

## LA ACCIÓN DECLARATIVA ORIGINARIA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Roberto Omar BERIZONCE\*

*En homenaje al maestro de todos, el profesor Héctor Fix-Zamudio, como reconocimiento por sus perdurables enseñanzas a lo largo de más de medio siglo*

SUMARIO: I. *El control de constitucionalidad federal y local en Argentina.* II. *El control de constitucionalidad local en la Provincia de Buenos Aires.* III. *Interpretación pretoriana: hacia una tutela eficaz de las garantías constitucionales.* IV. *El sempiterno problema del “self restraint” y las “political questions”.*

### I. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD FEDERAL Y LOCAL EN ARGENTINA

La importancia —no siempre advertida— de la instrumentación y, sobremanera, de la aplicación en concreto del control de constitucionalidad en las sedes locales, radica esencialmente en una particularidad proveniente de la forma federal que gobierna las instituciones argentinas: a los órganos jurisdiccionales locales se les confía la tutela y aseguramiento de dos órdenes normativos superpuestos, aunque no contrapuestos. Mientras los jueces federales y la Corte Suprema de Justicia de la Nación velan espe-

\* Profesor ordinario de derecho procesal II en la Universidad Nacional de La Plata, Argentina; presidente honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

cialmente por la supremacía de la Constitución nacional y las leyes federales, dentro de un esquema básico de contralor difuso; los tribunales provinciales tienen asignado, además de la tutela de aquella preceptiva subordinante (artículo 31, Constitución nacional), también y paralelamente, el resguardo de la preeminencia dentro de su jurisdicción de la superioridad jerárquica propia de las normas fundamentales locales.

Claro que quizá tampoco se ha reparado demasiado, en general, que esa *superposición de controles*, en cabeza de los jueces y los superiores tribunales locales puede —y debe— servir también a la salvaguarda de la supremacía de la carta fundamental nacional. Pues resulta manifiesto que el catálogo de los derechos y demás garantías que los distintos ordenamientos pretenden asegurar es, si no idéntico, al menos básicamente coincidente. Igualdad ante la ley, debido proceso, propiedad, libertad de opinión y de prensa, asociación, libre ejercicio de cultos, enseñar y aprender, y ahora tutela de consumidores y usuarios, protección del medio ambiente y derechos de incidencia colectiva en general, entre otros, constituyen presupuestos no sólo incanjeables sino también, en buena medida, *únicos*, en el sentido de que se sustentan —en unos y otros regímenes constitucionales— en una misma filosofía fundante, más allá de algunos matices regulatorios que ahíncan en las circunstancias históricas que han conducido a esa duplicidad de ordenamientos, sin que la esencia de la tutela pudiere ser opuesta porque, en ese caso, contrariaría la estructura federal que asienta en los artículos 5o., 104 y 105 de la carta magna histórica (1853-1860).

No cabe concebir, entonces, que los mecanismos de control asegurativos de la superlegalidad de las mismas garantías puedan funcionar de hecho, en cada órbita, dislocadamente, sin la necesaria complementación y aún —lo que es peor— interpretarse en forma excluyente.

## II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD LOCAL EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

La Constitución de Buenos Aires de 1870-1873 consagra enfáticamente la supremacía de sus disposiciones estableciendo que toda ley, decreto u orden contrarios a las declaraciones, derechos y garantías estatuidos en los artículos 1o. a 43, o que impongan otras restricciones que las que tales normas permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que

aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces (artículo 44) —en el texto ahora vigente: artículos 1o. a 56, y 57, respectivamente—. Para resguardar la prevalencia de sus preceptos estatuye diversos conductos procesales de contralor:

- a) La *acción declarativa originaria de inconstitucionalidad* ante la Suprema Corte,<sup>1</sup> tendente a que resuelva acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materias regidas por la Constitución y se controvierta por parte interesada (artículo 161, inciso 1).
- b) El *recurso extraordinario de inconstitucionalidad*,<sup>2</sup> que se confiere con la misma finalidad y se resuelve por dicho Tribunal en vía de “apelación” (artículo 161, inciso 1).
- c) El *recurso extraordinario de nulidad*, que se abre contra las sentencias definitivas pronunciadas en última instancia por los tribunales

<sup>1</sup> Jofre, T., *Manual de procedimiento*, 5a. ed. anotada por Halperín I., Buenos Aires, 1941, vol. I, pp. 111 y ss.; Ayarragaray, C., *Efectos de la declaración de inconstitucionalidad*, Buenos Aires, 1955; Molina Carranza, E., “Las acciones de inconstitucionalidad en la Prov. de Bs. As.”, J. A., vol. 50, p. 322; Pliner, A., “Declaración de inconstitucionalidad”, J. A., 1967-VI, p. 512; Morello, A. M. *et al.*, *Códigos procesales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, LEP, 1999, vol. VII-B, pp. 431 y ss.; Brito Peret, J., “La demanda originaria de inconstitucionalidad”, J. A., 1978-I, p. 793; Salas, A. E., “La demanda de inconstitucionalidad en la Prov. de Bs. As.”, J. A., 1967, vol. VI, p. 511; Gronda, A. C., “El sistema de declaración de inconstitucionalidad”, *Jus, Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires*, núm. 9, p. 10; Hitters, J. C., *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, 2a. ed., La Plata, LEP, 1998, pp. 674 y ss.; Salgado, A. J. y Verdaguer, A. C., *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2000, pp. 423 y ss.; Logar, A. C., “Acción originaria de inconstitucionalidad en la Provincia de Buenos Aires”, J. A., 2002-II, pp. 791 y ss.; Hankovits, F. A., “Acción originaria de inconstitucionalidad”, en Berizonce, R. O. y Logan, A. C. (coords.), *Doctrina actual de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 437 y ss.; Berizonce, R. O., “El control de constitucionalidad local en la Provincia de Buenos Aires”, *Jurisprudencia Argentina*, 1985-IV, p. 780; del mismo autor, “El control de constitucionalidad local y la reforma de las Constituciones provinciales”, *Jurisprudencia Argentina*, 1987-II, p. 764.

<sup>2</sup> Jofre, T., *Manual...*, *cit.*, nota anterior, vol. I, p. 113; Ibáñez Frocham, M., *Tratado de los recursos*, 4a. ed., Buenos Aires, 1969, p. 403; Hitters, J. C., *Técnica de los recursos extraordinarios...*, *cit.*, nota anterior, pp. 667 y ss.; Morello, A. *et al.*, *Códigos procesales*, *cit.*, nota 1, vol. III, pp. 871 y ss.; Gascón Cotti, A., “El recurso extraordinario de inconstitucionalidad”, *Temas de casación y recursos extraordinarios. En honor al dr. Augusto M. Morello*, La Plata, LEP, 1982, pp. 351 y ss.

- de justicia, cuando se alegue violación de las normas de los artículos 168 y 171 de la misma carta (artículos 161, apartado 3).
- d) El *habeas corpus* (artículo 20, inciso 1), para restablecer la vigencia de la garantía lesionada por hechos o actos inconstitucionales.
  - e) El *amparo individual y colectivo* (artículo 20, inciso 2) y *habeas data* (artículo 20, inciso 3).

La Suprema Corte ha sido instituida así como un verdadero “tribunal de garantías constitucionales locales”, custodio último de la legalidad constitucional provincial. Paralelamente, el control difuso corresponde a todos los jueces (artículo 57, Constitución de la Provincia de Buenos Aires —en adelante CPBsAs—), y la ley reglamenta específicamente los medios o vías tendentes a resguardar la supremacía de las normas fundamentales: *a) la acción de amparo* (Ley 7166 y modificaciones) y, *b) la acción sumarísima* de amparo contra actos u omisiones de los particulares (artículo 321, inciso 1, del Código Procesal en lo Civil y Comercial —en adelante CPCC—).

En lo que hace a la acción de inconstitucionalidad, dentro de la competencia originaria (y en única instancia) de la Suprema Corte, ella se encuentra diseñada como un proceso especial, y discurre reglamentada en los artículos 683 a 688 del CPCC local.

La acción debe ser articulada por quien ostente un interés directo y particular, en un plazo de treinta días contados desde que el precepto objetado afecte concretamente los derechos patrimoniales del accionante (artículo 684, párrafo 1, del CPCC). Producida la caducidad de dicho parámetro temporal, se considerará extinguida la competencia originaria de la Suprema Corte, aunque queda al interesado la posibilidad de plantear la cuestión constitucional local ante la jurisdicción ordinaria en defensa de los derechos patrimoniales que estime afectados (párrafo 2, artículo 684, CPCC) para eventualmente llevar el caso, al cabo de las instancias ordinarias, ante la propia Corte provincial en vía de apelación extraordinaria.

Aquel plazo no se aplica cuando se cuestionan normas (leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos locales) de carácter institucional o que afecten derechos de la personalidad no patrimoniales o si la acción es ejercida preventivamente, esto es, cuando la cláusula impugnada aún no se hubiera aplicado al peticionario (artículo 685, CPCC).

Articulada la demanda, se sustancia con el asesor general de gobierno cuando el acto objetado provenga de los poderes Legislativo o Ejecutivo, o bien con los representantes legales de las municipalidades o los titulares de los organismos involucrados (artículo 686, CPCC). Contestado el traslado o vencido el plazo acordado para hacerlo (quince días), deben producirse las pruebas ofrecidas; cumplido lo cual, y previa vista al procurador general de la Suprema Corte, se dictará la providencia de “autos” (artículo 687, CPCC).

Si la sentencia es estimatoria, el Tribunal deberá hacer la correspondiente declaración sobre los puntos discutidos (artículo 688). Los efectos del pronunciamiento se limitan exclusivamente al proceso y sólo vinculan a las partes intervinientes, de manera que, como regla, el precepto declarado inconstitucional no pierde vigencia, desde que la decisión no produce efectos expansivos *erga omnes*.

La acción declarativa originaria de inconstitucionalidad fue producto de la extraordinaria intuición de los legisladores que redactaron el Código de Procedimiento de la Provincia de Buenos Aires, al plasmarla en normas positivas, ya en 1880.

A partir del modelo bonaerense, en el derecho público provincial argentino se han desarrollado instituciones, de antigua data y pacífica actuación, que sirven al control de constitucionalidad local y coadyuvan también a la misión que tiene por objeto el mantenimiento de la supremacía de los preceptos federales. La demanda o acción originaria de inconstitucionalidad, de inspiración en el derecho estadual estadounidense, viene funcionando en la mayoría de las legislaciones provinciales<sup>3</sup> como una vía procesal efectiva y rendidora, potencialmente útil para ser actua-

<sup>3</sup> Catamarca (artículo 203, inciso 2), Córdoba (artículo 132, inciso 1), Chaco (artículo 170, inciso I, a), Entre Ríos (artículo 176, inciso 1), Formosa (artículo 124, inciso 2), La Pampa (artículo 90, inciso 1), Mendoza (artículo 144, inciso 3), Misiones (artículo 145, inciso 1), Neuquén (artículo 175, inciso a), Río Negro (artículo 175, inciso 1), Santa Cruz (artículo 130, inciso 3), San Luis (artículo 113, inciso 1). *Cfr.* Vergara, R. A., “Poder Judicial”, en Frías P. J. *et al.*, *Derecho público provincial*, Buenos Aires, Defensa, 1985, p. 267; Salgado, A. J. y Verdaguer, A. C., *op. cit.*, nota 1, pp. 382 y ss. Sobre algunas particularidades que se exhiben en los ordenamientos locales: Frías, P. J., *La provincia argentina*, Córdoba, 1976, p. 83; Martínez, H., *El recurso de inconstitucionalidad en la Provincia de Santa Fe*, Rosario, Zeus, 1981; Mercado Luna, R., “Control de oficio de la constitucionalidad”, *J. A.*, doctrina, 1971, p. 179; Gallego, R., “Acción directa de inconstitucionalidad en la Provincia de Río Negro”, suplemento *La Ley Constitucional*, 6 de diciembre de 2006.

da por los altos tribunales provinciales en la salvaguarda de los derechos fundamentales. De ahí la explícita ratificación que ha tenido en los más recientes ordenamientos constitucionales provinciales.<sup>4</sup>

### III. INTERPRETACIÓN PRETORIANA: HACIA UNA TUTELA EFICAZ DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Una visión histórica de la aplicación de los preceptos que regulan la institución procesal que nos ocupa revela los significativos avances, no sin pasar por algunas etapas que exhibieron notorios retrocesos, que en la interpretación judicial del alto tribunal bonaerense han permitido erigirla en uno de los medios más fecundos y útiles para la tutela efectiva del *bill of rights* local y, por ende, de los derechos y garantías de la Constitución federal. Nos ocuparemos de los principales tópicos que denotan esa hermenéutica superadora que ha posibilitado la pervivencia y afianzamiento en concreto de la acción declarativa de inconstitucionalidad local.

#### 1. *Limitaciones temporales (plazo de caducidad)*

Resulta significativo que en su reglamentación se hayan incluido ciertas restricciones de admisibilidad por conducto de *limitaciones temporales* para el ejercicio de la acción respectiva —plazos de caducidad—. En su evolución, desde el plano doctrinario y especialmente jurisprudencial, se ha observado, no obstante, una clara y saludable tendencia a atenuar y aun a suprimir tales condicionamientos, como una forma de apertura más amplia y efectiva del acceso a la competencia privilegiada del alto tribunal al que tal tutela se confía.

Como quedó señalado, la competencia constitucional de la Suprema Corte puede ejercerse originariamente o por apelación (artículo 161, inciso 1, CPBsAs). Sólo para los casos en el que el tribunal conoce originariamente (artículo 683, Código de Procedimiento de Buenos Aires) rige el precepto siguiente que fija el plazo de treinta días para la deducción de la correspondiente demanda. Sin embargo, el artículo 684, apartado

<sup>4</sup> Buenos Aires (artículo 161, inciso 1), Salta (artículo 149, inciso II, a), San Juan (artículo 208, inciso 2), Santiago del Estero (artículo 176, inciso I, c), La Rioja (artículo 151, inciso 1), entre otros.

primero, no priva a los justiciables de ningún derecho reconocido por la Constitución, pues la expiración de la competencia originaria por el transcurso infructuoso de dicho plazo, no obsta a que los particulares puedan acudir a las vías ordinarias, ni abrevia ningún término de prescripción ni afecta los derechos que pudieran tener, según reiterada doctrina del tribunal.<sup>5</sup> Al atribuir la competencia originaria de la Suprema Corte provincial dentro de determinados límites temporales, la Provincia ha hecho uso de sus legítimas atribuciones constitucionales, esto es, la de darse sus propias instituciones y regularse por ellas (artículo 4o. de la Constitución nacional).<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Causa B-44.287, *in re* “Chrysler Argentina S. A. s/ Demanda de Inconstitucionalidad”, 22 de marzo de 1966, DJBA, vol. 78, p. 421, voto del doctor Salas, considerando primero.

<sup>6</sup> En la interpretación de la Corte Suprema nacional, sin embargo, en lo que hace a la inteligencia del anterior artículo 372 del Código de Procedimiento Civil de 1905 (reproducido básicamente en el apartado 1 de artículo 684 del ordenamiento vigente), se había decidido que el plazo de un mes “computado a partir del momento en que resultó afectado el patrimonio del querellante” era inconstitucional porque modificaba el plazo que al efecto establece el Código Civil para la procedencia de la demanda por repetición de impuestos (*Fallos*, 202:516; *Jurisprudencia Argentina*, 1946, vol. I, p. 102; *La Ley*, vol. 40, p. 338), criterio largamente sostenido pese a reiteradas expresiones disonantes que procuraban una rectificación de ese rumbo. Véase el voto del doctor Mercader en *Ac. y Sent.*, 1957, vol. III, p. 479, y el voto de los doctores Bremberg y Salas en la causa B-44.287, citada en la nota precedente.

La Corte provincial más tarde, sin embargo, abandonó el criterio anterior que se había reputado erróneo inclusive por la Corte Suprema de la Nación (*Fallos*, 200:444), admitiendo la procedencia de la demanda de inconstitucionalidad en todos aquellos casos en que de no acogerse la se produjera, también, la caducidad de la demanda de repetición conexa.

El más alto tribunal de la nación, pese a todo, se había hecho cargo del problema deslindeando sus vertientes en esta forma: una hipótesis es la *acción* de inconstitucionalidad y otra la *defensa* de inconstitucionalidad; y ambas, a su vez, son institutos diferentes de la “inconstitucionalidad de la ley” como fundamento jurídico o razón de una pretensión. “La acción de inconstitucionalidad es cosa distinta de la defensa de inconstitucionalidad autorizada por el artículo 31 de la Constitución y susceptible, por consiguiente, de ser sometida a un régimen procesal independiente y propio que incluya un plazo de caducidad para la promoción de ella”.

Finalmente, la Corte local, en 1967, en el caso “Rolfo, Mateo y otro c/ Municipalidad de San Pedro” (*J. A.*, 1967-VI, p. 511), estableció la vigente *doctrina legal*. Al rectificar la anterior, concretó que es “improcedente la acción de inconstitucionalidad deducida por vía originaria si se la ha promovido pasado el plazo de un mes y el precepto cuya constitucionalidad se cuestiona afecta los derechos patrimoniales del demandante”. La

Ahora bien, el plazo de caducidad de treinta días, que se computa desde que el precepto impugnado afecte concretamente los derechos del actor, únicamente tiene virtualidad si están en juego *derechos patrimoniales* (artículo 684), sólo cuando el interés patrimonial define el contenido de la acción que se instaura. En cambio, la jurisdicción de la Suprema Corte se considera abierta en continuidad ininterrumpida respecto de: a) cuestiones de carácter institucional; b) que afecten *derechos extrapatrimoniales*, o c) cuando los preceptos impugnados aún *no han sido aplicados*.<sup>7</sup> Entendió el tribunal que las propias cuestiones —típicamente patrimoniales— vinculadas de modo directo e inmediato a los derechos de propiedad y libertad de trabajo, industria o comercio, aparecen con nítidos caracteres institucionales aunque no esté ausente el interés y eventual agravio patrimonial.<sup>8</sup> Dicha hermenéutica, funcionalmente flexible, recogida en la legislación procesal vigente (artículos 684 y 685, CPCC), ha conducido sin duda a acentuar las potestades revisorias del cuerpo, sentando una diferenciación entre los diversos derechos y garantías cuya tutela se persigue para privilegiar la de los de sustancia institucional o asimilados.

## 2. Legitimación para accionar

Claro que esa plausible apertura no había sido suficiente para asegurar la efectividad de tan precioso instrumental, sensiblemente acotada, todavía, por la operancia de diversos condicionamientos generalmente de ori-

idea fundamental del Constituyente expresada en el artículo 149, inciso 1, de la Constitución de 1934 que reconoce el antecedente del artículo 157 de la Constitución de 1889, fue la de conferir a la Suprema Corte de Justicia *una competencia extraordinaria y de excepción*, que como tal pudo ser sometido a limitaciones formales en razón de que la persona afectada por la aplicación de la ley supuestamente inconstitucional no perdía, por falta de ejercicio de la “acción de inconstitucionalidad”, el derecho de oponer como *defensa* la inconstitucionalidad de la ley ni tampoco el derecho de reclamar la satisfacción de los derechos subjetivos lesionados o vulnerados, invocando como fundamento de su reclamación la inconstitucionalidad de la ley.

<sup>7</sup> *Ac. y Sent.*, 1973, vol. II, p. 1142; causas I-1072, del 10 de marzo de 1981 y I-1114, del 27 de abril de 1982.

<sup>8</sup> *Ac. y Sent.*, 1967, vol. II, p. 205; 1969, p. 333; DJBA, vol. 120, p. 369; *Ac. y Sent.*, 1972, vol. III, p. 600; DJBA, vol. 126, p. 265; causa I-1241, del 31 de mayo de 1988. En cambio, reviste carácter patrimonial la demanda promovida contra la ordenanza municipal que exige cobrar boleto mínimo a los jubilados (causa I-1487, 16 de junio de 1994).



gen pretoriano. Así, en primer lugar, el que normativamente proviene de los alcances particularmente restringidos de la *legitimación* acordada a los reclamantes. El artículo 149, inciso 1 *in fine*, de la carta bonaerense (artículo 161, inciso 1, en el texto de 1994), que sólo la confiere a la “parte interesada”, había generado una interpretación estrecha y menguadora, tributaria de un miraje puramente privatístico y apegado a conceptos y encasillamientos tradicionales —pero ya insuficientes y superados—<sup>9</sup> como los de “derecho subjetivo” e “interés legítimo”, únicas situaciones para las que se brindaba la protección. Recién en su evolución ulterior,<sup>10</sup> al cabo de la reforma constitucional de 1994 (en la nación y ese mismo año en la Provincia de Buenos Aires) se admitió la legitimación para la tutela de derechos supraindividuales, que trascienden el marco individual para penetrar en otros planos diversos, *institucionales* y, en general, de los derechos “de incidencia colectiva”, intereses colectivos, “difusos” o fragmentados, conectados con la defensa del medio ambiente y el equilibrio ecológico, la salud, el patrimonio artístico o cultural, los derechos de los consumidores y usuarios en general y otros bienes similares, que ahora cuentan con estatus constitucional (artículos 41-43 de la Constitución nacional; 28, 36, 38 y concordantes de la Constitución provincial). Con ser el de la legitimación un tema de la política legislativa antes que simple problema técnico,<sup>11</sup> ha de convenirse que semejante tutela viene a

<sup>9</sup> Una exhaustiva crítica de las concepciones tradicionales y las razones de su insuficiencia para resolver la cuestión de la legitimación frente a los nuevos derechos puede verse en Cappelletti, M., “Vindicating the Public Interest through the Courts: a Comparative’s Contribution”, *Access to Justice*, Milán, 1979, vol. III, p. 520; “La protección de los intereses colectivos”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XXVII, núm. 105-106, p. 74. Asimismo, Almagro Nosete, J., “Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, 1981, p. 49; Morello, A. M., “Una trascendente contribución a la Corte Suprema de Mendoza”, *J. A.*, 1989-III, p. 876; “Legitimaciones plenas y semiplenas”, *La legitimación. Homenaje al prof. dr. Lino Enrique Palacio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 66 y ss.

<sup>10</sup> El alto tribunal provincial había admitido la legitimación de los vecinos como titulares de interés legítimo para promover demanda contencioso administrativa, a partir del caso “Rusconi Óscar c. Municipalidad de La Plata”, 4 de julio de 1995 (con amplios fundamentos del doctor Hitters). Botassi, C. A., “El proceso administrativo bonaerense con base en el interés legítimo. Un fallo histórico”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, núm. 56, p. 329; Morello, A. M., comentario a dicho fallo en *J. A.*, 1995-IV, p. 623.

<sup>11</sup> Como ha señalado agudamente Almagro Nosete, si el derecho romano se caracterizó como un “sistema de acciones”, el derecho actual puede definirse como un “sistema de legitimaciones” (“Cuestiones sobre legitimación...”, *op. cit.*, nota 9, p. 48, n. 10).

corresponderse sustancialmente con la idea de una democracia abierta y *participativa*, en la que por definición se auspicia la intervención de los ciudadanos y de las entidades intermedias y su creciente involucramiento en el manejo, gestión y control de la cosa pública.<sup>12</sup> El ejercicio del derecho de acción adquiere una trascendencia inusitada cuando se ponen en marcha verdaderos *derechos públicos subjetivos* que tienen por finalidad lograr el equilibrio del sistema constitucional.<sup>13</sup>

Conviene tener presente la diferencia existente entre la idea de la acción popular, en que la legitimación está ofrecida para cualquiera sin la mínima exigencia de un interés concreto y actual que le brinde sustento, y esta otra concepción que reconoce una legitimación ampliada para la defensa del interés institucional o colectivo, que atañe directamente a todos y a cada uno de los miembros de la comunidad. Mientras en aquella categoría el grado de indeterminación de los portadores de la pretensión es absoluto, en esta última el accionante integra un cuerpo o categoría de personas delimitado.

De ahí que no puede negarse el interés concreto de cualquiera de sus integrantes para reclamar en nombre del grupo, sobre todo *cuando no existen reglas que transfieran formalmente la representación, de un modo excluyente*, a ciertos miembros representantes —v. gr., si con exclusión de los ciudadanos, la acción de inconstitucionalidad se confiere a

<sup>12</sup> Pizzorusso, A., “Partecipazione popolare e funzione giurisdizionale”, *Participação e Processo*, São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1988, p. 24; Macpherson, C. B., *La democracia liberal y su época*, trad. de G. Robles Morchon, Madrid, Alianza Editorial, 1982, pp. 113 y ss., para la participación social en general. Cappelletti, M., “Ordinamento giudiziario: quale riforma?”, *Il Foro*, núm. 129, abril de 1984, pp. 17 y 18, sobre la participación en la organización judicial. Asimismo, Berizonce, R. O., “La participación popular en la justicia”, *J. A.*, 1988-III, p. 725; Morello, A. M., “Legitimaciones plenas y semiplenas...”, *op. cit.*, nota 9, p. 70.

<sup>13</sup> García de Enterría, E., “Sobre los derechos públicos subjetivos”, *REDA*, Madrid, núm. 6, 1975; Quiroga Lavié, H., *Los derechos públicos y la participación social*, Buenos Aires, Depalma, 1985, *passim*. Asimismo, voto del doctor Fayt, CSN, 6 de septiembre de 1990, “Gascón Cotti A. J.”, y nota crítica al mismo fallo de Bidart Campos, G. J., “El ciudadano elector: un convidado de piedra”, *E. D.*, vol. 138, p. 341; Morello, A. M., “Legitimación de obrar y cuestión justificable”, *J. A.*, 1990-III, p. 518. Acerca de la “acción popular constitucional” en Brasil véase Barbosa Moreira, J. C., “La acción popular en el derecho brasileño”, *Temas de Direito Processual*, Sao Paulo, Saraiva, 1977, p. 110; Pellegrini Grinover, A., *O processo em evolução*, Río de Janeiro, Forense U., 1996, p. 485.

organismos públicos,<sup>14</sup> o una porción de parlamentarios,<sup>15</sup> o si las que tienden a la defensa de intereses ecológicos se ponen exclusivamente en cabeza de instituciones representativas que deben reunir determinados requisitos, etcétera—. El reconocimiento de la legitimación a los individuos, ciudadanos, consumidores, usuarios, etcétera, que integran el grupo, se justifica porque concurre en cada uno de ellos un *interés concreto y actual*,<sup>16</sup> cuya protección no está confiada específica y excluyentemente a otras personas u órganos. No admitirlo implicaría, de hecho, dejar sin tutela las garantías constitucionales que se actúan.

La distinción entre *derechos puramente patrimoniales y garantías de carácter institucional* ha estado presente en la declaración de inconstitucionalidad bonaerense.<sup>17</sup> Sin embargo, la interpretación tradicional, aun admitiendo que el concepto de parte interesada cobra mayor amplitud cuando se trata de normas de carácter institucional, sólo había reconoci-

<sup>14</sup> Así, por ejemplo, en el régimen constitucional italiano, donde la Corte Constitucional conoce en el proceso de ilegitimidad constitucional en vía directa, la petición del Estado cuando impugne una ley regional, o de una región, siempre por incompetencia (Fazzalari, E., *Istituzioni di Diritto Processuale*, 7a. ed., Padua, Cedam, 1994, p. 269).

<sup>15</sup> En el sistema español, el recurso de inconstitucionalidad sólo se abre a petición de alguno de los legitimados: el presidente del gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados o senadores, o los representantes de las comunidades autónomas (artículos 161.1.a y 162.a de la Constitución Española; Ramos Méndez, F., *El sistema procesal español*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1992, p. 229). La acción de inconstitucionalidad mexicana introducida en el texto constitucional en 1994 a través de la fracción II del artículo 105, presenta en este aspecto características similares. Se trata de una acción abstracta que no requiere existencia de agravio ni de un interés jurídico específico, por lo que se otorga la legitimación en exclusiva a los titulares de los poderes públicos del Estado y, en ciertos supuestos, a los organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos (Fix-Zamudio, H., *Estudio de la defensa de la Constitución*, México, Porrúa, 2005, pp. 231 y ss.).

<sup>16</sup> El interés procesal, uno de los requisitos intrínsecos de admisión de la pretensión, no se agota en un contenido económico cuando, *v. gr.*, tiende a obtener el goce de derechos constitucionales de índole no patrimonial (Palacio, L. E., *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967, vol. I, pp. 421 y 422). *Cfr.* Gimeno Sendra, V., *Constitución y proceso*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 230 y ss.; Morello, A. M., *El proceso justo*, La Plata, LEP, 1994, especialmente pp. 82 y ss.

<sup>17</sup> Berizonce, R. O., “El control de constitucionalidad local en la Provincia de Buenos Aires”, *op. cit.*, nota 1. En el mismo sentido, voto del doctor Negri (minoría) en el caso “Gascón Cotti A. J.”, del 17 de abril de 1990, *El Derecho*, vol. 138, p. 349, con nota de G. Bidart Campos; Morello, A. M., “Legitimación de obrar y cuestión justiciable”, *op. cit.*, nota 13.

do la legitimación de quien hubiere sufrido “lesión en su derecho en forma personal e inmediata o agravio positivo en cuanto a derechos, exenciones y garantías.<sup>18</sup> No es acción popular, se ha repetido machaconamente, que pueda ejercerse por móviles morales y patrióticos”.<sup>19</sup>

Diversa había sido la tesis hermenéutica acogida por otros tribunales provinciales, actuando preceptos constitucionales similares. Así el Superior Tribunal de Neuquén, en precedentes que han contado con el apoyo de autorizadas opiniones doctrinarias.<sup>20</sup>

Finalmente, la Corte bonaerense ha iniciado una etapa de significativa apertura de la legitimación para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, al admitir que circunscribir la legitimación procesal a los límites individuales implicaría desconocer los alcances constitucionales de la tutela judicial en general y de la garantía del amparo en particular (artículos 18, 43, 75, inciso 22 y concordantes de la Constitución nacional; 11, 15, 20, inciso 2 y concordantes de la Constitución provincial), desde que no sólo los derechos individuales sino también los colectivos reciben protección explícita a través de las mentadas garantías.<sup>21</sup> Semejante evolución ha permitido reconocer una amplia legitimación a las entidades inter-

<sup>18</sup> *Ac. y Sent.*, serie 12a., t. IV, p. 506; 1967-I, p. 361; causas I-1241, del 31 de mayo de 1988; I-1462, del 17 de abril de 1990, “Gascón Cotti A.”; I-1506, del 26 de febrero de 1991, y I-1315, del 3 de diciembre de 1991. Más recientemente: I-2184, del 28 de mayo de 2003; I-2019, del 2 de julio de 2003; I-3202, del 20 de agosto de 2003, y I-3216, del 9 de junio de 2004. De ahí que se haya considerado que el procurador general de la Suprema Corte carece de legitimación para demandar la inconstitucionalidad de disposiciones que no lo afectan institucionalmente (causas I-1594, del 9 de marzo de 1993 y I-1599, del 22 de junio de 1993). En cambio, se le reconoció tal atribución cuando impugnó el artículo 10 de la Ley 8085, planteando su inconstitucionalidad con motivo de un caso concreto al haber formulado acusación para el enjuiciamiento de un magistrado, lo que implicaba la aplicación del precepto controvertido y la afectación concreta de la competencia funcional del procurador general como “acusador” (causa I-1962, del 3 de diciembre de 1996).

<sup>19</sup> *Act. y Sent.*, 1965, vol. II, p. 182; 1967, vol. I, p.1059 y sus citas; causa I-1241, del 31 de mayo de 1988. La Constitución de Salta, en cambio, consagra explícitamente la acción popular de inconstitucionalidad (artículo 89).

<sup>20</sup> Sentencias del 30 de agosto de 1984, “Aromando D. y otros”; 27 de octubre de 1984, “Gutiérrez F. J.”, *El Derecho*, vol. 114, pp.147 y 151, con nota favorable de G. Bidart Campos. Sobre la legitimación del ciudadano elector: Morello, A. M., “Una trascendente contribución a la Corte Suprema de Mendoza”, *J. A.*, 1989-III, p. 876.

<sup>21</sup> Causa B-64.474, “Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires”, del 19 de marzo de 2003; B-64.649, “Colegio de Abogados del Dpto. Jud Morón”, del 27 de septiembre de 2002, y I- 68.534, del 6 de septiembre de 2006.

medias. Por ejemplo, a colegios profesionales organizados por ley como entidades paraestatales de derecho público, que no integran los cuadros estatales, en situaciones en que se impugnan normativas legales que comprometen intereses inherentes al ejercicio profesional de la abogacía. Así, cuando la acción había sido ejercida en vía de amparo para remediar el impacto negativo de una omisión inconstitucional —demora injustificada en la implementación y puesta en marcha de nuevos tribunales creados por ley— que causaba perjuicio a los abogados de la jurisdicción; o ante una grave perturbación en el funcionamiento tribunalicio; o ya tratándose de una acción de inconstitucionalidad articulada en relación con preceptos de una ley fiscal que habilitaba a la administración tributaria a dictar medidas cautelares, detener y secuestrar automotores de contribuyentes morosos y proceder por sí a la venta de los mismos sin intervención judicial (causas citadas en la nota 21).<sup>22</sup> Se trata de una nueva y prometedora etapa en la doctrina del alto tribunal de Buenos Aires.

### 3. *La cuestión del control oficioso de constitucionalidad*

No menos virtualidad restrictiva de la operancia de la acción declarativa originaria de inconstitucionalidad en los marcos provinciales había tenido durante más de un siglo la doctrina de la exclusión del *control oficioso* que consagraba la Corte Suprema de la Nación y que seguían los tribunales provinciales.<sup>23</sup> Sin embargo, dicha interpretación se modificó

<sup>22</sup> Sin embargo, no es pacífica la interpretación judicial de la legitimación colectiva en cabeza de las entidades intermedias. En sentido restrictivo: CSN, *Fallos*, 326:3007, entre otros. Para una interpretación amplia que tutela más adecuadamente los derechos de incidencia colectiva: Morello, A. M. *et al.*, *Códigos procesales*, cit., nota 1, X-B, pp. 276 y ss. *Cfr.*, asimismo, SCBA, causa I-2051, del 11 de octubre de 2006, donde se negó legitimación a la Cámara Argentina de Supermercados para asumir la representación judicial de los intereses de sus afiliados en una causa en que se discutía la constitucionalidad de preceptos locales que impedían la venta de medicamentos en los supermercados.

<sup>23</sup> Esa era la doctrina tradicional de la CSN (*Fallos*, 190:142, entre otros). En paralelo, la Suprema Corte provincial había mantenido invariablemente la posición contraria a la revisión de oficio. Así, en la causa Ac. 32.116, “Martínez H. y otros c. Frigorífico Swift Armour S. A., s/ Despido”, del 6 de julio de 1984, con la sola disidencia del doctor Ghione, entre muchas. Para una crítica de esa postura: Bidart Campos, G., *Derecho constitucional*, vol. I, p. 272; “El control constitucional de oficio en sede provincial”, *El Derecho*, vol. 100, p. 633.

—siempre al cobijo de los criterios sentados por la Corte federal—<sup>24</sup> para posibilitar al presente la declaración *ex officio* de la inconstitucionalidad de los preceptos contrarios a la carta provincial.<sup>25</sup>

#### 4. *El deslinde con la acción contencioso administrativa y el amparo*

a. Un condicionamiento más complejo y articulado es el que proviene de cierta interpretación de los alcances de la competencia de la Suprema Corte para conocer en esta vía originaria, en correspondencia con el necesario deslinde con la acción contencioso administrativa.

Por vía de principio, la demanda de inconstitucionalidad tiene por objeto verificar la validez de los preceptos en abstracto, pero cuando ha mediado una concreta aplicación de los mismos al impugnante por el órgano administrativo correspondiente, la revisión debe canalizarse por el conducto diverso de la acción contencioso administrativa.<sup>26</sup> Sin embargo, por una dilatación infundada de dicha pauta, el tribunal ha decidido que la acción de inconstitucionalidad resulta inadmisibile toda vez que se ataque el resultado de la aplicación de un precepto determinado —*v. gr.* de carácter fiscal— a las particulares circunstancias del caso.<sup>27</sup> Restric-

<sup>24</sup> CSN, 27 de septiembre de 2001, “Mill de Pereyra R. y otros”, *Fallos*, 324:3219, *La Ley*, 2001-F, p. 886; 19 de agosto de 2004, “Banco Comercial Finanzas s/ Quiebra”, *Fallos*, 327:3117, *La Ley*, 2004-E, p. 646, entre otros.

<sup>25</sup> SCBA, causas L-69.523, del 1o. de abril de 2003; L-76.687, del 1o. de octubre de 2003, entre otras. Sin perjuicio, claro está, de la pervivencia de la carga de fundamentación adecuada de la demanda de inconstitucionalidad, al igual que de los recursos extraordinarios (Tessone, A. J., *Recuso extraordinario de inconstitucionalidad*, Buenos Aires, Lexis Nexis 2007, p. 517).

<sup>26</sup> SCBA, causas I-1191, del 5 de mayo de 1991; I-1297, del 8 de mayo de 1990; I-1238, del 23 de mayo de 1985; I-1215, del 21 de diciembre de 1984, entre otras.

<sup>27</sup> SCBA, causas I-1183, del 31 de mayo de 1988; I-1184, del 16 de agosto de 1988; I-1306, del 28 de mayo de 1991; I-1608, del 5 de diciembre de 1995; entre otras. En cambio, en la causa I-1165, del 22 de abril de 1986, se fijó la doctrina correcta: cuestionándose un precepto que había dejado sin efecto las jubilaciones por edad avanzada, se consideró que estaba motivado en un interés jurídico concreto y que la circunstancia de que se le haya dado aplicación configura dicho interés, pero no obsta a la procedencia de la acción. En sentido similar: causas I-1451 y I-1473, ambas del 5 de marzo de 1996; I-1595, del 5 de julio de 1996. Asimismo, es procedente la acción si en el caso no se cuestiona la “constitucionalidad” de la aplicación de la norma, sino la constitucionalidad de la propia norma (causa I-1440, del 2 de mayo de 1995, especialmente voto de los doctores Ghione e Hitters).

ción que ha pervivido no obstante la derogación del anterior artículo 149, inciso 3, de la Constitución provincial (artículos 166, apartado cuarto, y 215, texto de 1994).

Parécenos que tal inteligencia viene a desnaturalizar los presupuestos de la acción originaria, estableciendo una significativa restricción en su admisibilidad que conduce, en muchos casos, a la inutilidad de la vía. Por su carácter marcadamente *preventivo*, que constituye su impronta esencial, se posibilita su planteamiento sin esperar que se consume el agravio al derecho o garantía, para prevenir el perjuicio. De ahí que la acción declarativa no exija la concurrencia de un derecho subjetivo concretamente infringido por la aplicación efectiva de un precepto inconstitucional; más aún, aquélla es procedente aunque el daño concreto se hubiere producido, según el propio criterio del tribunal.

La normativa que se impugna por esta vía obviamente ha de estar referida a una situación real, actual y concreta del recurrente, quien persigue, precisamente, la tutela de un interés también real y actual. Pero no por ello se ha de concluir que tal pretensión está encaminada a cuestionar la aplicación concreta del precepto —y por ende ajena al supuesto del artículo 161, inciso 1, de la Constitución de Buenos Aires—. La validez normativa “en abstracto” no significa que pueda prescindirse de la situación fáctica, de actividades cumplidas u omitidas, que aquélla regula y atrapa. De lo contrario, queda vacío el concepto de legitimación.

b. El deslinde entre la acción de inconstitucionalidad y la contencioso administrativa, por otra parte, sigue exhibiendo aristas rugosas, con vasos comunicantes que no siempre funcionan adecuadamente.<sup>28</sup> Si bien se admite el planteo de inconstitucionalidad en la demanda administrativa (causa B-51.994, del 6 de agosto de 1991), sin embargo se había negado ortodoxamente andamio a esta última cuando el único argumento en que se sostiene es el de la inconstitucionalidad de las normas (Ac. 55.819, 27 de febrero de 1996, por mayoría).

Conviene reparar que al presente, en el marco de la competencia contencioso administrativa los jueces están habilitados para declarar la inconstitucionalidad de leyes, ordenanzas municipales o actos administrativos de alcance general o particulares (artículo 3o. del Código Contencioso

<sup>28</sup> Logar, A. M., “El control de constitucionalidad en el Código Contencioso-Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, *El Derecho*, vol. 187, p. 862; Morello, A. M. y Vallefin, C., *El amparo. Régimen procesal*, 5a. ed., La Plata, LEP, 2004, pp. 309 y ss.

Administrativo). Los tribunales del fuero, de reciente creación, tienen asignada competencia para conocer en las pretensiones que persigan la anulación total o parcial de actos administrativos de alcance particular o general y de ordenanzas municipales, de manera que están habilitados para decidir tanto en los amparos como en las acciones meramente declarativas.

Resta aún un ensamble más preciso entre ambas acciones en un terreno, el de la utilización flexible y la reconducción útil de las vías procesales, que la Corte Suprema nacional ha iluminado con claridad.<sup>29</sup> La necesaria revisión de algunas de las doctrinas interpretativas que criticamos bien puede pasar por las premisas que el más alto tribunal ha venido acuñando desde 1985, a partir del precedente de *Fallos*, 307:1379.

c. La acción de amparo<sup>30</sup> guarda estrecha vinculación con la acción declarativa de inconstitucionalidad. La diferencia principal estriba en que aquélla se da frente a cualquier acto, hecho, decisión u omisión de autoridad pública o persona privada, de alcance particular o general, pero como esta última también resulta admisible cuando la inconstitucionali-

<sup>29</sup> Así, al distinguir acciones “determinativas” —*rectius*, acciones de tutela— de derechos de base constitucional, y peticiones abstractas y generales de inconstitucionalidad (sentencias del 12 de diciembre de 1985, “Lorenzo Constantino”, *Fallos*, 307:238; 19 de noviembre de 1987, “Incidente promovido en la querrela s/ inconstitucionalidad del decreto 2.125 del PEN”; 9 de diciembre de 1987, “Penna Bores L. S.”; 5 de mayo de 1987, “Escuela Escocesa San Andrés y otros”, etcétera). Acerca de la necesaria concurrencia de un interés jurídico suficiente, concreto e inmediato, en correlación con la actividad aún explícita del demandado, sentencia del 19 de marzo de 1987, “Newland L. L. A.”; 19 de diciembre de 1986, “Fábrica Argentina de Calderas S. R. L.”; entre otros. *Cfr.* Morello, A. M., “La recepción de la acción declarativa de certeza en el marco del contralor de constitucionalidad”, *J. A.*, 1985-IV, p. 257; “Estado actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema acerca del control de constitucionalidad de las leyes”, *J. A.* 1986-IV, p. 659; “Precisiones en torno de la acción mera declarativa de constitucionalidad en el orden nacional”, *El Derecho*, vol. 123, p. 421; Salgado, A. J. y Verdaguer, A. C., *op. cit.*, nota 1, pp. 171 y ss.; Salgado, A. J., “La pretensión de sentencia meramente declarativa de certeza en la competencia originaria de la Corte Suprema”, *La Ley*, 1988-D, p. 30; Bidart Campos, G., “¿Hay en el orden federal acción declarativa de inconstitucionalidad?”, *El Derecho*, vol. 123, p. 423.

<sup>30</sup> Véanse Salgado, A. J. y Verdaguer, A. C., *op. cit.*, nota 1, pp. 445 y ss.; Rosales Cuello, R., “Acción declarativa de inconstitucionalidad y amparo. Sus límites como acciones directas de control en la Provincia de Buenos Aires”, *La Ley*, 1997-F, p. 501; Ibarlucía, E., “La denegación de la vía indirecta de control”, *El Derecho*, vol. 148, pp. 879 y ss.; Morello, A. M. y Vallefin, C. A., *El amparo. Régimen procesal, cit.*, nota 28, pp. 101 y ss.



dad proviene de la aplicación concreta de la ley, en numerosos supuestos la tutela puede requerirse por uno u otro carril. De hecho, los jueces tienen poderes de ordenación que les permiten determinar en los casos concretos *ab initio* cuál ha de ser el trámite aplicable (artículos 321, apartado final, y 34, inciso 5, apartados *b* y *e*, CPCC). La acción directa admite un ámbito de debate y prueba más amplio; en cambio, el amparo es un remedio urgente que se despacha en el marco de procedimientos sumarísimos que, por ello mismo, está condicionado en su virtualidad práctica cuando existan otras vías ordinarias hábiles, en tanto esa acción no puede tener por objeto obviar los trámites legales ni alterar las jurisdicciones vigentes.<sup>31</sup>

Por otra parte, la competencia de la Suprema Corte de Buenos Aires sólo está abierta taxativamente para conocer en la instancia originaria de las acciones declarativas de inconstitucionalidad, de manera que no puede intervenir directamente en los amparos,<sup>32</sup> sin perjuicio de su competencia revisora por vía de los recursos extraordinarios.

##### *5. Cuestiones procedimentales: formalidades de la demanda; admisibilidad; acumulación de acciones*

Finalmente, corresponde destacar algunos aspectos de interés práctico relacionados con las formalidades de la demanda, la legitimación y la acumulación de acciones.

a. El escrito de la demanda debe ajustarse a las exigencias y formalidades legales comunes a ese fundamental acto postulatorio, expresando con la máxima precisión en qué consiste la violación que se reclama y cuál es la naturaleza de la disposición atacada. El precepto objeto de denuncia debe corresponderse al texto de la Constitución de la provincia, siendo insuficiente la mención genérica de los derechos que se dicen violados. Fundamentando en términos claros y concretos la petición, no deben dejarse dudas de cuál es la cláusula, norma o principio constitucional que se estima infringido. En este sentido, debe repararse en que la acción de inconstitucionalidad no es idónea, por ejemplo, para cuestionar la validez de las resoluciones que emanan de organismos paraestatales, como

<sup>31</sup> SCBA, 26 de noviembre de 1996, *La Ley*, 1997-F, p. 501, con nota de Rosales Cuello, R.

<sup>32</sup> SCBA, *La Ley*, Buenos Aires, 6 de julio de 1999, p. 999.

de las cajas de profesionales, de previsión, que son personas jurídicas de derecho público no estatal, por lo cual sus actos decisorios o resoluciones no pueden equipararse a dispositivos u ordenamientos emanados del poder público. De allí, entonces, que sea imprescindible que revistan la categoría de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos, en el concepto del artículo 683 del Código Procesal Civil.<sup>33</sup>

b. Cabe entender que al igual que en el código derogado, en el que existía una previsión legal que habilitaba a ese examen,<sup>34</sup> la Corte tiene el deber de analizar y pronunciarse sobre la *admisibilidad* de la demanda de inconstitucionalidad, es decir, si en ella se cumplen los requisitos que la hacen viable, sin que la falta de impugnación por los legitimados naturales (como la del asesor general de gobierno) limite o condicione tal atribución. De ahí que resulta criticable, por infructífero, el examen de procedencia formal que efectúa en la sentencia.<sup>35</sup>

Claro que ello no implica el recurso, a menudo injustificado, al rechazo *in limine litis* de la demanda. Ni justifica en tales casos proceder al archivo de las actuaciones cuando resultare pasible la *reconducción* de la acción (artículo 352, inciso 1, Código de Procedimientos de Buenos Aires).<sup>36</sup>

c. Otro tópico que ha mostrado una saludable evolución interpretativa es el que se refiere a la *acumulación* de esta acción a otras.

En cuanto a la acumulación de una acción de condena (anulación del acto lesivo) a la típicamente declarativa de inconstitucionalidad, si bien la Corte ha mantenido como regla la opinión negativa, o sea que la acción originaria de inconstitucionalidad, por ser declarativa, no permite que se le anexe a la acción de restitución de lo pagado en razón de la norma cu-

<sup>33</sup> SCBA, *Ac. y Sent.*, 1974, vol. I, p. 278. Por ende, cabe rechazar *in limine* la demanda que persigue la inconstitucionalidad de un mero proyecto de ley (causa I-1512, del 12 de marzo de 1991).

<sup>34</sup> En efecto, el artículo 374 prescribía que “el presidente de la Suprema Corte sustanciará la demanda oyendo al asesor de gobierno, cuando se trate de actos provenientes de los poderes Legislativo y Ejecutivo; a los representantes legales de las municipalidades o corporaciones y a los funcionarios que ejerzan la autoridad pública o apoderados que deban constituir, citándolos y emplazándolos para que se apersonen a responder”.

<sup>35</sup> Causa I-1176, del 17 de abril de 1984, entre otras.

<sup>36</sup> Sentencia del 5 de abril de 1988, “Carbone Romeo y otros”, disidencia de los doctores Negri y Cavagna Martínez, *La Ley*, 1988-C, p. 175, con nota de Salgado, A. J., *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*.

ya validez se cuestiona,<sup>37</sup> de modo reiterado ha exceptuado, siquiera tácitamente, tal principio, sosteniendo *v. gr.*, en materia previsional, que es posible, por actuación del principio de economía y rendimiento del servicio, acumular la pretensión de condena (pago del reajuste jubilatorio) a la demanda de inconstitucionalidad;<sup>38</sup> y, en general, cuando juntamente con la inconstitucionalidad de una norma general se cuestiona de modo accesorio la “aplicación” que se hizo de la misma.<sup>39</sup>

## 6. *Hacia un mayor rendimiento del instrumental procesal*

En definitiva, reiterando un anterior balance evaluativo crítico del efectivo rendimiento de la acción declarativa,<sup>40</sup> concluimos este tramo postulando la necesidad de superar las brechas y resquicios que, producto las más de las veces de lecturas jurisprudenciales tributarias de criterios privatísticos que enturbian el recto entendimiento de la institución, le han restado una operatividad mayor. Sin advertir que, al igual que los restantes mecanismos procesales que viabilizan el control de constitucionalidad local, constituye un instrumental ineficiente para el aseguramiento de los derechos y garantías que proclaman las cartas fundamentales de la nación y, en paralelo, de los estados locales.<sup>41</sup> Laboreo en el que la

<sup>37</sup> Véase el exhaustivo voto del doctor Bremberg en la recordada causa “Rolfo c. Municipalidad de San Pedro”, especialmente considerando 3. Asimismo, Giuliani Fonrouge, “La acción de inconstitucionalidad y la repetición de impuestos en la Provincia de Buenos Aires”, *Impuestos*, vol. XXV, p. 555.

<sup>38</sup> *Ac. y Sent.*, 1957-III, p. 479 (voto del doctor Amilcar A. Mercader). La apertura comenzó a producirse en diversas causas en que el tribunal se integrara por conjueces, en los años sesenta. Así, con voto del doctor Morello en la causa B-45.453, “Gómez, Héctor Abelardo s/ Demanda de inconstitucionalidad”, considerando 5. En esta litis, y en otras como la B-45.260, “Felices, Raúl s/ Demanda de inconstitucionalidad”, se abordó el sentido de las excepciones a que se refiere el artículo 685 en cuanto establece que no rige el plazo de treinta días del artículo 684 cuando tales disposiciones *afecten derechos de la personalidad no patrimoniales* (apartado primero).

<sup>39</sup> *Cfr.* causas: I-783, del 25 de agosto de 1980; I-1440, del 3 de mayo de 1995; I-1165, del 22 de abril de 1986; entre otras. Asimismo, voto del doctor Hitters en las causas I-1451 y I-1473, del 5 de marzo de 1996 y, más recientemente, en la causa I-2051, del 11 de octubre de 2006.

<sup>40</sup> Berizonce, R. O., “El control de constitucionalidad local en la Provincia de Buenos Aires”, *op. cit.*, nota 1.

<sup>41</sup> *Idem.*

fuerza renovadora de la doctrina de la Corte federal, que ha sabido abrir las puertas de la acción declarativa de inconstitucionalidad,<sup>42</sup> puede erigirse en estímulo que opere como un oxigenador natural capaz de superar el lastre que, quizá inevitablemente, frena el avance en el perenne juego pendular de las instituciones.

#### IV. EL SEMPITERNO PROBLEMA DEL “*SELF RESTRAINT*” Y LAS “*POLITICAL QUESTIONS*”

Como epílogo, y a propósito de los límites, “fugas” y “brechas” del control de constitucionalidad local, no puede dejar de observarse que, en realidad, dichas restricciones encuentran sustento en último análisis en los principios viscerales que —dentro del sistema en que se insertan, que como sabemos ha seguido el modelo estadounidense— acotan la potestad revisora judicial.

En el fondo anida toda la doctrina de la “justiciabilidad”, de las *political questions*, sus derivados y desarrollos,<sup>43</sup> que tantas divergencias y

<sup>42</sup> Morello, A. M., “Precisiones en torno de la acción mera declarativa...”, *op. cit.*, nota 29, p. 421; *El proceso justo*, *cit.*, nota 16, pp. 92 y ss. En el juego pendular de las diversas vías idóneas de control de constitucionalidad —amparo, acción de mera certeza, juicio sumario— existen analogías (*Fallos*, 307:1379, considerando 7) que incluso permiten trasvasar a los otros remedios el principio de legitimación ampliada consagrado por el artículo 43 de la Constitución nacional, texto de 1994 (CSN, A. 95. XXX, originario, 22 de abril de 1997, *La Ley*, 1997-C, p. 632, con nota de Agustín).

<sup>43</sup> Bielsa, R., *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1936, pp. 58, 106 y ss.; Vanossi, J. R., “Teoría constitucional”, *op. cit.*, vol. II, pp. 153 y 177; Oyhanarte, J., *Poder político y cambio estructural en Argentina*, Buenos Aires, Paidós, 1969, pp. 68 y ss.; “Cuestiones no justiciables”, *Temas de casación y recursos extraordinarios...*, *cit.*, nota 2, p. 143; Quiroga Lavié, H., “Los derechos públicos subjetivos”, *op. cit.*, nota 13, pp. 145 y 146; Bidegain, C. M., *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, vol. I, pp. 127 y ss.; “Control judicial y control político de constitucionalidad en la Argentina”, *El Derecho*, vol. 87, p. 579; Bidart Campos, G., *Manual de derecho constitucional argentino*, 1972, pp. 758 y ss.; Tagle Achaval, “Función política”, *La Ley*, vol. 148, p. 1323; Palacio, L. E., *El recurso extraordinario federal*, 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, n. 19, pp. 27 y ss.; Haro, R., “Las cuestiones políticas: ¿prudencia o evasión judicial?”, *Anales del cincuentenario*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1991, pp. 140 y ss. Una prolija síntesis del arduo debate en la doctrina argentina y las diversas posturas de los autores puede verse en Ziulu, A. G., *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1997, vol. I, pp. 113 y ss.

opiniones críticas ha merecido entre nosotros,<sup>44</sup> especialmente a propósito de su aplicación por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es lo cierto, sin embargo, que cualesquiera hayan sido los criterios que, en cada situación, signaron la doctrina de los tribunales, en cuanto al grado de sometimiento y consecuente restricción derivada de aquella doctrina, los embates contrapuestos y la puja por un mayor control de constitucionalidad de los actos de los poderes de gobierno encuentran siempre renovados apoyos.<sup>45</sup>

En este espinoso asunto, se hace menester centrar el análisis en cada régimen jurídico, sin que sea fructífero traer a colación criterios o doctrinas que abrevan en sistemas distintos, asentados en fundamentos diferentes. Los antecedentes del derecho público federal y local argentino, de inequívoca filiación estadounidense, excluyen de plano la tentación de cualquier mixtura con mecanismos que puedan encontrar sustento en regulaciones de inspiración continental-europea. La creación de un tribunal constitucional especializado o la sustitución del control difuso no parecen propuestas razonables viables, pues supondrían desandar sin rédito bastante un esquema conceptual que ha sido fructífero.<sup>46</sup> Quizá el mejor camino sea —tanto en lo federal como en las órbitas provinciales—, con los ajustes antes propiciados, el perfeccionamiento del control difuso,<sup>47</sup>

<sup>44</sup> Boffi Boggero, L. M., “Nuevamente sobre las llamadas cuestiones políticas”, *La Ley*, vol. 156, p. 1143; Vanossi, J. R., “Teoría constitucional”, *op. cit.*; “Tres meditaciones sobre el recurso extraordinario federal”, *El Derecho*, vol. 98, p. 811; Bidart Campos, G., *Derecho constitucional del poder*, Buenos Aires, Ediar, 1967, vol. II, p. 341; Sagüés, N. P., *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1993, vol. I, p. 232.

<sup>45</sup> El “gigantismo” de los poderes políticos en el Estado moderno conduce necesariamente, en paralelo, a un Poder Judicial igualmente “gigantesco”, como única forma de equilibrio (Cappelletti, M., “El formidable problema del control judicial”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1980, pp. 93 y 94).

<sup>46</sup> Carrió, G. R., “Nuestro sistema de control de constitucionalidad”, *La Ley*, 1990-C, p. 1050; Bianchi, A. B., *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, p. 106.

<sup>47</sup> El alcance de los efectos de las sentencias constitucionales y su expansión *erga omnes* en determinados supuestos, así como la vinculatoriedad aun en el esquema de control difuso y virtualidad para los casos concretos, ha sido replanteado recientemente. Berizonce, R. O., “Sobrecarga, misión institucional de los tribunales superiores y desahogo del sistema judicial”, *El papel de los tribunales superiores. Estudios en honor del Dr. Augusto M. Morello*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 433 y ss., especialmente pp. 441-467. La propia SCBA abordó la cuestión de los efectos vinculantes de sus sentencias en la acción declarativa de inconstitucionalidad en la causa 1-2162, del 23 de diciembre de 2003. Por mayoría resolvió ordenar al Poder Ejecutivo provincial, vencido en

con los tribunales superiores como garantes de la supremacía constitucional,<sup>48</sup> en función activa y con impulso acentuadamente creativo<sup>49</sup> bastante para asegurar, en cada circunstancia, la salvaguarda de los derechos fundamentales.<sup>50</sup>

El *self restraint* bien entendido seguirá siendo, a no dudarlo, el resguardo del sistema<sup>51</sup> que, si bien expandido para ampliar el control de

la causa, revise, derogue o modifique dentro de plazo perentorio las disposiciones reglamentarias invalidadas en el pronunciamiento, arbitrando los medios necesarios para poner fin a las situaciones de discriminación entre afiliados a la obra asistencial provincial.

En realidad, la expansión de los efectos de la sentencia constitucional en los ordenamientos de raíz estadounidense no constituye un fenómeno reciente ni aislado, pues se incluye en un movimiento de mayor envergadura, ya señalado por el maestro Fix-Zamudio, cual es el de la aproximación de los sistemas y el aprovechamiento recíproco de las ventajas comparativas de uno y otro (“Prólogo” a la obra de Cappelletti, M., *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987, p. 16).

<sup>48</sup> Barrancos y Vedia, F. N., “¿Un Tribunal Constitucional para la Argentina?”, *La Ley*, suplemento de Derecho Constitucional, 30 de abril de 2007.

<sup>49</sup> Respecto a la creatividad de la jurisprudencia constitucional, Jean Rivero ha señalado que “el dilema de la justicia constitucional de la libertad es que ha de ser intrépidamente creativa, si no será del todo irrelevante” (citado por Cappelletti, M., “Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente”, *Rivista Trim. di Diritto e Procedura Civile*, Milán, año XXXVI, núm. 3, septiembre de 1982, p. 780). Acerca del carácter “acentuadamente creativo” de la jurisprudencia constitucional, del mismo profesor de Florencia: *¿Giudici legislatori?*, Milán, 1984, p. 51.

La propia Corte de Buenos Aires se ha encargado de remarcar, en línea de pensamiento sustancialmente afin, que “la ley es pensamiento y voluntad del presente y no del pasado y ha de adaptarse a las relaciones nuevas o transformadas, hasta que en su virtud intrínseca de expansión no halle obstáculo en una voluntad manifiesta y contraria del precepto legislativo. Si este obstáculo no existe, y se facilita —por el contrario— el triunfo de una idea de justicia que constituye en la actualidad la aspiración de la conciencia jurídica común, no hay por qué mantener un criterio que, lejos de propender a ese fin, disminuye sin causa alguna la función reguladora del derecho” (SCBA, *Ac. y Sent.*, 1957-III, p. 171; 1958-V, p. 370; 1985-I, p. 30, voto del doctor Mercader).

<sup>50</sup> El derecho comparado ilustra elocuentemente que, en general, las transformaciones constitucionales se han debido, de hecho, más que a modificaciones formales, a la virtualidad de la *interpretación* realista y funcional de los viejos preceptos estampados en las cartas fundamentales (*cf.* Fix-Zamudio, H., “Estado social de derecho y cambio constitucional”, *Memoria del Tercer Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, 1983). En el mismo sentido: Quiroga Lavié, H., “Los cambios constitucionales a través de la costumbre y la jurisprudencia”, *Los cambios constitucionales*, México, 1977, pp. 126 y 127.

<sup>51</sup> Oyhanarte, J., “Cuestiones no justiciables”, *op. cit.*, nota 43, p. 143; Haro, R., *op. cit.*, nota 43.

*razonabilidad* de los actos de los otros poderes del gobierno, servirá siempre a la medida y ponderación que exige, por su propia naturaleza, la tan delicada misión confiada al Poder Judicial. El desafío es siempre el mismo: articular un mecanismo de *checks and balances*<sup>52</sup> a la medida de nuestras circunstancias y en función de las necesidades de los tiempos que corren; y ello está, también desde siempre, confiado exclusivamente a la inteligencia y sentido común de los hombres de derecho.

<sup>52</sup> *Checks and balances* significa —como subraya Cappelletti— que cuanto más fuerte es un poder, tanto más fuerte devienen también los demás, en cuanto todos y cada uno de ellos están controlados por los demás y los controlan (“El Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1982, p. 15).