

La inconstitucionalidad en el régimen federal. Acción. Recurso. Vía directa. Evolución jurisprudencial. Estado actual.

Autora

Moyano Vargas, Nancy Carolina

Joven Graduada UBA

I. INTRODUCCIÓN: Sistemáticamente, y a mero modo introductorio, se puede decir, que el control constitucional ¹, se presenta en cinco fases; la primera faz, responde a determinar, qué órgano del Estado, llevará a cabo dicho control ²; la segunda, responde a determinar si el control debe hacerse sobre una causa (control concreto), o si se hará sobre la letra de la ley misma, ello es, con prescindencia de una controversia originada en cuestiones fácticas (control abstracto); la tercera, responde a determinar si el mismo, puede/debe ser hecho por vía de acción o de recurso, (al cual llamaremos, control directo o indirecto, respectivamente); la cuarta, establecerá si dicho control podrá emanar de oficio (sin mediar solicitud de parte interesada en la declaración) o si por el contrario, deberá efectuarse únicamente a pedido de parte interesada ³; la quinta, determinará los efectos del control, al momento en que el órgano competente para ejercerlo se

¹ Respecto del control constitucional, ejercido en Argentina, a través de su Poder Judicial, Alberdi ya recordaba una importante premisa sobre la cuestión: “La ley, la Constitución, el gobierno, son palabras vacías, si no se reducen a los hechos por la mano del juez, que, en último resultado, es quien los hace realidad o mentira” (ALBERDI, Juan Bautista; “Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina”; Cap. XVI, Buenos Aires, Argentina). Así, de las palabras de Alberdi se extrae claramente, que la función del control de constitucionalidad, la cual hace a su concepto, resulta ejercer el control del adecuado resguardo, de las normas constitucionales sobre los actos u omisiones, ora de los otros Poderes del Estado, ora de los particulares.

Resulta interesante en este momento preliminar del trabajo, traer las siguientes palabras, las cuales no dejan más que concebirse con el espíritu que ha hecho emanar las que preceden: “Sólo donde no hay soberano puede haber derechos humanos como derechos. En el absolutismo sólo había derechos humanos en la idea, no en realidad, en la filosofía, no en el derecho” (...) “Por eso la historia de los derechos humanos transcurre en forma paralela a la historia del Estado constitucional. La historia de los derechos humanos y la del Estado Constitucional forman una unidad indivisible. Los derechos humanos ponen condiciones y límites a aquél que tiene la competencia de crear y modificar el derecho y niegan el poder de violar el derecho.” (KRIELE, Martin, “Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático” -idioma original: alemán; Traductor: Bulygin, Eugenio-; pág. 159; Edit. Depalma; Edic. 1980; Buenos Aires, Argentina).

Sobre el control constitucional, MANUEL GARCÍA en 1865 decía (se transcribe textualmente en castellano antiguo): “Limitar los exesos del poder legislativo por medio de la constitucion, crear un árbitro independiente, ilustrado é imparcial dotado de la atribucion de interpretar la ley, y de su exclusiva aplicación en los casos litigiosos, era por cierto hallar la incógnita de un gran problema social, era descubrir el secreto de conservar el orden sin recurrir al peligroso fallo de las armas (GARCIA, Manuel, “Estudios sobre la Justicia Federal Americana”, Sección DERECHO, de la REVISTA DE BUENOS AIRES, Edición 1868, Imprenta de Mayo, Buenos Aires, Argentina). Estas palabras demuestran que recordar el caso “Marbury v. Madison”, como hito comparativo del control constitucional, es meramente ilustrativo, dado que la cuestión ya había sido suficientemente aprehendida en nuestro país, desde la segunda mitad de 1800.

² Respondiendo a esta primer faz, relativa al órgano que ejercerá el control, hallamos tres tipos o especies, a saber: (i) concentrado, (ii) difuso o (iii) mixto. El sistema concentrado, de origen europeo (FERNANDEZ RODRIGUEZ J., *Typologie dispositifs des décisions des tours constitutionales*, *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, Brussels, 1998, p.333, cit.Rev.Inv Dcho.Comp., 1999), otorga esta facultad-deber (el control constitucional), a un órgano creado a estos efectos, comúnmente denominado, Tribunal Constitucional, el cual puede funcionar en el ámbito del Poder Judicial (por ejemplo, Colombia presente este tipo de control, integrando su Tribunal Constitucional, lo que denominan la Rama Judicial), o hasta puede que se halle en manos de otro poder o de un órgano extra poder. En Argentina, vemos que dicho control lo lleva a cabo el Poder Judicial.

Por su parte, el sistema de control difuso, es el que presenta Argentina en su esfera Federal, o los Estados Unidos de América, mediante el cual, todo tribunal, tenga la jerarquía que tenga, está llamado a ejercer/cumplir (denominado allí “judicial review”, conforme lo dispone su Constitución el art. 3, apartado 2).

Luego, tenemos el caso del control mixto en aquellas jurisdicciones, donde si bien todos los tribunales están llamados a ejercer esta potestad/cumplir con este deber (como acontece en la categoría anterior – ello es, concentrado -), existen determinadas acciones o derechos, taxativamente enumerados por ley, que se hallan exclusivamente reservados, al control de un Tribunal Supremo de la jurisdicción de que se trate (por ejemplo, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)

³ Se considera que el control de constitucionalidad en el orden federal, debe ser requerido, no admitiéndose dicho control de oficio, conforme se entiende lo preceptúa el art. 2:ley 27 (“La Justicia Nacional (...) Nunca procede de oficio (...)), norma que tiene como antecedente, los arts. 3 y 7 de la ley 182 de la

expida sobre la inconstitucionalidad de la norma de que se trate, en cuanto a si esta declaración de inconstitucionalidad tendrá únicamente efectos entre aquellas partes donde se ha suscitado la cuestión relativa a la inconstitucionalidad (*inter partes*), o *erga omnes*, en el sentido de que la declaración de inconstitucionalidad producirá su derogación “para todos” (y no únicamente respecto de las partes entre quienes se suscitare la controversia a su respecto).

Así, en el orden federal, el control es: difuso, concreto e indirecto, a pedido de parte y con efectos *inter partes* ⁴

De este modo, actualmente tenemos que el control por vía de acción (a la cual llamaremos indistintamente, vía de acción o vía directa) es susceptible de ser requerido, a través de la acción de amparo, reglada por la ley 16.986, o mediante la acción meramente declarativa de certeza, reglada a través del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y la ley 27. Pero ésto, ello es, que dicho control también se lleva a cabo por vía de acción, no siempre se ha considerado que ha sido así; de hecho, no más de cuatro décadas atrás, dicho control de tipo directo, pues se consideraba como inexistente a nivel federal, o mínimamente, fuertemente débil, quedando entonces limitado a la vía de excepción o incidental, y recursiva.

A su vez, el control se ejerce, previa petición de parte interesada (ver nota al pie 3), por vía de recurso (a la cual llamaremos indistintamente, recurso o vía indirecta), y en última instancia, mediante el recurso extraordinario federal, reglado por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el art. 14 de la ley 48, en el cual intervendrá para resolverlo la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, indistintamente: la Corte, nuestro Máximo Tribunal, o CJSN), habiéndose ejercido por vía de recurso, también ante la CSJN y que no se halla reglado por ley específica, cual es el denominado “per saltum”.

Confederación Argentina (1858), y respecto de la cual en su debate parlamentario, ya se perfilaba la norma antes vista, en los siguientes términos: “Los jueces federales están revestidos por la Constitución de un gran poder político en el ejercicio de sus funciones oficiales; cuyo poder emana del derecho que tienen de fundar sus fallos en la Constitución con preferencia a las leyes, o en otros términos, de no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales, y de juzgar también de la constitucionalidad de los actos gubernamentales tanto que ellos den lugar a un proceso hiriendo algún interés y que el individuo o parte perjudicada invoque la acción de los tribunales. (Cámara de Senadores, p. 222), y refiriéndose entonces a que los tribunales Federales: “Conservan por fin el tercer carácter peculiar de todo Poder Judicial que consiste en no poder obrar sino cuando se le invoca o es requerido (...) Ellos no irán jamás espontáneamente y por sí mismos a perseguir al criminal, a buscar la injusticia o a indagar y examinar los hechos. Si así obrasen, desnaturalizarían sus carácter pasivo, tomando una iniciativa que no deben tener y constituyéndose en censores de las leyes y de los actos (Cámara de Diputados, cit. Ministro de Justicia del Campillo, p. 512); citas extraídas del trabajo de PEREZ GUILHOU, Dardo, “Primer Debate sobre el Control Jurisdiccional de Constitucionalidad (1857-1858)”; *Revista de Historia del Derecho*, N° 10, pág. 147, 1982, Buenos Aires, Argentina.

Es destacable, y moviéndonos a lo largo de casi un siglo y medio de historia, el proyecto de Ley D-6052-03 (Proyecto de Ley Orgánica del Procedimiento ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, reproducido por Expte 1108-D-05), cuya autoría corresponde al Dr. VANOSI, y que viene a modificar sustancialmente el actual esquema de la ley 27, el cual establece en su art. 1º: “Sustitúyese el artículo 3º de la ley 27 por el siguiente texto ‘Uno de sus objetos es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición que esté en oposición con ello. Este control de constitucionalidad debe ejercerse aún sin petición de parte interesada (...)’ y en su artículo 2º, establece los supuestos en los cuales será procedente la declaración de constitucionalidad de oficio.

⁴ Deviene aquí en propicio, y en aras de centrar las premisas a estudiar seguidamente, antes de introducirnos en el objeto de la presente, citar al maestro de siempre, BIDART CAMPOS, quien en cuanto a las directrices del control a nivel Federal, señala: “Recordamos que en nuestro derecho constitucional (en el orden federal), el control de constitucionalidad se gobierna a tenor de las siguientes pautas: a) el sistema vigente, en cuanto al *órgano* jurisdiccional que controla, es *jurisdiccional difuso*; o sea, está a cargo de todos o de cualquiera de los jueces; b) sólo se ejerce en *causa judicial*; c) conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema, existe la *vía indirecta, incidental o de excepción* y, con ciertas modalidades, la *directa* por acciones de inconstitucionalidad, pero excluida la acción declarativa de inconstitucionalidad pura; d) como principio, es necesario que en la causa judicial exista *petición de parte* interesada que proponga la cuestión constitucional y postule la declaración de inconstitucionalidad; e) el *efecto* de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad se limita al *caso resuelto*, o sea es, “*inter partes*” (sin perjuicio de la ejemplaridad que puede investir una sentencia modelo, especialmente de la Corte Suprema; f) no se controla la constitucionalidad cuando el caso comporta una *cuestión política* no judicial” (BIDART CAMPOS, Germán; “*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*”; Tomo II, pág. 485; Edit. Ediar; Edic. 1993; Buenos Aires; Argentina)

De cualquier modo, nunca debe olvidarse que al resultar el control constitucional de tipo “difuso”, las anteriores Instancias, también se avocarán a dicho control, si ello les fuere requerido (ver nota al pie 3), no obstante lo cual, y esto tampoco debe olvidarse, en materia federal, el último intérprete de la Constitución Nacional será la CSJN, motivo por el cual, el estudio jurisprudencial de la presente ponencia, se centrará en las sentencias emanadas de la misma.

II. LA INEXISTENCIA DE VÍA DIRECTA PARA EL EJERCICIO DEL CONTROL DE

CONSTITUCIONALIDAD: Es este entonces el momento, de comenzar así, a tratar el control por vía directa, recordando que originalmente, no existía en la forma en que hoy se lo conoce, (o ni siquiera existía), en razón de los lineamientos a su respecto establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II. II. La Acción Declarativa de Inconstitucionalidad: su inadmisibilidad: De hecho, resultaba y resulta no menos que calificable por la doctrina, como de forma categórica, aquella visión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de los años 60, al resolver “Que como esta Corte ha tenido ocasión reciente de reiterar, no existe, en el orden nacional, acción declarativa de inconstitucionalidad (...)”⁵, reiterando ello, en autos “Ruíz Antonio M. y otros c. Gobierno Nacional”⁶

Entiende sin embargo esta autora, que si bien en tal precedente, la Corte, comienza su fallo concluyendo en tamaña derivación (“no existe en el orden nacional acción declarativa de inconstitucionalidad”) - luego de fallar en anteriores precedentes en igual sentido y continuar haciéndolo en otros subsiguientes (negando la acción directa de inconstitucionalidad)⁷ - seguidamente, en el primer precedente antes citado, la Corte prosigue, casi demostrando una morigeración de tipo tácita, a tal dogma, al indicar sin embargo : “Que esta doctrina excluye obviamente el control judicial directo de la constitucionalidad de las leyes y otros actos de las autoridades, concebido como procedimiento destinado a la simple invalidación de la norma o acto impugnado. Supone por el contrario, que el análisis judicial de la constitucionalidad de tales normas o actos ocurra como aspecto de un litigio común y como medida tendiente a superar el obstáculo que deriva de

⁵ CSJN, 26.06.63, Banco Hipotecario Nacional c. Provincia de Córdoba, LL, 112-558

⁶ CSJN, 23.08.63, Ruíz Antonio M. y otros c. Gobierno Nacional, LL, 112-560.

Tan categórica resultó aquella conclusión a la cual arribó la Corte, que el doctrinario que comentase sendos fallos en la Revista Jurídica LA LEY, expusiera por esos entonces, con inocultable disconformidad: “Este caso contribuye a demostrar que no obstante la aplicación de las reglas legales y jurisprudenciales del recurso extraordinario, durante un siglo casi, se producen todavía cuestiones no explicables de esta materia” y continuase afirmando, en abierta disidencia con el postulado sentado por la Corte: “En lo que respecta a la acción declarativa debe aclararse: 1º) Que la inconstitucionalidad de una norma o acto justiciable por esa causa, puede demandarse por acción y argüirse por excepción” (NERVA”, “Acción declarativa de inconstitucionalidad en el orden nacional”, LL, 112-557)

⁷ Así, en el caso *in re* “Aserradero Clipper, S.R.L” (1961) – donde la actora había tenido sentencia favorable tanto en Primera como en Segunda Instancia - , se resolvió que: “La decisión judicial que estima posible prescindir del pago previo de los recargos aduaneros cuestionados y establecidos en el decreto 11.918/58, [incluso] en casos excepcionales en los que la ilegitimidad manifiesta del gravamen haría posible su impugnación, importa una profunda alteración del régimen vigente desde la sanción de la ley 27 art. 2º, con arreglo al cual no existe en el orden nacional acción declarativa de inconstitucionalidad (Fallos: 249:221); Asimismo, en autos “Traversa Conrado s/ recurso de amparo” (07.04.61), se dispuso que “El aludido juzgamiento de inconstitucionalidad no es posible, en principio, dentro del un trámite excepcional y sumarísimo como el de autos, en atención a la Jurisprudencia de esta Corte sobre las limitaciones que son inherentes al juicio de amparo” (en este último caso, expidiéndose en el marco de una acción de amparo). Por su parte en el caso “Unión Cívica Radical del Pueblo”, dispuso la indisponibilidad de la vía de amparo u acción meramente declarativa, resolviendo: “La acción de amparo no importa la subversión del orden constitucional vigente. Es por ello que no sólo no convierte en justiciables las causas que no lo son, como las electorales y políticas, sino que tampoco autoriza la admisión de una acción declarativa de inconstitucionalidad, que no existe en materia federal (Voto del Doctor Esteban Imaz)”; finalmente, podemos citar también el caso “Compañía Azucarera Concepción S.A. c/ Nación” (ya corriendo el año 1965) , donde se dispuso: “El establecimiento de la jurisdicción contencioso administrativa en el orden nacional importa la institución de un fuero específico por razón de la materia y no es óbice al principio de que la aplicación de las leyes de la Nación no puede impedirse por vía de acción declarativa de inconstitucionalidad” (Fallos: 263: 397) .

aquellos para el reconocimiento del derecho invocado por la parte que los impugna.” (...) 3º) Que resulta así que la decisión de cuestiones constitucionales, por parte de los tribunales de la Nación, debe ocurrir sólo en el curso de procedimientos litigiosos, es decir, en controversias entre partes para la dilucidación jurisdiccional (...)”⁸.

Consecuentemente, la pregunta a efectuarse surge inmediatamente, ¿y si se excluía “obviamente el control judicial directo de la constitucionalidad de las leyes y otros actos de las autoridades” concebido como procedimiento destinado a la simple invalidación de la norma o acto impugnado?, ¿qué sucedía si lo que se concebía no era un procedimiento de tipo puro, destinado a una simple invalidación de la ley, sin mediar controversia?; y entonces ¿podía afirmarse de modo tan categórico, que no existía acción directa de inconstitucionalidad en el orden federal?, ¿o sería que la misma no existía para el supuesto de no mediar controversia entre partes?.

Pues bien, deviene evidente a esta altura, que son estas preguntas, ante esa afirmación de la Corte de esos entonces, las que permiten excluir por un momento la contundencia del primer considerando visto y fueron las que luego permitieron, por un lado, abrir un camino y, por el otro, fijar también sin embargo, un requisito inexpugnable, para que se lograra proceder, en caso de considerarse viable el planteo de inconstitucionalidad por vía de acción (y su consecuente control, por vía directa), cual es el requisito de la existencia de “causa” – entre otros que ya veremos -, concepto que pareciera tener, análogo alcance que a su respecto exigiese, la Suprema Corte de EE. UU. (US Supreme Court) en la causa *in re* “AETNA LIFE”⁹ (precedente jurisprudencial que aun continúa siendo citado en la actualidad, por la Corte¹⁰) y en base a su “Declaratory Judgment Act”, resultando en el caso nacional, su base, la ley 27 (16.10.1862), y llegándose así, a una nueva directriz que comenzaba a delinearse, en cuanto a quedar excluida a nivel federal, únicamente la acción de inconstitucionalidad pura, ello es, cuando no existe “causa” en el sentido establecido por la Corte, sobre lo cual oportunamente iremos en cuanto al estado actual del tema¹¹, fortaleciéndose así el control de tipo concreto.

⁸ CSJN, 26.06.63, Banco Hipotecario Nacional c. Provincia de Córdoba, LL, 112-558; se ha incorporado el subrayado

⁹ US Supreme Court, “AETNA LIFE INS. CO. OF HARTFORD, CONN. V. HAWORTH”, 300 U.S. 227, 01.03.1937. Así, se resolvió en dichos autos “First.- The Constitution (article 3, 2) limits the exercise of the judicial power to 'cases' and 'controversies.' 'The term 'controversies,' if distinguishable at all from 'cases,' is so in that it is less comprehensive than the latter, and includes only suits of a civil nature.' (...) The Declaratory Judgment Act of 1934, in its limitation to 'cases of actual controversy,' manifestly [300 U.S. 227 , 240] has regard to the constitutional provision and is operative only in respect to controversies which are such in the constitutional sense. The word 'actual' is one of emphasis rather than of definition (...)The Declaratory Judgment Act must be deemed to fall within this ambit of congressional power, so far as it authorizes relief which is consonant with the exercise of the judicial function in the determination of controversies to which under the Constitution the judicial power extends.” “(...) A 'controversy' in this sense must be one that is appropriate for judicial determination. (...) A justiciable controversy is thus distinguished from a difference or dispute of a hypothetical or abstract character; from one that is academic or moot. United States v. Alaska S.S. Co., 253 U.S. 113, 116 , 449. The controversy must be definite and concrete, touching the legal relations of parties having [300 U.S. 227 , 241] adverse legal interests. (...)”.

¹⁰ Así lo ha hecho la Corte en los autos: “Hoof, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 16.11.2004 (nótese la carátula que reza “acción declarativa de inconstitucionalidad”)

¹¹ Así, en oportunidad de demostrarse suficiente descontento, con la conclusión a la que había arribado la Corte, en tanto resolver de modo contundente, la inexistencia de control de constitucionalidad por vía directa, resulta interesante que en tal ocasión se sostenía, a tono también, con la actual doctrina aplicada por nuestro Máximo Tribunal: “Supuesto esencial para que haya caso justiciable es la cuestión concreta, por oposición a ‘cuestión abstracta’ (...)” (...) “Si la acción fuese solamente declarativa el tribunal extinguiría la norma impugnada con la sola confrontación de ella y la Constitución. Pero esto no es admisible en nuestro sistema de separación constitucional de poderes, pues la extinción implica derogación. (...)” (NERVA, LL, 112-557).

II. III. El amparo como medio inidóneo para el control de inconstitucionalidad: A ello, y esto no es menor de resaltar, sumábase a fines de los años sesenta, el escollo impuesto por el art. 2, inc. d) de la ley 16.986 (1966), ley de amparo, a efectos de requerir la declaración de inconstitucionalidad por esta vía, por disponer éste expresamente la improcedencia de la misma cuando se requiriese la inconstitucionalidad de una norma (*lato sensu*)¹². Es de recordar que esta acción, había nacido en forma pretoriana (ello es, previo al dictado de la ley 16.986) a través de los siempre estudiados casos “Siri” y “Kot” donde justamente se sustanciaron violaciones a la Constitución Nacional¹³.

Ello es, no hace más de cuatro décadas atrás, además de no admitirse la vía directa, mediante una acción declarativa de inconstitucionalidad (con el *nomen* que fuere), se vedaba la misma, por la vía del amparo, en razón del artículo antes citado (el cual continúa vigente en el ordenamiento citado, y sin perjuicio de la Reforma Constitucional de 1994, lo cual ya se verá), resolviéndose así que: “De acuerdo con el artículo 2º, inciso d), del decreto ley 16.986/66, no tachado de inconstitucional por quien demandó amparo, corresponde revocar la sentencia que acogió favorablemente la acción deducida contra decretos del Poder Ejecutivo que dispusieron la clausura de las oficinas de redacción y administración de un diario y prohibieron su impresión, publicación y circulación, toda vez que dicha norma establece que la acción de amparo no será admisible cuando requiera la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas”¹⁴.

Por lo pronto, esta tesis (si bien la asumida por la Corte en la actualidad), fue abiertamente criticada posteriormente, por VANOSSI, quien también con válidos fundamentos, sostuvo sin disimulo alguno, que a su entender, existe una inventeradamente incorrecta interpretación de las leyes 27 y 48, diciendo: “¿Qué inconveniente institucional puede existir para que la litis toda se integre con una cuestión de compatibilidad constitucional de las normas, a ser dilucidada por el juez frente al requerimiento de parte interesada? (...) porque en numerosas provincias (como queda visto) esa vía está expedita e incluso constitucionalizada. (...) Reconocer y admitir esta acción o demanda, será una labor positiva para la doctrina y para la jurisprudencia argentina.” (VANOSSI, Jorge Reinaldo, “Acción de Amparo y Acción de Inconstitucionalidad en el Derecho Público Argentino”, ED, 99-795)

Asimismo, y en lo que esta autora entiende como una expresión de deseo (dado que en realidad, vemos que finalmente, la cuestión relativa a dejar de aplicar el art. 2º de la ley 27 en la forma en que se hace, no fue nunca más modificada, sino más bien – como oportunamente veremos – que expresa y fuertemente ratificada), se dijo también: “Al acoger la virtualidad plena en el ordenamiento de la acción declarativa de mera certeza como mecanismo de proposición de la inconstitucionalidad de una ley, la Corte se pone a distancia con su longevo y vigente criterio que, con base en el art. 2º de la ley 27, ha negado invariablemente la acción genérica de inconstitucionalidad” (MORELLO, Augusto Mario, “Precisiones en torno de la Acción Mera Declarativa de Constitucionalidad en el Orden Nacional”, ED, 123-421). Es de destacar sin embargo, que este último autor, previo a entender que podía encontrarse un nuevo camino para una declaración de inconstitucionalidad más abstracta, bien había propuesto que en realidad “La recepción de la acción declarativa no está equiparada a la acción directa genérica y abstracta, por la que se demanda la invalidez constitucional de un norma” (MORELLO, Augusto Mario, “La Recepción de la Acción Declarativa de Certeza en el marco del Contralor Constitucional”, JA, 1985-IV-257; “Estado Actual de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia acerca del Control de Constitucionalidad de las Leyes”, JA, 08.12.1986)

Téngase en cuenta, y nos adelantamos en la historia al momento actual, que será objeto de expreso tratamiento oportunamente, que la esperanzada postura de MORELLO y la propugnada por VANOSSI, fue aquella asumida por el Banco Credicoop, en autos “Banco Credicoop Cooperativo Limitado c/ Entre Ríos, Provincia de s/ acción declarativa de certeza” (CSJN, 27.09.2005), donde la actora, sostuvo que la “causa” resultaba ínsita en la inconstitucionalidad de la norma tachada de tal, lo cual, no tuvo acogida, siendo rechazada tal acción, justamente sobre dicha premisa.

¹² Ley 16986: art. 2º: “La acción de amparo no será admisible cuando: (...) d) La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas”

¹³ Así, recuerda OTEIZA, que “Al cumplirse los 25 años del nacimiento del amparo, en un ciclo organizado por el Instituto de Extensión Universitaria de la Universidad Católica Argentina, el Dr. Genaro Carrió recordaba que el 27/12/57, día en que se resolvió el caso Siri, fue vivido como una jornada de euforia cívica. Por primera vez en su historia, la Corte Suprema consagraba explícita y abiertamente la admisibilidad de una acción judicial directa enderezada a tutelar, en circunstancias de excepción y pese a la ausencia de las leyes que establecieran dicho remedio, una amplia gama de libertades establecidas en la ley Fundamental, huérfanas de esa protección (...). Los 25 años siguientes se encargaron de destruir casi todas las esperanzas (...)” (OTEIZA, Eduardo, “El Juicio de Amparo como Vía Idónea para la Declaración de Inconstitucionalidad”, JA 1987-III, 766)

¹⁴ CSJN, 06.08.1974, “Editora Popular Americana S.R.L. (Diario “El Mundo”) c/ Nación”, Fallos: 289:177. Nótese la gravedad de los hechos debatidos en este caso. Respecto de requerirse la tacha de inconstitucionalidad del art. 2º, inc. d) de parte del demandante, cabe destacar que ya en anteriores precedentes, la Corte venía imponiendo este requisito, a los fines de luego – y por supuesto previo decreto de inconstitucionalidad de dicho inciso de sendo artículo – analizar la viabilidad o no del amparo en lo que al fondo del asunto atañe (cfr. Fallos: 256:386; 259:204; 262:181, entre muchos otros). Resulta sin embargo interesante de resaltar, que en otro precedente de fecha 24.04.1974 (*in re* Asociación Argentina de Aeronavegantes), la Corte, ni siquiera trató la cuestión atinente a este requisito, en razón de lo dispuesto por el art. 2º, inc. d), rechazando el amparo, pero por considerar inexistente un requisito medular de la acción de amparo, que sí continúa vigente con todo su esplendor en la actualidad, cual es la inexistencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta. (Fallos: 288:262).

Es de destacar, sin embargo, que en forma previa a afirmarse esto, algunos precedentes dictados en forma previa a la sanción de la ley 16.986, dan cuenta que la cuestión relativa a esta limitación – encarnada luego en tal ley - , no era del todo bienvenida por la Corte, sino hasta más bien criticada ¹⁵, no obstante lo cual, prevaleció durante largo tiempo la postura vista en el párrafo que antecede, a través de la cual, el amparo resulta inadmisibles como vía de control de constitucionalidad.

Así, en igual sentido, continuó expidiéndose la Corte en numerosos precedentes ¹⁶, presentando cierta modificación su postura (pero no en modo absoluto), alrededor de diez años después de los precedentes antes vistos, resolviendo así que: “ La acción de amparo, en principio, es vía prohibida para la declaración de inconstitucionalidad de disposiciones legales o reglamentarias; por lo que si las normas impugnadas obedecen al propósito de establecer un régimen promocional para quienes están en la carrera médica hospitalaria, no es arbitraria la conclusión del fallo que admite su vigencia como una manifestación del poder discrecional tendiente a estructurar una política legislativa en esa materia y excluye su revisión por el Poder Judicial, con mayor razón aún, por la vía sumarísima elegida” ¹⁷ .

Demás está decir, que el motivo de subrayar aquel “en principio” (no subrayado en el antecedente, sino aquí), nos lleva forzosamente a concluir, que la doctrina de la absoluta imposibilidad de plantear la inconstitucionalidad de una ley por vía de amparo, en razón del art. 2, inc. d), ya comenzaba a ceder , y no ya entonces sobre el descarte de la vía utilizada *in limine*, por aplicación de la norma antes vista - y consecuente imposibilidad de tratar la inconstitucionalidad de una norma por vía de amparo - , sino, ya sobre

Es dable sin embargo, tener en consideración que en forma previa al dictado de la ley 16.986, y siendo que la Corte ya venía requiriendo un trámite de mayor amplitud para el tratamiento de las cuestiones constitucionales – claro está que no justamente al nacer la acción a través de los casos “Siri” y “Kot” - , lo cual así fue resuelto por la mayoría en autos “Bonete José M. s/ acción de amparo c/ Sociedad Española de Beneficencia” – citando el caso *in re* “Aserraderos Clipper” - , en este caso, el Dr. Luis María Boffi Boggero expresamente se separó de tal mayoría con estas palabras: “Que el amparo es procedente cuando un derecho constitucional es trasgredido o excepcionalmente, se alzare en su contra una amenaza ilegal de tal magnitud que le pusiera un peligro grave e inminente (...) Que cualquiera fuese la magnitud de las facultades del Poder Ejecutivo en la materia sub exámine, es de toda evidencia que ellas son susceptibles de ser revisadas por la Justicia”

¹⁵ Así, en los casos *in re* “Outon” (Fallos, 267:215) y “Mate Larengueira” (Fallos, 269:393), la CSJN resolvió: “(...) el principio según el cual no cabe la declaración de inconstitucionalidad en esta clase de acciones no debe reputarse absoluto (...) cuando las disposiciones de una ley, decreto u ordenanza resulten claramente violatorias de algunos de los derechos humanos, la existencia de reglamentación no puede constituir obstáculo para que se restablezca de inmediato a la persona en el goce de la garantía fundamental vulnerada, porque de otro modo bastaría que la autoridad recurriera al procedimiento de preceder su acto u omisión arbitrarios de una norma previa por más inconstitucional que ésta fuese, para frustrar la posibilidad de obtener en sede judicial una inmediata restitución en el ejercicio del derecho esencial conculcado”.

¹⁶ Sin perjuicio de la salvedad efectuada en la nota precedente, respecto del caso “Asociación Argentina de Aeronavegantes”, se continuó resolviendo la imposibilidad de reclamar la declaración de inconstitucionalidad de las leyes (*lato sensu*), a través del amparo, en diversos casos, como el caso *in re* “Dürnhöfer, Eduardo O.”, 02.06.1975, en los siguientes términos: “A partir del decreto ley 16.986/66 la acción de amparo constituye un trámite reglado, cuya sustanciación y procedencia están sujetas a las normas contenidas en sus disposiciones, entre las cuales el art. 2º, inc. d), obsta a la admisibilidad de aquélla cuando la determinación de la eventual invalidez del acto requiriese la declaración de inconstitucionalidad de leyes, como es en el caso la N° 20.575 sobre inscripción en el Registro de Inversiones Extranjeras” (Fallos: 292:12); en igual sentido, la causa “López, Antonio A.” de 1975, en Fallos: 291:591); y “División Administradora de Caja de Empleados de Casino”; “Cafés, Chocolates Aguila y Productos Saint Hnos. S. A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 24.09.1969, con base en fallos 249:221, 449, 569; 252:167; 253:15; 258:227).

Y lo que antecede, no obstante lo sostenido en el Congreso Nacional de Derecho Procesal (Mendoza, Argentina, 1972), donde se dijo: “La sumariedad del amparo no obsta para que el órgano jurisdiccional resuelva sobre la inconstitucionalidad de la norma que el acto o hecho lesivo se basare, pues dicha declaración no depende de las argumentaciones de las partes” dado que “Además, en algunos casos, dicha declaración es el único medio para remover el obstáculo lesivo”. (salvo el caso *in re* “Aguila” que es anterior a estas conclusiones)

¹⁷ CSJN, 26.02.1985, “Volante, Norberto José c/ Nación Argentina”, Fallos: 307:141

la cuestión relativa a la judiciabilidad o no de la materia sometida a juzgamiento (otra interesante cuestión, pero que no es objeto de la presente ponencia).

Asimismo es de destacar que un precedente como el antes visto, en realidad no es más que la lógica derivación de uno que le antecede, donde la Corte, vino a dejar de lado su rígida postura en cuanto a la absoluta imposibilidad de ocurrir por la vía del amparo a efectos de peticionar se declarase inconstitucional determinada norma, cual es el caso “Gabriel Darío Arenzon v. Nación Argentina”, donde se resolvió en forma contundente: “El art. 2º, inc. d) de la ley 16.986 no debe ser entendido de manera absoluta, porque ello equivaldría a destruir la esencia misma de la institución que ha sido inspirada con el propósito definido de salvaguardar los derechos sustanciales de la persona, cuando no existe otro remedio eficaz al efecto”. Asimismo, la Corte continúa expresando a este respecto: “El inc. d) del art. 2º de la ley 16.986 no puede impedir la declaración de invalidez de una norma que resulte palmariamente opuesta a preceptos constitucionales. Dicha inteligencia es la única que permite la compatibilidad de la referida ley con la Carta Fundamental”¹⁸.

III. SE ABRE LA VÍA DIRECTA PARA EL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

III. I. La acción meramente declarativa de certeza como vía directa de control: Ahora bien, retornando al control de constitucionalidad por vía de acción declarativa de certeza (y no a través de amparo, acción sobre la cual ya volveremos), es de destacar que ya corriendo el año 1987, la doctrina comenzaba a formularse nuevamente la siguiente pregunta: “¿Hay en el orden nacional acción declarativa de inconstitucionalidad?”¹⁹, en el marco de los autos: “Gomer S. A. c. Provincia de Córdoba”²⁰ (con un gran deseo de contestarla en sentido afirmativo, como gran parte de reconocida doctrina, con clamor venía requiriéndolo²¹).

Así, la Corte de esta época, en un absoluto apartamiento de la doctrina judicial sentada antes vista, y en su primer considerando, resolvió: “Que de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal existe en el orden

¹⁸ CSJN, 15.05.1984. “Gabriel Darío Arenzon v. Nación Argentina”. Este precedente es más que interesante en lo que a sus hechos importa, toda vez que la contienda se inicia, dado que el actor pretendía ingresar a la carrera de Profesorado en el Instituto Joaquín B. Gonzalez, habiéndosele negado ello, en razón de carecer el mismo de una estatura mínima de 1,60 m y toda vez que así lo disponía una Resolución, que fue la que finalmente, resultó declarada inconstitucional.

¹⁹ BIDART CAMPOS, Germán; “¿Hay en el orden federal acción declarativa de inconstitucionalidad?; ED, 123-423

²⁰ CSJN, 03.02.1987, “Gomer, S. A. c/ Córdoba, Provincia de”, Fallos 310:142. En un fallo precedente a éste (“Provincia de Santiago del Estero v. Nación Argentina y otros” – 26.09.85), la Corte ya comienza a hacer transitar la pretensión de la actora a través de la acción meramente declarativa de certeza, aunque comienza más a marcar una tendencia en materia de procedencia o no de medidas cautelares relacionadas con planteos de inconstitucionalidad de normas, que respecto de dicha acción meramente declarativa.

²¹ Así, por ejemplo VANOSSI durante 1982 decía: “Tenemos (...) el recurso *extraordinario legislado* (...) el *amparo* (...) el *habeas corpus* (...) la anulación por *arbitrariedad* de sentencias (...) la *gravedad institucional* (...) la modalidad nueva del *interés institucional suficiente* (...) ¿Y qué falta? Falta la acción de inconstitucionalidad en el orden federal. Falta la ley que permita canalizar este tipo de acción. (...) Para la Corte, no importa de dónde proviene la lesión, lo que importa es reparar, el derecho lesionado, asegurando la oponibilidad *erga omnes* de los derechos esenciales del hombre”. (VANOSSI, Jorge Reinado; “Acción de Amparo y Acción de Inconstitucionalidad en el derecho público federal Argentino”; ED, 99-795)

nacional la acción declarativa de inconstitucionalidad y ella puede ser instaurada directamente ante esta Corte cuando se dan los requisitos que determinen su intervención en instancia originaria”²²

Del mismo modo, la Corte, en este precedente que viene a poner fin al postulado a través del cual, se pretendía descartar de plano la posibilidad de accionar por vía directa, remitió al caso *in re* “Klein”²³, donde dispuso, abriendo ese camino por el cual luego se vino a descartar el dogma de no existencia de vía declarativa de inconstitucionalidad - : “(...) Sin embargo, para estimar todavía posible la intervención del Tribunal en los autos, con el objeto mencionado, sería necesario dejar de lado la regla que veda, en nuestro sistema constitucional federal, los pronunciamientos judiciales que declaren la inconstitucionalidad (...)”, y cómo podría dejarse de lado tal regla; pues encontrándose una suerte de contrapeso a la misma: la necesidad de existencia de [(...) “caso” o “controversia judicial” (...)] para ejercer el control (requisito, que como veremos, hasta nuestros días subsiste), y sobre la base de la preservación del principio de división de poderes, recordando este postulado, como norma imperativa, aquella fijada por el art. 2º de la ley 27, vigente en la actualidad, y cuyo contenido, se remonta a la ley 182 de la Confederación Argentina (28.08.1858)²⁴.

Sin embargo, y esto no es menor, mientras la CSJN en el precitado caso “Gomer S. A. c. Provincia de Córdoba”, resolvía que “(...) existe en el orden nacional la acción declarativa de inconstitucionalidad (...)”, importante doctrina ya bien iba advirtiendo que: “(...) No obstante, tal como la acción declarativa de certeza viene encapsulada por el art. 322 del cód. procesal - (...) - creemos que entre ella y la acción declarativa de inconstitucionalidad hay una distancia que no nos permite asimilarlas”²⁵, postura con la cual coincide esta autora, máxime, si analizamos la cuestión, a la luz de la legislación provincial, donde sí existe técnicamente la verdadera acción declarativa de inconstitucionalidad (tal su exacto *nomen* y finalidad) a fin de repudiar las normas que atenten contra sus Constituciones Provinciales y requerir la avocación de la Justicia, en este sentido²⁶, y sin perjuicio de la máxima valoración que merece la postura de nuestro

²² Aquí la Corte se remitió a un precedente, en el cual, si bien de manera menos radical que la antes vista (siendo que en el caso antes visto, el Máximo Tribunal, lisa y llanamente, modifica el postulado en un absoluto sentido positivo, en contraposición al absoluto sentido negativo - mas con la salvedad efectuada - antes evidenciado), pero en una clara muestra del cambio de tendencia, que cada vez más se acercaba a esta modificación de criterio, dicha Corte disponía: “(...) Constantino Lorenzo (...) promueve demanda contra el Estado Nacional, requiriendo se declare la inconstitucionalidad de la ley 23.172 (...). En efecto: tal como lo tiene reiteradamente dicho este Tribunal, resulta indispensable a los fines que una causa como la presente pueda prosperar, que en la misma se persiga en forma directa la determinación de derechos del demandante, debatidos entre partes adversarias y que conduzcan en forma cierta a su condena y absolución. Pero este recaudo resulta aun más específico, en tanto, y aun en cuestiones de “puro derecho”, la demanda debe estar referida a situaciones de hecho concretas y concluyentes relacionadas a una solución concreta (Fallos: 250:585 y sus citas; 293:281)” (CSJN, 12.12.85, “Constantino Lorenzo v. Nación Argentina”, Comp. N° 515.XX)

²³ CSJN, 29.08.86, “Klein Guillermo W. s/ amparo”, K-29.XX

²⁴ En este sentido, cobra inusitada actualidad, el debate parlamentario de dicha ley, que comenzó el 18.08.1857, culminando un año después, donde se exponía (y estamos hablando de más de un siglo y medio atrás: “(...) Mientras una ley no da lugar a una contestación y reclamo, el poder judicial Federal no se ocupa de ella: jamás se pronuncia sobre una ley sin partir de un proceso, porque esto sería salir de su esfera para penetrar en el Poder Legislativo. (...) Conservan el segundo carácter el Poder Judicial que consiste en pronunciar siempre sobre casos particulares y no sobre principios generales. Perderían este carácter si atacasen directamente un principio general, sin tener en vista un caso particular, pues entonces desempeñarían una función muy diferente de la de magistrado (...)” Cámara de Senadores, p. 222.

“La justicia Federal viene a ser la gran rueda gubernamental del país [Zapata], la garantía de todos los derechos, el moderador poderoso y constante, pero modesto y oculto bajo el disfraz humilde de un proceso particular, de los otros dos altos Poderes Constitucionales” (Cámara de Senadores, cit p. 221); citas extraídas del trabajo de PEREZ GUILHOU, Dardo, “Primer Debate sobre el Control Jurisdiccional de Constitucionalidad (1857-1858)”; *Revista de Historia del Derecho*, N° 10, pág. 147, 1982, Buenos Aires, Argentina

²⁵ BIDART CAMPOS, Germán, “¿Hay en el orden federal acción declarativa de inconstitucionalidad?”, *ED*, 123-423

Máximo Tribunal, al permitir el planteo de la inconstitucionalidad a través del mecanismo de la acción meramente declarativa de certeza (art. 322:CPCCN), cuestión sobre la cual, oportunamente se volverá.

Es de destacar que así, en este momento de la historia jurisprudencial nacional, deviniendo así en calificable como verdadero hito, es donde comienza a fortalecerse la doctrina antes citada en el caso “Gomer S. A. c/ Provincia de Córdoba”, en el precedente *in re* “Newman”²⁷, a través del cual la CSJN viene a sentar un conjunto de interesantes premisas, que aun siguen siendo aplicadas en los fallos de la actualidad²⁸, como pronto se verá, preguntándose el Procurador General de la Nación, en lo que al tema del presente atañe: “(...) si existen impedimentos para abordar en el marco del art. 322, primer párrafo, del C.P.C.C. las cuestiones de naturaleza federal (...)”²⁹, entendiéndose así dicho Procurador que en base al artículo antes citado (que regula la acción meramente declarativa de certeza), debe cumplirse el requisito impuesto por dicho artículo en cuanto a existir (i) “estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica”, lo que nos lleva en realidad a los siguientes requisitos: que se hayan producido la totalidad de los presupuestos fácticos en que se apoya la solicitud de declaración sobre la existencia, inexistencia o medido del derecho en juego, lo cual debe ineludiblemente presuponer una “controversia actual” además de requerir; (ii) suficiente legitimación del requirente en este sentido – justamente por hallarse involucrado en los precitados presupuestos fácticos (dice “interés jurídico suficiente en el accionante”)³⁰; y (iii) la inexistencia de otra vía legal para requerirse lo que se está requiriendo.

Muestra así luego la sentencia, que asimismo, para que se consideren adecuadamente concurrentes los requisitos antes vistos como (i) y (ii), se debe acreditar, “una actividad explícita del poder administrador dirigida a la percepción de aquél”, lo cual, luego se dio en llamar “acto en ciernes”, proyección de los

²⁶ Por ejemplo, en la Provincia de Buenos Aires, ya en su Constitución de 1873 se da paso a la “acción declarativa de inconstitucionalidad” (y no significa que la Provincia no tenga su acción meramente declarativa de certeza, como ésta es contemplada y regulada a nivel federal, sino que “la acción declarativa de inconstitucionalidad” es una acción especialmente creada a los fines de requerir tal declaración respecto de alguna norma provincial que se repugne a su Constitución Provincial). Luego, su Constitución de 1934, la recepta como materia de jurisdicción ordinaria de su Suprema Corte (de la Provincia de Buenos Aires). Es de destacar, la recepción a nivel provincial que este específico tipo de acción ha tenido, siendo que actualmente, la misma, está además presente en las Constituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Entre Ríos, Córdoba, Chaco, Formosa, La Pampa, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, San Luis, Santa Cruz, y de algún modo en la Constitución de Chubut, las cuales han reglamentado su ejercicio en sus respectivos códigos de forma. Deviene en imprescindible destacar, que en caso de que una persona de una provincia que se considere afectado por una norma provincial, y que dicha norma, venga a conculcar derechos no ya de su Constitución Provincial, sino de la Constitución Nacional, ese afectado, tendrá directamente acceso a la Jurisdicción Originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (por considerarse violada una norma de la Constitución Nacional y no Provincial, y conforme lo preceptúan los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

Asimismo, es dable recordar que sin embargo, esa Competencia Originaria cede inmediatamente, en caso de que se considere, que si bien la cuestión ha sido planteada por la actora, como repugnante a la Constitución Nacional, dicha cuestión, en realidad sea únicamente repugnante a la Constitución Provincial (“Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/ Salta, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza”, 27.09.2005, interesante caso, respecto del cual esta autora coincide, pero con la disidencia del Dr. Zaffaroni, tema que ya excede esta ponencia) o cuando tenga involucradas cuestiones que hacen a las facultades expresamente reservadas a las Provincias (“De Narváez Steuer, Francisco c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa”, 20.03.2007; “La Rioja, Provincia de c/ Consejo de la Magistratura y otro s/ acción declarativa de certeza - ley 18.198 nacional electoral”, 14.06.05; y Disidencia del Dr. Belluscio -con la cual esta autora no coincide - en autos “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 16.11.2004)

²⁷ Célebremente conocido por los tributaristas por el tratamiento del principio *solve et repete* (“pague [el tributo] y después repita”), el cual excede este trabajo

²⁸ Téngase en cuenta que esta vía, ha sido mayormente utilizada para cuestionar la constitucionalidad de tributos, principalmente en las últimas dos décadas.

²⁹ CSJN, 19.03.1987, “Newland, Leonardo Antonio v. Pcia. de Santiago del Estero” (Fallos:310:606); del Dictamen del Procurador Fiscal de la Corte Suprema

³⁰ Téngase en cuenta la evolución del concepto de “legitimación” que ha nacido de la Reforma Constitucional de 1994, cuestión que lamentablemente, excede la presente

requisitos (i) y (ii) con la cual se considera queda cubierta la exigencia de “causa”, en los términos de lo dispuesto por el art. 2:ley 27 (esto se relaciona con lo que hemos venido viendo en las notas 9 y 24)

Esta cuestión, en los últimos precedentes, se advierte como una proyección (la actividad explícita del Estado dirigida, por ejemplo, a la percepción del tributo cuestionado de inconstitucional) ontológicamente inescindible con dicho concepto de “causa”, y consecuentemente ontológicamente inescindible con la procedencia misma de esta vía a los efectos para los cuales ha sido interpuesta (obtener el control constitucional de una norma tachada de repugnante con la Carta Magna y en caso de comprobarse dicha repugnancia, obtener la pertinente declaración de inconstitucionalidad) .

III. I. II. Estado actual de la acción declarativa de inconstitucionalidad: la existencia de “causa” como factor determinante para su admisibilidad: Y ello puede afirmarse de esta forma, en razón de que a efectos de ya comenzar a analizar el estado actual de la jurisprudencia, es de destacar la importante cantidad de precedentes, donde el rechazo de la acción meramente declarativa de certeza, ello es en lo atinente a la vía utilizada a los efectos vistos, se ha debido a la ausencia de debida acreditación de la existencia en el plano fáctico del denominado “acto en ciernes” (ello es, la actividad explícita y específica del Estado relativa a “poner en marcha” esa norma tachada de inconstitucional por el sujeto a quien le está dirigida y que así la reputa, requiriendo tal declaración judicial a su respecto)³¹, resolviéndose su inmediata acogida, *contrario sensu*, frente a la debida acreditación del acto en ciernes – entre los otros requisitos antes vistos -³².

³¹ “Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones S.A. c/ Tucumán, Provincia de s/ acción declarativa”, 09.05.2006 (con la salvedad que no se consideró acreditado el “acto en ciernes” respecto del decreto 75-3/00 - y declaró sin embargo ilegítima la conducta del Fisco evidenciada en intimar de pago invocando una ley antecedente a dicho Decreto, que sin ser considerada inconstitucional, se consideró mal aplicada a la actividad de la actora).

En el precedente: “Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa”, 09.05.2006, se sostuvo en este sentido: “Desde esta perspectiva, frente a la falta de reclamo de la Provincia por los períodos referidos, pienso que el agravio resulta conjetural o hipotético, ya que no se acreditó comportamiento alguno, por parte de la demandada, configurativo del requisito del “acto en ciernes”, que pueda válidamente originar una relación jurídica concreta con la accionada que inmediatece su gravamen”.

En análogo sentido: “Banco Credicoop Cooperativo Limitado c/ Entre Ríos, Provincia de s/ acción declarativa de certeza”, 27.09.2005. En este caso es interesante resaltar, la exposición de la actora en estas palabras: “la incertidumbre ‘está ínsita en la relación jurídica existente entre las partes a partir del acto jurídico que implica la sanción de la ley que crea el tributo impugnado’, no obstante lo cual, se siguió el camino del rechazo, por carecer dicha incertidumbre del acto en ciernes. Asimismo, tal ha sido la postura en autos “Gas Natural Ban S.A. y otro c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa”, 27.09.2005; “Empresa Ciudad de Gualaguaychú Sociedad de Responsabilidad Limitada c/ Entre Ríos, Provincia de s/ acción declarativa”, 13.09.2005 (en este caso, si bien existieron actos del Fisco tendientes a obtener el pago del tributo, susceptibles así de ser considerados como actos en ciernes, al proceder la actora al pago del tributo en varias oportunidades, luego cuestionado de inconstitucional, se consideró a dichos actos, suficiente obstáculo para la petición declarativa de inconstitucionalidad (entiende esta autora, por ser susceptibles dichos actos de caer en la doctrina de los actos propios, por ser jurídicamente relevantes y plenamente eficaces); “La Cabaña Sociedad Anónima c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 24.05.2005. En este caso, se puede resaltar que si bien la actora indicó que se le había reclamado el pago de tributo tachado de inconstitucional, la Corte advirtió que: “(...) -contrariamente a lo que era menester- no adjuntó los citados requerimientos y/o sus contestaciones, ni tampoco intentó demostrar, por otros medios, la existencia de actos concretos de la Dirección de Rentas de la demandada, dirigidos a gravar las actividades sub examine”; “Transportadora de Gas del Sur S.A. c/ Chubut, Provincia del s/ acción declarativa”, 06.12.2005 (en este caso, al ser dos los tributos cuya inconstitucionalidad se había solicitado declarar, es de destacar que respecto de uno, la Provincia se allanó a dicha solicitud, y respecto del otro, se consideró no acreditada la existencia del acto en ciernes); “Brandi, Eduardo Alberto c/ Mendoza, Provincia de s/ acción de amparo”, 27.09.2005; “Transportadora de Energía S.A. (TESA S.A.) c/ Corrientes, Provincia de s/ acción declarativa de certeza”, 24.06.2004, entre muchos otros más, cuya cita excederá la extensión de esta ponencia

³² “Petrobras Energía S.A. c/ Entre Ríos, Provincia de s/ acción declarativa”, 05.06.2007; “Esso Petrolera Argentina S.R.L.(Continuadora de Esso S.A.P.A.) c/ Entre Ríos, Provincia de y otro (Estado Nacional citado como tercero) s/ acción declarativa”, 13.06.2006; “Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones S.A. c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ acción declarativa”, 07.02.2006; “Transportes Automotores La Estrella S.A. c/ Río Negro, Provincia de s/ acción declarativa”, 29.11.2005 (; “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 16.11.2004; “Transportes Automotores La Estrella S.A. c/ Río Negro, Provincia de s/ acción Declarativa” 29.11.2005 (en este caso, se resaltó que el cumplimiento de acreditación del requisito del acto en ciernes se evidencia en “las actuaciones administrativas agregadas como por ejemplo de la resolución determinativa (DGR) 42/98; el recurso de reconsideración presentado contra este acto el 3 de septiembre de 1998; su rechazo por resolución (DGR) 1353/98; la posterior apelación ante el Ministerio de Economía y su desestimación final (confr. fs. 108; 109/110; 117/131; 137; 156/161; 162/ 164 y 193/195, respectivamente, del expediente agregado por cuerda) que autorizan la vía intentada”; entre muchos otros

Es de destacar además que, a partir del caso “Elyen S. A. c/ La Pampa, Provincia de s/ acción declarativa de certeza”, nuestro Máximo Tribunal se ha ocupado de reglar específicamente el alcance del denominado “acto en ciernes”, o los presupuestos fácticos que deben encontrarse presentes para que pueda afirmarse su existencia, resultando éstos: “a) actividad administrativa que afecte un interés legítimo; b) que el grado de afectación sea suficientemente directo; c) que aquella actividad tenga concreción bastante”³³, los cuales, se advierte de los precedentes citados en las notas que anteceden, ya sea para rechazar la acción instaurada cuanto para admitirla, son siempre tenidos en consideración en forma expresa o tácita, al momento de determinar, como decimos, la existencia de este importante requisito del acto en ciernes, y así, resolver la suerte del planteo.

Por otro lado, no resulta menor de destacar que tal acto en ciernes, es aquel que evita que la Corte, tal como ésta lo exige, se expida de forma “consultiva”, lo cual entiende este Máximo Tribunal, le está vedado por ley, y como hemos adelantado, en razón de lo dispuesto por el art. 2 de la ley 27, cuestión que también en los últimos precedentes antes vistos, se halla presente en los fundamentos para admitir o no la acción, resultando tal la primera premisa de análisis, previamente, por supuesto, determinada su competencia³⁴.

III. II. I. La Acción de Amparo como vía directa de control : Por su parte, corresponde que ahora, retornemos a analizar el estado de situación de la acción de amparo, a la luz del ya visto art. 2, inc. d) de la ley que lo regula (ley 16.986)³⁵.

En el caso “Massalin Particulares S. A. c/ Tierra del Fuego, Provincia de s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”, 21.03.2006, la Corte, sin embargo, en ningún momento, otorga tratamiento a la satisfacción o no del requisito del “acto en ciernes” (en cuanto a si existió o no, de lo cual deviene la admisibilidad o no de la acción, sin perjuicio del posterior análisis que acarrea determinar si en lo que al fondo del asunto importa, existe o no inconstitucionalidad de la norma cuestionada como repugnante a la Constitución Nacional), como lo venía y viene haciendo.

³³ CSJN, 22.03.2005, “Elyen S. A. c/ La Pampa, Provincia de s/ acción declarativa de certeza”

³⁴ Así, la Corte ha resuelto de modo revelador a su respecto: “La declaración de certeza, en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa y responda a un “caso” que busque precaver los efectos de un acto en ciernes, al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal, constituye causa en los términos de la Ley Fundamental (Fallos: 308:2569; 310:606 y 977; 311:421, entre otros)”, a lo cual puede agregarse que ergo, “una pretensión de esta naturaleza en que, más allá de la vía por la cual se la ha introducido, se postula únicamente la declaración de invalidez constitucional de una norma, también debe responder a un “caso”, ya que dicho procedimiento no tiene carácter simplemente consultivo, ni importa una indagación meramente especulativa”; y porqué entiende esto la Corte (Fallos: 307:1379; 310:606): porque “el control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requiere que el requisito de la existencia de un “caso” sea observado rigurosamente, no para eludir cuestiones de repercusión pública sino para la trascendente preservación del principio de división de poderes, al excluir al Poder Judicial de una atribución que, como la de expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los otros departamentos del gobierno, no le ha sido reconocida por el art. 116 de la Constitución Nacional. La “aplicación” de los actos de los otros poderes debe dar lugar a un litigio contencioso, para cuyo fallo se requiera el examen del punto constitucional propuesto (Fallos: 214:177 y las citas del señor Procurador General referenciadas en esa oportunidad)”.

³⁵ Como entiende OTEIZA, con quien coincide esta autora: “La ley 16.986 (...) fue sancionada por el gobierno que tomó el poder por el golpe de estado en el año 1966. El rechazo por este tipo de gobierno de la acción de inconstitucionalidad hace a su propia naturaleza. Paralelamente en ellos es donde más se siente su ausencia” (...) La inconveniencia para el gobierno de facto de 1966 de adoptar esta acción de inconstitucionalidad en este terreno fue uno de los elementos que, sumado al criterio sustentado en forma restrictiva hacia su adopción por algunos fallos de la Corte Suprema, determinó que se resolviera su cercenamiento, apartándose del referido proyecto de 1964, que, como especifica Vanossi, incorporaba una acción de derecho público nacional que brota de la Constitución, agregando que su finalidad consiste en operativizar las cláusulas de libertad (...)” (OTEIZA, Eduardo, “El Juicio de Amparo como Vía Idónea para la Declaración de Inconstitucionalidad”, JA 1987-III, 766)

Respecto de este inciso, se ha indicado: “Como crítica fundamental a lo que dispone [esta tesis privativa de la vía a los fines de dirimir la existencia o no de inconstitucionalidad], nos parece que ninguna ley puede poner vallas al Poder Judicial en su función de control de constitucionalidad ni colocar a otras normas por encima de la Constitución, cualquiera sea el carácter de procedimiento o juicio de que se trate. El Poder Judicial es el único juez de la forma en que ejerce el control de constitucionalidad (arts. 31, 100 y 101, Constitución Nacional) en las causas en que le están sometidas. [actualmente, los arts. 100 y 101 son los arts. 116 y 117]. La doctrina, en general, no ha sido favorable a esta disposición, como no lo ha sido otros aspectos de la ley 16.986. Los doctores SALVADOR M. DANA MONTAÑO, BIDART CAMPOS y ROBREDO han criticado al inciso en cuestión. El primero hace notar que impide la reparación de los casos más graves y frecuentes [DANA MONTAÑO, Salvador, “La reglamentación legal del amparo jurisdiccional de los derechos y garantías, LL, 124-1404]; el segundo reitera su posición contraria a la jurisprudencia imperante sobre el particular [BIDART CAMPOS, Germán; “La nueva ley de amparo”; JA 1966-IV-DOCRINA-45]; y el

Así, recordamos que la Corte, luego de admitir en el siempre estudiado caso *in re* “Outon” que cuando se advirtiese una flagrante violación de los derechos constitucionales, debía de inmediato ceder la regla por la cual el amparo resulta una vía que deviene en automáticamente inadmisibile cuando a través de la misma se plantea la inconstitucionalidad de una norma, sin embargo, volvió durante largo tiempo a su anterior doctrina, a través de la cual dicha regla de inadmisibilidat, resultaba inmediatamente operativa³⁶, si por lo menos, quien acudía por esta vía para requerir la inconstitucionalidad de una norma (y por supuesto, siempre que se satisficieren adecuadamente el resto de sus requisitos, que no se tratarán, por exceder el marco de la presente), no planteaba paralelamente la inconstitucionalidad del inciso en cuestión (ver nota al pie 14)

Pues bien, luego de que se instalara durante largo tiempo esta tesis de inadmisibilidat de la acción, en razón del límite antes visto, se advierte que la Corte viene a morigerarla, volviendo a la postura sentada en dicho caso “Outon”³⁷, advirtiendo que una violación a la Constitución Nacional de forma clara y manifiesta, y así denunciada a través del amparo, no iba a ser tolerada so pretexto del límite impuesto por la ley de amparo, en cuanto a vedarse tal vía para casos donde se debatiere la inconstitucionalidad de una norma.

Pero, como decimos antes, siempre (y aquí el requisito para lograrse llegar a tal conclusión), que dicha violación fuera clara y manifiesta, o como se dispuso posteriormente, de carácter “palmario”³⁸ (y máxime si subsidiariamente se hubiere requerido decretar la inconstitucionalidad del art. 2, inc. d)³⁹, ergo, de lo contrario cobraría inmediata aplicación dicho límite de procedencia (que no se discuta la inconstitucionalidad de una norma).

tercero señala que tanto este inciso como el anterior constituyen una “tremenda cortapisa” al amparo [ROBREDO Alberto; “La acción de amparo y la reciente ley 16.986”, LL 124-1291] “(VALIENTE NOAILLES, Carlos, “Posibilidad de declararse la inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas en Procedimientos de Amparo. Interpretación de la Ley de Amparo. Los derechos de trabajar, de Asociación y de Sindicación Libre y Democrática”, LL, 126-292 – 1967

³⁶ En forma previa a la sanción de la ley 16.986, y antes del caso Outon, encontramos suficientes precedentes que rechazaban esta vía a los efectos de requerir la inconstitucionalidad de una norma, como son los casos *in re* “S. A. Industrial y Comercial Spinofer”, 27.04.1964; “Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otras”, 18.05.1964; “Inés Lucía Lancelloti” del 04.08.1965; “Alfredo Manuel Cousido”, 30.09.1965”.

³⁷ Es claro que la doctrina de este precedente, dictado a un año de vigencia de la ley 16.986, resulta exactamente la misma, que la aplicada en la actualidad, habiéndose resuelto allí que: “Cuando las disposiciones de una ley, decreto u ordenanza resulten claramente violatorios de alguno de los derechos humanos, la existencia de reglamentación no puede constituir obstáculo para que se restablezca de inmediato a la persona en el goce de la garantía fundamental vulnerada; porque de otro modo bastaría para que la autoridad recurriera al procedimiento de prececer su acto u omisión arbitrarios, de una norma previa – por más inconstitucional que ésta fuese – para frustrar la posibilidad de obtener en sede judicial una inmediata restitución en el ejercicio del derecho conculcado” (CSJN, 29.03.1967, “Outon, Carlos J. y otros”- Fallos 267:215)

En comentario a este fallo se señala: “La Corte ha preferido no declarar la inconstitucionalidad de la ley de amparo en cuanto impide obtenerlo a través de una declaración de inconstitucionalidad – lo que no hubiera dejado de ser irónico – eligiendo el camino de la interpretación armonizante, es decir, dando por supuesto que la ley no puede tener un propósito contrario a la Constitución Nacional” (VALIENTE NOAILLES, Carlos, “Posibilidad de declararse la inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas en Procedimientos de Amparo. Interpretación de la Ley de Amparo. Los derechos de trabajar, de Asociación y de Sindicación Libre y Democrática”, LL, 126-292)

No es menor destacar que la composición de la Corte, había variado respecto de la anterior – que propugnaba la tesis contraria – , y que habiéndose mantenido sin embargo el Procurador, el citado, insistía en mantener dicha tesis de inadmisibilidat del amparo donde se debatiere la inconstitucionalidad de la norma.

³⁸ CSJN, 06.09.1984, “Leopoldo Rubén Ruiz”

³⁹ CSJN, 11.12.1990, “Vilela, Julio y otros c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ amparo” . En igual sentido, la disidencia de los Dres. Levene, Fayt y Barra, en autos “Oscar Hugo Calzada v. Nación Argentina (Poder Ejecutivo Nacional) del 05.03.1991

Así, en el caso in re “Bonorino Perú Abel y otros c/ Gobierno Nacional”⁴⁰, se resolvió “El inc. d in fine del art. 2 de la ley 16.986 no importa una valla infranqueable a la regla constitucional, art. 31 y, por ende prescripción obligatoria, que dispone que todo juez, en todo pleito, debe estudiar la concordancia de cualquier norma con la Constitución Nacional. También es el juicio de amparo terreno propicio para practicar esa obligada tarea judicial, porque el derecho constitucional argentino, al decir de Sagüés, no ha previsto especie alguna de pleitos, en que los jueces pueden fallar con prescindencia del texto constitucional. Es sabido que esa tesis, sostenida en el caso Outon, fue prolongada luego por otros fallos de la Corte. Cabe agregar que los actores articularon oportunamente la inconstitucionalidad del mencionado inc. d del art. 2”⁴¹

III. II. II. Estado actual de la acción de amparo a los efectos del control de constitucionalidad y la

reforma constitucional de 1994: Es de destacar así, que por lo pronto, la reforma constitucional de 1994, mediante la cual de modo expreso bajo el título “Nuevos Derechos y Garantías”, la Constitución Nacional (CN) faculta a toda persona a interponer acción de amparo, no ha cambiado mucho las cosas, en cuanto a la aplicación del inc. d) del art. 2, por supuesto en la forma encaminada a través de la década del 80 antes vista (y sin perjuicio de aquel “verano” de los 60 donde, a través del caso “Outon”, cortamente sobrevivió tal postura) ; ello es, poco a cambiado en cuanto a admitirse el amparo para casos donde se debata la inconstitucionalidad de una norma y se requiera así el control de constitucionalidad pertinente, pero con el límite de acreditarse adecuadamente que “las disposiciones impugnadas resultan (...) clara, palmaria o manifiestamente violatorias de las garantías constitucionales”⁴².

En efecto: si bien el actual art. 43:CN establece claramente que “En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”, lo que es claro, es que tal facultad ya había nacido en forma pretoriana de los precedentes ya vistos dictados por la CSJN, pero con el referido límite o alcance, que es que la violación a la Constitución Nacional por parte de la norma reputada así de inconstitucional, resulte palmaria.

⁴⁰ CSJN, 15.11.1985, “Bonorino Perú Abel y otros c/ Gobierno Nacional”, JA 1986-I-96. Por tratarse de un asunto relativo a la intangibilidad de la remuneración de los Jueces, la Corte intervino a través de Conjuces y un Procurador Subrogante, donde se pueden hallar a los ilustres, Augusto Morello, Germán Bidart Campos, Luis Moisset de Espanés y Jorge Mosset Iturraspe (éste último en carácter de Procurador Subrogante).

⁴¹ Es de destacar que gran parte de la doctrina, como se ha visto en una nota precedente a ésta, se ha expedido en abierta disidencia con esta norma (el art. 2, inc. d de la ley 16.986), expresándose así que: “En base a estas consideraciones es dable observar que el art. 2 inc. d) se encuentra enfrentado con el art. 31 de la Constitución” [SAGÜES, Néstor Pedro, “La ley de amparo, comentada, anotada y concordada con las normas provinciales”] y que “Funciona como un freno o limitación concreta y efectiva a la potestad de la jurisdicción de efectuar en toda causa el control de constitucionalidad que emerge del citado dispositivo de la Constitución Nacional, y, por lo tanto, debe ser declarada expresamente su inconstitucionalidad [SAGÜES, Néstor Pedro, “Reflexiones críticas sobre la ley nacional de amparo” EDLA 5-1053]”, citado por OTEIZA, Eduardo en “El Juicio de Amparo como Vía Idónea para la Declaración de Inconstitucionalidad”, JA 1987-III, 766).

⁴² CSJN, 30.06.2005, “Santiago Dugan Trocello S.R.L. c/ Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Economía s/ amparo”; Del Dictamen del Procurador General de la Nación, al que remitió la Corte. Y por supuesto siempre y cuando se den todos los restantes requisitos exigidos por esta vía, los cuales el art. 43 de la Constitución Nacional actual, ha receptado, disponiendo que ella procede (i) al no existir otro medio judicial más idóneo; (ii) que los actos u omisiones en forma actual o inminente lesionen, restrinjan, alteren o amenacen derechos y garantías constitucionales; (iii) que dicha afectación sea calificada como de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, ampliando la Constitución, la posibilidad de interponer esta acción también contra actos u omisiones de particulares (la ley 16.986 sólo incluye a los actos u omisiones de autoridades públicas)

Ahora bien, actualmente y ya desde 1994, la propia Carta Magna, es la que faculta a los Jueces a declarar la inconstitucionalidad de la norma involucrada, y el hecho es, que la Constitución Nacional no requiere en momento alguno que dicha inconstitucionalidad sea palmaria.

Es interesante recordar aquí las palabras del Dr. Boffi Boggero donde en el caso *in re* Buosi, quien a entender de esta autora, con increíble actualidad, y en un voto “de avanzada” para su época en lo que concierne a la procedencia del amparo “por omisión”⁴³ dijera: “Cuando una provincia [leáse por supuesto también Estado Nacional] no ha dictado las normas procesales destinadas a proteger un determinado derecho constitucional, en caso de ser éste trasgredido o alzarse contra el mismo una amenaza contra el mismo, una amenaza ilegal de tal magnitud que le pusiera en peligro efectivo e inminente, tal derecho no puede quedar indefenso, porque es inconcebible que un poder constituido pueda por desidia o inercia dejar sin efecto lo preceptuado por el poder constituyente. Admitir lo contrario, so color de que el Poder Judicial legislaría, o so capa de otros semejantes fundamentos sería incompatible con una de las funciones más trascendentes de la Corte Suprema: la del control jurisdiccional, e importaría, además, desconocer que en esos casos se actuaría, también, aplicando una norma jurídica: la constitucional”.⁴⁴

IV. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EFECTUADO POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN POR VÍAS RECURSIVAS

Antes de ingresar en este tema, una vez más se recuerda, que nunca debe olvidarse que el control de constitucionalidad (también se recuerda que en esta ponencia, siempre se habla en el orden federal, salvo que se indique lo contrario) es de tipo “difuso”, y que entonces tanto Primera como Segunda Instancia, conservan la potestad/deber de ejercerlo, también a través de los recursos que las partes interpongan cuando dicho control les sea requerido (decimos “también”, dado que antes hemos visto el control por vía de acción). Sin embargo, la selección en esta ponencia de este recurso (el extraordinario federal), yace en la circunstancia por la cual se observa a través de él, la forma en que la CSJN ha ido delineando la materia federal para acceder a esta vía recursiva, como último intérprete de la Constitución que es⁴⁵.

⁴³ Como destaca SAGÜES María en oportunidad de dar tratamiento al amparo por omisión: “En recientes pronunciamientos [el artículo data de 2001], la Corte Suprema de Justicia de la Nación aporta una nueva perspectiva tendiente a dar respuesta al núcleo del problema que atañe a la vigencia de los derechos humanos: la aguda contradicción existente entre la norma – plagada de numerosas consagraciones – y los hechos – rebosantes de violaciones a las mismas” (SAGÜES, María “La Acción de Amparo como Instrumento de Control de la Inconstitucionalidad por Omisión en la Tutela del derecho a la Preservación de la Salud”, JA, 2001 – III- 1270)

⁴⁴ CSJN, Fallos 244:68

⁴⁵ Así, BIDART CAMPOS nos enseña: “No faltan opiniones que, sin desperdiciar la naturaleza del recurso de apelación extraordinario, ven en la vía que analizamos una especie de “casación” constitucional o federal, que procura mantener la supremacía de la Constitución y del derecho federal, así como lograr la aplicación uniforme del derecho constitucional federal. Seguramente, luce aquí el papel de la Corte como intérprete último o final de la constitución federal” (...) “El objeto del recurso extraordinario consiste, lato sensu, en asegurar en última instancia ante la Corte el control de supremacía constitucional. Puede desglosarse este “control” en dos: a) interpretación constitucional; b) conflicto de constitucionalidad.” (...) “Se advierte que la finalidad “concreta” (o personal del justiciable) y la finalidad “institucional” del recurso se interconectan y complementan porque – por ejemplo – si se tutelan derechos del justiciable en “su” caso, se defienden institucionalmente esos mismos derechos que tienen hospedaje supremo en el plexo constitucional o bloque de constitucionalidad: o si se revisa una sentencia inferior acusada de arbitrariedad, se somete a control la decisión judicial que afecta e interesa a la parte que la impugna y , a la vez, se ratifican las exigencias que en orden a la validez constitucional de las sentencias derivan del mismo plexo constitucional supremo” (BIDART CAMPOS, Germán; “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”; Tomo II, pág. 627-29; Edit. Ediar; Edic. 1993; Buenos Aires; Argentina)

IV. I. El Recurso Extraordinario Federal: Su nacimiento, su codificación y sus proyecciones a la

actualidad: Este recurso, si bien aparece reglado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se origina en la historia legislativa nacional en el año 1863 a través de la ley 48⁴⁶ (nótese que es el mismo año de creación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), emanando su existencia, más precisamente, de la propia Constitución Nacional. Así, la ley 48, actualmente vigente, es la que establece taxativamente, qué cuestiones o qué casos podrán ser sometidos por vía recursiva al contralor de la CSJN, y consecuentemente, aquellos que no estén allí identificados, terminarán su curso recursivo en la Cámara Nacional de Apelaciones del fuero de que se trate o en la última instancia de la jurisdicción provincial que corresponda⁴⁷; lo que precede, sin perjuicio de la potestad de la Corte para disponer la inmediata denegación del recurso⁴⁸, a través de lo dispuesto por el actual art. 280 del CPCCN y su Acordada 4/20007, potestad que luego veremos.

Es de destacar, que sin bien clara la redacción del art. 14:ley 48 (ver nota 47), la Corte justamente se ha debido expedir paradójicamente sobre la “interpretación” de los postulados allí prescriptos que originan la admisibilidad del recurso en lo que a la cuestión de fondo atañe, como así también, sobre la cuestión de forma⁴⁹; y se dice “paradójicamente”, porque más allá de la trascendencia de la forma – receptada actualmente en su máxima expresión a través de la Acordada CSJN 4/2007 - la CSJN, muchas veces se ha

⁴⁶ Es de destacar, que dado el diseño de la Constitución Nacional, asimilable al de la Constitución de los Estados Unidos de América (por resultar esta segunda el modelo tomado por el Constituyente de 1853), la ley 48 presenta como antecedente a la ley organizativa de la Justicia de EEUU de 1789, a través de la cual se regula el denominado “*writ of error*”, que se configura cuando se le pretende dar prevalencia a la ley provincial (en EEUU, estadual) sobre la federal, apareciendo luego (a principios de 1900) el “*writ of certiorari*” (quedando el “*writ of error*”, configurado como una apelación ante la US Supreme Court), y el cual prevalece en la actualidad (de hecho la Corte antes de cada fallo informa si se ocupará a través del “*writ of certiorari*”), y a través del cual, tal Máximo Tribunal determinará la admisibilidad o no del mismo y en caso afirmativo, procederá al tratamiento de la cuestión de fondo a ella sometida.

⁴⁷ El art. 14 de la ley 48, dispone: “Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de la provincia en los casos siguientes: 1)- Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación, y la decisión haya sido contra su validez; 2)- Cuando la validez de una ley, decreto de autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido a favor de la validez de la ley o autoridad de provincia. 3)- Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio”.

Respecto del primer supuesto (aquel que aparece como “1”), se ha dicho que el mismo, copiado de la ley estadounidense, tiene bastante más sentido en tal país dado que “la multiplicidad de regímenes locales en materia de fondo, especialmente de regulación de los derechos civiles, podrían surgir graves lesiones como consecuencia de la contradicción derivada de la no existencia de legislación uniforme y tribunal único” (VANOSSI, Reinaldo, “Aspectos del recurso de inconstitucionalidad”, p. 15, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina). “Suprimen el requisito (...) el Proyecto presentado por Emilio J. Hardoy (Diario de Ses. de Cám. de Dips. 1939, t. I, ps. 520/524) – arts. 2, incs. 1, 2 y 3 – con interesantes y extensos argumentos en su exposición preliminar; el Proyecto presentado en el V Encuentro Argentino de Derecho Constitucional por Jorge Reinaldo Vanossi, y el Proyecto del Poder Ejecutivo (Diario de Ses. Cám. de Senadores, 1964, t. I, ps. 270/271). Lo mantiene, por el contrario, el Proyecto Rouzaut (Rouzaut, Adolfo, “El recurso extraordinario...” (citados por MARTINEZ, Hernán J., “Apuntes en torno a una ley sobre recurso extraordinario federal”, JA, 1983-IV-785).

⁴⁸ No obstante haber sido previamente admitido por el último tribunal de la causa de que se trate ante quien se interpone sendo recurso, para luego, en caso de admitido, sea tratado por la Corte.

⁴⁹ Así, es de destacar que la cuestión relativa a la “forma” del planteo de la cuestión federal – lo cual hace a su sustancia y momento – hace prácticamente al recurso mismo, formando parte inescindible con la materia finalmente desarrollada en el recurso en cuestión, lo cual se ha enraizado de tal forma, que la Acordada CSJN 4/2007 viene a organizar de un modo sistemático, los requisitos formales requeridos por cumplir, a través de diversos precedentes de la CSJN. Así, por ejemplo, mostrando la Corte una rigidez importante, en autos “Chicharro v. Ralli”, 06.07.1976, se dispuso que el mero planteo ante Segunda Instancia en el sentido de que en caso de no revocarse la Sentencia de Primera Instancia se recurriría por recurso extraordinario no es idóneo para tenerse por planteada la cuestión federal. Asimismo, y continuando con casos de la misma época, que siguen teniendo vigencia al día de hoy, se ha dicho que la cuestión base del recurso extraordinario debe proponerse, en la primera oportunidad posible del proceso (Fallos 275:97; 276:168; 278:35, entre muchos otros), no obstante lo cual, durante esta época, se advierte cierta flexibilidad a este respecto en el caso “Ortiz R. Victorio Moltrassio e Hijos” (O.104.XVII), 08.03.1977, donde se estimó, sin embargo, que puede considerarse como última oportunidad idónea para ventilar la cuestión federal, la expresión de agravios ante Segunda Instancia. Asimismo, la Corte ha dispuesto, que no basta únicamente con el debido planteo (ello es, en tiempo y forma), sino también, que el mismo debe ser mantenido a lo largo del proceso, equivaliendo la omisión de ese mantenimiento del planteo, por ejemplo, en Segunda Instancia, a la improcedencia de apertura de la vía extraordinaria (Fallos 268:129), cuestión fundada y arduamente criticada por reconocida doctrina como CARRIÓ (CARRIÓ, Genaro, “Arbitrariedad y Previsibilidad”, LL, 141-412)

visto en la necesidad/deber, de discurrir primero sobre la “interpretación” de la ley 48, para luego entender en la “interpretación” de la norma federal cuestionada, mostrándose lo suficientemente arduo (tal vez mucho más que los propios supuestos de fondo del art. 14), el debate relativo al “superior tribunal de la causa”, como primera cuestión a discernir para admitirse la competencia de la CSJN, donde la misma ha debido tratarlo innumerables veces, casi hasta la actualidad y cuestión no menor, a la luz del suficiente respeto que merece la distribución de potestades jurisdiccionales en un país de tipo federal (cuestión que excede el marco de esta ponencia).

De este modo, tenemos que la Corte, comienza su historia jurisprudencial en el camino de la cuestión constitucional por vía recursiva, a través de estos tres supuestos del citado art. 14, para luego y afortunadamente no pasado mucho tiempo de su creación como Máximo Tribunal Federal y de Casación Constitucional, vislumbrar que no siempre la cuestión federal aparece en las normas, o la aplicación de ellas al caso concreto, sino en las sentencias mismas, creando así la doctrina de la “arbitrariedad de sentencia”⁵⁰, doctrina a través de la cual, se evidencia la existencia de suficiente cuestión federal, y consiguientemente necesidad de debido contralor jurisdiccional de la Corte, en su esfera de casación constitucional, y requerido que el mismo sea (ver nota 3) ya no respecto de normas (*lato sensu*) nacionales, provinciales o municipales que se consideren violatorias a la Constitución Nacional, sino frente a pronunciamientos emanados del propio Poder Judicial (en general, violaciones a las garantías constitucionales del debido proceso y de propiedad, y con la amplitud que ello conlleva, cuestión que excede la presente)⁵¹.

Posteriormente, la Corte considera que además, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario federal y suscitan cuestión federal suficiente, no sólo aquellos supuestos de la ley 14 antes citados o la arbitrariedad de sentencia, sino también, que hayan suficiente cabida para encajar en dicho concepto, aquellos casos donde se

⁵⁰ Es de destacar así, que ya en el año 1909 en el caso *in re* “Rey”, la Corte invalida el pronunciamiento respecto del cual le compete ocuparse por esta vía recursiva, al advertir que dicho pronunciamiento recurrido, era descalificable como pronunciamiento jurisdiccional válido por presentar el mismo, “vicios de inconstitucionalidad”, resultando así arbitrario, y sin perjuicio que la materia resuelta no se mostrara como federal, o de hecho o de prueba; se advierte aquí, que la Corte advierte que nace suficiente cuestión federal, al hallarse la inconstitucionalidad ínsita en un acto justamente de carácter jurisdiccional (que debiera ser el modelo de respeto de la Carta Magna, por la función que le compete – protegerla ante los actos u omisiones de los otros poderes o de los particulares -)

⁵¹ Recordamos que *CARRIÓ* ha sido quien se ha ocupado de sistematizar de un modo tanto claro, como didáctico, los diversos supuestos de arbitrariedad de sentencia que la Corte, a través de diversos pronunciamientos ha ido delineando para considerar a la sentencia repugnante a la Constitución Nacional, resultando tales los siguientes: 1. Arbitrariedad por prescindencia u omisión de contenidos esenciales: 1.1. Prescindencia de cuestiones planteadas; 1.2. Prescindencia de pruebas fundamentales para resolución del pleito; 1.3. Prescindencia de normas aplicables, sin fundamento; 1.4. Prescindencia de la cosa juzgada; 2.- Arbitrariedad por sustitución o agregación de contenidos esenciales: 2.1. Agregación de cuestiones no planteadas (resolución extra petita); 2.2. Agregación de pruebas inexistentes; 2.3. Sustitución de normas aplicables con pautas de excesiva laxitud; 3.- Arbitrariedad por contradicción de contenidos esenciales: 3.1. Incompatibilidad e inintengibilidad externa de la sentencia; 3.2. Incompatibilidad o inintengibilidad interna de la sentencia; 4. Arbitrariedad por exceso de contenidos esenciales: 4.1. Exceso funcional o arrogancia legislativa; 4.2. Exceso dogmático: falta de objetividad o sólo fundamentos aparentes; 4.3. Exceso formal o ritual manifiestos; 4.4. Exceso hermenéutico: subsunción en preceptos derogados o aún no vigentes. (conforme *CARRIÓ, Genaro, “Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria”, Edit. Abeledo Perrot, Edic. 1967, Buenos Aires, Argentina*, citado por *BERIZONCE, Roberto O. en “Apuntes sobre “Superior Tribunal de la Causa” a los fines del Recurso Extraordinario Federal, ED, 110-1011*).

Ergo, la parte que se considere agraviada por la Sentencia del Último Tribunal al que le quepa competencia en la jurisdicción de que se trate, y exista o no cuestión federal involucrada en el fondo del asunto debatido en tal pleito, y que tal agravio, evidencie caer en uno de los supuestos antes vistos, no sólo tendrá abierta la vía del recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sino que además, en un supuesto evidenciado como de tamaña gravedad, la Corte considerará al pronunciamiento en cuestión insusceptible de ser considerado un acto jurisdiccional válido, ergo, le quitará a tal sentencia, dicha calidad (con lo que ello conlleva)

suscita “gravedad institucional”, entendida ésta como originada, en casos donde lo resuelto en la causa excede el mero interés individual de las partes y atañe a la colectividad toda ⁵².

IV. I. II. El Recurso Extraordinario Federal: Su situación actual: Llegando al estado de situación actual, es de destacar que la postura de la CSJN en lo que se refiere a Recurso Extraordinario Federal, ha resultado bastante más pacífica, si se la compara con el tratamiento de la acción de amparo y más aun con la evolución de la acción meramente declarativa de certeza a efectos de requerirse el control de constitucionalidad (tal vez por ello, se ha ocupado una extensión algo mayor de esta ponencia al estudio del control de constitucionalidad por vía de acción) ; ello es, se advierte que la doctrina de la Corte, en lo que a este recurso atañe, se ha mantenido comparativamente, en una línea bastante uniforme, en lo que hace a la interpretación armónica de la ley 48 (siendo los temas más discutidos, el relativo al máximo tribunal de la causa y la sentencia definitiva), conjuntamente con su valiosa doctrina en materia de arbitrariedad de sentencia, y respecto de la pauta general que rige para la admisibilidad del recurso a través de la alegada y adecuadamente fundada existencia de gravedad institucional (no obstante este último caso de gravedad institucional, merecería un completo estudio aparte, toda vez que entrando en la lectura minuciosa de cada caso particular, de los antes citados y otros, se encuentran a entender de esta autora, ciertas discordancias, y hasta ciertos dogmatismos al aplicarse esta doctrina, todo lo cual evidentemente excede el objeto de la presente ponencia).

⁵² En este sentido, “Vallone de De Mundo, Isolina c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 1975, Fallos 293:504; “Corporación Argentina de Productores de Carnes C.A.P.”, 1975, T. 292, P. 229; “Borremans Alvarez, Francisco R. c/ Provincia de Mendoza”, 1976, Fallos 296:228; “Municipalidad de Rosario c/ Empresa Ablo S.R.L.”, 1976; Fallos 295:95. Recordamos que del mismo modo que en el caso de arbitrariedad de sentencia, podemos encontrar un antiguo precedente en materia de “gravedad institucional”, tratado en 1903 (Fallos 98:309), a través del cual se equiparó a sentencia definitiva una de apremio (una vez se recuerda que la cuestión atinente al último tribunal de la causa y el concepto de sentencia definitiva ha suscitado a lo largo de todo el siglo XX, arduos debates, en lo que hace a su aplicación al caso en particular), aunque años después, comienza a tomar más fuerza este instituto.

Es resaltable que la década de los años 80, se muestra bastante más reacia que la anterior, para aplicar esta doctrina, lo cual también pareciera una suerte de límite a la importante cantidad de casos donde comenzó a argumentarse la existencia de gravedad institucional, a los fines de eludir algún requisito de la ley 48. Así, en el caso in re “García, Osvaldo Jorge” (1984) se dijo: “Es improcedente el recurso extraordinario deducido contra el pronunciamiento que decidió sustanciar las actuaciones conforme al procedimiento sumario para tiempo de paz reglado por el art. 502 y concordantes del Código de Justicia Militar. Ello así, pues la invocada gravedad institucional no autoriza a salvar el requisito de sentencia definitiva, no siendo aplicable en la especie un antecedente referido a la efectividad del principio non bis in idem, que no se encuentra comprometido en el caso” (Fallos 306:223). También, a los fines de negar el acceso a la vía, so pretexto de argüirse gravedad institucional se resolvió: “No cabe hacer lugar a la alegada gravedad institucional cuando la cuestión atinente al rechazo de la demanda iniciada por cobro de diferencias en el pago de la indemnización percibida por el actor separado de su empleo en virtud de la ley 21.274 no excede el interés individual de las partes ni atañe de modo directo al de la comunidad” (“Rimoldi, Rolando Quinto y otro c/ I.M.E.S.A.”1985, Fallos 307:770) ; En sentido contrario, y en la misma época que los dos antes vistos resueltos en sentido negativo, se resolvió no obstante que: “Es formalmente admisible el recurso extraordinario no obstante tratarse de una ejecución fiscal, respecto de cuyas sentencias no procede, en principio, el remedio federal, toda vez que dicha doctrina reconoce excepción cuando lo decidido reviste gravedad institucional y puede resultar frustratorio de derechos federales, perturbando el normal desempeño de la actividad educativa del Estado”(Municipalidad de Laprida c/ Universidad de Buenos Aires -Facultad de Ingeniería y Medicina ; 1986, Fallos 308:647). En igual sentido para admitir la admisibilidad de la vía a través de este supuesto: “Vaccaro, Francisco Roberto c/ Paramio, Pascual Enrique e Inmobiliaria del Salado SRL. s/ cumplimiento de contrato” (17.02.1987, Fallos 310:302). En sentido negativo, a entender de esta autora (excede esta ponencia la crítica a este caso), de un modo inadecuado a tenor de los hechos vinculados al Proceso de Reorganización Nacional, eludiendo al mismo como supuesto de gravedad institucional, en autos “Olivares, Jorge Abelardo c/ Estado Nacional Argentino”, 16.08.1988, Fallos 311:1490.

Entrando ya en la década pasada, se advierte una baja en la cantidad de causas con planteos de gravedad institucional (probablemente, vistos los no pocos rechazos su respecto, en la década anterior), manteniendo la Corte su postura en cuanto al concepto de gravedad institucional ya visto, resolviéndose por ejemplo, la admisión del recurso a través de esta causal en los autos “Massalin Particulares S.A. c/ Dirección General Impositiva” del 09.12.1993 (Fallos 313:2922); en igual sentido en autos “Grimaldi, Eduardo A. s/ ejecución fiscal” del 14.12.1993 (Fallos 316:3025), entre otros.

Es interesante destacar que SAGÜES, nos señala que hay dos tipos de gravedad institucional, indicando el mismo al respecto: “Como se sabe, sobre la idea de gravedad institucional corren dos versiones: una amplia, entiende que emerge cuando en cualquier pleito se resuelva algo que supere el mero interés individual de las partes. Otra, estricta, exige casos de macropolítica: situaciones donde estén comprometidas la suerte del Estado, la subsistencia del sistema político, las instituciones de la República, o que conmuevan a la sociedad entera” (SAGÜES, Néstor Pedro, “Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario”, Tomo II, p. 405, Edic. 1992, Edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina).

Ahora bien, un párrafo aparte (y tal vez mucho más, pero ello excedería el marco de la presente), merece la potestad expresamente codificada del legislador de 1990 a través de la ley 23.774⁵³ al introducir en el CPCCN el actual art. 280, el cual establece que la Corte “ (...) según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia (...)”⁵⁴; así es que actualmente, nos encontramos con varias “sentencias” de la Corte donde a través de un párrafo, invocando esta norma, se rechaza el recurso extraordinario⁵⁵.

Por otro lado, en la actualidad tenemos una suerte de “codificación”, de los requisitos formales que la Corte ha través de los años, ha requerido sean cumplidos a los fines de la admisibilidad del recurso, lo cual ha implicado que demostrado el incumplimiento a tales requisitos, el recurso sea rechazado, y esto ya no es cuestión de lo dispuesto en el art. 280:CPCCN antes visto, dado que en el caso de este artículo antes visto, el rechazo es *in limine* y sin fundamento expreso. Así, la recientemente dictada Acordada 4/2007, reúne aquellos requisitos formales que la Corte ha venido requiriendo cumplir (ver nota al pie 49), además de

⁵³ Es interesante recordar que el Poder Legislativo de la década del 90, en amplia anuencia con los proyectos de ley emanados del Ejecutivo, muestra en varias normas la finalidad de disminuir la tasa de judicialización de los conflictos. Muestra de ello, son las leyes 24.432 (en el mensaje de elevación de esta ley, que modificó una importante cantidad de artículos de la ley de aranceles de abogados y procuradores – muchos en gran desmedro de estos profesionales – se habla de la necesidad de bajar el “costo argentino”) y 24.447 (a través de esta ley, de dudosa constitucionalidad, se determinaron nuevos y por cierto, cortísimos plazos de prescripción de acciones y derechos contra el Estado Nacional). Y más interesante, es advertir que en uno de los casos donde se ha convalidado la constitucionalidad de esta norma, expresamente se ha meritado la existencia de un cada vez mayor número de causas que llegan a la Corte por arbitrariedad de sentencia (*in re* “Asociación de Prestaciones Sociales para Empresarios”)

⁵⁴ Denominado *certiorari argentino*, el cual, dicho sea de paso, a entender de esta autora y estudiado este instituto comparativamente con el *writ of certiorari* de la *US Supreme Court*, no tienen tanto en común, sino es que poco tienen en común. Máxime, si se tiene en cuenta que a diferencia de lo que muchos creen, la *US Supreme Court* presenta una alta tasa de avocación en cuestiones de tipo constitucional, que emanan de cuestiones donde se hallan involucrados intereses de ciudadanos comunes, quienes requieren el control constitucional sobre las más diversas normas que nos podamos imaginar, al sostener su repugnancia con las denominadas “Amendments” (las “enmiendas”, las cuales dan rango constitucional a los derechos civiles que ellas contemplan). A esta altura de extensión de la ponencia, lamentablemente no deviene posible citar algunos de estos casos, recientemente resueltos por dicha Corte estadounidense. Requerido en diversas causas se declarase la inconstitucionalidad de esta norma, ello fue rechazado, declarándose la suficientemente respetuosa a la Constitución Nacional (conforme “Asociación de Prestaciones Sociales para Empresarios c/ Set Sociedad Anónima”, 21/12/1999, Fallos 322:3217; “Operto, Francisco Orlando c/ Comuna de Lehmann”, 15/02/2000, Fallos 323:86; sobre el momento de plantear la inconstitucionalidad del art. 280:CPCCN, puede verse el caso “Rodríguez, Luis Emeterio c/ Rodríguez de Schreyer, Carmen Isabel y otro”, 02/02/1993, Fallos 316:64. Se resalta que el art. 280, otorga una “potestad” a la Corte y no un deber, como pareciera surgir de ciertos precedentes donde se ha convalidado la constitucionalidad de la norma (sobre esta “potestad” y no “deber”, pueden verse los votos en disidencia de los Dres. Levene (h) y Boggiano en los autos “Freigedo, Horacio David c/ Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles”, 16.06.1992 (no obstante convalidarse la constitucionalidad de esta norma) y la disidencia del Dr. Boggiano en los casos “Garay Diartes, Eduardo c/ Rodríguez, José Francisco y otros”, 22/09/1992. En contra de su propia Disidencia, el Dr. Boggiano en autos “Monzón, Carlos s/ homicidio”, 06/10/1992, se refiere como “imperativo”, el uso de esta potestad en aras de impartir justicia.

Se ha llegado a hablar en forma coloquial y de modo por cierto despectivo respecto de esta norma, señalándose figurativamente que la Corte coloca “un sello”, y sin perjuicio por supuesto de muchos casos, donde esta solución normativa no deviene tan pacífica y donde así se advierten disidencias a través de las cuales, no sólo se funda la existencia de suficiente agravio federal y trascendencia de la cuestión y hasta a veces, dicha cuestión es tratada, y lo cual no significa que la decisión de la Corte de aplicar esta norma resulte arbitraria.

⁵⁵ Requerido en diversas causas se declarase la inconstitucionalidad de esta norma, ello fue rechazado, declarándose la suficientemente respetuosa a la Constitución Nacional (conforme “Asociación de Prestaciones Sociales para Empresarios c/ Set Sociedad Anónima”, 21/12/1999, Fallos 322:3217; “Operto, Francisco Orlando c/ Comuna de Lehmann”, 15/02/2000, Fallos 323:86; sobre el momento de plantear la inconstitucionalidad del art. 280:CPCCN, puede verse el caso “Rodríguez, Luis Emeterio c/ Rodríguez de Schreyer, Carmen Isabel y otro”, 02/02/1993, Fallos 316:64. Se resalta que el art. 280, otorga una “potestad” a la Corte y no un deber, como pareciera surgir de ciertos precedentes donde se ha convalidado la constitucionalidad de la norma (sobre esta “potestad” y no “deber”, pueden verse los votos en disidencia de los Dres. Levene (h) y Boggiano en los autos “Freigedo, Horacio David c/ Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles”, 16.06.1992 (no obstante convalidarse la constitucionalidad de esta norma) y la disidencia del Dr. Boggiano en los casos “Garay Diartes, Eduardo c/ Rodríguez, José Francisco y otros”, 22/09/1992. En contra de su propia Disidencia, el Dr. Boggiano en autos “Monzón, Carlos s/ homicidio”, 06/10/1992, se refiere como “imperativo”, el uso de esta potestad en aras de impartir justicia.

Se llega a hablar en forma despectiva respecto de esta norma, señalándose figurativamente que la Corte coloca “un sello”, y sin perjuicio por supuesto de muchos casos también, donde se advierten disidencias a través de las cuales, no sólo se funda la existencia de suficiente agravio federal y trascendencia de la cuestión y hasta a veces, dicha cuestión es tratada, y lo cual no significa que la decisión de la Corte de aplicar esta norma resulte arbitraria.

otros creados ⁵⁶, aparecen sistematizados en una carátula que se evidencia como una verdadera *check list*, la cual deberá preceder al Recurso Extraordinario Federal al momento de ser este interpuesto ⁵⁷ (esta Acordada asimismo, regula los requisitos que debe cumplir el Recurso de Queja ante la CSJN – por denegatoria del Recurso Extraordinario -). Es de destacar también, que ya la Corte actual ha tenido oportunidad de expedirse, rechazando al recurso extraordinario que no cumpla con los requisitos de esta Acordada ⁵⁸ y expidiéndose sobre su constitucionalidad, requerida que ha sido su inconstitucionalidad ⁵⁹

IV. II. El “per saltum”: su utilización y su falta de codificación: Para finalizar en lo que importa al control de constitucionalidad a través de vías recursivas ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no he querido dejar pasar el recurso denominado “per saltum”, el cual si bien admitido en algunas ocasiones ⁶⁰, no registra codificación en la actualidad ⁶¹. Como señala *BIDART CAMPOS*, “La locución “per saltum” alude a un salto en las instancias procesales, y se aplica a la hipótesis en que la Corte Suprema conoce de una causa judicial radicada ante tribunales inferiores, saltando una o más instancias. Se deja de recorrer en una o más de ellas, y por salto desde una inferior de la causa entra a la competencia de la Corte, omitiéndose una o más de ellas, a la competencia de la Corte, omitiéndose una o más de las intermedias” ⁶²

Este instituto no ha estado exento de fuertes críticas, lo cual no deja de condecirse con la íntima relación que presenta con el concepto de “gravedad institucional” que consecuentemente amerita suficiente control constitucional, dado que es justamente senda “gravedad institucional”, la cual se advierte como invocada a los efectos de acceder a la Corte, sin transcurrir por las anteriores instancias que la ley exige transitar previo a llegar a la misma, resultando así su principal crítica, la prorrogabilidad de la competencia originaria de la

⁵⁶ Establece el art. 1º:Acordada 4/2007: “El recurso extraordinario federal deberá interponerse mediante un escrito de extensión no mayor a cuarenta (40) páginas de veintiséis (26) renglones, y con letra de tamaño claramente legible (no menor de 12). Igual restricción será de aplicación para el escrito de contestación del traslado previsto en el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”.

⁵⁷ A través del art. 2º de esta Acordada, se advierte que de la carátula surgirán cuestiones extremadamente trascendentales a los fines de la admisión formal, pero admisión al fin, del recurso, como son la legitimación del presentante, cuál es el último tribunal que ha dictado la resolución recurrida, la temporaneidad del recurso, indicación del carácter en que interviene en el pleito el presentante o su representado, entre otros. Por su lado, se exige que en el texto surja claramente “y sin incurrir en reiteraciones innecesarias: a) la demostración de que la decisión apelada proviene del superior tribunal de la causa y de que es definitiva o equiparable a tal según la jurisprudencia de la Corte; b) el relato claro y preciso de todas las circunstancias relevantes del caso que estén relacionadas con las cuestiones que se invocan como de índole federal, con indicación del momento en el que se presentaron por primera vez dichas cuestiones, de cuándo y cómo el recurrente introdujo el planteo respectivo y, en su caso, de cómo lo mantuvo con posterioridad; c) la demostración de que el pronunciamiento impugnado le ocasiona al recurrente un gravamen personal, concreto, actual y no derivado de su propia actuación; d) la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas; e) la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquéllas.”

⁵⁸ Así lo ha hecho en autos: Movimiento por la Dignidad y la Independencia O. N. s/acta N 13 de la H. Junta Electoral Nacional de la Capital Federal”, 25.10.2007 y en varios casos, para rechazar la queja por incumplimiento de los requisitos establecidos para declarar la admisibilidad de la misma.

⁵⁹ CSJN, “Oviedo, Carlos Alberto c/Marcone, Élidea”; 11.03.2008; y “Defensoría Pública de Menores N° 4 c/Molinari, Pedro Carlos”, 01.04.2008.

⁶⁰ Denegado en el caso “Investigación de los hechos ocurridos el 13/12/76, Margarita Belén (Chaco)” del 01.09.1988 y en el caso in re “Gonzalez, Antonio Erman”. Admitido en los casos in re “Aerolíneas Argentinas” (10.10.1990) y “Dromi” (entre otros)

⁶¹ El antecedente que sin embargo puede citarse, lo constituye el art. 223 de la ley 50, sancionada el 25.08.1863, la cual luego fue derogada.

⁶² *BIDART CAMPOS, Germán, “El “per saltum”, ED 138-598. En este trabajo, BIDART CAMPOS, muestra absoluto desagrado con la utilización de la vía, tal y como aparece en los casos donde se la ha admitido, aplicada (sin ley de por medio).*

Corte, siendo que los supuestos que dan lugar a dicha competencia originaria, emanan de la propia Constitución Nacional.

V. CONCLUSIONES:

V. I. A través del estudio jurisprudencial desarrollado, en necesaria concordancia con la normativa aplicable al mismo, se advierte que la renuencia de la Corte constituida, transcurriendo aproximadamente 1960, en cuanto a admitir la existencia de una acción declarativa de inconstitucionalidad, codificada o no, comienza a ceder cada vez más, veinte años después. Se comprueba así que tal vez hoy más que nunca, esta acción se halla presente y para quedarse, y afortunadamente ello es así, a entender de esta autora; y si bien exenta de codificación expresa como tal, tramita entonces a través de la acción meramente declarativa de certeza, propugnando esta autora sin embargo, una codificación de la misma, que reúna los postulados que surgen de los antecedentes de la Corte cada vez más puntuales en lo que hace al denominado “acto en ciernes”, (se destaca la existencia de un proyecto de ley que contiene tal codificación cuyo autor es VANOSSI, y que al momento de emitirse estas conclusiones, se encuentra tramitando en la Corte un caso de enorme trascendencia constitucional como la causa iniciada por la Provincia de San Luis contra el Estado Nacional.)

V. II. Luego de advertirse que la Corte se ha movido de un modo “sospechosamente” pendular en materia de amparo (sospechosamente, por lo que involucra una cuestión constitucional), esta autora propugna la derogación del inc. d) del art. 2º de la ley 16.986, dado que la Reforma Constitucional de 1994, en lo que a la redacción de su art. 43 importa, lamentablemente no resulta de un compromiso tal que permita que la Corte pueda abstraerse de tamaña valla como la constituye la norma que se propugna aquí derogar, debiendo así la Corte, echar mano a calificaciones de inconstitucionalidades como “palmarias” o “manifiestas”, cuando de la aplicación de una norma al caso (cuando viene siendo el tipo de control en el orden federal), mal pueden haber zonas grises: una norma es constitucional o no lo es.

V. III. Por su lado, resulta a entender de esta autora, destacable, la continuidad de los pronunciamientos de la Corte en materia de arbitrariedad de sentencia, dado que la seguridad jurídica que dicha continuidad brinda, no puede más que fortalecer el respeto ganado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se considera que la Acordada 4/2007 resulta una norma/herramienta extremadamente útil en cuanto a las formalidades que siempre ese Máximo Tribunal ha requerido cumplir, únicamente disintiendo con el requisito de la extensión de los recursos (el número máximo de páginas que se ha impuesto). Subraya esta autora, lo peligroso que puede llegar a tornarse el art. 280:CPCCN en algún momento.

V. IV. Finalmente, que el camino para que el control de constitucionalidad que la CSJN ejerce [sobre los actos del Poder Legislativo y Ejecutivo, Nacionales y Provinciales (como así también aquí, el control que

ejerce el Poder Judicial Nacional y Provincial todo, en los ámbitos que a cada uno les cabe), y del propio Poder Judicial (por arbitrariedad de sentencia) requerido que éste sea – tema comprometido si los hay, la cuestión del control de oficio que en otra ponencia será tratado –], genere el mismo respeto que el antes señalado, en lo que se refiere a cuestiones de gravedad institucional y *per saltum* , ello deberá inevitablemente responder un debate parlamentario profundo y de alto nivel de especialidad que codifique estos institutos, dándoles la mayor objetividad posible, para evitar discordancias en lo que a su esencia atañe (se destaca que también respecto de *per saltum*, VANOSI ha elaborado un proyecto de ley).

La firma de esta autora figura en el interior del sobre cerrado con identificación de la misma, que se acompaña separadamente, conforme el Reglamento

NACAR