

**Título:** Aproximación a diversos aspectos conflictivos de las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad

**Autor:** Laplacette, Carlos J.

**Publicado en:**

**Cita Online:** AP/DOC/722/2015

**Sumario:** I. Introducción. — II. Las pretensiones declarativas. — III. Historia de las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad. — IV. Características de la recepción de las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad. — V. Las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad y el art. 322 del CPCCN. — VI. Legitimación pasiva. — VII. Pretensiones mere declarativas y pretensiones declarativas de inconstitucionalidad

## **I. Introducción**

El presente trabajo procura efectuar una breve recorrida por diversos aspectos constitucionales y procesales vinculados a las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad.

No deja de resultar curioso la capacidad que han tenido las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad para generar debates constitucionales de la mayor relevancia, tanto en la jurisprudencia y en la doctrina. Ocurre que, a través de distintos caminos, las denominadas "acciones declarativas de inconstitucionalidad" han estado siempre ligadas de modo muy estrecho a la definición del caso constitucional en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional.

Decidir qué características debe adquirir un reclamo para poder ser resuelto por el Poder Judicial, quiénes pueden formularlo, frente a quiénes y en qué momento, son todas cuestiones cuyas implicancias van mucho más lejos de lo meramente instrumental. Se trata de definir cuál es el papel del Poder Judicial en nuestro esquema de división de poderes; cuándo será posible que los tribunales dejen sin efecto las decisiones de los restantes poderes. Y en ese marco, las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad han sabido cabalgar en ámbitos fronterizos, tanto en lo que hace a la actualidad del daño, como a la legitimación activa y pasiva, a la prohibición de dictar opiniones consultivas, por sólo mencionar algunas. Muchos de esos aspectos serán abordados en este trabajo.

Debo agradecer a los Dres. Juan Carlos Cassagne y Pablo Perrino los valiosos intercambios de ideas que me han permitido realizar sobre estos tópicos en las últimas semanas. Ese agradecimiento, para ser tal, impone dos advertencias. En primer lugar, que las opiniones que habrán de ser vertidas aquí sólo pueden ser atribuidas a quien escribe; en modo alguno, intento buscar cómplices o culpas concurrentes. En segundo lugar, las afirmaciones que se efectúan son tentativas y procuran sumar algunas ópticas adicionales a temas que, justo es reconocerlo, cuentan ya con muy buenos análisis en nuestro medio.

## **II. Las pretensiones declarativas**

Si bien se encuentra altamente arraigada en nuestro medio la utilización del término acción declarativa de inconstitucionalidad para referir a aquellos juicios en los cuales, de modo más o menos directo, una de las partes requiere que el juez declare la inconstitucionalidad de una norma, compartimos, con buena parte de la doctrina, que la acción es un derecho abstracto en cuyo ejercicio la persona requiere del Poder Judicial (o de un árbitro) el dictado de una sentencia, mientras que la pretensión sería el acto volitivo que demanda un hacer jurídico [\(1\)](#).

Mientras la acción es siempre una, las pretensiones esgrimidas en un juicio pueden tener muy distintos alcances. Cuando alguien concurre al juez, por lo general pretende el dictado de una sentencia que condene al

demandado a realizar un determinado comportamiento. Para que el juez pueda condenar al demandado a satisfacer la pretensión del actor, previamente deberá determinar la existencia de la relación o estado jurídico que éste invoca. Deberá verificar, por ejemplo, que el acto administrativo impugnado es nulo, para luego ordenar la reparación de los perjuicios ocasionados. En este caso nos encontramos frente a las denominadas pretensiones de condena, por las cuales se busca obtener una sentencia que imponga el cumplimiento de una prestación (de dar o de hacer). Se trata del tipo de sentencias más frecuentes, en las cuales fijaron su atención quienes en el siglo XIX consideraban que no existía acción si no mediaba la efectiva lesión de un derecho (2).

Junto a este tipo de pretensiones, existen otras en las cuales se requiere el análisis y conocimiento de una determinada situación a fin de crear, modificar o extinguir una determinada situación jurídica. Se trata de las pretensiones constitutivas, que generan un nuevo estado jurídico, inexistente hasta antes del dictado de la sentencia.

Finalmente, existen casos en los cuales el actor no desea modificar una situación jurídica actual, ni tampoco condenar al demandado a realizar algún tipo de conducta. Son situaciones en las cuales, para ver satisfecho su interés, al actor le basta con una sentencia que declare, con valor de cosa juzgada, la existencia o alcance de una relación jurídica.

En el caso de las pretensiones meramente declarativas se intenta, de manera exclusiva, lograr del juez la simple declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, satisfaciendo ello íntegramente el interés del pretendiente (3). Este tipo de pretensiones se agota en la declaración de existencia o inexistencia de un derecho, de la validez o no de una norma y en la eliminación de un estado de inseguridad o incertidumbre en el marco de las relaciones jurídicas (4). En ellas la mera declaración de certeza resulta suficiente para satisfacer el interés de quien las propone y, por lo tanto, para agotar el cometido de la función jurisdiccional (5). La sentencia que resuelve una pretensión de condena también contiene una declaración acerca de la existencia o inexistencia del derecho invocado por accionante, pero tal declaración es un antecedente de la decisión final, que es la condena o el rechazo de la demanda (6), y lo mismo ocurre con las pretensiones constitutivas, aunque en ellas se añadiría algo más, como lo es la constitución de un nuevo estado jurídico.

Explica Chiovenda que el nombre de *jugments déclaratoires*, *sentenze d'accertamento*, *feststellungsurteile* o *declaratory judgment* comprende lato sensu todos los casos en los que la sentencia del juez no tiene la continuación de la ejecución forzada, e incluye en ellas a las sentencias que rechazan la demanda del actor (7) y las sentencias constitutivas, en donde se declara la existencia del derecho a la modificación del estado jurídico actual, modificación que no se realiza por medio de la ejecución forzada, sino que actúa *ope legis* en virtud de la declaración de un juez. Pero en un sentido más restringido, los *declaratory judgment* indica aquellas sentencias que acogen la demanda del actor, cuando éste no tiende a la realización de un derecho, sino que se limita a pedir que sea declarada la existencia del derecho propio o la inexistencia del derecho ajeno (declaración positiva o negativa) (8).

Dentro de ese universo de pretensiones declarativas, un caso especial está dado por las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad.

### III. Historia de las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad

#### 1. Antecedentes en occidente

Es importante destacar que las pretensiones declarativas fueron conocidas por los distintos sistemas jurídicos de occidente. Si bien es común recordar en Roma la presencia de acciones que permitían obtener pronunciamientos de naturaleza declarativa, tanto positiva como negativa, quizás estos mecanismos no puedan asimilarse a las pretensiones declarativas, en cuanto no tendrían un funcionamiento autónomo, sino que se daban como cuestiones previas en el marco de un conflicto que las excedía [\(9\)](#).

Es posible que los antecedentes más antiguos se encuentren ya en Egipto, pero las raíces de las pretensiones declarativas en occidente las encontramos en los juicios provocatorios, de origen germánico, que se desarrollaron en particular en el derecho italiano medieval. La *lex diffamari* era un juicio sobre la libertad de un ciudadano, en el cual una persona podía llevar a juicio a quien públicamente hubiera puesto en duda su condición de hombre libre, y si éste no se presentase para sostener la negación del estado de libertad, se le ordenaba abstenerse para el futuro de toda molestia. La *provocatio ex lege diffamari* suponía una jactancia que alguien realizaba de un derecho con perjuicio de tercero; aquí el difamado llamaba a juicio al autor de la jactancia, pidiendo que se le señalase un término para hacer valer en juicio el derecho de que se jacta, de lo contrario, el juez ordenaba al demandado perpetuo silencio sobre la pretensión, quedando así declarada la certeza de la no existencia del derecho del cual se había jactado [\(10\)](#).

Estos procesos provocatorios fueron múltiples, tuvieron vasta aplicación y se difundieron por toda Europa, aunque con posterioridad comenzaron a sufrir serias críticas, vinculadas con la coacción para accionar que implicaban, así como a una importante serie de problemas que presentaban a la hora de determinar aspectos de gran relevancia, como la competencia para promover la demanda, y al hecho de que ellos permitían caer rápidamente en diversas corruptelas.

En el derecho español se conocieron los juicios provocativos en las leyes 46 y 47, título II de la Partida III. La Partida 46 establecía un principio general, según el cual nadie debe ser constreñido a demandar a otro, salvo dos casos excepcionales, el primero de ellos era la acción de jactancia, prevista en términos similares a la conocida en el derecho italiano. El segundo caso, previsto en la partida 47, se refería a la situación especial de los mercaderes; cuando éstos iban a emprender un viaje, podían solicitar al juez que apremiara a quienes alegaran derechos en su contra para que inicien la demanda y, de no hacerlo, ya no los podrían demandar hasta su regreso.

En el derecho anglosajón, los juicios declarativos eran conocidos en Escocia en el siglo XVI, pero no fue sino hasta mediados del siglo XIX en que comenzaron a adquirir una mayor utilización con su recepción expresa en Inglaterra. Mientras tanto, en los Estados Unidos no existieron mayores antecedentes de juicios declarativos hasta las primeras décadas del siglo XX.

El derecho alemán incorporó a su legislación procesal las pretensiones declarativas en el año 1877, a través del artículo 231 de la Z.P.O. (luego art. 256). Él preveía: "se podrá demandar la declaración de la existencia o de la inexistencia de una relación jurídica, y el reconocimiento de la autenticidad o la declaración de falsedad de un documento, cuando el demandante tiene un interés jurídico en que la relación jurídica o la autenticidad o falsedad de un documento, sea declarada inmediatamente por resolución judicial".

Si bien la incorporación de esa disposición por el derecho alemán fue la que provocó el análisis científico e incitó a la búsqueda de antecedentes históricos, que Chiovenda llevó incluso a los documentos egipcios en los cuales se da cuenta de proceso por simulación de actos y de típicas pretensiones de declaración de certeza, en la segunda mitad del siglo XIX comenzaron a surgir diversas formas de pretensiones declarativas vinculadas, muchas veces, al control de constitucionalidad. Un buen ejemplo lo constituye el artículo 24 de la primera ley reglamentaria del amparo en México, la cual data del 26 de noviembre de 1861. En ella se preveía que el fallo

tendría únicamente por objeto amparar al reclamante, declarándolo libre de cumplir la ley o providencia de que se quejare, o mandarle a que la obedeciera declarando sin lugar su pretensión (11). Otro ejemplo de esta temprana adopción de pretensiones declarativas de inconstitucionalidad podemos encontrarlo en nuestro país con la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires desde el siglo XIX.

En el ámbito del Poder Judicial de la Nación existía el antecedente de la acción de jactancia. El artículo 425 del Código de Procedimientos en Materia Civil y Comercial de la Capital de la República Argentina preveía que "la acción de jactancia es acordada contra toda persona capaz de ser demandada y que, fuera del juicio, se hubiera atribuido derechos propios a bienes que constituyen el patrimonio de un tercero".

Este tipo de procesos, si bien guardan una notoria similitud con las pretensiones declarativas, se diferencian de estas últimas, tal como las conocemos hoy, por cuanto en aquéllos subyace la idea de generar una actividad del demandado, en provocar un hacer, consistente en echar luz sobre el planteo perjudicial al actor y bajo apercibimiento de caducidad de su pretensión (12).

Si la presencia de los juicios declarativos fue objeto de discusión, mucho más lo fue la posibilidad de utilizar este tipo de juicios para llevar a cabo el control de constitucionalidad.

## 2. Discusión y recepción de las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad en Estados Unidos de Norteamérica

La historia de la recepción de las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad en los Estados Unidos resulta particularmente importante, pues las discusiones sobre su constitucionalidad resultaban aplicables a nuestro sistema judicial y, de hecho, los argumentos contrarios a la adopción de este tipo de juicios fueron sostenidos por la jurisprudencia argentina durante muchas décadas después de que tuviera lugar el cambio jurisprudencial en los Estados Unidos. Más aún cuando en la década de 1980 la Corte Suprema de Justicia de la Nación aceptó a las acciones declarativas como procesos constitucionales, ésta recurrió a los precedentes por los cuales, en la década de 1930, su par estadounidense pusiera fin a la discusión en ese país.

Desde sus inicios, la jurisprudencia de los Estados Unidos fue sumamente reticente a emitir pronunciamientos que escapan al modelo de un proceso contradictorio destinado a dictar una sentencia de condena. En el año 1911, en el caso "Muskrat v. United States" (13), la Suprema Corte de los Estados Unidos afirmó que no existía un caso judicial en lo que parecía una acción declarativa. Allí, un grupo de personas integrantes de la tribu Cherokee se presentó ante el Congreso alegando la inconstitucionalidad de leyes federales que imponían restricciones a la disposición de las tierras asignadas a los miembros del grupo y aumentaba el número de participantes en la distribución final de las tierras. El Congreso autorizó a que se promoviera una demanda ante la Court of Claims y se previó una apelación ante la Suprema Corte; ésta, sin embargo, concluyó que no existía causa o controversia en los términos del artículo III de la Constitución de los EE.UU.

Dijo allí el tribunal que el procedimiento era un intento por establecer una determinación judicial y final sobre la validez de una ley del Congreso. En tales condiciones, entendió que ello no era una causa o controversia. "Ese poder judicial... es la facultad de decidir las controversias reales que surgen entre litigantes adversos, debidamente instituidas en los tribunales de la jurisdicción apropiada. El derecho de declarar inconstitucional una ley se debe a que una ley del Congreso, invocada por una u otra de esas partes en la determinación de sus derechos, se encuentra en conflicto con la Ley Fundamental. El ejercicio de ese poder, la más importante y delicada función

de este tribunal, no le ha sido dado como un cuerpo con poder de revisión sobre la acción del Congreso, sino porque los derechos de los litigantes en casos justiciables requieren que la Corte escoja entre la Constitución y la ley que pretende ser aplicada dentro de la autoridad constitucional, pero que en realidad se encuentra fuera del poder delegado en el Departamento Legislativo".

En el caso concreto, la Corte entendió que el intento por obtener una declaración sobre la validez de la ley del Congreso no fue presentado como una causa o controversia, pues si bien los Estados Unidos han sido demandados en este caso, "no tienen un interés adverso al de los actores. El objeto de la acción no es asegurar un derecho de propiedad frente al gobierno, o demandar una compensación por daños que pueda haberle causado". La Corte hace notar que en este caso todo el propósito de la demanda es determinar la constitucionalidad de la ley, pero esa sentencia no podrá luego ser opuesta a aquellos terceros a los cuales se les pretenda hacer valer en un juicio y, en definitiva, la sentencia no será más que la expresión de una opinión. Las cuestiones involucradas en ese procedimiento pueden llegar a aparecer en juicios entre particulares, y en ese caso sí los tribunales deberán resolverlas en ejercicio de su función judicial.

Como vemos, en esta ocasión la Corte Suprema consideró que, más allá del conflicto entre el actor y el demandado, existían otros interesados mucho más directos que el Estado, a los cuales no se les podría hacer valer luego la sentencia del tribunal. Esta última apreciación no cerraba completamente la posibilidad de promover acciones declarativas, pero sí suponía que la legitimación pasiva constituía un elemento de gran relevancia.

Pocos años después, las acciones declarativas comenzaron a ganar cada vez más lugar en la doctrina y la jurisprudencia de los Estados Unidos. A pesar de ello, la adopción de los procesos declarativos de inconstitucionalidad estuvo lejos de ser simple. Un dato que lo demuestra es que el debate previo a la sanción de la Declaratory Judgment Act no fue nada breve; el proyecto estuvo en el Congreso entre 1919 y 1934. La principal preocupación de los críticos, entre los que se encontraban Brandeis y Frankfurter, era que este tipo de juicios no respetarían la exigencia del caso o controversia [\(14\)](#).

Durante esos quince años en los que se analizó en el Congreso federal la sanción de una ley que regulase a los juicios declarativos, la jurisprudencia jugó un papel de gran relevancia, convirtiéndose en uno de los ámbitos de discusión de los aspectos constitucionales que se vinculaban con este tipo de procesos. Un primer caso de importancia en el cual se analizó la constitucionalidad de las acciones declarativas tuvo lugar ante los tribunales del estado de Michigan en el año 1920, se trató de la causa "Anway v. Gran Rapids Railway" [\(15\)](#). En esta ocasión, un conductor de tren que deseaba ejecutar largas horas de trabajo promovió contra su empleador un juicio a fin de obtener una declaración de inconstitucionalidad de la ley estadual que limitaba la jornada de trabajo. Sin embargo, aún ninguna autoridad estatal había amenazado con aplicar esa ley. La Corte Suprema de Michigan reaccionó con dureza y declaró que la ley de sentencias declarativas era inconstitucional porque permitía "determinaciones de proposiciones legales abstractas" y por lo tanto confería funciones no judiciales a los tribunales. Esa sentencia constituyó un duro golpe para la adopción de los juicios declarativos en los Estados Unidos, tanto que sus partidarios reconocieron que sin una limitación explícita a la jurisdicción de los tribunales, cualquier nueva ley que se sancionase se encontraría en peligro. Por ello, en 1922, se modificó el proyecto de ley a fin de permitir la promoción de juicios declarativos sólo respecto de casos que correspondían a la jurisdicción de cada tribunal, intentando con ello explicitar que las acciones declarativas no estaban previstas para resolver casos abstractos o emitir opiniones consultivas. Sin embargo, las dudas acerca de la constitucionalidad de las acciones declarativas persistieron y se vieron agudizadas en tres sentencias de la Corte Suprema, las cuales jugaron un rol muy importante en el debate parlamentario [\(16\)](#).

El primero de esos casos fue "Liberty Warehouse Co. v. Grannis" [\(17\)](#), decidido en enero de 1927. En esta

ocasión, el propietario de una tabaquería demandó ante la justicia federal al Fiscal General de Kentucky, alegando que una nueva ley que regulaba a las tabaquerías era inconstitucional. El actor fundó su demanda en una ley de sentencias declarativas de Kentucky, la cual consideraba aplicable ante la justicia federal en virtud a una ley del Congreso denominada Conformity Act, la cual imponía, en distintos casos, aplicar los procedimientos estatales. La Corte Suprema finalmente rechazó la demanda con base en dos argumentos. En primer lugar, consideró que el gobierno local aún no había intentado aplicar la ley, por lo tanto, el caso era demasiado abstracto para su resolución judicial. En segundo lugar, también se indicó que la Conformity Act sólo aplicaba a las prácticas y formas del procedimiento, pero "no se proponía ni podía extender la competencia de los tribunales de distrito más allá de los límites constitucionales".

El segundo caso, "Liberty Warehouse Co. v. Burley"[\(18\)](#), tuvo lugar al año siguiente e involucró a la misma ley sobre tabaquerías. En un juicio en el cual se procuraba aplicar la ley al particular, el acusado promovió una reconvencción a fin de que se declarase que la ley era inconstitucional. Los tribunales estatales rechazaron la reconvencción, afirmando que una declaración de esa naturaleza sólo podía tener lugar en el marco del procedimiento regulado por la ley estatal de sentencias declarativas. Cuando el caso llega a la Suprema Corte, ésta rechaza el recurso, considerando que no se había privado al imputado de su derecho al debido proceso. Hasta allí la decisión de la Suprema Corte era acorde con la naturaleza de la revisión que ejerce sobre las sentencias estatales; sin embargo, agregó un obiter un tanto enigmático cuando, citando "Liberty Warehouse v. Grannis", afirmó que "esta Corte no tiene jurisdicción para revisar juicios meramente declarativos".

Ese mismo año se dicó sentencia en "Willing v. Chicago Auditorium Association"[\(19\)](#). En este caso, el arrendador y operador del Auditorio de Chicago, quien contaba un contrato por noventa y nueve años que concluía en 1985, pretendía derribar la estructura existente a fin de construir un gran edificio comercial, pero el contrato no preveía específicamente esa posibilidad. Luego de negociaciones infructuosas, interpuso una acción declarativa ante los tribunales estatales a fin de resolver esta cuestión (los actores sostenían que is said to be in the nature of a bill to remove a cloud upon title). En instancia recursiva, la Suprema Corte consideró que no había caso o controversia en los términos del artículo III. Escribiendo por el tribunal, Brandeis sostuvo que no existía ninguna evidencia de que los demandados hayan hecho algo que impidiera al actor ejercer los derechos que creía tener, así como tampoco había existido ninguna amenaza real y concreta, ni se había iniciado ningún reclamo por parte de los demandados, con la excepción de manifestaciones efectuadas en el marco de una conversación privada e informal.

Si bien lo anterior parecía suficiente para resolver el caso bajo el argumento de que él resultaba prematuro, algunas declaraciones de Brandeis parecían sugerir que las pretensiones declarativas no podían tener cabida en el art. III de la Constitución. Concretamente, el juez afirmó que, a pesar de que si bien el caso no era abstracto, que existían partes adversas y que el actor tenía un interés directo, concreto y sustancial en obtener la sentencia judicial, entendió que eso no era suficiente; "aun así el procedimiento no es un caso o controversia en el sentido del art. III de la Constitución. El hecho de que los deseos de los demandantes se vean frustrados por sus propias dudas, o por los temores de los demás, no confiere una causa de acción. Los demandados no han dañado al actor ni han amenazado con hacerlo. El recuso a la equidad para remover esas dudas era desconocido para los tribunales americanos e ingleses al tiempo de adoptarse la Constitución y que lo siguió siendo por más de medio siglo después". Precisamente esta última aclaración mereció la crítica del juez Stone, quien en su voto concurrente sostuvo que era suficiente con decir que el caso no se encontraba dentro de aquéllos para los cuales la ley otorgaba jurisdicción a la Corte, pero que era innecesario ir más allá y sostener que el Congreso no podría conferir a la Corte jurisdicción para dictar sentencias declarativas o revisar aquellas que hayan sido dictadas por tribunales inferiores. Afinando el tono crítico, afirmó que el agregado de Brandeis era, en sí mismo, muy similar a una sentencia declarativa [\(20\)](#).

Dentro de ese contexto histórico, durante la década de 1930 tuvieron lugar tres hechos que terminaron por consolidar la recepción de las acciones declarativas de inconstitucionalidad. En el año 1933, la Corte Suprema dictó sentencia en la causa "Nashville, Chattanooga & St. Louis Railway Co. v. Wallace"[\(21\)](#), donde consideró constitucional un ley de sentencias declarativas establecida por la legislación del Estado de Tennessee. En el año 1934, el Congreso federal sanciona finalmente la ley sentencias declarativas (Federal Declaratory Judgment Act), y en el año 1937 la Suprema Corte, en la causa "Aetna Life Insurance Co. v. Haworth"[\(22\)](#), reconoció la validez constitucional de esta ley, poniendo fin a más de una década de doctrina judicial oscilante y contradictoria sobre la admisibilidad y características de la causa o controversia.

En "Nashville", el tribunal debió analizar el recurso interpuesto contra una sentencia dictada en el marco de la ley de sentencias declarativas de Tennessee y, como primera cuestión, debió volver sobre la cuestión de si este tipo de procedimientos constituía un "caso" o "controversia" en los términos del art. III de la Constitución. En esta ocasión el tribunal comenzó por aclarar que debía analizarse la naturaleza del litigio y no su forma o denominación. No miramos, dijo la Corte, "el nombre con el que el legislador ha denominado al procedimiento que se sigue en los tribunales de los Estados", sino "la naturaleza de el procedimiento que autoriza la ley local, y el efecto de la sentencia dictada sobre los derechos que el recurrente proclama". Agregó luego que las cuestiones planteadas, donde un contribuyente impugnaba un impuesto local por considerarlo violatorio de la Constitución Federal, constituían un caso o controversia, ya que el procedimiento terminaría con una sentencia, existiendo partes adversas que buscaban determinar sus derechos de acuerdo a los hechos alegados en la demanda y admitidos por el demandado. Se dijo también que los derechos económicos esgrimidos por el demandante se encontraban en peligro de una inminente afectación por el Estado, y se veían directamente afectados en forma sustancial y específica por la decisión de la cuestión en litigio, la cual se prestaba a su determinación judicial y era de aquellas que la Corte decide tradicionalmente.

Insistiendo en estos conceptos, el tribunal señaló que "el actor requiere un fallo definitivo que resuelva una controversia constitucional sobre sus derechos, y que, en tales circunstancias, se lo libere del impuesto cuestionado, sin posibilidad de revisión por otro organismo"[\(23\)](#). Continúa de inmediato el tribunal afirmando que "es evidente que la parte recurrente, que tiene la obligación de pagar el impuesto que será determinado por la decisión de este caso, no intenta obtener de la Corte una declaración abstracta sobre la validez de una ley, o una opinión consultiva sobre lo que la ley sería en un incierto o hipotético estado de cosas", y "si bien el curso ordinario del procedimiento judicial concluye con una sentencia que ordena la ejecución de una determinada conducta, esa condena no es un complemento indispensable para el ejercici

Al año siguiente, la Declaratory Judgment Act, sancionada en 1934, dispuso que "In a case of actual controversy within its jurisdiction... any court of the United States, upon the filling of an appropriate pleading, may declare the rights and other legal relations of any interested party seeking such declaration, whether or not further relief is or could be sought. Any such declaration shall have the force and effect of a final judgment or decree and shall be reviewable as such". La validez constitucional de esta ley fue analizada en 1937 en "Aetna Life Ins. Co. of Hartford, Conn., v. Haworth et al." [\(24\)](#). En esa causa, reiteradamente citada en la jurisprudencia norteamericana y luego de la década de 1980 también en los fallos de nuestra Corte [\(25\)](#), se resolvió que tal ley, en su limitación a casos o controversias reales y concretas resulta ajustada a las previsiones de la Constitución. Con cita de "Nashville", se reafirmó que el Congreso, al establecer los procedimientos a través de los que habrá de ejercerse la función judicial, no se encuentra limitado a las formas o remedios tradicionales, ya que la cláusula constitucional no ha cristalizado el procedimiento de 1798 como el único medio posible para presentar una causa o controversia ante los tribunales federales. De esta manera, la Suprema Corte dejó en claro que los aspectos constitucionales del caso judicial no deben considerarse ceñidos a una determinada forma procesal, sino a otras consideraciones, más genéricas pero institucionalmente más importantes.

Explicó el tribunal que una controversia, en el sentido constitucional, debe ser apropiada para su resolución judicial, distinguiéndose de aquellas que son abstractas o meramente hipotéticas. Ella "debe ser clara y concreta, afectando las relaciones jurídicas de partes que tengan intereses legales adversos". "Debe ser real y sustancial requiriendo de una resolución judicial de carácter concluyente, lo que la diferencia de un dictamen de asesoramiento sobre lo que la ley sería en un hipotético estado de los hechos". En definitiva, "donde exista un caso concreto que admita una inmediata y definitiva determinación, a los hechos alegados, del derecho afirmado por las partes en un procedimiento contradictorio, la función judicial puede ser ejercida adecuadamente, aunque la adjudicación de los derechos de los litigantes no requiera una sentencia que condene a una adjudicación o al pago de daños y perjuicios". Asimismo, se aclaró que "no es indispensable para ejercicio del poder judicial que se requiera la emisión de una orden de parte del juez, no se requiere que se alegue la amenaza de un daño irreparable".

Luego de "Aetna", las pretensiones declarativas han sido reiteradamente aceptadas por la Corte como una forma de ejercer la función jurisdiccional, pero siempre dentro de los límites fijados en este precedente. Es decir, que se trate de una controversia real, concreta, con intereses legales contrapuestos y que requiera de una solución actual. De esa manera, ya desde la década de 1930, la jurisprudencia federal de los Estados Unidos reconocía la validez constitucional de las pretensiones declarativas en términos que resultaban acordes con la exigencia constitucional del "caso" o "controversia" y que la distinguían de un planteo especulativo o ajeno a una controversia real entre partes. Sin embargo, esta doctrina tardó varias décadas en ser receptada por nuestra Corte Suprema.

### 3. Negativa inicial en la República Argentina

Durante más de cien años las pretensiones meramente declarativas fueron rechazadas por la Corte Suprema de la Nación como marco adecuado para cuestionar la constitucionalidad de normas u actos estatales. De manera similar a lo ocurrido en la jurisprudencia de los Estados Unidos, el requisito del "caso contencioso" se extendía no sólo a la existencia de un conflicto entre partes con intereses divergentes, también se agregaba a ello la necesidad de que la decisión del tribunal impusiera concretamente una condena. Ejemplo claro podemos encontrarlo en "Nogués Hnos." [\(26\)](#), del año 1903, donde la actora, impugnando la constitucionalidad de una ley provincial que fijaba un tributo, exigía la devolución de las sumas abonadas y que se prohiba a la provincia cobrar ese impuesto en el futuro. Aquí la Corte declaró la inconstitucionalidad de la norma e hizo lugar a la demanda de repetición, pero la rechazó en cuanto a la prohibición de cobrar el impuesto en el futuro. Con fundamento en el por entonces art. 100 de la Constitución Nacional, se dijo que, respecto de los impuestos a abonarse en el futuro, no había "caso actual y concreto que dé motivo al ejercicio de la jurisdicción federal".

En "Provincia de Mendoza v. Gobierno de la Nación" [\(27\)](#) se rechazó la pretensión de la provincia para que se declarase la invalidez de distintas disposiciones de la ley 14773 de nacionalización de los hidrocarburos. Aquí se sostuvo que no se configuraba un caso o controversia judicial, cuando se persigue la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes, en tanto su aplicación no haya dado lugar a un litigio contencioso. Conclusiones reiteradas ese mismo año en "S.R.L. H.I.R.U." [\(28\)](#), donde se agregó en apoyo de esta posición una referencia a la presunción de legalidad de los actos y leyes estatales.

En "Fiscal de Estado de la Provincia de Río Negro" [\(29\)](#), frente a la demanda del funcionario requiriendo la declaración de inconstitucionalidad e inaplicabilidad en la provincia de un decreto del Poder Ejecutivo Nacional, la Corte reiteró que con arreglo al artículo 2 de la ley 27 no existe en el ámbito nacional la acción declarativa de inconstitucionalidad, y 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" [\(30\)](#). A lo cual agregó que una acción de esas

características, con base en una ley local que la permita, no puede exceder el ámbito provincial dentro del cual rigen las leyes de ese carácter.

Consideraciones similares se sostuvieron en el caso "Banco Hipotecario de la Nación v. Provincia de Córdoba"[\(31\)](#), del año 1960, donde la actora planteaba la inconstitucionalidad de una ley provincial que ponía en cabeza del Colegio de Escribanos la distribución del trabajo entre los escribanos matriculados, siendo ello obligatorio para quienes requiriesen los servicios de éstos. La provincia interpuso una defensa de falta de legitimación pasiva, afirmando que no era ella sino el Colegio de Escribanos quien habría desconocido el derecho del actor a designar a sus propios escribanos. Ante ello, Corte Suprema reiteró las consideraciones vertidas en el caso "Fiscal de Estado de la Provincia de Río Negro" y agregó que el sistema americano de contralor incidental 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 en ella derechos que aquéllas le acuerden.

Esta doctrina se mantuvo durante medio siglo después de que la Suprema Corte norteamericana reconociera validez constitucional a las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad, e incluso durante casi dos décadas luego de que en el año 1967 se incorporase al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación el actual art. 322. Por ejemplo, en "SAFE Agropecuaria S.A v. Provincia de Santa Fe"[\(32\)](#), la Corte rechazó una demanda entablada a fin de que se declarase la inconstitucionalidad de una norma provincial que gravaba el traslado de hacienda fuera de la provincia, y se la condenara a no exigir el pago del tal impuesto como condición para expedir guías. La Corte destacó que la actora no había invocado haber pagado el gravamen, ni reclamaba su repetición o el resarcimiento de perjuicios que le hubiera irrogado la actitud de la demandada, y tampoco se denunciaba que la provincia haya realizado alguna actividad que lesionara sus derechos en forma actual y efectiva. En tales condiciones, rechazó in limine la demanda, afirmando que la potestad de la Corte para apreciar los límites de las atribuciones propias de los restantes poderes del Estado es atribuida por la Constitución en los casos que caigan bajo su jurisdicción, y no cabe extenderla de modo de validar declaraciones de inconstitucionalidad abstracta o de mera certeza por vía de una norma procesal (art. 322, CPCC), que tiene su ámbito natural de aplicación en orden a decisiones del derecho común.

Un hito de gran interés doctrinario, aunque sin relevancia inmediata en la jurisprudencia de la Corte, está dado por "Hidronor S.A v. Provincia de Neuquén", donde el procurador general, Dr. Eduardo Marquardt, emitió en diciembre de 1971 un extenso y muy valioso dictamen en el que concluye, con apoyo en la jurisprudencia norteamericana y en las opiniones de diversos autores, en especial Chiovenda y Borchard, en la viabilidad de las acciones declarativas de inconstitucionalidad en los mismo términos en que fueran receptadas por la jurisprudencia de los Estados Unidos. Si bien el caso en el cual se emitió el dictamen finalmente fue desistido por la actora y no mereció una sentencia de la Corte Suprema sobre esta materia, el dictamen fue mercedamente publicado en el año 1985 en la colección "Fallos", a continuación de la sentencia dictada en uno de los casos seminales de las acciones declarativas, como lo fue "Provincia de Santiago del Estero v. Estado Nacional y/o YPF"[\(33\)](#), al cual nos referiremos en breve.

#### 4. Reconocimiento de la acción declarativa

El cambio en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobrevino con una serie de fallos a mediados de la década de 1980, el primero de los cuales fue "Provincia de Santiago del Estero v. Nación Argentina"[\(34\)](#), dictado el 20 de agosto de 1985. La provincia había sancionado una ley por la cual se creaba el denominado Departamento de Control de Combustibles y se fijaba una tasa sobre el precio de las naftas y el gasoil, la que estaba destinada a retribuir los servicios de contralor que habría de prestar este departamento. En respuesta a esta disposición, YPF

comunicó a los operadores de estaciones de servicio de la provincia de Santiago del Estero que debían abstenerse de aplicar esa tasa, bajo apercibimiento de ser sancionados y suspenderse su abastecimiento. Ello motivó un intercambio telegráfico entre la provincia y la empresa estatal, en el cual la petrolera afirmó estar cumpliendo órdenes directas de las autoridades nacionales.

Promovida una acción de amparo por la provincia, la Corte señaló que, frente a la actitud de YPF, exteriorizada en cartas documento, de no proveer combustibles e imponer sanciones a los expendedores en caso de que aplicaran las tasas previstas en la ley provincial, la pretensión de la provincia de perseguir una declaración preventiva que impidiera al Estado Nacional concretar las medidas anunciadas constituía una causa o controversia. Afirmó el tribunal que "se está, por consiguiente, 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 —al cual se le atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal—, y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto"[\(35\)](#). Y con cita de "Aetna Life Insurance", la Corte entendió que existía un caso judicial por cuanto: a) la actividad administrativa afectaba un interés legítimo de la actora; b) el grado de afectación era suficientemente directo; y c) aquella actividad tenía concreción bastante [\(36\)](#). Sobre la base de tales consideraciones, la Corte consideró que la vía pertinente no era el amparo, sino la acción meramente declarativa prevista en el art. 322 del Código Procesal e intimó a la provincia a adecuar la demanda a las reglas del juicio sumario.

En esta ocasión, la Corte Suprema señaló: "...la provincia persigue una declaración preventiva que impida que, en la oportunidad de ponerse en vigencia la ley que dictó su legislatura, el Estado nacional concrete las medidas anticipadas en los telegramas mencionados anteriormente y que funda en las normas legales citadas. Se está, por consiguiente, 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 —al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal—, y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto. 5) Que en esas condiciones, la acción declarativa regulada en el art. 322 del Código Procesal, constituye un recaudo apto para evitar el eventual perjuicio denunciado por la actora y que derivaría de la suspensión de suministro del combustible, toda vez que provee a la definición, ante los estrados del tribunal, de una relación jurídica discutida o incierta... 7)... la acción declarativa que, como el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos, es un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora que, en las actuales circunstancias, se agota en una mera declaración de certeza. 8) Que de tal manera y a tenor de lo expuesto, puede prescindirse válidamente del 'nomen juris' utilizado por la provincia para interponer su acción y atender a la real sustancia de la solicitud mediante el ejercicio de la demanda declarativa que regula el art. 322 del Código Procesal, cuya tramitación se efectuará según las reglas del proceso sumario..."

Poco tiempo antes de este caso, el 28 de agosto de 1984, la Corte Suprema había rechazado, por falta de caso, la demanda promovida por una persona planteando la inconstitucionalidad de la convocatoria a una consulta popular sobre los términos del acuerdo limítrofe con Chile. En esa ocasión, el juez Fayt emitió un voto concurrente en el cual lo considera una acción declarativa del art. 322 y rechaza la demanda [\(37\)](#).

Meses después de "Provincia de Santiago del Estero v. YPF", en diciembre de 1985, al dictar sentencia en "Constantino Lorenzo"[\(38\)](#), la Corte rechazó la demanda interpuesta por una persona que, en su carácter de ciudadano y con el objetivo de defender la integridad de la patria, solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la ley que aprobaba un tratado limítrofe con Chile, entendiendo que ella destruía la base territorial de la provincia de Santa Cruz. Allí recordó que las causas o controversias en las cuales le es permitido controlar la constitucionalidad de normas y actos de los restantes poderes "son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas", lo cual no ocurre "cuando se procura la declaración

general y directa de inconstitucionalidad de tales normas o actos". Y afirmó que el control constitucional se ha establecido sobre la base exclusiva de la protección de intereses de suficiente concreción e inmediatez como para suscitar una verdadera "causa" o "caso" en justicia.

Obiter dictum, la Corte Suprema procuró alertar que "4)... al reafirmar tales principios básicos del sistema de control de constitucionalidad federal, estima conveniente poner de relieve que ellos no tienen por corolario que en el orden nacional no exista la acción declarativa de inconstitucionalidad. En este punto, resulta preciso disipar la confusión entre las peticiones abstractas y generales de inconstitucionalidad, que no pueden revestir forma contenciosa por la ausencia de un interés inmediato del particular que efectúa la solicitud... y las acciones determinativas de derecho de base constitucional cuya titularidad alega quien demanda y quien tiende a prevenir o impedir las lesiones a tales derechos, como son la acción de mera certeza y el amparo... 5) Que la organización del control de constitucionalidad sobre la base exclusiva de la protección de intereses de suficiente concreción e inmediatez como para suscitar una verdadera 'causa' o 'caso' en justicia, fue una decisión consciente de quienes dieron su estructura al Poder Judicial... La admisión de acciones directas de inconstitucionalidad, como el amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional, medios por los cuales el sistema adoptado en los inicios de la vida institucional argentina adquiere su desarrollo lógico, no puede importar el olvido de la exigencia mencionada (de la existencia de caso judicial) que, dentro de un ordenamiento en el que todo magistrado puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes del Congreso, tiende a preservar el ejercicio de los poderes establecidos por la Ley Fundamental".

Al año siguiente, en "Guillermo Walter Klein"[\(39\)](#), se reafirmó la existencia en nuestro derecho de las acciones declarativas de inconstitucionalidad, aunque en tal ocasión la Corte consideró que, por acontecimientos posteriores a la sentencia de segunda instancia, había desaparecido el interés concreto en esa causa particular y el dictado de una sentencia sobre el fondo hubiera importado emitir una declaración genérica de inconstitucionalidad, sin efectos entre las partes del pleito.

El caso tiene su interés por la manera en la cual se ve la interrelación entre los distintos elementos de la causa o controversia. Se trataba de un amparo iniciado por un particular contra un allanamiento y secuestro realizado en el domicilio y en el estudio jurídico del actor por una comisión investigadora de la Cámara de Diputados, donde aquél reclamaba la devolución de los documentos secuestrados [\(40\)](#). Pendiente el caso de resolución ante la Corte, se acreditó que la Cámara de Diputados había remitido la documentación al juzgado de primera instancia, donde se había radicado una denuncia penal. Frente a ello, la Corte señaló que si bien el actor aún conservaba interés en el tratamiento de las cuestiones constitucionales planteadas, ya que de ellas resultaría la posibilidad de privar de todo efecto en las actuaciones penales a las probanzas obtenidas mediante el allanamiento, ello debería ser objeto de previo análisis y decisión en sede penal. De lo contrario, estimó el tribunal, se estaría dictando un pronunciamiento oponible no ya a la Cámara de Diputados, sino frente al Ministerio Público Fiscal, lo cual importaría el dictado de una sentencia erga omnes y la obstaculización o sustitución de los jueces penales en las decisiones que les son propias. Se remarcó, en lo que aquí interesa, que ya no existía ningún derecho debatido a determinar para resolver una situación de conflicto entre las partes, por lo cual faltaba el elemento básico de la acción de mera certeza en materia constitucional.

Luego, en "Gomer S.A."[\(41\)](#), la Corte reafirma la viabilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad, pero concretando que ella está sujeta a los requisitos de admisibilidad que determina el art. 322, CPCCN, los cuales, al no estar reunidos en ese caso concreto, implicaron el rechazo de la demanda [\(42\)](#). Un mes más tarde, la Corte acepta la acción declarativa de inconstitucionalidad para la materia tributaria, sin necesidad de previo pago del tributo, en "Newland"[\(43\)](#).

#### IV. Características de la recepción de las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad

Con esos precedentes, las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad adquirieron definitivamente carta de ciudadanía en nuestro derecho y, por lo general, la Corte Suprema encuadró estos procesos en el marco del artículo 322 del CPCCN. Pero de modo paralelo a la acción de mera certeza prevista en el artículo 322 del CPCCN, el tribunal identificó también al juicio sumario constitucional como un mecanismo para prevenir lesiones a derechos constitucionales. Esta idea del juicio sumario constitucional pone de manifiesto que las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad pueden ser esgrimidas y tramitadas a través de distintas vías procesales, como el amparo o la mere declarativa, pero estos remedios no agotan a los procesos en los cuales puede ser planteado el caso constitucional. En realidad, tanto el proceso sumario (en aquellas legislaciones procesales que mantienen esta figura) como el proceso ordinario propiamente dicho pueden ser carriles aptos para tratar pretensiones declarativas de inconstitucionalidad, siempre y cuando estén reunidos los recaudos propios de todo caso judicial. Por otro lado, tampoco deberíamos dejar de incluir aquí a otro tipo de pretensiones declarativas que cuentan con una vía procesal concreta, como lo son las demandas de impugnación de actos administrativos, en las cuales el planteo de nulidad del acto puede fundarse en su incompatibilidad con normas constitucionales. Todos ellos constituyen ejemplos concretos de pretensiones declarativas de inconstitucionalidad [\(44\)](#).

Una línea jurisprudencial explicitada ya en "Constantino Lorenzo" puso de manifiesto que en esta materia lo verdaderamente relevante está dado por la necesidad de distinguir los casos judiciales en los cuales se esgrime una pretensión declarativa de inconstitucionalidad de aquellas acciones generales en las cuales no existe un derecho concreto de parte del actor frente al demandado. En su voto al caso "Sejean" [\(45\)](#), Petracchi sostuvo que en "Constantino Lorenzo" y "Klein" la Corte Suprema "enfrentó la confusión, anteriormente existente entre las peticiones abstractas y generales de inconstitucionalidad, que no pueden revestir forma contenciosa por la ausencia de interés inmediato del particular que efectúa la solicitud, y las acciones determinativas de derechos de base constitucional cuya titularidad alega quien demanda y que tienden a prevenir o impedir las lesiones de tales derechos como son la acción de mera certeza y de amparo o el juicio sumario en materia constitucional, medios por los cuales el sistema de tutela jurisdiccional de las garantías constitucionales adoptado en los inicios del sistema federal, adquiere el desarrollo adecuada al cumplimiento de su finalidad propia".

Lo importante es, en definitiva, que exista un interés lo suficientemente concreto y actual en quien demanda y contra quién se lo hace, para que las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad —"acciones determinativas de derechos de base constitucional", según las denominó Petracchi— conformen un caso judicial que deba ser resuelto por la judicatura, más allá de cuál sea el carril procesal por el cual se procure encauzarlas.

En ese sentido, en el caso "Lavalle, Cayetano A. y otra" [\(46\)](#), siguiendo lo ya hecho en "Provincia de Santiago del Estero", transformó en juicio sumario, sin mención alguna al art. 322, CPCCN, una acción de amparo que plantea la inconstitucionalidad de normas provinciales. Dijo en esta ocasión que "para la solución del 'sub lite' — que atañe de modo esencial a la determinación de las órbitas de competencia entre los poderes del gobierno federal y los de un Estado provincial parecen poco compatibles el régimen legal y los mecanismos procesales previstos en la ley 16986... Consiguientemente, como el tribunal admite que la tutela de los derechos y facultades constitucionales puede canalizarse por vías procesales que no se limitan a la específicamente reglada en la ley citada precedentemente, cabe disponer que el presente se sustancie conforme al trámite previsto para el juicio sumario en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación". Reafirmando esta idea, en "Colombo Murúa" [\(47\)](#), se sostuvo que "más allá del 'nomen iuris' empleado, el pedido de declaración de inconstitucionalidad... formulado... importa el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, de aquellas que explícitamente esta Corte ha admitido como medio idóneo —ya sea bajo la forma del amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional— para prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional". Esta doctrina se reiteró en "Polino" [\(48\)](#), "Ravaglia" [\(49\)](#), "AGUEERA" [\(50\)](#), entre otros.

En las décadas siguientes a su reconocimiento, la acción meramente declarativa de inconstitucionalidad experimentó un desarrollo cuantitativo de magnitud en los precedentes de la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, no ha existido una modificación sustancial de su naturaleza, pues ya sea a través del carril previsto en el artículo 322, CPCCN, como mediante el juicio sumario u ordinario o el amparo, las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad requieren, de modo ineludible, tener naturaleza contradictoria y acreditar tanto la legitimación de las partes, como la actualidad del conflicto. En este sentido, resulta un lugar común en los fallos de la Corte Suprema de Justicia afirmar que exista un caso judicial en el marco de una acción declarativa de inconstitucionalidad, la Corte ha dicho reiteradamente que es necesario que medie (a) una conducta que afecte un interés legítimo, (b) que el grado de afectación sea suficientemente directo, y (c) que aquella conducta tenga concreción bastante [\(51\)](#).

Tanto la afectación a un interés legítimo como el carácter "suficientemente directo" de esa afectación son aspectos que nos remiten a la legitimación como requisito para instar el ejercicio del control de constitucionalidad, aspecto que escapa en mucho al presente trabajo. En lo que respecta la "concreción bastante" que debe tener la conducta o actividad impugnada, ello se relaciona con la necesidad de que el planteo judicial sea actual o maduro, lo cual también pone de manifiesto la renuencia de los tribunales a emitir simples opiniones consultivas o dictámenes teóricos. En este sentido, la Corte Suprema ha expresado que se excedería en mucho la función encomendada al Poder Judicial si se diese trámite a una demanda promovida por una provincia contra el Estado nacional, a fin de que cese el estado de incertidumbre respecto del alcance, validez y extensión de un acuerdo celebrado entre ambos, pues es de absoluta evidencia que su examen sin acto del poder administrador que tenga concreción directa, actual y bastante exigiría emitir un pronunciamiento de carácter teórico, función que le está vedada a la Corte ejercer [\(52\)](#).

Con otros términos, se afirma que las consecuencias del control judicial sobre las actividades ejecutiva y legislativa requieren que el requisito de la existencia de un caso o controversia judicial sea observado rigurosamente, a fin del principio de la división de poderes, lo que excluye la posibilidad de dar trámite a pretensiones donde la aplicación de las normas o actos de los otros poderes no hayan dado lugar a un litigio contencioso para cuyo fallo se exija el examen del punto constitucional propuesto [\(53\)](#). Sin embargo, también existen situaciones en las cuales ha resultado posible cuestionar la constitucionalidad de normas generales antes de que existan actos concretos de aplicación [\(54\)](#). En el apartado siguiente nos ocuparemos del carril aplicable a las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad.

## **V. Las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad y el art. 322 del CPCCN**

Una pretensión declarativa puede ser encauzada a través de distintos carriles procesales, y en todos ellos podría incluir la declaración de inconstitucionalidad de una norma. Por ejemplo, en la vía impugnatoria de los artículos 23 y 24 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos la acción puede tener por objeto la declaración de nulidad de un acto administrativo (típica sentencia declarativa) por ser en sí mismo inconstitucional o por tener como causa una ley u otra norma inconstitucional. Sin embargo, no existe ninguna disposición procesal que regule, en forma particular, la vía procesal para promover pretensiones declarativas de inconstitucionalidad cuando ellas no tienen como finalidad directa lograr la declaración de invalidez de un acto administrativo. Ante su ausencia, la Corte Suprema ha recurrido, en gran cantidad de ocasiones, al artículo 322 del CPCCN, disposición que presenta no pocos problemas y dudas a la hora de su aplicación.

### **1. La disposición normativa**

La ley 17.454, dictada por el gobierno de facto el 20/9/1967 y puesta en vigencia en el año 1968, incorporó una previsión específica para este tipo de pretensiones en el artículo 322 del CPCCN, denominado "Acción meramente declarativa". Según recuerda Palacio, con anterioridad a la entrada en vigencia de esta disposición, la legislación procesal en el orden nacional no contenía una norma explícita que definiera a la pretensión declarativa, aunque esa circunstancia no obstó, sin embargo, a su admisión por vía jurisprudencial (55). Un buen ejemplo es un caso resuelto por la Sala F de la Cámara Nacional Civil el 27/10/1967 (56), en el cual se analizó la admisibilidad de la demanda promovida por una viuda que, ante la exigencia de autoridades previsionales para el otorgamiento de la pensión de su marido, solicitaba el dictado de una sentencia que declare que su matrimonio había sido contraído de buena fe, pues desconocía la presencia de un matrimonio previo que tuviera lugar en Argentina.

Allí la Cámara consideró admisibles las pretensiones declarativas, es decir, aquéllas cuyas sentencias "no obliga(n) a nada, limitándose a declarar o negar la existencia de una situación jurídica, vale decir, que no es susceptible de ejecución, porque la declaración judicial basta para satisfacer el interés del acreedor". Asimismo, con cita de Alsina ("Tratado", 2ª ed., t. I, ps. 352 y ss.), el tribunal expuso que para que una acción declarativa prospere se requiere un estado de incertidumbre sobre la existencia o interpretación de una relación jurídica, que esa incertidumbre pueda ocasionar un perjuicio al actor y que éste no disponga de otro medio legal para hacer cesar la incertidumbre. En la sentencia se destacó, además, que se trataba de un desarrollo procesal novedoso que contaba con la aprobación de la doctrina.

En la exposición de motivos de la ley 17.454 se afirmó que, al consagrarse "la acción meramente declarativa, se ha acogido un postulado de la doctrina y la legislación 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 aquélla". La fuente de esta disposición debemos buscarla en el art. 256 de la Z.P.O. alemana, al cual nos hemos referido ya.

El texto final de la disposición, escrita en 1967 y aún vigente, dispone que este tipo de pretensiones podrá deducirse "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 remedio legal para ponerle término inmediatamente".

A la hora de analizar la aplicación de esta disposición, es bueno recordar que, según lo expusieron Ayarragaray y De Gregorio en la Comisión que elaboró la ley 17454, se intentó incorporar la "demanda de inconstitucionalidad, por su carácter esencialmente declarativo ya que se otorga aun sin perjuicio potencial, sino por la mera afectación futura", pero el intento se habría frustrado por motivos circunstanciales (57). Esto permite sostener con Cassagne que el artículo 322, CPCCN, fue diseñado para regir en las relaciones entre particulares y ante el vacío legislativo existente sólo por analogía puede acudir a ella en el derecho público, porque los requisitos que contemplan no resultan compatibles, en todos los supuestos, con las situaciones que vinculan a los particulares y el Estado, cuando se emiten leyes, reglamentos o actos inconstitucionales (58).

A continuación nos ocuparemos de diversos aspectos que se generan con esta disposición.

## 2. La incertidumbre surge del conflicto, no de la duda

El artículo 322 CPCCN exige que exista "incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica". Esa exigencia de "incertidumbre" ha generado un conflicto doctrinario y jurisprudencial que

puede afectar los caracteres esenciales de las pretensiones declarativas, así como el campo de aplicación del artículo 322, CPCCN.

Para un sector de la doctrina, la incertidumbre, es decir, la falta de certeza aparece cuando "las partes dudan sobre el alcance de sus derechos u obligaciones (sea porque la norma resulta confusa en sí misma o porque la confusión está dada en cuanto a su validez constitucional), intentando clarificar su posición" [\(59\)](#).

Bulit Goñi sostuvo que en materia tributaria no podría existir un estado de incertidumbre, pues si el Fisco sostiene una posición contraria a la del contribuyente, no existirían dudas, sino certezas contrapuestas y, por lo tanto, no habría lugar para plantear una pretensión de certeza en los términos del artículo 322, CPCCN [\(60\)](#). Algunos tribunales adscribieron a esta posición; los casos más notorios procedieron de la Cámara Contencioso Administrativa Federal. Por ejemplo, en el caso "Brevi, Renzo v. AFIP" [\(61\)](#), donde se planteaba la inconstitucionalidad del artículo 39 de la ley 24.073 y sus normas reglamentarias que prohíben el ajuste por inflación, la Cámara afirmó que "la pretensión de la demandante no es posible articularla a través de la acción declarativa porque no existe incertidumbre sobre una relación jurídica, ni ella puede predicarse de una norma del ordenamiento jurídico. En efecto, ella conoce la existencia de una norma que impide el ajuste por inflación y por parecerle injusta en el contexto económico actual, pretende que se la autorice a realizar el ajuste".

Asimismo, algún fallo aislado de la Corte Suprema pudo hacer pensar que, en efecto, el art. 322 excluía aquellos casos en los cuales ambas partes opusieran certezas contrapuestas. Por ejemplo, en "Conarpesa" [\(62\)](#), del año 1989, afirmó, por ejemplo, que no existe incertidumbre alguna que remediar por la vía de la acción declarativa si la autoridad local habría hecho ya aplicación de las normas cuestionadas, las que le sirvieron de fundamento para el rechazo de los recursos administrativos interpuestos. Sin embargo, en esta causa se entendió que, como el actor no había recurrido las decisiones de la Administración local, no podía por vía de esta acción suplir tal omisión, pero se consideró admisible la demanda en lo que respecta a la inconstitucionalidad de una norma que tenía efectos actuales y hacia el futuro.

Por nuestra parte, en cambio, consideramos que si bien la redacción del artículo 322 del CPCCN puede inducir a confusiones, no es posible extender la operatividad de la norma a supuestos donde la incertidumbre consista en la duda personal acerca del alcance, interpretación o validez de una norma. La incertidumbre a ser disipada por el Poder Judicial no constituye una duda sobre el alcance de la norma o de la relación jurídica; ésta puede ser apreciada psicológicamente como perteneciente al ámbito interno del sujeto. Pero la cuestión procesal no es duda, sino conflicto. El actor, en la demanda, no afirma que tiene una duda sobre la existencia de su derecho, sino que otra persona (el demandado) discute el derecho que él sostiene [\(63\)](#).

Haro sostiene también esta posición, al afirmar que toda acción declarativa es una controversia entre partes ante 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 art. 2 de la ley 27 [\(64\)](#). Spisso también lo expone con claridad, al afirmar que la existencia de una ley que fije claramente una determinada conducta no impide cuestionarla con base constitucional a través de la acción declarativa, puesto que, en la medida en que el contribuyente la impugne, existe incertidumbre sobre su legitimidad a luz de la Constitución. Lo contrario es partir de la falsa premisa de que una manifestación clara y precisa de la Administración borra cualquier vestigio de incertidumbre sobre la conducta a seguir, cuando, en la medida en que se la cuestione, se abre la posibilidad de que el Poder Judicial la desplace o la interprete en un sentido distinto al criterio adoptado por el organismo fiscal. Es que precisamente la existencia de certezas contrapuestas genera incertidumbre sobre la inteligencia que cabe atribuirle a la norma jurídica que se controvierte [\(65\)](#).

Rechazando las posiciones mencionadas, la Corte ha entendido que la existencia de "certezas contrapuestas" no inhibe la vía de la acción declarativa de inconstitucionalidad, incluso en temas tributarios. Muy por el contrario, la Corte Suprema se ha encargado de destacar que los tribunales no tienen por función despejar dudas, sino resolver conflictos.

Por ejemplo, en "Policonsultorios de Cabecera S.R.L."(66), se declaró inadmisibile una acción declarativa donde la actora requirió de la Corte un pronunciamiento que "indique, si las hay, cuáles son las normas que esta empresa debe cumplimentar para llevar adelante su objeto social", lo cual demostraba "con evidencia el carácter inequívocamente consultivo de la pretensión"(67).

Por el contrario, se ha considerado, en forma invariable, que las pretensiones declarativas son admisibles cuando existe una actividad administrativa tendiente a aplicar un régimen legal "que se reputa ilegal" o al que "se le atribuye ilegalidad y lesión al régimen constitucional"(68) y se han rechazado las defensas de las provincias en las que alegaban que la seguridad de la actora sobre sus argumentos o la certeza respecto de la posición que asumía la provincia harían desaparecer la incertidumbre (69).

Entiendo que la posición que surge de la jurisprudencia de la Corte Suprema es la correcta. Más allá de la mayor o menor seguridad personal que puedan tener los litigantes respecto de sus argumentos o del resultado del pleito, el proceso es un ámbito donde las partes expresan certezas contrapuestas.

Resulta claro, en mi opinión, que no son los estrados judiciales los lugares apropiados para que los particulares o el propio Estado disipen sus dudas. Si alguien no está seguro de cuál es el régimen normativo aplicable a una relación jurídica o si una determinada norma es o no aplicable a cierto estado de cosas, no es el proceso judicial el lugar para disipar esa duda, los particulares pueden concurrir a la propia Administración o a un letrado de confianza para disipar su inquietud, y en lo que respecta a las oficinas estatales, ellas cuentan con cuerpos de asesores para tal fin. La posibilidad de que el Poder Judicial emita opiniones consultivas es una alternativa que no tiene lugar en nuestro actual régimen constitucional y así se ha pronunciado en diversas oportunidades la jurisprudencia nacional.

Es cierto que en muchos casos, fruto de la deficiente técnica legislativa con la que a diario deben lidiar los justiciables o por la aparición de nuevas circunstancias que no fueron tenidas en cuenta, no es posible establecer con un mínimo de certidumbre cuál es la solución jurídicamente correcta para una situación determinada. Pero no puede ser esa "incertidumbre" objeto de un juicio. El proceso recién aparecerá allí donde la incertidumbre esté dada por la existencia de posiciones encontradas entre dos sujetos respecto del alcance, la naturaleza o la validez de una norma o relación jurídica que les incumbe.

### 3. Lo actual es la incertidumbre, no el daño

Es necesario aclarar que el dato de actualidad debe estar dado en la incertidumbre, pero no por el perjuicio, ya que es perfectamente posible utilizar este tipo de acciones de manera preventiva. Más aún, y esto se vincula con la cuestión relativa a la subsidiariedad, este tipo de procesos tiene en nuestro derecho una finalidad marcadamente preventiva.

Toricelli apunta que si nos atenemos a la literalidad del art. 322, nos encontramos indudablemente frente a un contrasentido, pues si se trata de una acción preventiva que intenta despejar dudas, mal puede estar provocando una lesión actual. Si existe lesión actual, debe procurarse una acción de condena, lo cual torna inadmisibile la

pretensión mere declarativa (70). La crítica a la redacción del artículo es correcta. Las pretensiones declarativas requieren de una incertidumbre actual, de la cual pueda derivarse un perjuicio, el que podría tener lugar en ese mismo momento o en un futuro cercano o cierto. Si quisiese dársele otra interpretación a la disposición, la operatividad de la norma parecería desaparecer casi por completo, ya que, si el daño se produjo, uno tendría la posibilidad de instar la pretensión de condena, situación que colisionaría con el principio de subsidiariedad al cual ha adherido la norma. En este sentido, Sipisso señala que no se compadece con el carácter preventivo de la acción declarativa que, a los fines de su procedencia, el accionante haya sufrido un perjuicio. En la especie se ha asignado al peligro de daño valor suficiente a esos efectos, en atención a la finalidad aclaratoria o definitiva y no reparadora o indemnizatoria de este tipo de acción (71).

De modo similar, Rosenberg afirmaba que "no es necesario que el derecho cuya declaración se solicita ya haya sido violado; basta que el demandado lo discuta, desacate o se jacte de tener un derecho cuya existencia deba declararse" (72).

#### 4. El daño o la amenaza deben ser ciertos (el acto en ciernes)

De acuerdo a la doctrina de la Corte Suprema, la acción declarativa de inconstitucionalidad debe responder a un "caso", porque este procedimiento no tiene carácter simplemente consultivo, ni importa una indagación meramente especulativa. En el marco del artículo 322, CPCCN, la acción tiene por finalidad precaver las consecuencias de un "acto en ciernes" al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto (73).

Al establecer la presencia de ese acto en ciernes, la Corte Suprema suele exigir que exista algún tipo de actividad administrativa tendiente a su concreción. Sin embargo, en ocasiones es posible llevar a cabo el control sin que ese acto esté presente y, en determinadas situaciones, es concebible que la sola promulgación de la ley es suficiente para tener por configurada una amenaza cierta.

#### 5. Subsidiariedad

Recordemos que el art. 322 del Código Procesal establece que "podrá deducirse la acción... 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".

Una primera lectura podría llevarnos a considerar que no existiría posibilidad de promover una acción declarativa de certeza (sea o no constitucional), si el actor puede promover un juicio de condena por la misma situación. Esa conclusión sería coincidente con las fuentes germánicas de la disposición legal, donde este tipo de pretensiones surgió como una vía subsidiaria, a raíz de cierto *splitting* que en ocasiones se advierte entre el interés de promover la demanda, vinculado a la legitimación de la parte, y el interés del actor en recurrir a esta específica vía procesal, el cual no existiría si hay otra vía procesal. El fundamento de esta premisa no sería otro que el de procurar una mayor economía procesal (74).

En favor de esta solución se ha dicho que "se opone a la economía procesal la admisión de la acción declarativa cuando el actor se halla en la posibilidad de conseguir la certidumbre jurídica por el camino más amplio de la sentencia de condena" (75). En este mismo sentido, Haro afirma que la inexistencia de otro medio legal "es muy importante, 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 en que los procedimientos ordinarios no

fuesen idóneos para satisfacer oportunamente la lesión que origina la incertidumbre"[\(76\)](#).

Sin embargo, distintas voces se han alzado para rechazar o limitar este carácter subsidiario otorgado a las pretensiones declarativas [\(77\)](#). Salgado y Verdaguer afirman, por ejemplo, que el "requisito de la indisponibilidad de otro medio legal, debe ser interpretado... de un modo amplio y no como un valladar que obste al progreso de la acción"[\(78\)](#).

Por nuestra parte, consideramos que el carácter subsidiario previsto en el artículo 322, si bien no puede ser eliminado por el operador, debe sujetarse a una interpretación que, como veremos, lo coloca en un ámbito de aplicación mucho más reducido que el que a primera vista podría parecer y que, además, es acorde con las exigencias de tutela judicial efectiva impuestas por el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La subsidiariedad se encuentra vinculada a la naturaleza excepcional que revestía este tipo de pretensiones cuando se la redescubre a principios del siglo XX y, en algunas ocasiones, tiene mucho sentido. Por ejemplo, en un accidente de tránsito, iniciar un juicio para determinar quién es el responsable, y luego promover una acción de condena para fijar el alcance de la indemnización parece ser una solución muy alejada de toda idea de practicidad.

Es posible que recién frente al caso concreto sería posible determinar si una pretensión meramente declarativa es apta para satisfacer el interés del actor con una razonable economía procesal. Hay casos donde la determinación de los perjuicios a los que daría lugar una sentencia favorable en el marco de la mere declarativa sean de fácil determinación o, incluso, necesarios para mensurar la gravedad del daño producido y, por lo tanto, la tolerabilidad o intolerabilidad constitucional del acto o norma cuestionado. En estos casos, la realización dos procesos distintos, uno declarativo y otro de condena, cuando es posible y razonable analizar ambos extremos en forma conjunta, parece un dispendio de actividad jurisdiccional, en perjuicio de las partes y del funcionamiento del Poder Judicial.

Sin embargo, no siempre ocurre así. En ocasiones, la cuestión constitucional puede resolverse de puro derecho o con un mínimo de prueba, y la eventual acreditación del perjuicio económico es compleja o costosa y sólo tendrá interés luego de que se declare la ilegitimidad del acto, parece una carga excesiva para todas las partes tener que recurrir necesariamente a una pretensión de condena.

Más aún, podría argumentarse con seriedad que, en este último caso, obligar a transitar un juicio de condena luce muy poco compatible con el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva proclamada por la Convención Americana de Derechos Humanos. De allí que parece posible, sin apartarnos de la letra y mucho menos de la finalidad perseguida por el artículo 322, CPCCN, sostener que en el caso de las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad, la presencia de "otro medio legal para ponerle término inmediatamente" sólo podría esgrimirse cuando exista una vía legal que permita llevar adelante el control de constitucionalidad —y satisfacer así el interés jurídico que habilita al actor a promover la demanda— con la misma o mayor premura y simpleza que la vía prevista en el artículo 322, CPCCN.

De alguna manera, lo que proponemos es interpretar la disposición a la luz de su propia finalidad (economía procesal), de acuerdo a la exigencia de tutela judicial efectiva y poniendo una mayor atención al adverbio de tiempo "inmediatamente" que contiene la propia disposición.

Esta conclusión es acorde con diversos pronunciamientos de la Corte Suprema, donde se ha ocupado de destacar que debe otorgarse a los afectados por normas inconstitucionales una vía apta que les permita asegurar

la certeza de sus relaciones jurídicas y prevenir actos ilegítimos, con la consiguiente economía en tiempo y posibilidad de evitar la lesión material del derecho invocado (79).

Por otro lado, creemos que si la conducta que motiva la demanda todavía no se ha producido por completo, la pretensión de condena aún no podría iniciarse y la demanda declarativa sería siempre procedente. Finalmente, dentro de la normativa actual, creemos que acreditar la presencia de una vía procesal más idónea que desplace a la pretensión declarativa es algo que debería quedar en cabeza de quien se opone a la admisibilidad de la vía intentada. Asimismo, tratándose de una cuestión relativa a la admisibilidad de la vía, y cuyo único fundamento es de economía procesal, la decisión debería ser resuelta siempre como cuestión previa; lo contrario hace caer en el sinsentido de que, por una norma inspirada en razones de economía procesal, se obliga a reiniciar en el planteo, ahora como pretensión de condena, luego de largo tiempo de litigio.

De lege ferenda parece mucho más razonable recurrir a una fórmula abierta, como la prevista en los Estados Unidos por la Regla 57 de Procedimiento Civil Federal, la cual otorga suficiente libertad al juez para decidir, frente a cada caso concreto, si el procedimiento declarativo aparece más o menos apropiado que algún otro procedimiento previsto para el caso (80). Una solución similar está prevista en distintos Códigos Contencioso Administrativos, por ejemplo el de la provincia de Buenos Aires, donde se prevé que la declaración de nulidad de un acto administrativo puede, o no, estar acompañado por el reclamo de los daños y perjuicios (81).

## VI. Legitimación pasiva

Otro aspecto que sirve para entender los contornos actuales de las pretensiones directas de inconstitucionalidad en nuestro sistema constitucional está dado por la necesidad de promover la acción contra la parte que se beneficia con la normativa impugnada o que deberá aplicar. Se trata de un aspecto de gran importancia para terminar de configurar los contornos de las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad.

### 1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En el año 1986, al cual podríamos considerar incluido dentro del período fundacional en la jurisprudencia de la Corte respecto de la admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad, tuvo lugar un pronunciamiento muy particular que, salvo raras excepciones, no ha sido replicado por el Tribunal. Se trata del caso "Fábrica Argentina de Calderas S.R.L." (82), en el cual la actora demandó a la provincia de Santa Fe por el dictado de una ley que fijaba para ese territorio una jornada laboral de 44 horas, a diferencia de las 48 horas previstas en la legislación nacional. Concretamente se requirió la declaración de inconstitucionalidad de la ley y la repetición, por parte de la provincia, de los salarios abonados de más en virtud a esa norma. Allí la Corte declaró la inconstitucionalidad de la norma, pero rechazó la demanda respecto de la repetición de las sumas abonadas en más, ya que los pagos no fueron percibidos por la provincia sino por los empleados. Sin embargo, este fallo puede considerarse una rara avis en la jurisprudencia del tribunal, ya que posteriormente desechó en forma clara la existencia de una controversia frente a la autoridad estatal por el solo hecho de haber sido quien dictó la norma impugnada (83).

Al año siguiente, la Corte Suprema dictó un pronunciamiento de relevancia, el que sirvió para aclarar que la recepción de las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad "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 aquéllas le acuerdan' (Fallos 256:104, considerando 7)" (84).

En esta causa, vecinos de los ríos Tigre y Reconquista efectuaron una denuncia por envenenamiento y contaminación de cursos de agua y plantearon la inconstitucionalidad de un decreto del Poder Ejecutivo de la Nación que establecía un régimen de cuotas de resarcimiento por la contaminación volcada a los ríos, régimen que debía ser reglamentado y aplicado por Obras Sanitarias de la Nación. En las instancias inferiores se rechazó la solicitud de intervención del organismo, afirmando que no era parte en el caso. El expediente llega a la Corte Suprema y allí el procurador general sostuvo que se había violado el derecho de defensa del Estado nacional, pues era él quien había dictado el decreto impugnado y era quien tenía legitimación pasiva. Fayt, en un voto disidente, entendió que los intereses del Estado nacional quedaban resguardados con la intervención del Ministerio Público.

La mayoría de la Corte Suprema, en cambio, entendió "que la cuestión relativa a la constitucionalidad del decreto 2125/1978, ajena... a los aspectos específicos de la causa penal, afecta, en cambio, en forma directa e inmediata a Obras Sanitarias de la Nación, a la cual... compete todo lo concerniente a la percepción, contabilización, administración y destino de los fondos percibidos... Dicha entidad, asimismo, es la que debe reglamentar, controlar y verificar todos aquellos aspectos relativos al sistema consagrado en el mencionado decreto" (consid. 9). Concluyéndose que el carácter de no querellada de Obras Sanitarias de la Nación no pudo ser fundamento válido de su exclusión en el trámite incidental que culminó en la declaración de inconstitucionalidad del decreto 2125/1978. Al no haberse llamado a ser parte en dicha causa a la entidad autárquica, no sólo se violó la garantía constitucional de defensa en juicio, sino que, además, se pretendió ejercer improcedentemente un control de constitucionalidad sin que se diera el esencial requisito de la existencia de un caso o controversia judicial, que es condición imprescindible para el ejercicio de aquél (consid. 10) [\(85\)](#).

En "Edesur S.A v. Provincia de Buenos Aires"[\(86\)](#) el tribunal rechazó una acción promovida contra la provincia por el dictado de leyes que permitían a algunos municipios cancelar sus deudas en bonos. Se dijo allí que la actividad legislativa sólo determina el marco legal aplicable, pero su cuestionamiento debe ser encauzado entre quien se dice afectado por el régimen y quien resulta beneficiario de él. No siendo posible calificar al Estado provincial como "parte adversa" si no es el deudor de los créditos acerca de los cuales se esgrime la pretensión. Y el hecho de que la actora interponga la acción en virtud de la actividad legislativa de la provincia no es suficiente para hacerla "parte" y, como tal, legitimada pasiva para ser demandada. Advierte aquí la Corte que "una conclusión distinta importaría admitir las acciones declarativas directas de inconstitucionalidad... extremos que no ha aceptado este tribunal; y transformar en parte procesal a los Estados provinciales en todos aquellos expedientes en los que se tachase de inconstitucional una norma dictada por ellos, a pesar de no mediar un vínculo directo con quien interpone tal pretensión".

La doctrina es mantenida por la Corte Suprema en diversos fallos posteriores [\(87\)](#). Entre ellos es posible destacar a "Search Organización de Seguridad S.A"[\(88\)](#), donde se expresó que la demanda tendiente a que se declare la inconstitucionalidad de una ley provincial que fijaba salarios mínimos, y su consecuente inaplicabilidad a los contratos de trabajo que la actora "tenga celebrados y celebre en el futuro" en el territorio de ese Estado provincial, no es suficiente para hacer parte al Estado provincial y, como tal, legitimado pasivo para ser demandado; apartándose así de lo resuelto en "Fábrica Argentina de Calderas".

Una vuelta de tuerca encontramos en "Provincia de Entre Ríos v. Estado Nacional", donde se hizo lugar a una demanda donde la provincia demandaba a la Nación, solicitando la declaración de inconstitucionalidad de la ley nacional 25.323, que obliga a las provincias y municipios a que, una vez notificada la transferencia de un automotor por los registros nacionales, todas las deudas que existiesen sobre él (patentes, multas, etc.) fuesen anotadas en cabeza del adquirente, liberando al anterior propietario. Aquí la mayoría del tribunal se limitó a constatar el interés de la actora, dejando de sopesar, sin mayores explicaciones, que si bien Nación había dictado la norma, no era quien se beneficiaba con ella, ni establecía ningún tipo de relación jurídica entre la actora

(provincia) y la demandada (Nación). Por el contrario, la ley impugnada preveía determinadas reglas de conducta para las relaciones entre los Estados locales y los particulares. Siendo estos últimos quienes, en definitiva, se beneficiaban con esa norma [\(89\)](#).

En su disidencia, Fayt reitera la doctrina tradicional del tribunal, reafirmando que el Estado no puede ser considerado parte de la relación jurídica en la que se busca obtener certeza cuando actúa exclusivamente a través de su actividad legislativa, y alerta que "una solución distinta importaría... que por esta vía se lograsen declaraciones genéricas de inconstitucionalidad, con efectos erga omnes, extraños a la específica modalidad con que este tribunal ha admitido este tipo de pretensiones declarativas".

## 2. La opinión en la doctrina

En la doctrina existen diversas posiciones en torno a esta temática. Enderle [\(90\)](#), por ejemplo, afirma que corresponderá tener en cuenta si el emisor de la norma enjuiciada se halla presente en la relación jurídica que constituye el fundamento de la pretensión, tal como acontece en supuestos donde se cuestiona la constitucionalidad de un tributo o cuando se impugna un régimen que involucra a una indeterminación de sujetos; en el último supuesto, el autor se apoya en la opinión de Toricelli. Este último propone el siguiente esquema: si el autor de la norma y su beneficiario coinciden, no habría inconvenientes (v.gr., cuando el Estado crea un impuesto). En cambio, si autor y beneficiario de la norma son distintos, habría que efectuar una nueva distinción: tratándose de normas de orden público, indisponibles, la demanda debe dirigirse contra ambos; en cambio, cuando se trata de derechos renunciables, el actor debe demandar al beneficiario y podría optar por demandar también al legislador [\(91\)](#).

Una posición particular asume Sacristán; la autora afirma que sería de relevancia aquí distinguir las situaciones a partir de las nociones de justicia conmutativa y justicia distributiva. Según su opinión: "si se concibe que una relación jurídica privada incidida parcialmente por el derecho administrativo abarca un administrado sujeto activo y a otro administrado sujeto pasivo, y si se considera que esa relación también genera prestaciones recíprocas entre Estado y administrado en virtud de la justicia distributiva —relaciones jurídicas concretas—", podrían resolverse situaciones que parecen complejas. Por ejemplo, en "Fábrica Argentina de Calderas", "las relaciones entre fábrica y empleados serían desplazadas por una relación en la que el emisor de la norma es deudor de la integridad patrimonial del actor". En cambio, la autora entiende que "si se considera, por ejemplo, el caso 'Repetto' [\(92\)](#), las relaciones entre establecimiento y educador serían desplazadas por una relación en la que el emisor de la norma es deudor de la no discriminación de la actora". A esa misma conclusión se arribaría concibiendo que esas relaciones privadas incididas por el derecho administrativo son resultado de la actividad interventora del Estado [\(93\)](#).

Por nuestra parte, creemos que, en tanto la sentencia declarativa procura dar certeza y valor de cosa juzgada, parece irrenunciable la necesidad de asegurar en el proceso la participación de la parta directamente afectada. Enderle, citando a Pallares, afirma que las sentencias declarativas, para serlo, necesitan ser producidas en debate contradictorio, con audiencia de las partes a quien ellas perjudiquen [\(94\)](#).

Salgado y Verdaguer, en una posición que comparto plenamente, afirman que en Fallos 310:2342 se estableció claramente que la controversia no debe sustanciarse con el órgano que dictó la norma cuya inconstitucionalidad se alega, sino con aquellas personas cuyos derechos sean afectados por la norma impugnada. Agregan también que el fundamento de esta posición está estrechamente vinculado con el sistema de control de constitucionalidad que opera en el orden nacional y, en especial, con la exigencia de caso judicial. Por ello la discusión no se plantea con el órgano que dictó la norma impugnada, sino con el sujeto con el cual se mantiene una disputa a raíz del

alcance de esta última [\(95\)](#).

El Estado nacional será el sujeto pasivo de la demanda en las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad cuando éste sea la contraparte de la relación jurídica que justifique la promoción de la demanda o cuando sea éste quien deba aplicar la disposición cuestionada o el autor de las conductas que motivan la promoción de la acción, con independencia de que haya sancionado o no la norma cuya inconstitucionalidad se requiere. Así, el Estado será el sujeto pasivo en una multiplicidad de situaciones, pero ello sería con independencia que sea el autor de la norma atacada.

## VII. Pretensiones mere declarativas y pretensiones declarativas de inconstitucionalidad

Uno de los grandes problemas doctrinarios que han encontrado en nuestro derecho las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad está dado por la relación entre este tipo de pretensiones y las reguladas por el artículo 322, CPCCN.

En general, se acepta que las pretensiones declarativas constituyen un gran género, dentro del cual la pretensión meramente declarativa que regula el artículo 322, CPCCN, es sólo una especie. Asimismo, muchos también consideran que existiría algún tipo de diferencia entre las acciones meramente declarativas previstas en la disposición citada y las acciones declarativas de inconstitucionalidad. Más aún, en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal que tuvo lugar en el año 2009, se sostuvo entre sus conclusiones que "la pretensión declarativa de inconstitucionalidad a nivel federal, es autónoma con respecto a la mere declarativa del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación".

Ahora bien, si nos preguntamos en dónde residen esas diferencias, o en qué se manifiesta la autonomía declamada, nos encontraremos con distintas explicaciones, no siempre compatibles. En este punto, es posible verificar importantes desacuerdos entre los autores; los cuales, en muchas ocasiones, no implican diferencias sustanciales en los objetos analizados sin más diferencias de terminología o categorizaciones. Esas diferencias, además, en muchos casos provienen de utilizar cualidades distintas a la hora de efectuar la clasificación.

Por ejemplo, Enderle considera que "en general, las pretensiones declarativas se dirigen en pos de un pronunciamiento clarificador con fuerza de cosa juzgada, y contienen como presupuesto un estado de incertidumbre acerca de la existencia o modalidades de una determinada relación jurídica, proyectándose en dos direcciones, según sea que el estado jurídico se discuta realmente (pretensiones declarativas en sentido amplio), o bien que se base en un litigio eventual en virtud de la puesta en duda de esa situación jurídica (pretensiones meramente declarativas)"; estas últimas tendrían una "función preventiva dada por la inexistencia de un daño actual... y solamente exigirse la presencia de un interés jurídico actual frente a un estado de duda, peligro, incertidumbre o inseguridad, y que constituye el fundamento jurídico para activar la verificación jurisdiccional que satisfaga ese interés acerca de la existencia de la norma y del hecho que constituye su presupuesto" [\(96\)](#).

En diversos trabajos, Bianchi ha puesto un gran énfasis en distinguir entre la "acción declarativa de certeza" o "de mera certeza" de la "acción declarativa de inconstitucionalidad", la cual se encontraría receptada por el artículo 322, CPCCN, y en ella "el objeto de la acción es hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, mientras que en la acción declarativa de inconstitucionalidad el objeto es directamente a la pretensión de que una norma sea declarada inconstitucional". Entiende el autor que la Corte Suprema ha seguido un desarrollo que desde "la acción declarativa de certeza sin ejercicio del control de constitucionalidad, se fue abonando el camino hacia la admisión en ella de aquél, el cual

se manifestó finalmente en la causa 'Gomer v. Córdoba'... Y de allí, sin decirlo expresamente... la Corte Suprema ha ido creando una nueva forma de acción declarativa que el Código Procesal no contempla expresamente: la acción declarativa de inconstitucionalidad... en la segunda el objeto de la acción es simple y directamente la declaración de inconstitucionalidad de una norma, cuando ésta genera un daño futuro pero cierto al actor... En suma, la Corte Suprema admite la existencia de una acción declarativa de inconstitucionalidad y en ausencia de un marco procesal específico para ella, acude al art. 322 del CPCCN"[\(97\)](#). Distintos autores participan de esta distinción, entre ellos, Cassagne [\(98\)](#), Toricelli [\(99\)](#), Sammartino [\(100\)](#), Bazán [\(101\)](#), etcétera.

La idea de brindar autonomía a las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad no es ajena, en ocasiones, al intento de desembarazar a éstas de los límites que parecen impuestos por el artículo 322, CPCCN.

Entiendo que la diferenciación es correcta y didáctica, pero no implica una distinción sustancial entre ambas especies. Por mi parte, creo que la distinción entre pretensiones declarativas de inconstitucionalidad (acciones declarativas de inconstitucionalidad o también llamadas acciones directas de inconstitucionalidad [\(102\)](#) y las pretensiones meramente declarativas, en las cuales eventualmente se puede solicitar una declaración de inconstitucionalidad es, en realidad, mucho menos relevante de lo que puede parecer. En ambos casos nos encontramos con una situación de incertidumbre y conflicto que se procura hacer cesar, y en ambos casos la promoción de la demanda requiere que el actor esté legitimado, es decir, que cuente con un interés especial en lograr la declaración judicial acerca de la existencia, inexistencia o alcance de una determinada relación jurídica. Es precisamente la existencia de ese interés lo que borra buena parte de la distinción entre ambas figuras.

La pretensión declarativa de inconstitucionalidad tiene por objeto, efectivamente, la declaración de inconstitucionalidad de una norma, pero ello no se da en abstracto, sino con particular referencia a una determinada situación o relación jurídica que une al actor con el demandado. Y no basta, tal como lo hemos visto reiteradamente en los fallos de la Corte, con que el particular afirme que tal o cual norma es inconstitucional, se necesita, además, que el demandado discuta esa afirmación. De esta forma, en la pretensión declarativa de inconstitucionalidad, al igual que en la mere declarativa con planteo accesorio de inconstitucionalidad, lo que tenemos es un estado de incertidumbre en el cual actor y demandado discuten sobre el alcance o interpretación de normas constitucionales, y ello ocurre para establecer la existencia, inexistencia o alcance de una relación jurídica que atañe a las partes.

Es que, tal como ya lo afirmáramos, ni las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad ni las pretensiones mere declarativas en las que se efectúa un planteo de inconstitucionalidad son vías aptas para que el Poder Judicial resuelva la cuestión si no es que existe efectivamente una controversia concreta y real entre partes adversas. Sammartino, aun cuando considera que ambas figuras serían autónomas, da en clavo cuando afirma que la acción declarativa "en la práctica... se traduce en la concreta inaplicación de una disposición reglamentaria o legal (e incluso constitucional) a una relación jurídica determinada. El objeto de esta variable de pretensión declarativa no se agota en la declaración de inconstitucionalidad de una norma; aquél lleva ínsito, como consecuencia natural, el pedido de no consumación del acto —en el sentido amplio que corresponde asignarle a esa locución— en ciernes. Justamente, el objeto mediato o material de la pretensión declarativa de inconstitucionalidad es precisamente precaver la concreción del acto dañoso, fijar el alcance o la modalidad de la relación jurídica con arreglo a la Constitución"[\(103\)](#).

De este modo, en las acciones mere declarativas con planteo de inconstitucionalidad, el objeto inmediato sería establecer el alcance de una relación jurídica, para lo cual se necesita la declaración de inconstitucionalidad, mientras que en las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad el objeto inmediato sería la declaración de inconstitucionalidad de una norma, pero ello siempre ocurrirá por cuanto esa declaración sería necesaria para fijar

los derechos de las partes con miras a una situación concreta. Pareciera, entonces, que no hay una diferencia sustancial y que, incluso, ambas herramientas serían libremente intercambiables con sólo modificar la forma de presentar el problema [\(104\)](#).

La diferencia que sí es relevante es aquella que distingue entre las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad promovidas con legitimación en el actor (ya sean acciones directas o mere declarativas), de aquellas en las cuales no existe un interés en las partes (acciones abstractas o populares). Aun cuando la línea divisoria entre ambos tipos de planteos sea difícil de determinar, la distinción tiene una gran relevancia, pues en las segundas el Poder Judicial carece de facultades para ejercer el control de constitucionalidad por ausencia de caso [\(105\)](#).

Ahora, bien, más allá de que las pretensiones directas de inconstitucionalidad y las pretensiones meramente declarativas con planteo de inconstitucionalidad tengan un sustrato muy similar, pues, más allá de la diferencia en su objeto, en ambos casos hay una relación jurídica de base y una norma respecto de la cual se pretende una declaración de inconstitucionalidad para que no sea aplicada a la relación, lo cierto es que el artículo 322, CPCCN, no fue pensado en función de ninguna de esas dos hipótesis, por lo que su utilización aquí debe ser muy cuidadosa y no conllevar una restricción a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 25 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como en diversos instrumentos internacionales.

(1) Palacio define a la pretensión como el "acto en cuya virtud se reclama ante un órgano judicial (o eventualmente arbitral), y frente a una persona distinta, la resolución de un conflicto suscitado entre dicha persona y el autor de la reclamación". (PALACIO, Lino E., Derecho procesal, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, AP 2504/001852).

(2) PALACIO, Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado, t. IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989, p. 400.

(3) ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Introducción al estudio del derecho procesal, t. 1, reimposición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 100.

(4) MORELLO, Augusto M., "Precisiones en torno de la acción mera declarativa de constitucionalidad en el orden nacional", ED, 123-412.

(5) PALACIO, Lino E., Derecho procesal civil, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 426.

(6) ARAZI, Ronald, Derecho procesal civil y comercial, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 31.

(7) Concuera Rosenberg en que "es acertada la observación, a menudo repetida, según la cual toda desestimación según una acción de condena no es otra cosa que una sentencia mero declarativa en la cual se establece la no existencia del derecho pretendido por el actor a una prestación del demandado". (ROSENBERG, Leo, "Las sentencias declarativas", Revista de Derecho Procesal, Buenos Aires, Ediar, vol. 1947-1, ps. 556 a 665).

(8) CHIOVENDA, Guisepe, "Acciones y sentencias de declaración de mera certeza", Revista de Derecho Procesal, año V (1947), primera parte.

(9) Enderle recuerda las palabras de Pietro Castro, para quien "el proceso romano no tiene, esencialmente, más que un fin: la condena. La declaración del derecho como forma autónoma de la actividad judicial, es desconocida en el sistema procesal romano, y en todos los que, derivados directamente de él, han satisfecho sus aspiraciones con el acervo recibido y no han tratado de darle no comienza a ejercerse antes de que la lesión al derecho esté consumada". (ENDERLE, La pretensión meramente declarativa, p. 63).

(10) CHIOVENDA, "Acciones y sentencias...", cit., p. 531.

(11) BRISEÑO SIERRA, Humberto, Derecho procesal, 2da. ed., Harla, México, 1995, p. 1469.

(12) ENDERLE, Guillermo, La pretensión..., cit., p. 66.

(13) 219 US 346.

(14) DOERNBERG, Donald L. y MUSHLIN, Michael B., "History comes calling: Dean Griswold offers new evidence about the jurisdictional debate surrounding the enactment of the Declaratory Judgment Act", 37 UCLA L. Rev. 139 1989-1990.

(15) 211 Mich. at 592, 179 N.W. at 350.

(16) DOERNBERG, Donald L. y MUSHLIN, Michael B., "The Trojan Horse: How the Declaratory Judgment Act Created a Cause of Action and Expanded Federal Jurisdiction While the Supreme Court Wasn't Looking", UCLA Law Review, vol. 36, nro. 3, 1989.

(17) 273 U.S. 70.

(18) 276 U.S. 71.

(19) 277 U.S. 274.

(20) "And the determination now made seems to me very similar itself to a declaratory judgment to the effect that we could not constitutionally be authorized to give such judgments-but is, in addition, prospective, unasked, and unauthorized under any statute".

(21) 288 U.S. 249.

(22) 300 U.S. 227 (1937).

(23) Agreguemos aquí que la imposibilidad de que lo resuelto por el Poder Judicial sea luego revisado o dejado sin efecto por otro departamento del Estado constituye una exigencia que ya se encontraba presente en Heybrun's Case (2 Dall. 409 —1792—).

(24) 300 U.S. 227.

(25) Se hizo expresa referencia a él en "Santiago del Estero v. Nación Argentina" (Fallos 307:1379) y a partir de allí se trasladó su doctrina a los fallos posteriores de la Corte.

(26) Fallos 98:52. El caso fue fallado el mismo día y versó sobre idéntica cuestión que el precedente "Hileret v. Provincia de Tucumán", en el cual la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley provincial que establecía, indirectamente, un tope a la producción de azúcar, mediante la imposición de un impuesto muy superior al valor del producto cuando la empresa se excedía en el cupo permitido.

(27) Fallos 243:176 (1959).

(28) Fallos 245:552.

(29) Fallos 255:86 (1963).

(30) En su disidencia, Boffi Boggero señala que el principio por el cual la aplicación de las leyes nacionales no puede impedirse mediante la promoción de acciones declarativas reconoce excepción cuando así lo aconsejen razones de extrema gravedad institucional.

(31) Fallos 256:104.

(32) Fallos 286:76 (1973).

(33) Fallos 307:1387.

(34) Fallos 307:1379 (1985).

(35) Consid. 4.

(36) Consid. 5.

(37) "Baeza", Fallos 306:1125.

(38) Fallos 307:2384 (1985).

(39) Fallos 308:1489 (1986).

(40) Tanto en primera como en segunda instancia se hizo lugar parcialmente a la demanda, disponiendo que

los documentos reclamados no fueran devueltos al actor, sino puestos a disposición el magistrado de primera instancia.

(41) Fallos 310:142; también publicado en ED 123-421 con comentarios de Augusto Morello y Bidart Campos.

(42) En este caso, la actora promovió una acción declarativa de inconstitucionalidad a fin de que la Corte emita un pronunciamiento declarando la improcedencia del cobro del impuesto sobre los ingresos brutos establecidos en una ley cordobesa. Siguiendo la opinión del procurador, se consideró que no estaban reunidos los requisitos previstos en el art. 322 del Código Procesal, por cuanto el actor no señalaba los períodos por los cuales promovía la acción, ni si se trataba de períodos futuros o ya transcurridos, ni si se había efectuado algún tipo de pago o reclamo por ellos. Todo lo cual asimilaba el planteo a una mera consulta. Además, frente a la falta de toda invocación respecto de una actividad explícita de la demandada dirigida a la percepción del tributo cuya validez se discute o, al menos, de una manifestación clara de voluntad en sentido de que está dispuesta a usar el poder controvertido, también estaba ausente el interés del actor por la ausencia de un peligro actual o inminente.

(43) Fallos 310:606.

(44) Cassagne advierte que "la configuración de la acción declarativa directa de inconstitucionalidad no agota el ámbito de las acciones declarativas de inconstitucionalidad pues, aparte de la acción meramente declarativa de certeza, pueden promoverse distintas clases de acciones en las que se persiga también la obtención de una sentencia declarativa, tales como: a) la acción impugnatoria de actos y reglamentos (arts. 23 y ss. de la LNPA) y b) la acción prevista en el art. 43 de la CN (que aparte de regular el amparo, no excluye las acciones declarativas de inconstitucionalidad), sin perjuicio de la opción para acumular, en un proceso de conocimiento, una pretensión declarativa con una pretensión de condena o constitutiva". (CASSAGNE, Juan Carlos, "La acción declarativa de inconstitucionalidad", LL del 6/7/2015, p. 1).

(45) Fallos 308:2268.

(46) Fallos 310:877.

(47) Fallos 310:2342.

(48) Fallos 317:335.

(49) Fallos 317:1224.

(50) 22/4/1997, sin publicación en Fallos.

(51) "American Express Argentina S.A", Fallos 311:2104 (1988); "Pereyra", Fallos 320:1556 (1997); "Porta", Fallos 325:474 (2002); "La Cabaña S.A", Fallos 326:4774 (2003); "Transportadora de Energía S.A", Fallos 327:2529 (2004); "Elyen S.A", Fallos 328:502 (2005); "Nación AFJP", Fallos 329:1568 (2006), etc.

(52) "Provincia de San Luis v. Estado Nacional", Fallos 330:3777.

(53) "Policonsultorios de Cabecera S.R.L", Fallos 329:3184.

(54) A esta temática, y con particular referencia a los planteos previos a la aplicación de la ley o preenforcement challenge, he dedicado un trabajo reciente (LAPLACETTE, Carlos J., "Aspectos temporales del caso judicial", LL), al cual me remito.

(55) PALACIO, Lino Enrique, Derecho procesal civil, cit.

(56) ED 12-22. Palacio (idem ant.) cita también el antecedente C. Nac. Civ., sala D, JA 1963-II-540.

(57) AYARRAGARAY, Carlos Alberto y GREGORIO LAVIÉ, Julio A. de, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado, Zavallá, Buenos Aires, 1968, p. 359.

(58) CASSAGNE, Juan Carlos, "Acción declarativa...", cit., p. 1.

(59) TORICELLI, Maximiliano, "Distintas variantes de acción de inconstitucionalidad en el orden federal", LL, 2005-A, 1186.

(60) BULIT GOÑI, Enrique, "Reflexiones en torno de la acción declarativa de inconstitucionalidad", Rentas,

año IX, nro. 1, p. 220.

(61) C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 2ª, 17/6/2004, IMP, 2004-B-2114. En igual sentido, misma sala, 15/7/2004, "Transportes Unidos de Merlo SACIEI", LL Online. La misma posición ha sido sostenida por otros tribunales, v.gr.: "El examen del objeto procesal denota que no promedia ninguna situación de incertidumbre que pueda remover un pronunciamiento de mera declaración sobre el fondo del asunto sino que, con meridiana claridad, se desprende la configuración de un debate que enfrenta posiciones contrapuestas de las partes". (C. Cont. Adm. La Pata, "Tecnoap SAC v. Municipalidad de La Plata", 8/8/2013).

(62) , Fallos 312:1003.

(63) BRISEÑO SIERRA, Humberto, Derecho procesal, cit., p. 509.

(64) HARO, Ricardo, Control de constitucionalidad, 2ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 2008, p. 23.

(65) SPISSO, Rodolfo R., Derecho constitucional tributario, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009 (edición digital AP 9216/004609).

(66) Fallos 329:3184 (2006). En igual sentido, Fallos 329:1675.

(67) En forma similar, en Fallos 329:1675, se afirmó que no hay un caso judicial ante la demanda interpuesta para que se determine a cuál de los codemandados (Nación, provincia o municipio) le asistía el derecho sobre el predio en que se asienta su fondo de comercio, para poder negociar con el titular la continuidad de la explotación que realizaba de hecho en el lugar.

(68) Por ejemplo, en "Línea 22 S.A v. Provincia de Buenos Aires" (Fallos 330:27396), se consideró que "la procedencia de la vía intentada sobre la base de lo dispuesto por el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se encuentra acreditada ante la pretensión de la actora de obtener la declaración de inconstitucionalidad del impuesto a los ingresos brutos establecidos por la ley 10397 —devengados por la actividad del transporte interjurisdiccional—, la respuesta de la provincia —quien la rechaza y sostiene que es un acto de imperio del Estado dirigido a percibir lo que corresponda— y lo que resulta de las resoluciones determinativas y sumariales... a los que atribuye ilegalidad y lesión al régimen federal (Fallos 322:2598; 323:19)". Ello a pesar de que la demanda es rechazada por "la falta de discriminación en lo que respecta a la carga impositiva que habría recaído sobre esa actividad obsta al reconocimiento de la pretensión de la actora y torna sus agravios meramente conjeturales".

(69) Por ejemplo, en "Antonio Barillari S.A v. Provincia de Buenos Aires" (Fallos 335:1739) la accionada solicitaba el rechazo de la demanda, aduciendo que "no hay un estado de incertidumbre en cuanto la existencia, alcance o modalidad de la relación jurídica existente entre las partes, sino que lo que existe es una disconformidad de la actora con la posición de la Administración provincial... la actora tiene certeza suficiente de los alcances de la resolución, aunque cuestiona su constitucionalidad". La Corte Suprema rechazó el planteo, para lo cual afirmó: "la cuestión suscitada no configura una indagación meramente especulativa ni tiene carácter consultivo, sino que responde un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal (Fallos 322:678 1253, entre otros). En estas condiciones concurren en la especie, los presupuestos de la acción meramente declarativa, en particular el estado de incertidumbre respecto de los alcances de la relación jurídica concreta y del interés suficiente del accionante, extremo que obsta la viabilidad de la defensa intentada...".

(70) TORICELLI, Maximiliano, "Distintas variantes...", cit. Allí el autor recuerda las palabras de Bourguignon y Madozzo, para quienes, con el aditamento de perjuicio actual, "se estaría atentando seriamente contra la naturaleza preventiva del instituto", LL 1989-D-1203.

(71) SPISSO, Rodolfo R., Derecho constitucional tributario, cit., ps. 568/569.

(72) ROSENBERG, Leo, "Las sentencias declarativas", cit., p. 564.

(73) Fallos 307: 1379; 308: 2569; 310:606, 320:1875; 322:678 y 1253, 326:4774, etc.

(74) Chioyenda transcribe la relación especial del profesor Kisch de Munich, para quien este tipo de pretensiones "debe limitarse a los casos de necesidad práctica; esto es, se necesita un interés jurídico, o sea un interés razonable en eliminar, mediante decisión judicial con eficacia jurídica, un estado de falta de certeza o de

discusión que se refiera a los hechos u obligaciones de las partes... no existe normalmente interés en accionar para la mera declaración de certeza, y no se debe admitir la respectiva acción, cuando la parte puede conseguir certeza jurídica por otra vía, y precisamente en juicio de condena. La economía de los juicios se opone a que pueda accionar para la declaración de certeza quien está en situación de accionar con la acción de condena..." (CHIOVENDA, "Acciones y sentencias...", cit., ps. 534/535).

(75) COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2006, ps. 464/473.

(76) HARO, Ricardo, Control de constitucionalidad, cit., p. 27.

(77) Un resumen de diversas opiniones puede verse en TORICELLI, Maximiliano, "Distintas variantes...", cit.

(78) SALGADO y VERDAGUER, Juicio de amparo... cit. Los autores recuerdan aquí el caso "American Express Argentina S.A" (Fallos 311:2104), donde la Corte Suprema, remitiendo a la opinión del procurador, afirmó que "la eventualidad de oponer como excepción las cuestiones que se incluyen en la demanda, no es equivalente al vía alternativa cuya existencia tornaría intransitable la acción de certeza".

(79) Fallos 311:2104.

(80) "The existence of another adequate remedy does not preclude a judgment for declaratory relief in cases where is appropriate".

(81) "Art. 20.— (Texto según ley 13101). Pretensión resarcitoria e ilegitimidad de actos administrativos. 1. Juntamente con la pretensión de anulación puede reclamarse el resarcimiento de los daños y perjuicios, aplicándose el plazo de caducidad del artículo 18 del presente Código. 2. El interesado podrá deducir la pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios, como reclamo autónomo luego de finalizado el proceso de anulación que le sirve de fundamento y dentro del plazo de prescripción de la misma".

(82) Fallos 308:2569.

(83) Muchos años antes, cuando las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad no se encontraban receptadas por el Máximo Tribunal, en la causa "Banco Hipotecario Nacional" (Fallos 256:104), en la cual la actora demandó en instancia originaria a la provincia de Córdoba por la sanción de una ley que facultaba al Colegio de Escribanos a designar escribanos a las entidades oficiales, la Corte Suprema afirmó que "el sistema americano de contralor incidental de inconstitucionalidad 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 aquéllas le acuerdan. La conveniencia de la participación del Estado legislador, en los juicios de esta naturaleza, por medio de instituciones tales como el 'amicus curiae'... o de las audiencias que al efecto puedan arbitrase, no impide que esa defensa no constituya el carácter de litigante adversario...".

(84) "Recurso de hecho deducido por Obras Sanitarias de la Nación en la causa incidente promovido por la querrela s/inconstitucionalidad del decreto 2125 del PEN", Fallos 310:2342.

(85) Como bien lo destacan Salgado y Verdaguer, esta sentencia es un antecedente de suma importancia a los efectos de poder determinar contra quién debe dirigirse la demanda cuando se solicita, a través de una acción meramente declarativa, la inconstitucionalidad de una norma (SALGADO y VERDAGUER, Juicio de amparo..., cit., p. 379).

(86) Fallos 321:551 (1998). El fallo contó con el voto impersonal de los nueve miembros del tribunal.

(87) V.gr., "Sindicato Argentino de Docentes Particulares", Fallos 325:961 (2002); "Viejo Roble S.A", Fallos 326:4019 (2003).

(88) Fallos 327:1813 (2004).

(89) Es indudable que la provincia estaba legitimada para cuestionar la constitucionalidad de la ley, pero al no hacerlo frente a los contribuyentes, con quienes mantiene la relación jurídica cuya regulación objeto de la ley nacional impugnaba, estos últimos terminaron quedando absolutamente ausentes a una sentencia judicial que decidía en forma directa sobre sus derechos; es posible, es cierto, que la alternativa de una acción por cada persona

que transfiera el automóvil es irreal, en particular porque el perjuicio se consumaría con la inscripción en el registro y no existiría tiempo material para llevar adelante con éxito una acción. De cualquier forma, la solución para estas situaciones debería buscarse en el marco de procesos colectivos y la conformación de una clase pasiva.

(90) ENDERLE, La pretensión..., cit., p. 131.

(91) TORICELLI, Maximiliano, Organización constitucional del poder, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 167.

(92) Fallos 311:2272. En este caso, una docente de nacionalidad extranjera que se desempeñaba en un colegio privado y a quien las autoridades de éste le habían informado que no podría continuar trabajando en él en virtud a un nuevo reglamento provincial, el cual le impedía ejercer la docencia en establecimientos privados a quienes no fueran argentinos nativos o por opción. Ella demandó a la provincia de Buenos Aires, solicitando la declaración de inconstitucionalidad de esa disposición y el tribunal, que hizo lugar a la demanda, no cuestionó la legitimación pasiva de la provincia.

(93) SACRISTÁN, Estela B., "El legitimado pasivo en las acciones declarativas de inconstitucionalidad (El problema de la llamada relación sustancial)", LL 2002-E-351.

(94) ENDERLE, Guillermo J., La pretensión..., cit., p. 61. Esa nota las distinguiría de los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

(95) SALGADO, Alí J. y VERDAGUER, Alejandro C., Juicio de amparo..., cit., ps. 381/382.

(96) ENDERLE, Guillermo J., La pretensión..., cit., ps. 45/46.

(97) La cita que efectuamos corresponde a BIANCHI, Alberto, "La acción declarativa de inconstitucionalidad", en RIVERA et. al., Tratado de los derechos constitucionales, t. 3, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, ps. 963, 971/972. En igual sentido se pronunció el autor en "La acción declarativa de inconstitucionalidad", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Tratado de derecho procesal administrativo, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 576.

(98) CASSAGNE, Juan Carlos, "La acción declarativa...", cit. Recurriendo a la idea de "acciones directas de inconstitucionalidad" y "juicio sumario constitucional" de acuerdo a diversos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

(99) TORICELLI, Maximiliano, "Distintas variantes...", cit., con distinta nomenclatura y pautas de clasificación.

(100) SAMMARTINO, Patricio M. E., Amparo y Administración. En el Estado constitucional social de derecho, t. II, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, en especial ps. 844/845. El autor aquí agrega que la acción declarativa de inconstitucionalidad, "en la práctica... se traduce en la concreta inaplicación de una disposición reglamentaria o legal (e incluso constitucional) a una relación jurídica determinada. El objeto de esta variable de pretensión declarativa no se agota en la declaración de inconstitucionalidad de una norma; aquél lleva insito, como consecuencia natural, el pedido de no consumación del acto —en el sentido amplio que corresponde asignarle a esa locución— en ciernes. Justamente, el objeto mediato o material de la pretensión declarativa de inconstitucionalidad es precisamente precaver la concreción del acto dañoso, fijar el alcance o la modalidad de la relación jurídica con arreglo a la Constitución" (ps. 844/845).

(101) BAZÁN, Víctor, "Reflexiones sobre la acción declarativa de inconstitucionalidad en el ámbito jurídico argentino", Ius et Praxis, vol. 8, nro. 2, Talca, 2002.

(102) CASSAGNE, Juan Carlos, "La acción declarativa...", cit.

(103) SAMMARTINO, Patricio M.o E., Amparo y administración..., cit., t. II, ps. 844/845.

(104) Por ejemplo, una acción meramente declarativa por la cual se solicita que se declare que no le debo el impuesto reclamado a una provincia porque ese impuesto es inconstitucional trocaría rápidamente en una acción declarativa de inconstitucionalidad si la demanda tuviera como objeto la declaración de la ley que creó ese impuesto, por cuanto el actor persigue el interés de que él no le sea reclamado.

(105) La Corte Suprema de los Estados Unidos indicó, sobre esta temática, que "La diferencia entre una

acción abstracta y una 'controversia' contemplada por la Ley de Sentencias Declarativas es necesariamente una diferencia de grado, y sería difícil o hasta imposible, establecer un test preciso para determinar en cada caso si es que existe tal controversia. Básicamente, la cuestión es en cada caso si los hechos alegados, teniendo en cuenta todas las circunstancias, muestran que hay una sustancial controversia, entre partes que tienen intereses legales opuestos, de suficiente inmediatez y realidad para autorizar la emisión de una sentencia declarativa ('Aetna Life Ins. Co. v. Haworth...'). Es insustancial que frecuentemente, en un juicio declarativo, la posición de las partes de un proceso convencional se encuentren intercambiadas; la indagación es siempre la misma ('Nashville, etc., Ry. Co. v. Wallace...')" (312 US 270).