

LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LA ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA: EXPLICACIÓN NECESARIA DE SUS DIFERENCIAS

Laura PERUGINI

Desde ya, me adelanto a afirmar que *solicitar la inconstitucionalidad de una norma* como objeto principal *en el marco de una acción meramente declarativa de certeza*, revela una evidente confusión de las vías procesales y ello me lleva a precisar la diferencia que existe entre la acción meramente declarativa de certeza (en adelante: acción declarativa de certeza o ADC) y la acción declarativa de inconstitucionalidad (en adelante: ADI).

Es que la ADC y la ADI son cauces procesales diversos para albergar pretensiones diferentes. Los requisitos de admisibilidad son diferentes en tanto responden a dos sistemas de “control de constitucionalidad” distintos: el sistema de control difuso y el sistema de control concentrado.

1.a) La acción declarativa de certeza

Con respecto a la modalidad y régimen jurídico de la acción meramente declarativa, recuerdo que *el objeto de la acción meramente declarativa* es, conforme el art. 277 CCAyT de la CABA (ley 189): 1) Eliminar la situación de incertidumbre *perjudicial*, 2) Sobre el *derecho* de las partes o sobre una *relación jurídica concreta* que las una. No se admite la incertidumbre sobre hechos, 3) Si la falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual, siendo lo que debe ser actual el “estado de incertidumbre” de que se me produzca una lesión, 4) Con el obtener “directa y únicamente” la declaración del Poder Judicial de que existe un derecho del actor o de que no existe un derecho del demandado, 5) Y siempre que no haya otro medio para ponerle término inmediatamente.

Todo esto dado que, si la lesión se hubiere concretado, el actor o persona dispondría de las vías normales tendientes a lograr una sentencia de condena. No es el caso de la ADC.

Cabe recordar que, como sostiene CHIOVENDA, la acción declarativa de certeza es “aquella figura general de acción y de sentencia con la que el actor que la propone o la invoca tiende exclusivamente a

procurarse la certeza jurídica, frente a un estado de falta de certeza que le es perjudicial, pidiendo a tal objeto que se declare existente un derecho suyo o inexistente el derecho ajeno (declaración positiva o negativa), con la independencia de la efectiva realización, de la condena, de la ejecución forzada”¹.

Este rol preventivo ha sido también destacado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que señaló que la acción declarativa de certeza no requiere la existencia de un daño consumado en resguardo de los derechos y tiene, eminentemente, naturaleza preventiva².

Así la Jurisdicción está llamada a intervenir *antes* de que efectivamente se lesionen los mismos.

El rasgo esencial de estas pretensiones es su *naturaleza preventiva* y no requerir la existencia de un daño consumado, así en los casos en que se plantea debidamente: no se impugna un hecho o un acto *jurídico* (administrativo) y en estas clases de acciones el acceso a la Jurisdicción debe considerarse inmediatamente expedito.

Asimismo, la incertidumbre invocada debe versar sobre una relación jurídica concreta y no referida a una cuestión académica o declaración abstracta. En este sentido, ya se expidió el más Alto Tribunal sosteniendo que la declaración de certeza debe responder a un “caso” donde se busca precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal. Constituye causa en los términos del artículo 116 de la Ley Fundamental que dice que corresponde a la Corte Suprema el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, leyes de la Nación, Tratados, etc.³.

Por su parte, la acción meramente declarativa que ha previsto el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (ley 189) en el artículo 277 es similar a la legislada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en el artículo 322

1 CHIOVENDA, Guisepe, “Acciones y sentencias de declaración de mera certeza”, traducido por Santiago SENTÍS MELENDO, en Revista de Derecho Procesal, Año V, primera parte, pág. 554.

2 CSJN, fallo del 18-10-87, ED 131-353 y SALGADO y VERDAGUER, *Juicio de Amparo y acción de inconstitucionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2002, 2ª ed., pág. 399.

3 Conf. “Empresa Distribuidora Sur Sociedad Anónima v. Prov. de Buenos Aires y otro”, 22-5-97, *Fallos*, 320:1093; 310:606; 311:421 y 1835, entre otros.

y su objeto es hacer cesar un estado de incertidumbre que causa un perjuicio con relación a la existencia, el alcance y modalidades de una relación jurídica, y establecer su certeza ⁴.

Y, finalmente, corresponde aclarar que, si en el marco de la ADC se intenta el control de constitucionalidad porque el actor manifiesta que la incertidumbre sobre la aplicación del derecho o la existencia de la relación jurídica tiene como base una norma inconstitucional, habrá “caso judicial” y debe ponerse en marcha el control difuso establecido en el art. 106 CCABA ⁵.

Así, al impugnar un acto se podrá plantear, como cuestión accesorias, la inconstitucionalidad de la norma que, al haber sido ya aplicada, causó una lesión concreta.

De acuerdo a lo expuesto, cabe concluir que no por existir una lesión que se considera inconstitucional puede plantearse una acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el artículo 113 inc. 2 CCABA, porque su modalidad y régimen jurídico, que a continuación se describen, son sustancialmente distintos.

Al respecto, resulta esclarecedor recordar la definición del Maestro Germán BIDART CAMPOS, quien dijo: “No cualquier acción apta para incorporar una cuestión constitucional al proceso es acción de inconstitucionalidad; para que lo sea es menester que el objeto primario de la acción sea el control mismo; cuando el objeto de la acción es otro distinto, la acción no es de inconstitucionalidad, aunque con

4 Artículo 322 CPCC: “Acción Meramente Declarativa. Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidad de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente...”. Artículo 277 del CCAyT de CABA: “Puede deducirse demanda que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidad de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al/la actor/a y éste/a no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente”.

5 Art. 106 CCABA: “Corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esa Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales...”.

esa acción de objeto diferente se introduzca ‘incidentalmente’ en el proceso la cuestión constitucional conexas”⁶.

1.b) La ADC, conforme la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires

Si bien, a lo largo de estos años, el TSJ ha explicado en sus precedentes las características del instituto en examen, el voto en la sentencia que se cita seguidamente, resume, a mi criterio, cómo debe ser utilizado.

En autos “GCBA s. Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asociación Argentina de Agencias de Publicidad c/GCBA s/Impugnación de actos administrativos”⁷, sin perjuicio de cuál fue el objeto de la demanda, debe, sin duda, destacarse el voto del Dr. Luis F. Lozano quién adocina, claramente, sobre el tema en estudio.

Allí explicó, entre otras cuestiones, que: “...las acciones determinativas de derechos (vgr. art. 277 del CCayT) pueden incluir un planteo incidental de inconstitucionalidad pero, siempre requieren un vínculo jurídico (relación jurídica) cuya existencia, modalidad o alcance definirá la sentencia. Esto último, de la no declaración de inconstitucionalidad, constituye el objeto de la demanda....La demanda de autos no puso a consideración de los jueces de mérito ninguna relación jurídica..., en cambio solicitó la declaración de inconstitucionalidad de una norma para una categoría de relaciones jurídicas hipotéticas. Una acción declarativa de certeza desvinculada de relaciones jurídicas concretas es inadmisibles como objeto de una causa” (el destacado no es original).

El voto transcrito parcialmente, no permite dudar del correcto funcionamiento del instituto de la Acción Declarativa de Certeza; sin embargo, la lección continúa y nos despeja aun más cualquier incertidumbre sobre la cuestión.

El Ministro también sostuvo: “La acción de certeza opera, en el sistema, como un proceso subsidiario y exige demostrar la inexistencia o ineficacia de los cauces legales específicos, como en el caso, los dispuestos por el CF. Una solución contraria permitiría, en lo que

6 Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., “La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional”, pág. 200, Ediar, Buenos Aires.

7 “Asociación Argentina de Publicidad”, del TSJ, del 21-3-2007.

ahora importa, sortear el procedimiento fiscal, eliminado en la práctica las previsiones legales al respecto sin que haya sido planteada su inconstitucionalidad...”. Esta última consideración contribuye a avalar el razonamiento expuesto anteriormente, en cuanto a que “si la lesión se hubiere concretado, el actor dispondría de las vías normales tendientes a lograr una sentencia de condena; no siendo el caso de la ADC”.

2. La acción declarativa de inconstitucionalidad

En la Ciudad de Buenos Aires, para la impugnación constitucional de leyes y normas de alcance general, se ha previsto específicamente la acción declarativa de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia que surge del artículo 113 CCABA y de la ley 402⁸.

8 CCABA, artículo 113.- Es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer: 1. Originaria y exclusivamente en los conflictos entre los Poderes de la Ciudad y en las demandas que promueva la Auditoría General de la Ciudad de acuerdo a lo que autoriza esta Constitución. 2. Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior. 3. Por vía de recursos de inconstitucionalidad, en todos los casos que versen sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en esta Constitución. 4. En los casos de privación, denegación o retardo injustificado de justicia y en los recursos de queja por denegación de recurso. 5. En instancia ordinaria de apelación en las causas en que la Ciudad sea parte, cuando el monto reclamado sea superior al que establezca la ley. 6. Originariamente en materia electoral y de partidos políticos. Una ley podrá crear un tribunal electoral en cuyo caso el Tribunal Superior actuará por vía de apelación”. Ley 402 (publicada el 17-7-2000) II -Acción Declarativa de Inconstitucionalidad. Procedencia. Art. 17- “La acción declarativa de inconstitucionalidad tiene por exclusivo objeto el análisis de la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, anteriores o posteriores a la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para determinar si son contrarias a esa constitución o a la Constitución Nacional”.

Tal como sostuvo el Tribunal Superior de Justicia, *la acción declarativa de inconstitucionalidad es un instituto local novedoso imposible de asimilar a los establecidos en el ámbito nacional*.

En efecto, en el precedente “Farkas, Roberto y otro c. GCBA s. Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”⁹, si bien anterior al dictado de la ley 402, el Tribunal Superior de Justicia estableció, con precisión, que la acción prevista en el art. 113 inc. 2 de la Constitución local no es asimilable a ningún instituto del orden nacional; de este modo estableció una diferencia sustancial entre esta acción y la meramente declarativa del 322 CPCC.

Al respecto, también allí sostuvo: “Esta acción directa de inconstitucionalidad prevista en el artículo 113 inc. 2º de la CCABA, de competencia exclusiva del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, tiene por único objeto impugnar la validez de una norma de carácter general emanada de autoridades locales por ser contraria a la Constitución Nacional o a la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y, que, en caso de que aquel Tribunal admita la falta de adecuación de la norma a los preceptos constitucionales, perderá vigencia”.

Asimismo, el TSJ en “Massalin Particulares”¹⁰, afirmó que “la acción declarativa de inconstitucionalidad no es la vía idónea para impugnar actos concretos de aplicación de normas cuya constitucionalidad se cuestiona, ni para obtener la declaración de certeza que se invoca sobre la base del art. 322 del CPCC (art. 277 del CCAYT)...”.

A esta altura de la explicación, podemos esclarecer que *a través de una ADC no se puede pedir solamente una inconstitucionalidad de una norma, y por ADI no se puede pedir una declaración de certeza sobre cierta incertidumbre de inconstitucionalidad*.

El control de constitucionalidad de las ADI se encuentra exclusivamente orientado a objetar normas de carácter general que se consideren contrarias a principios constitucionales “...y no a obtener un pronunciamiento judicial respecto de la idoneidad jurídica de los actos por los que aquéllas fueran directamente aplicadas al accionante”¹¹.

Por el contrario, si la declaración de inconstitucionalidad se persigue junto con otra pretensión, corresponde tener en cuenta los pre-

9 Fallo del Tribunal Superior de Justicia del 12-2-99.

10 “Massalin Particulares SA c. GCBA s. Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, del TSJ 5-5-99.

11 “Massalin”, ya citado.

supuestos formales que admiten la procedencia de la acción elegida para encausar la pretensión principal. Así, si se trata de una impugnación de un acto administrativo o de un acto de alcance general deberá cumplirse con lo establecido en el artículo 3º del CCAyT¹² a los efectos de ejercer la acción contenciosa administrativa, siendo, por lo demás, otra vía apta la acción de amparo, siempre que el magistrado no ordene reconducirla en los términos del art. 6 de la ley 2145 de la CABA¹³.

Así, podrá iniciarse una acción de amparo o una acción ordinaria de impugnación de acto administrativo individual o general, en las cuales se persiga la inconstitucionalidad de las normas atacadas, correspondiendo, sin embargo, en todos los casos, verificar los presupuestos de admisibilidad formal y -cuando corresponda- habilitación de la instancia, tal como sostuve en el párrafo anterior.

La ADI, conforme la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires

A partir de la jurisprudencia que el propio TSJ diseñó antes y después del dictado de la ley 402 y que le dio, también, marco nor-

12 Ley 189, Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Art. 3: “De las Condiciones de Ejercicio. Es condición de ejercicio de la acción contencioso administrativa: 1) Cuando se trate de actos administrativos de alcance particular definitivos o equiparables, dictados de oficio o a petición de parte; es necesario el agotamiento de la instancia administrativa por medio de las vías recursivas pertinentes; 2) Cuando se trata de actos administrativos de alcance general, es necesario el agotamiento de la instancia administrativa por medio de reclamo, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 8º de este código; 3) Cuando se trate de actos administrativos de alcance general a los que se le haya dado aplicación mediante actos administrativos definitivos o equiparables, es necesario el agotamiento de la instancia administrativa por medio de las vías recursivas pertinentes; 4) La impugnación de reglamentos o actos administrativos de alcance general por vía de actos de aplicación particular, no habilita la revisión de actos de aplicación anterior no impugnados administrativa o judicialmente”.

13 Ley 2145, BOCBA N° 2603 del 12-1-07. Comenzó a regir en la CABA el 12-2-07. Art. 6: “Reconducción de la acción. Cuando la acción pueda tramitar por las normas de otro tipo de proceso, dentro del mismo plazo indicado en el artículo precedente, el/la Juez/a está facultado a ordenar reconducir el trámite en el plazo de diez (10) días. Si la parte no adecuase su demanda en ese término, el/la Juez/a ordenará el archivo inmediato de las actuaciones”.

mativo a las ADI, se pueden poner de resalto los siguientes fallos importantes, además de los ya citados “Farkas” y “Massalín”.

En “Ortiz Basualdo Susana Mercedes y otra c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Acción declarativa de inconstitucionalidad”¹⁴ el Tribunal puso de resalto que el control abstracto de constitucionalidad se encuentra, entonces, exclusivamente orientado a objetar normas de carácter general que se consideren contrarias a principios y preceptos establecidos en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Constitución Nacional y *no a obtener un pronunciamiento judicial respecto de la idoneidad jurídica de los actos por los que aquéllas fueran directamente aplicadas al accionante*.

La distinción hecha, en forma unánime, en la aludida causa “Massalín”, *deja fuera* del marco de actuación de la acción de inconstitucionalidad del artículo 113, inciso 2º de la Constitución de la Ciudad, *las situaciones en las cuales se debate la aplicación concreta de una norma*.

Otro precedente: “Blanco Susana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Acción declarativa de inconstitucionalidad”¹⁵. Aquí, se señaló que las ADI no permiten impugnar actos concretos de aplicación como, por ejemplo, son las determinaciones de deuda e intenciones de pago efectuadas por la Dirección General de Rentas o aquéllos que determinan la categoría asignada a un inmueble, todos actos que carecen de “carácter normativo de alcance general” de manera evidente; se afirmó que se debe cuestionar norma de carácter general y no que supongan el reconocimiento de situaciones jurídicas particularizadas.

Al respecto, el Dr. MAIER, con posterioridad al caso “Blanco”, echó aun más luz diciendo: “...aun cuando la titularidad de derechos subjetivos o intereses personales legítimos, conculcados por la norma atacada, no es un requisito para entablar el proceso del artículo 113, inc. 2, CCBA, tampoco su presencia es un impedimento que ocluya esa posibilidad cuando la pretensión se circunscribe a requerir el control abstracto sobre la validez constitucional de normas locales de carácter general. Los sujetos legitimados por la ley para demandar en los términos del art. 113, inc. 2, CCBA no necesitan invocar

14 “Ortiz Basualdo”, TSJ del 4-6-99.

15 “Blanco, Susana”, TSJ del 4-6-99.

la existencia de derechos o intereses afectados por la norma cuya inconstitucionalidad persiguen. Tal liberalidad no impide que los titulares de situaciones jurídicas tuteladas por el ordenamiento utilicen ese cauce, aun en coexistencia con otras vías procesales, respetando en cada supuesto los requisitos de impugnabilidad propios de cada proceso, pues ellas no son excluyentes...”¹⁶.

Por último, para cerrar esta idea, debo destacar la afirmación del Dr. LOZANO en otro fallo, donde sostuvo: “...quien promueve una ADI obra, en primer término, en interés de la ley; eventualmente puede pertenecer al universo de potenciales afectados”¹⁷. El término empleado “eventualmente” traduce, sin lugar a dudas, la necesidad de inexistencia de caso concreto de aplicación de la norma y, por ende, un perjuicio actual.

3. Conclusión respecto de la utilización de estos dos institutos en la Ciudad de Buenos Aires

Resulta, entonces, didáctico concluir esta descripción de los institutos reseñados mostrando, en la práctica, cómo debe aplicarse cada uno de ellos. Veamos dos casos ejemplificativos:

*** CASO 1**

Objeto del juicio: Se inicia una Acción Meramente Declarativa por el 277 del CCAyT “*con el fin de que se declare la inconstitucionalidad de la reglamentación de la ley 2222 y se deje sin efecto toda intimación a cumplir con las obligaciones que surgen de dicha ley*” (se deja constancia de que el número de la ley ha sido elegido al azar y para el ejemplo indicado).

Aquí, sería como una Acción Meramente Declarativa de Inconstitucionalidad. Sin embargo, no resulta ser ni una cosa ni la otra. *En verdad, se trata de impugnar un reglamento*, dado que no se dan los requisitos del 277 CCAyT de la CABA, porque no trata de despejar estado de incertidumbre, ni es una acción declarativa de inconstitucionalidad -ADI- que permita el control abstracto de constitucionalidad.

*** CASO 2**

16 “*Leibinsein, Perla Aída y otros c. GCBA s. Acción Declarativa de Inconstitucionalidad*”, Expte. 2533/03, 19-11-2003.

17 “*Federación de Cámaras de Lavaderos de Ropa c. GCBA s. Acción meramente declarativa (art. 277 CCAyT)*”, voto del Dr. Luis Lozano, 15-6-05.

Objeto del juicio: El actor inicia una acción meramente declarativa por el 277 CCAyT de la CABA (similar al texto del artículo 322 del CPCC), con el objeto de obtener una *declaración de certeza sobre la aplicación o no de un régimen jurídico* y, por ende, despejar el estado de incertidumbre sobre el cumplimiento o no de una determinada obligación, por ser inconstitucional. (En el caso, y a modo de ejemplo que no se condice con la realidad, se trataría del régimen jurídico instaurado en el art. 22 del decreto 4444/09 que establece que los ingenieros que obtuvieron su título profesional en el ámbito de la CABA, deben abonar un arancel para validar su título ante la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro).

El objeto de la acción es obtener un pronunciamiento hábil de la jurisdicción que permita despejar la incertidumbre. Y, en los términos en los cuales se planteó la pretensión, la acción es procedente si reúne los requisitos de la Acción Declarativa Certeza, artículo 277 CCAyT de la CABA, que ahora veremos.

Teniendo en cuenta los casos 1 y 2 puede observarse que, según lo explicado, *en el Caso 1, no existe incertidumbre* en la relación jurídica o respecto de un acto o hecho jurídico que torne necesaria o procedente una acción de certeza, en tanto lo que ocurre es que el actor no acepta la norma reglamentaria porque desconoce su constitucionalidad. *La lesión ya existe:* no hay falta de certeza atento que la reglamentación que cuestiono ya ha sido aplicada mediante un acto que, por cuestionarlo, debo *impugnarlo* sorteando primero los requisitos de habilitación de la instancia establecidos en el artículo 3º de CCAyT de la CABA (ver *supra*, nota 13). En este sentido, el artículo 3º inciso 2º del CCAyT establece que: “Es condición de ejercicio de la acción contencioso administrativa:...2) Cuando se trata de actos administrativos de alcance general, es necesario el agotamiento de la instancia administrativa por medio del reclamo, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 8º de este código”.

Tampoco resulta ser una ADI atento que, *precisamente en las ADI no debe haber* principio de ejecución del acto que considero tiene base en una norma inconstitucional y, en el CASO 1 hay caso concreto de aplicación de un reglamento.

En el CASO 2, al contrario, existe incertidumbre sobre la aplicación de una norma, y ello habilita a encausar la pretensión a través del artículo 277 del CCAyT de la CABA. Es que el objeto de la acción es obtener un pronunciamiento hábil de la jurisdicción que permita despejar la incertidumbre. Y, en estos términos, la acción

planteada, si reúne los requisitos del artículo 277 CCAyT -ya descripto- resulta, totalmente, procedente.

4. Conclusión

El análisis de la “Acción Declarativa de Certeza” y de la “Acción Declarativa de Inconstitucionalidad” en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la demostración posterior mediante su aplicación en casos concretos permite, a mi criterio, aclarar para qué sirve cada uno de ellos y cómo deben ser correctamente utilizados. La referencia legislativa y jurisprudencial sobre su regulación normativa permite, así, comparar su tratamiento y advertir que los conflictos que se plantean ante los estrados judiciales deben ser resueltos teniendo en cuenta que son institutos claramente diferentes, cuestión que no debemos perder de vista al considerar las pretensiones planteadas en las causas judiciales.