sentido, el Dictamen del Procurador General Mario Justo López en “Chubut c. Agua y Energía”, al que adhirió la Corte, decía que la necesidad que la relación jurídica a que la norma alude debe ser concreta, no debe confundirse con la exigencia “que se refiere a la necesidad de que la falta de certeza pueda producir al actor un perjuicio o lesión también actual, pues esta condición alude en cambio a la existencia de interés jurídico suficiente en el accionante, el cual puede o no concurrir independientemente de que la relación jurídica discutida sea a su vez actual o eventual”, ED 98-693.

<sup>18</sup> Enderle, ob. cit., pág. 95. A similar conclusión arriban Salgado y Verdaguer, analizando este requisito como la necesidad que exista un interés en las partes, el que está constituido por el daño que se sufriría sin la declaración de certeza (*Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, pág. 404).

<sup>19</sup> Peyrano, *La acción mere declarativa como medio de plena...*, cit., pág. 569.



La Corte ha tratado el tema íntimamente vinculado con el requisito anterior del estado de incertidumbre, al referirlo como el momento en que la situación de incertidumbre debía configurarse, mostrando un importante repliegue en su doctrina inicial, no sin alguno retrocesos, en pos de una mayor apertura a la procedencia de este proceso constitucional.

En este requisito temporal, se decía, estribaba la diferencia entre un caso judicial y una mera consulta.

Así, en “Gomer”, rechaza la acción intentada argumentando que es requisito que “haya interés jurídico suficiente en el accionante, en el sentido que la *falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor*, entendiéndose que la actualidad del interés jurídico no depende a su vez de la actualidad o eventualidad de la relación jurídica”, y que en el *sub lite* la actora no había invocado “siquiera la actividad explícita del poder administrador dirigida a la percepción del tributo cuya validez se discute o que, por lo menos, importe una manifestación inequívoca de voluntad en el sentido que está dispuesto a usar del poder controvertido”<sup>20</sup>.

En el precedente “Newland”, si bien la solución fue distinta, se aplicó el mismo criterio. Luego de reiterar la necesaria concurrencia de interés jurídico que produzca lesión actual, se dijo que esta condición estaba presente dado que “la intimación obrante en autos, resulta suficientemente demostrativa de la existencia de una actividad explícita del poder administrador dirigida a la percepción del adicional cuya validez se cuestiona”<sup>21</sup>.

Con aplicación de la misma doctrina se abre la acción declarativa intentada por el Colegio San Lucas pues se entiende que el interés jurídico se encuentra presente “toda vez que ha mediado una actividad explícita de la Dirección Nacional de Recaudación Previsional dirigida a la percepción de los aportes”<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> ED 123-425.

<sup>21</sup> Fallos: 310:609.

<sup>22</sup> LL 1988-D-98.

Así, en los primeros momentos, la Corte entendía que no bastaba con que el actor encuadrara en una norma que se considera inconstitucional, exigía además que el sujeto pasivo de la misma intentara hacerla valer; sólo entonces se configuraba el interés suficiente que provocaba la lesión actual necesaria para tramitar este proceso.

El requisito comienza a ser morigerado, no sin ciertos retaceos.

En “Central Neuquén” no sólo se admite una acción declarativa en la que se requería la inconstitucionalidad de gravámenes sobre el consumo de electricidad, sin que medie actividad concreta del demandado en pos de su cumplimiento, sino que incluso se hace lugar a una medida de no innovar solicitada<sup>23</sup>.

Más explícita aún se hace la posición de la Corte en “Abud”, donde un grupo de escribanos piden la inconstitucionalidad de la ley 10.452 de la provincia de Buenos Aires. La Dra. Reiriz, Procuradora Fiscal, dictamina que no nos encontramos en presencia de un “caso” pues no existe un gravamen directo y de concreción bastante.

El máximo Tribunal expresamente se aparta del dictamen al entender que la condición de profesionales que ejercen su actividad y se ven perjudicados por la norma en cuestión es suficiente para obtener “la declaración de certeza pretendida”<sup>24</sup>.

En “Arostegui”, donde se requería la declaración de inconstitucionalidad de normas previsionales, se consideró que no se estaba en presencia de un caso pues la acción se encontraba destinada a obtener una declaración de inconstitucionalidad hacia el futuro, con lo que no reúne los requisitos exigidos por el art. 322 del código de rito.

En “Palópoli” se hace lugar no sólo a la acción sino también a la cautelar requerida, pretendiendo que se declare la aplicabilidad en la provincia

---

<sup>23</sup> Fallos: 318:32. En este fallo sólo se afirma que no se trata de una mera consulta sino que se esta en presencia de un caso y se busca “prevenir los efectos de un acto en ciernes”.

<sup>24</sup> Fallos: 314:1186.

de Buenos Aires del decreto 2.293/92 a fin de permitirle ejercer su profesión sin necesidad de matriculación en el colegio respectivo<sup>25</sup>.

Distinta es, en cambio, la suerte corrida por el abogado De Bernardi, quien también requirió la aplicación del decreto 2.293/92, pero a quien se le dijo que “la lesión actual no se presenta en el sublite”, al no haberse invocado ningún acto concreto que impida u obstaculice la actividad del actor<sup>26</sup>.

La doctrina restrictiva se reafirma con mayor fuerza en “Eliseo Armando Pereyra”, reiterándose la necesidad de que medien actos concretos o en ciernes del poder administrador<sup>27</sup>.

Existen precedentes de una importancia institucional mayúscula en los cuales se abrió la acción declarativa –en algunos de ello, incluso prosperó la declaración de inconstitucionalidad requerida- pese a la ausencia de actividad administrativa concreta o en ciernes.

Estos precedentes, entre otros, están vinculados con la estabilidad del ministro de la Corte santafesina Casiano Iribarren<sup>28</sup>, la reelección del Gobernador santafesino Reutemman<sup>29</sup> y la estabilidad del ministro Fayt<sup>30</sup>.

Últimamente, un importante retroceso de la doctrina aperturista se configuró en el caso “Droguería Arias”.

La Corte volvió a su primitiva postura de exigir: “a) actividad administrativa que afecte un interés legítimo; b) que el grado de afectación sea suficientemente directo; c) que la actividad tenga concreción bastante”, entendiendo que en el *sub júdice* “de la única documentación acompañada no resultan los extremos que el actor debía demostrar, a saber, la lesión o

---

<sup>25</sup> Fallos: 318:2503.

<sup>26</sup> Fallos: 319:2646.

<sup>27</sup> Fallos: 320:1556.

<sup>28</sup> Fallos: 315:2957 y 322:1251.

<sup>29</sup> Fallos: 317:1195.

<sup>30</sup> Fallos: 322:1616.

amenaza que pudiera afectar en grado suficientemente concreto su derecho a comercializar productos medicinales de venta libre”<sup>31</sup>.

Sin embargo, la Corte retomó la doctrina aperturista que venía desarrollando en “Aguas de Formosa S.A.”, transformando la acción de amparo en acción declarativa, haciendo incluso lugar a la medida cautelar solicitada, por el sólo hecho de haberse dictado la ley, sin que existiera actividad concreta por parte de la Provincia de Formosa<sup>32</sup>.

Si existe una norma que en principio es válida –aunque sea dudosa su constitucionalidad- y que debe ser aplicada por el poder administrador –que, como vimos en el capítulo anterior, no puede declarar inconstitucional *per se*- ¿es necesario la intimación a su cumplimiento para poder acudir al auxilio judicial?.

Parece que tal exigencia no se condice con la finalidad preventiva de la acción declarativa, máxime si se tiene en cuenta que su iniciación no suspende la posibilidad de ejecución por parte del poder administrador, ni implica de por sí la concesión de una medida cautelar.

Por ello, la solución alcanzada entre otros en “Iribarren”, “Fayt”, y últimamente en “Aguas de Formosa” responde mejor al modelo de una acción de inconstitucionalidad como medio de ejercer preventivamente el control de constitucionalidad.

Pese a los retrocesos, ésta parece ser la tendencia seguida no sólo por el Tribunal cimero, sino también por los tribunales inferiores.

#### *d.- Legitimación en las partes.*

Esta exigencia debe estar presente tanto en quien acciona como en quien es demandado.

Lo importante será determinar cuál es el alcance de la legitimación.

---

<sup>31</sup> Fallos: 322:683.

<sup>32</sup> LL Suplemento de Derecho Constitucional, 14/5/2001.

Peyrano afirma que “si la finalidad de las acciones y las sentencias mere declarativas es acabar con un estado de incertidumbre, aquéllas, para cumplir con su misión, deben intentarse contra todos los que se pretendan oponer a la eficacia de la cosa juzgada que hacen a éstas”<sup>33</sup>.

Enderle, antes de la reforma constitucional, enunciaba que “posee legitimación activa aquel que afirma ser titular de un interés concreto, caracterizado, al decir de Monor Palomino, por la necesidad de tutela jurisdiccional, y legitimación pasiva todo aquel frente a quien se formule la declaración, pudiendo alcanzarlo con las consecuencias o efectos de la sentencia meramente declarativa, y respecto del cual se pretende formar cosa juzgada, a fin de que la falta de certeza de la relación jurídica pueda considerarse eliminada”<sup>34</sup>.

Con un criterio más amplio Verdaguer expone que “debe considerarse como objeto de protección también los derechos difusos, a los cuales la Corte expresamente los reconoció como derechos de bases constitucional y por ende garantizados por la acción de inconstitucionalidad”<sup>35</sup>.

Para Morello, “respecto a la legitimación *ad causam*, no podrá ser menor que la del titular que pueda ejercer la correspondiente acción de condena o constitutiva”<sup>36</sup>.

En cuanto a la legitimación activa refiere, no puede dejar de remarcarse que ha existido un marcado aperturismo, fundamentalmente a partir de la incorporación del nuevo artículo 43 de la Constitución nacional.

---

<sup>33</sup> Peyrano, *La acción mere declarativa como medio de plena...*, cit., pág. 569.

<sup>34</sup> Enderle, ob. cit., pág. 97.

<sup>35</sup> Alejandro Verdaguer, *Acción meramente declarativa. Su alcance como acción de inconstitucionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, LL 1991-A-795.

<sup>36</sup> Augusto M. Morello, *Estudios de Derecho Procesal*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 143.

Si bien se constitucionalizó sólo en acciones de amparo<sup>37</sup>, con buen criterio la Corte ha hecho extensivo este reconocimiento a las acciones declarativas de inconstitucionalidad, especialmente en “AGUERRA c. Buenos Aires”<sup>38</sup>, admitiendo así que pueda accionar quien tenga una *afectación*, sea en un derecho subjetivo, como en un interés legítimo o incluso en un interés difuso<sup>39</sup>.

Respecto al legitimado pasivo, como en cualquier acción judicial, será demandado aquél beneficiado por la norma cuestionada en su constitucionalidad.

Esta postura fue expresada en diversos precedentes donde se cuestionó la inconstitucionalidad de normas y el estado legislador no era el beneficiario directo de las mismas.

Tal lo ocurrido en “Banco Hipotecario Nacional”<sup>40</sup>, así como en el “Incidente de inconstitucionalidad del decreto 2.125/78”, en donde se dijo que

---

<sup>37</sup> Tanto en derechos subjetivos como en intereses legítimos y aún difusos, se esta en presencia de un grado de afectación que permite accionar según el nuevo artículo 43 de la Constitución nacional. En esta postura se enrola Bidart Campos, para quien el artículo 43 no consagró “una acción popular”, aunque enseña que “afectado es quien, conjuntamente con muchos otros, padece ese perjuicio compartido” (*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo VI, La reforma constitucional de 1994*, Ediar, Buenos Aires 1994, págs. 318/9). Sin embargo, el mencionado constitucionalista propone la incorporación de la acción popular como mecanismo que conlleva a un pleno ejercicio del control (*El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, cit., págs. 335 y ss.). En cambio, entienden que el 43 ha consagrado la acción popular Andrés Gil Domínguez y Pablo Eduardo Jiménez. Para una mayor ampliación del tema ver Maximiliano Toricelli, *La legitimación activa en el art. 43 de la Constitución nacional*, en obra colectiva “El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades”, Depalma, Buenos Aires 1999.

<sup>38</sup> C.S., 22/4/97, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina c. Provincia de Buenos Aires”, LL 1997-C-322.

<sup>39</sup> Por ello no puede compartirse la solución dada en el caso “Mahsardjian, Claudio c. Tribunal de Penas de la Asociación del Fútbol Argentino” (antes citado), a quien era plateísta de Boca Juniors y como tal tenía un derecho subjetivo a ocupar su lugar, cuya obligación principal se encontraba a cargo de la entidad deportiva, la cual debía garantizarle el libre goce de su ejercicio (y en caso de que no lo hiciera, incluso por una sanción, debería reparar el daño producido). A su vez, como espectador contaba con la tutela de un interés difuso o colectivo, a poder disfrutar de un espectáculo lícito, al cual sostenía con su abono, por el que pagaba las correspondientes cargas tributarias y que se encontraba regularmente organizado. Y ésta última situación, por la que promovió la acción, es tan merecedora de tutela como la primera, claro está que a cargo de distintos sujetos (en este último caso la entidad que prohibió la realización del espectáculo deportivo).

<sup>40</sup> Fallos: 256:104.

“el Tribunal no comparte lo sostenido por el procurador en su dictamen en cuanto a la necesidad de dar traslado del pedido de inconstitucionalidad al Estado Nacional. La doctrina de esta Corte no importa el abandono del tradicional criterio según el cual el control de constitucionalidad excluye la defensa directa de las normas impugnadas por parte del Estado que las ha expedido, en tanto no sea éste adversario formal en la causa por debatirse derechos que aquellas le acuerdan. En consecuencia, aunque se reputara conveniente la intervención del Estado legislador –decisión reservada al Tribunal de la causa- ello no lo constituiría en el carácter de litigante adversario, a los fines de la existencia de la causa contenciosa requerida en estos juicios”<sup>41</sup>

En el mismo sentido la Corte admitió una excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por la Provincia de Buenos Aires, demandada por Edesur, atento haber dictado una norma que permitía a los municipios consolidar deudas. Se dijo que “la actividad legislativa provincial sólo determina el marco legal aplicable; su cuestionamiento debe ser encauzado entre quien se dice afectado por el régimen y quien resulta su beneficiario, por la vía procesal que en cada supuesto establecen las normas locales”<sup>42</sup>.

En este precedente se reafirmó la existencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad, pero aclarando que no se admiten “acciones declarativas directas de inconstitucionalidad por vía de demanda o de acción”, lo que ocurriría si se hubiese admitido la presentación contra el Estado legislador en lugar de demandar al beneficiario de la misma.

Sin embargo, no siempre resulta tan sencillo materializar una demanda contra el beneficiario de una norma, especialmente cuando se impugna un régimen que involucra a una indeterminación de sujetos.

Tal es el ejemplo que enseña Bidart Campos<sup>43</sup>, referente a la supresión del laudo gastronómico, que consistía en la suma dineraria que, por

<sup>41</sup> ED 127:126.

<sup>42</sup> Fallos: 321:560.

<sup>43</sup> Germán José Bidart Campos, *El derecho de la Constitución...*, cit., pág. 315.

reparto, recibían los trabajadores del gremio, participando de un porcentaje de lo abonado por cada cliente sobre la facturación de su consumo, en un establecimiento en que aquellos eran empleados. Esta impugnación no podía ser llevada adelante contra el empleador, porque él no lo abonaba, ni contra los clientes, anónimos e indeterminables. La única posibilidad en estos casos era la impugnación contra el estado autor de la norma<sup>44</sup>.

Aun cuando escapa al marco de nuestro sistema de control, esta solución ha quedado patentizada en “Fabrica Argentina de Calderas”, donde se pretendía la declaración de inconstitucionalidad de la ley santafesina 9.497, en cuanto reducía la jornada laboral en cuatro horas semanales, sin modificación alguna en el nivel salarial, y la repetición de las sumas pagadas a su personal en virtud de la referida normativa.

La demanda no fue instaurada contra los trabajadores, beneficiarios de la norma, sino contra la Provincia de Santa Fe.

El Tribunal cimero distingue ambas pretensiones encuadrando como acción mere declarativa de inconstitucionalidad el primer planteo y receptándolo. En cambio, respecto a la repetición pretendida, sostiene que se trata de una acción “in rem verso”, desechándolo porque no se había acreditado “la imposibilidad de demandar la repetición de lo que se dice satisfecho indebidamente, de quien efectivamente lo percibió”.

Si bien este es un punto de inflexión que ha mostrado la jurisprudencia del máximo tribunal, y que no volvió a reiterar, no puede dejar de soslayarse que supera los marcos de nuestro actual sistema de control constitucional –aunque sin alterar su sustancia-, dando un salto de la admisión de la acción declarativa a la acción directa.

---

<sup>44</sup> Ello para erradicar la norma inconstitucional por vía directa. También es posible demandar al estado legislador por los daños y perjuicios que la normativa ilegítima ocasiona, producto de su deficiente actividad legislativa, y de esta manera forzar su derogación. Pero esta solución hace más a un tema de política del abogado que al perfeccionamiento del sistema de control constitucional.



*e.- No disponibilidad de otro medio procesal.*

Analizando el requisito de la subsidiariedad de la acción mere declarativa Peyrano afirma que “la opinión predominante en nuestro país, niega la posibilidad del ejercicio de la acción mere declarativa a quien cuenta con la chance de emplear la acción de condena para hacer valer sus derechos. De tal guisa se le otorga a la acción sub examine un carácter meramente subsidiario y también, aunque no se diga, subalterno”.

Agrega el procesalista rosarino que a favor de la subsidiariedad se ha argumentado el principio de economía de los procesos, pues al no otorgar la acción declarativa título ejecutivo, no tiene sentido emprenderla cuando se puede iniciar una acción de condena. En cambio, continúa afirmando, quienes están en contra de la subsidiariedad de la acción, alegan que, “en la mayoría de los casos, el litigio acaba con el dictado de la sentencia mere declarativa, sin que sea menester la promoción de una acción de condena”.

Pese a lo estipulado normativamente, Peyrano propone excepcionar la exigencia de iniciar una acción de condena cuando “resulta más simple intentar la acción mere declarativa para hacer efectivo un derecho” o cuando mediante esta acción se puedan “obtener todos los resultados que podría conseguir en el caso la acción de condena”<sup>45</sup>.

También Enderle se muestra contrario a la subsidiariedad de este proceso -por lo que comparte la solución dada por algunos códigos provinciales como el de Jujuy, Mendoza o Santa Fe- pues “si el demandante valora como más eficaz -por motivaciones adecuadas y diversas- el empleo de una pretensión mere declarativa que cualquier otra vía, no entendemos razonable la colusión de esta posibilidad por el ordenamiento nacional y seguidores”.

Siguiendo a Hitters, propone excepcionar el principio de subsidiariedad “si la acción declarativa simplifica el procedimiento frente a la

---

<sup>45</sup> Peyrano, *La acción mere declarativa como medio de plena...*, cit., pág. 570.

condena; si la acción de condena no permite lograr todos y cada uno de los resultados asequibles a la acción declarativa”<sup>46</sup>.

Refiriéndose específicamente a la acción declarativa de inconstitucionalidad, Morello dice que “su ejercicio aparece como residual, ya que el actor no dispondría de otro medio legal –agregáramos de igual eficacia o idoneidad específica-, para poner término inmediatamente a la zozobra”.<sup>47</sup>

Por su parte, Salgado y Verdaguer sostienen que “este requisito de la indisponibilidad de otro medio legal, debe ser interpretado, a nuestro entender, de un modo amplio y no como un valladar que obste al progreso de la acción”<sup>48</sup>.

Bourguignon y Madozzo afirman que la indisponibilidad de otro medio legal “apunta a la circunstancia que no exista otra vía procesal idónea para obtener la cesación del estado de incertidumbre”<sup>49</sup>.

A su turno, Aguilar Caravia entiende que la acción declarativa no es subsidiaria sino excepcional, dado que “la acción subsidiaria es aquella que suple o refuerza a otra principal y éste no es el caso de la acción bajo estudio pues ella es autónoma, es la única de carácter preventivo, le basta que exista un interés legítimo a tutelar”<sup>50</sup>.

En lo que respecta a este requisito, la jurisprudencia de la Corte nacional no ha sido contundente y desentrañar su sentido no resulta una tarea sencilla.

En una oportunidad, cuando se solicitó la declaración de inconstitucionalidad de un tributo, se dijo que el actor debía iniciar la acción de repetición, previo cumplimiento del “solve et repete”.

---

<sup>46</sup> Enderle, ob. cit., págs. 99 y 100.

<sup>47</sup> Morello, pág. 144.

<sup>48</sup> Alí Joaquín Salgado y Alejandro Verdaguer, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires 2.000, pág. 413.

<sup>49</sup> Bourguignon y Madozzo, ob. cit., pág. 1206.

<sup>50</sup> Oscar W. Aguilar Caravia, *El derecho tributario y la reivindicación de la acción meramente declarativa*, LL 1986-C-1072.

Así, en “Bridas” se sostuvo que “la actora pudo provocar la actividad jurisprudencial a través de un medio legal apto como lo es la acción de repetición para lo cual sólo le hubiera bastado cumplir con un requisito específico del régimen tributario, como es la regla del *solve et repete* y acatar la intimación que se le formulara. Por lo demás, tal recaudo no ha sido cuestionado en su aplicación al presente caso ni se ha alegado que su cumplimiento debiera ser dispensado como lo ha admitido, en ciertos supuestos, esta Corte. De esta manera, la persistencia de la incertidumbre en la que se pretende fundamentar la demanda, resulta atribuible sólo a su conducta, pues ha prescindido de un medio idóneo para obtener, a través de un proceso de condena, la certeza jurídica que reclama”<sup>51</sup>.

Debe remarcarse que si bien la Corte reiteró un criterio similar en “Massalín Particulares S.A.”<sup>52</sup>, lo aplicó para dejar sin efecto una medida cautelar y no para sostener la improcedencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad.

Esta doctrina no puede compartirse. Como bien apunta Spisso, el principio *solve et repete* “no constituye óbice alguno a la procedencia de la acción de certeza, ya que la repetición presupone el pago previo de la obligación, o sea, la consumación del perjuicio que la acción declarativa trata de prevenir”<sup>53</sup>.

La traslación de esta doctrina a los distintos casos de acción declarativa llevaría su total aniquilación, dado que siempre quedaría al actor la posibilidad de esperar a la consumación del perjuicio y luego iniciar la acción de condena correspondiente.

Es precisamente este efecto lo que el instituto en análisis trata de evitar.

---

<sup>51</sup> LL 1984-A-424.

<sup>52</sup> FF: 316:2922.

<sup>53</sup> Rodolfo Spisso, *Tutela judicial efectiva en materia tributaria*, Depalma, Buenos Aires 1996, pág. 176. También Aguilar Caravia ha efectuado una aguda crítica de la jurisprudencia mencionada, ob. cit., pág. 1074.

La posición reseñada fue expuesta por el máximo Tribunal en su composición anterior, cuando sustentaba la inadmisibilidad de las acciones declarativas de inconstitucionalidad y no fue reiterada para rechazar este mecanismo de control constitucional.

Cabe agregar que si bien este requisito, con los atenuantes que el Tribunal cimero le ha otorgado y especialmente con la posibilidad de acumularse con otras pretensiones de condena, obstaría la posibilidad de articular esta acción cuando no exista otro mecanismo ordinario para demandar, debe tratarse de otro medio establecido por ley, y no dispuesto por normativas internas de instituciones que no se encuentran regladas por el Poder Legislativo<sup>54</sup>.

En definitiva, la residualidad de la acción de inconstitucionalidad ha sido enormemente atenuada por la jurisprudencia del máximo Tribunal, en el entendimiento que este proceso de inconstitucionalidad tiene un radio de acción propio, con objetivos específicos, que no se confunden con pretensiones de otra índole.

### **3.- Las necesidades actuales.**

En la actualidad, los carriles existentes para el ejercicio del control por vía de acción parecen resultar insuficientes.

Ni la acción declarativa con los requisitos antes reseñados, ni el amparo o el incidente de inconstitucionalidad sirven para dar respuestas a las necesidades existentes.

Las decisiones tomadas en materia de emergencia económica, especialmente la “confiscación” de los depósitos bancarios a partir del dictado del decreto 214/02 y normativa concordante han puesto al descubierto estas inquietudes.

---

<sup>54</sup> Por ello hemos criticado la solución arribada en “Mahsardjian c. Tribunal de Pensa de la A.F.A.”, atento que se consideraba inviable la acción declarativa intentada por la existencia de mecanismos recursivos propios del Tribunal de disciplina, ver nuestro comentario en LL 1999-E-754.

Quienes no demandaban dentro del plazo legal para interponer una acción de amparo se encontraban excluidos de los remedios procesales vigentes, pues vencida la posibilidad de ampararse, la acción declarativa no se mostraba como el mecanismo adecuado dado que la decisión que al respecto se tomara servía sólo para reconocer el derecho, pero era insuficiente para efectivizarlo.

Así comenzaron a interponerse miles de demandas en todo el país, pidiendo no sólo la declaración de inconstitucionalidad de las normas en juego, sino también la devolución de los depósitos inmovilizados.

Y los tribunales fueron dando cabida a dichas pretensiones, dando andamiaje a un nuevo proceso, la acción de inconstitucionalidad, pero no ya meramente declarativa sino de condena.

De trámite ordinario o sumarísimo, se presenta como un nuevo mecanismo de control constitucional que permite, en un solo proceso, no sólo declarar el derecho, sino contar con la fuerza compulsiva necesaria para concretarlo.

En este nuevo proceso constitucional ya no se exige ni actualidad en la lesión, ni estado de incertidumbre. Aun quedará por dilucidar si tomará un carácter subsidiario o principal.

Y ello es perfectamente viable dentro de las posiciones que, desde hace varios años, viene insinuando nuestra Corte nacional.

El Tribunal cintero, en diversos precedentes, ha admitido la acumulación de pretensiones declarativas con pretensiones de condena.

Así, en “Fábrica Argentina de Calderas”<sup>55</sup>, distinguió entre el pedido de declaración de inconstitucionalidad de la ley santafesina 9.497, al que tramitó e hizo lugar contra la provincia, del pedido de repetición de pago, que rechazó por considerar que debía ser demandado el trabajador que había percibido de más en base a una normativa inconstitucional.

---

<sup>55</sup> LL 1987-A-615.

Como se analizó al estudiar requisito de legitimación, el precedente soslayó al verdadero legitimado pasivo. Amén de ello, también hace excepción del principio de subsidiariedad, ya que por aplicación del mismo podría haber rechazado la acción intentada por contar el actor con la posibilidad de articular la respectiva acción de condena.

A su turno, en “Domingo Segura Olivera”, si bien no resolvió la acción de inconstitucionalidad solicitada por haberse tornado inoficioso, hizo lugar a los daños y perjuicios reclamados conjuntamente, sin considerar que ambas pretensiones eran incompatibles, ni que la primera, por su subsidiariedad, quedaba subsumida en la segunda<sup>56</sup>.

Antonio González S.A. interpone acción declarativa de inconstitucionalidad contra la Provincia de Mendoza a la que acumula la de amparo.

La Corte, si bien admite la acción declarativa, rechaza el amparo pues considera que la primera es el medio eficaz para resolver el planteo efectuado, dado que se trataba de la determinación de órbitas de competencias entre el Estado federal y un Estado provincial<sup>57</sup>.

Así, pese a que el máximo Tribunal admite la compatibilidad entre una acción declarativa y una de condena, sin considerar la primera excluida por su residualidad, entiende que no puede articularse un amparo como una acción de inconstitucionalidad.

#### **4.- Viabilidad de las medidas cautelares.**

Si bien luego de arduas discrepancias, se ha admitido la viabilidad de las medidas cautelares en las acciones declarativas de inconstitucionalidad, estas solamente eran viables en tanto procuraran asegurar el resultado del pleito evitando la consumación de un perjuicio.

---

<sup>56</sup> Fallos: 316:3201.

<sup>57</sup> Fallos: 316:2860.

En cambio, si lo que se buscaba era un procedimiento de ejecución, dado que no se estaba en presencia de un juicio de condena, ellas debían ser descartadas.

Así, por ejemplo, mientras puede llegar a ser viable una intervención judicial limitada a impedir que se produzcan alteraciones en el estado de los bienes, no resultaría viable un embargo, una inhibición general de bienes o una intervención judicial para asegurar la ejecución forzada de bienes.

En cada caso correspondía al juez analizar la cautelar solicitada y su concordancia con la finalidad preventiva de la acción de inconstitucionalidad así como la característica de ser simplemente declarativa<sup>58</sup>.

Si embargo, estas limitaciones no rigen ante la presencia de una acción de inconstitucionalidad con procura de condena, dado que en ella son viables todas las medidas cautelares existentes, en tanto se cumplan con los requisitos generales de las mismas.

Y ello ha quedado plasmado en los cientos de fallos que han ordenado la devolución de los fondos bancarios retenidos, imponiendo medidas cautelares innovativas, las cuales representaban un verdadero adelanto de tutela.

## **5.- Consideraciones finales.**

La recepción de la acción declarativa de inconstitucionalidad como mecanismo de control ha completado un espacio reclamado social y doctrinariamente por mucho tiempo.

Sin embargo, las necesidades actuales muestran que los contornos del referido proceso constitucional son insuficientes.

Y los tribunales han dado andamiaje a los nuevos requerimientos, dado lugar a una acción de inconstitucionalidad de condena.

---

<sup>58</sup> Para un mayor desarrollo del tema véase nuestro trabajo *El Sistema...*, cit. págs. 289 y ss.

Este nuevo proceso completa al anterior en cuanto permite actuar no solo preventivamente, sino también cuando el perjuicio se ha consumado y el amparo no resulta la vía adecuada.

Es por ello que no habrá tampoco límites en cuanto a las medidas cautelares que puedan despacharse en su transcurso.

El camino emprendido, casi inadvertida, ha representado un importante avance en procurar de asegurar el efectivo resguardo de los derechos individuales.

Y por ello bregamos por su definitiva consolidación.