

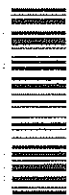
ABELEDOPERROT

ADOLFO GABINO ZIULU

ISBN 978-950-20-2586-8



9 789502 102586 >



41612032

ADOLFO GABINO ZIULU Derecho Constitucional

Derecho Constitucional

ABELEDOPERROT

 INCLUYE
VERSION eBook

ABELEDOPERROT



DALLA VIA, Alberto R.

Instituciones de Derecho Político y Constitucional

Una obra dinámica y actual, que combina teoría constitucional con práctica política. Desarrolla la teoría general y contiene el tratamiento específico de las diferentes ramas del derecho constitucional como: el derecho electoral, constitucional económico y el régimen constitucional de los tratados y de los derechos humanos.

Destinado a aquellos profesionales que necesiten una visión integral del ordenamiento en cuestión.

Principales temas que trata la obra: Teoría del Estado y del Gobierno – Teoría de la Constitución – La práctica constitucional argentina – Derecho político y electoral

2013, 3 tomos, 1600 páginas

ABELEDOPERROT

ABELEDOPERROT



Derecho Constitucional

ADOLFO GABINO ZIULU

Derecho Constitucional

ABELEDOPERROT

Ziulu, Adolfo Gabino
Derecho constitucional. - 1a. ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014.
992 ps.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-950-20-2585-8

1. Derecho Constitucional. I. Título
CDD 342

© Adolfo Gabino Ziulu, 2014
© de esta edición, AbeledoPerrot S.A., 2014
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada: 400 ejemplares

ISBN 978-950-20-2585-8

SAP 41612032

ARGENTINA

ÍNDICE GENERAL

Agradecimientos.....	XXXI
Prólogo	XXXIII

CAPÍTULO I

NOCIONES PRELIMINARES

I. El derecho constitucional	1
a) Concepto	1
b) Origen	3
II. El derecho constitucional y la ciencia política	4
III. El derecho constitucional y la economía.....	6
IV. El método	7
V. Las técnicas.....	10
a) El comportamiento político	10
b) La teoría de los juegos	12
VI. Las fuentes del derecho constitucional	13
VII. La Constitución: concepto	18
VIII. Las tipologías de las constituciones	19
a) Tipología de Lassalle.....	20
b) Tipología de García Pelayo	20
IX. La clasificación de las constituciones.....	21
a) Constituciones escritas y no escritas.....	22
b) Constituciones rígidas y flexibles	22
c) Constituciones originarias y derivadas	24
d) Constituciones ideológico-programáticas y utilitarias	24
e) Constituciones normativas, nominales y semánticas	25
X. Las formas de gobierno	25
a) Tipología de Aristóteles	26
b) Tipología de Polibio	26
c) Tipología de Maquiavelo	27
d) Tipología de Montesquieu	27

e) Tipología de Kelsen	27
f) Tipología de Duverger	28
g) Tipología de Loewenstein	29
h) Tipología de Burdeau	30
XI. Las formas de Estado	30
a) Estado unitario	31
b) Estado confederal	31
c) Estado federal	32
d) Estado regional	32
XII. Las fuentes de la Constitución Nacional	32
XIII. Las partes de la Constitución	33
XIV. Los principios fundamentales	34
XV. La ideología de la Constitución	34
XVI. La interpretación constitucional	35
a) Concepto	35
b) Importancia	36
c) Alcance	37
d) Reglas de interpretación constitucional	38
e) Interpretación estática y dinámica	39
XVII. Normas operativas y programáticas	40

CAPÍTULO II

EL CONSTITUCIONALISMO

I. Concepto	43
II. Significado	43
III. Etapas	44
IV. Antecedentes	44
a) La libertad política en la antigüedad	45
b) El cristianismo	46
c) El feudalismo	47
d) Los fueros españoles	48
e) La Carta Magna	49
f) El Pacto Popular	50
g) El Instrumento de Gobierno	51
V. El constitucionalismo liberal	51
a) La Declaración de la Independencia de los Estados Unidos	52
b) La Constitución de Virginia	53
c) La Constitución de los Estados Unidos	54
d) La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano	55
VI. La difusión del constitucionalismo liberal	58
VII. La crisis del constitucionalismo liberal	59

VIII. El constitucionalismo social	61
IX. La Doctrina Social de la Iglesia	63
X. El constitucionalismo actual	65

CAPÍTULO III

EL PODER CONSTITUYENTE
Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL

I. El poder constituyente	67
a) Concepto	67
b) Antecedentes	68
c) Titularidad	69
d) Clases	70
e) Límites	70
II. Los poderes constituidos	72
III. La reforma de la Constitución	73
a) Concepto	73
b) Las mutaciones constitucionales	73
IV. Análisis del art. 30 de la Constitución Nacional	74
a) Límites de la revisión	74
b) Etapas	75
c) La etapa preconstituyente	75
d) La etapa constituyente	77
V. La revisión judicial de la reforma constitucional	80
VI. Naturaleza del acto constituyente de 1860	83
VII. Diferencias entre las Constituciones de 1853 y 1860	85
VIII. La reforma constitucional de 1866	86
IX. La reforma constitucional de 1898	87
X. La reforma constitucional de 1949	88
XI. La reforma constitucional de 1957	90
XII. La reforma constitucional temporaria de 1972	92
XIII. La reforma constitucional de 1994	93
XIV. El poder constituyente de las provincias	96
XV. El poder constituyente municipal	97
XVI. Poder constituyente <i>de facto</i>	98

CAPÍTULO IV

LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN
Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

I. La supremacía de la Constitución	99
a) Concepto	99
b) Antecedentes	101

II. El orden de prelación del art. 31 de la Constitución Nacional	103
III. Relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional: monismo y dualismo	104
IV. Control de constitucionalidad. Concepto	107
V. Sistemas de control	108
VI. Control político	109
VII. Control judicial	110
VIII. Los tribunales constitucionales	111
IX. El control de constitucionalidad en el derecho federal argentino	113
a) Órgano	113
b) Alcance	114
c) Vías	115
d) Efectos	115
X. Las cuestiones políticas	116
XI. La acción declarativa de inconstitucionalidad	119
XII. Otras vías directas	121
a) El amparo	121
b) El hábeas corpus	122
XIII. El control de constitucionalidad de oficio	122
XIV. El control de convencionalidad	125
XV. El valor de la jurisprudencia internacional	126
a) El criterio tradicional	127
b) El criterio amplio	127
c) El criterio restrictivo	128
d) El criterio actual	129
XVI. El derecho procesal constitucional	130
a) Concepto	130
b) Antecedentes	131
c) Enfoques orgánico y material	131
d) La jurisdicción constitucional	132
e) La magistratura constitucional	133
f) Apreciación crítica	133

CAPÍTULO V

EL ESTADO ARGENTINO Y SUS ELEMENTOS

I. Nociones básicas	135
a) La nación	135
b) El Estado: sus elementos	136
II. Los fines del Estado: el Preámbulo de la Constitución Nacional	136
III. El Estado argentino: sus nombres	141

IV. El territorio	143
a) Concepto e importancia	143
b) Fijación de límites	144
c) El mar territorial	145
V. El pueblo: concepto	147
VI. La nacionalidad y la ciudadanía	148
a) Conceptos y diferencias	148
b) Normas constitucionales	149
c) Legislación	151
d) La doble nacionalidad	154
e) Las personas jurídicas extranjeras	156
VII. La inmigración	157
VIII. La expulsión de extranjeros	158
IX. El poder	159
a) Concepto	159
b) Legitimidad de origen y de ejercicio	160
X. La democracia	160
a) Concepto	160
b) Diversas clases: directa e indirecta	162
c) Dinámica democrática: gobierno y oposición	162
XI. La forma de gobierno representativa y republicana	163
XII. La democracia semidirecta	163
a) Concepto	163
b) Clases	164
c) Aplicación en nuestro país	165
d) La iniciativa popular	166
e) La consulta popular	169

CAPÍTULO VI

EL ESTADO FEDERAL

I. El federalismo	171
a) Concepto	171
b) Origen	171
c) Comparación con otros Estados federales	172
II. Pactos preexistentes y pactos especiales	173
III. Las relaciones en el Estado federal	174
a) La subordinación	174
b) La participación	175
c) La relación de coordinación	175
d) Relaciones de igualdad y cooperación	176
IV. Las provincias	177
a) Indestructividad	177

b) Límites	178
c) Delimitación de poderes y autonomía provincial	178
d) Conflictos interprovinciales	179
V. La garantía federal	179
VI. La intervención federal	180
a) Concepto	180
b) Causas	181
c) Competencia para decidirla	182
d) Alcances de la intervención	183
e) Designación y facultades del interventor	183
f) Revisión judicial	184
g) Práctica de la intervención federal	185
VII. La región	186
VIII. La capital de la República	188
IX. Los territorios nacionales	189
X. Las zonas de jurisdicción federal	190
XI. El régimen municipal	193
a) Concepto	193
b) Sistemas de organización	193
c) Autonomía municipal	194
d) Los municipios de convención	196
e) Régimen municipal de la ciudad de Buenos Aires	197

CAPÍTULO VII

LAS RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LA IGLESIA

I. Acotación preliminar	201
II. Sistemas	201
a) Estado sacral	201
b) Estado confesional	202
c) Estado laico	202
d) Estado antirreligioso	202
III. Normas constitucionales	203
IV. El sostenimiento	204
V. El patronato	205
VI. El pase	206
VII. La admisión de órdenes religiosas	206
VIII. El concordato de 1966	207
a) Antecedentes	207
b) Contenidos	208
c) Constitucionalidad	208
IX. La libertad religiosa	209
a) Concepto	209

b) Contenidos constitucionales	209
c) Jurisprudencia	210
d) El Pacto de San José de Costa Rica	213
X. Las constituciones provinciales y la Iglesia Católica	214
XI. La doctrina de la Iglesia Católica respecto de sus relaciones con el Estado	215
XII. La libertad religiosa en el pensamiento católico	217

CAPÍTULO VIII

LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA,
LOS SISTEMAS ELECTORALES
Y LA DINÁMICA DEL PODER

I. Los derechos civiles, políticos y sociales	219
II. La representación política	220
III. Los sistemas electorales	221
IV. Clasificación de los sistemas electorales	222
V. El régimen electoral en la Constitución	224
a) Los principios jurídico-políticos del sufragio	224
b) La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres	226
c) La elección de los diputados nacionales	228
d) La elección de los senadores nacionales	229
e) La elección del presidente y del vicepresidente	231
VI. Los sistemas electorales aplicados en la Argentina	232
VII. Los partidos políticos	233
a) Concepto	233
b) Origen y evolución histórica	235
c) Institucionalización de los partidos políticos	236
d) Régimen legal	239
VIII. Los grupos de interés	243
IX. Los grupos de presión	243
X. Reglamentación de la interferencia	244
XI. Los grupos de tensión	245
XII. Los factores de poder	245
XIII. Los consejos económicos y sociales	246

CAPÍTULO IX

LOS RECURSOS ECONÓMICOS DEL ESTADO

I. Importancia del tema	249
II. Los recursos económicos del Estado	251
a) Los derechos de importación y exportación	252

b) La venta o locación de tierras de propiedad nacional	253
c) La renta de correos	255
d) Las demás contribuciones impuestas por el Congreso	255
e) Los empréstitos y las operaciones de crédito	256
f) Otros recursos	256
III. Impuestos, tasas y contribuciones	257
IV. Impuestos directos e indirectos	259
V. Impuestos externos e internos	260
VI. Principios constitucionales de la imposición	260
a) Legalidad	261
b) Igualdad	263
c) No confiscatoriedad	265
d) Razonabilidad	265
VII. Distribución constitucional de las competencias tributarias	266
VIII. La coparticipación	268
a) Concepto	268
b) Antecedentes	269
c) Constitucionalidad	269
d) El inc. 2° del art. 75 de la Constitución	270
IX. La circulación territorial y la circulación económica	273
X. El peaje	275
XI. El presupuesto nacional	278
a) Concepto	278
b) Antecedentes	279
c) Naturaleza del presupuesto	279
d) Normas constitucionales	280
e) Periodicidad	281
f) Trámite	282
XII. El control de la cuenta de inversión	283
XIII. La Auditoría General de la Nación	284

CAPÍTULO X

DECLARACIONES, DERECHOS Y GARANTÍAS

I. Declaraciones, derechos y garantías	289
a) Caracterización general	289
b) Antecedentes	289
c) Conceptos	290
II. La igualdad	290
a) Concepto	290
b) Antecedentes constitucionales	292
c) Normas constitucionales	293
d) Los títulos de nobleza	298

e) Los fueros	298
f) La idoneidad	301
g) La abolición de la esclavitud	302
III. El derecho de propiedad	304
a) Concepto	304
b) Normas constitucionales	304
c) Alcance	305
d) Limitaciones	306
e) La función social	307
f) La Doctrina Social de la Iglesia y la propiedad	308
IV. La propiedad intelectual	308
V. La expropiación	310
a) Concepto	310
b) Requisitos constitucionales	310
c) La declaración de utilidad pública	310
d) La indemnización	311
e) Sujetos de la expropiación	312
f) Objetos expropiables	313
g) Procedimiento	314
h) La expropiación irregular	315
i) El abandono de la expropiación	315
j) La retrocesión	317
VI. La confiscación	318
VII. La requisición por cuerpos armados	321

CAPÍTULO XI

LOS DERECHOS PERSONALES

I. El derecho a la vida	323
a) Consideraciones generales	323
b) El aborto	326
c) La eutanasia	329
d) La pena de muerte	331
e) La fertilización asistida	334
II. El derecho a la integridad personal	335
III. El derecho a la salud	336
IV. El derecho al matrimonio	338
V. El derecho a la intimidad	339
a) Aspectos generales	339
b) El uso de estupefacientes y el derecho a la intimidad	341
c) La intimidad de las personalidades públicas	342
VI. El derecho al honor	345
VII. El derecho al nombre	346

VIII.	El derecho a la identidad	347
IX.	El derecho a la nacionalidad	348
X.	El derecho a la libertad religiosa	349
XI.	El derecho a la libertad de pensamiento	349
XII.	El derecho a la libertad de expresión	350
XIII.	El derecho a la libertad de imprenta	351
XIV.	El derecho a la libertad de prensa	355
	a) Consideraciones generales	355
	b) Los límites a la libertad de prensa	359
	c) La doctrina de la real malicia	361
	d) El secreto de las fuentes de información	364
XV.	El derecho de réplica	365
XVI.	El derecho de información	367
XVII.	Los derechos de enseñar y aprender	368
	a) Aspectos generales	368
	b) La libertad de cátedra	369
	c) El derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos..	370
XVIII.	El derecho de asociación	370
XIX.	El derecho de reunión	373
XX.	El derecho de petición	375
XXI.	Los derechos de entrar, permanecer, transitar y salir del país...	377
	a) Aspectos generales	377
	b) El derecho de entrar al país	378
	c) El derecho de permanecer en el país	379
	d) El derecho de transitar	380
	e) El derecho de salir del país	380

CAPÍTULO XII

LOS DERECHOS SOCIALES

I.	El constitucionalismo social	383
II.	El constitucionalismo social en la Argentina	385
	a) Primeros aportes	385
	b) La reforma de 1949	385
	c) La reforma de 1957	386
	d) La reforma de 1994	387
III.	La naturaleza del trabajo	388
IV.	Los derechos del trabajador	392
	a) Condiciones dignas y equitativas de labor	393
	b) Jornada limitada	393
	c) Descanso y vacaciones pagados	394
	d) Retribución justa y salario mínimo vital y móvil	394
	e) Igual remuneración por igual tarea	396

	f) Participación en las ganancias, control de la producción y colaboración en la dirección	396
	g) Estabilidad y protección contra el despido arbitrario	397
	h) Organización sindical libre y democrática	399
V.	Los derechos gremiales	401
	a) Los convenios colectivos de trabajo	402
	b) La conciliación y el arbitraje	403
	c) La huelga	404
	d) Las garantías de los representantes gremiales	406
VI.	La seguridad social	407
	a) El seguro social obligatorio	408
	b) Jubilaciones y pensiones móviles	411
	c) Protección integral de la familia	414
	d) El bien de familia	415
	e) La compensación económica familiar	415
	f) El acceso a una vivienda digna	416
VII.	La competencia en materia laboral y en seguridad social	416
VIII.	La intervención del Estado en lo económico y social	419
IX.	El principio de subsidiariedad	420

CAPÍTULO XIII

LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

I.	Los "nuevos" derechos y garantías	421
II.	Los intereses difusos	422
	a) Concepto	422
	b) Clasificación	423
	c) La Constitución y los intereses difusos antes de la reforma de 1994	424
	d) La protección judicial	425
III.	Los derechos de incidencia colectiva en la Constitución	432
	a) Apreciación general	432
	b) La protección del ambiente	432
	c) Los derechos de los consumidores y usuarios	438
	d) Medios de protección común	440
IV.	Los derechos nuevos en las constituciones provinciales	441
V.	Conclusiones	441

CAPÍTULO XIV

LA SEGURIDAD JURÍDICA

I.	La seguridad jurídica: concepto	443
----	---------------------------------------	-----

II. Antecedentes	443
III. Influencia del Cristianismo	444
IV. El derecho a la jurisdicción	445
V. El juez natural. Las comisiones especiales	446
VI. El debido proceso	447
VII. Las garantías en materia penal	449
a) Principio de legalidad	449
b) Inmunidad de declaración y arresto	450
c) Presunción de inocencia	453
d) El juicio por jurados	454
e) Aplicación de la ley penal más benigna	456
f) <i>Reformatio in pejus</i>	457
g) La segunda instancia	459
VIII. El régimen carcelario	460
IX. Irretroactividad de la ley	460
X. Inviolabilidad del domicilio y la correspondencia	462
XI. La pena de muerte	464

CAPÍTULO XV

**LAS LIMITACIONES
A LOS DERECHOS Y A LAS GARANTÍAS**

I. La reglamentación de los derechos constitucionales	467
II. El principio de razonabilidad	468
III. El poder de policía	469
a) Concepto	469
b) Antecedentes	470
c) Criterios amplio y restringido	471
d) Fundamento constitucional	474
e) Competencia para su ejercicio	475
f) El Pacto de San José de Costa Rica	476
IV. El estado de sitio	476
a) Concepto	476
b) Antecedentes	477
c) El art. 23 de la Constitución	478
d) Finalidad	479
e) Causas	479
f) Límite territorial	480
g) Duración	481
h) Competencia para su declaración	482
i) Efectos	483
j) Control de razonabilidad	485
k) La preferencia para salir del país	487

l) Las inmunidades parlamentarias y el estado de sitio	489
m) Estado de sitio y hábeas corpus	490
n) El Pacto de San José de Costa Rica	491
o) Práctica del estado de sitio	491
V. La ley marcial	492
VI. La defensa nacional	495
VII. La fidelidad a la Nación. La traición	498
VIII. La sedición	500
IX. Las facultades extraordinarias	501
X. Las obligaciones constitucionales	501

CAPÍTULO XVI

EL HÁBEAS CORPUS

I. Concepto	505
II. Antecedentes extranjeros	506
III. Antecedentes nacionales	509
IV. Fundamento constitucional	512
V. El art. 43 de la Constitución Nacional	512
VI. La ley 23.098 y su ámbito de aplicación	515
VII. Casos en que procede el hábeas corpus	516
VIII. Persona competente para demandar	517
IX. Declaración de inconstitucionalidad de oficio	518
X. El hábeas corpus y el estado de sitio	519
XI. Procedimiento del hábeas corpus	522
XII. El Pacto de San José de Costa Rica	523

CAPÍTULO XVII

EL AMPARO

I. Concepto	525
II. Diferencias entre el amparo y el hábeas corpus	525
III. Diferencias entre el amparo y la inconstitucionalidad	526
IV. Fundamento constitucional antes de la reforma de 1994	526
V. Antecedentes	528
a) Proyectos legislativos	528
b) Constituciones provinciales	528
c) Precedentes jurisprudenciales	528
d) Proyectos constitucionales	530
VI. Creación jurisprudencial del amparo	531
a) El caso "Siri"	531
b) El caso "Kot"	532

VII. La ley 16.986	533
a) Acotaciones generales	533
b) El acto violatorio	534
c) El daño grave	536
d) La arbitrariedad o ilegalidad manifiesta	537
e) Los derechos protegidos	538
f) Las vías previas o paralelas	539
g) Amparo e inconstitucionalidad	540
h) Otros supuestos de inadmisibilidad	542
VIII. El amparo contra actos de particulares	542
IX. El amparo en la Constitución Nacional después de la reforma de 1994	543
X. El amparo en el Pacto de San José de Costa Rica	550

CAPÍTULO XVIII

EL HÁBEAS DATA

I. Concepto	551
II. Antecedentes	551
III. Fundamento constitucional	553
IV. Casos en que procede	554
V. Personas que pueden ejercer la acción	560
VI. El hábeas data y el secreto de las fuentes de información	561
VII. El hábeas data y el estado de sitio	561
VIII. La ley 25.326	562
IX. Procedimiento del hábeas data	563

CAPÍTULO XIX

EL PODER EJECUTIVO

I. Acotación preliminar	567
II. El Poder Ejecutivo: concepto, funciones y caracteres	569
III. Sistemas de organización ejecutiva	570
a) El parlamentarismo	570
b) El presidencialismo	572
c) El Poder Ejecutivo colegiado	573
d) El régimen de asamblea	574
IV. El liderazgo del Poder Ejecutivo	574
V. Antecedentes del Poder Ejecutivo argentino	576
VI. La opinión de Alberdi	577
VII. El Poder Ejecutivo en la Constitución Nacional	578
a) Condiciones de elegibilidad	578

b) Procedimiento de elección	580
c) Duración y reelegibilidad	582
d) Residencia	584
e) Remuneración	585
f) Juramento	585
g) Responsabilidad	587
VIII. El vicepresidente: naturaleza y funciones	587
IX. La acefalía del Poder Ejecutivo	588
a) Concepto	588
b) Casos	589
c) Antecedentes	591
d) La ley 20.972	592
e) La ley 25.716	594
X. Los ministros	595
a) Concepto, naturaleza y funciones	595
b) Designación y remoción	596
c) Atribuciones	597
d) Responsabilidad y obligaciones	598
e) Incompatibilidades	598
f) Remuneración	598
g) Número de ministros	598
XI. El jefe de Gabinete de Ministros	599
a) Concepto, naturaleza y funciones	599
b) Designación y remoción	600
c) Atribuciones	600
d) Responsabilidad y obligaciones	603
e) Incompatibilidades	603
f) Remuneración	603

CAPÍTULO XX

LAS ATRIBUCIONES DEL PODER EJECUTIVO

I. La jefatura del Estado	605
II. La jefatura de gobierno	605
III. La jefatura de la Administración Pública	606
IV. La jefatura de las fuerzas armadas	607
V. El poder reglamentario	608
a) Noción y alcance	608
b) Reglamentos: concepto	609
c) Las leyes y los reglamentos	610
d) La jerarquía normativa de los reglamentos	610
VI. Los distintos tipos de reglamentos	611
a) Los reglamentos de ejecución	611

b) Los reglamentos autónomos	613
c) Los reglamentos delegados	614
d) Los reglamentos de necesidad y urgencia	621
VII. Los nombramientos	628
a) Con acuerdo del Senado	628
b) Sin acuerdo del Senado	629
c) Los nombramientos en comisión	629
VIII. El indulto y la conmutación de penas	630
IX. Las funciones legislativas	634
X. Supervisión de la recaudación e inversión de las rentas	634
XI. Emergencias institucionales	635
a) Estado de sitio	636
b) Intervención federal	636
XII. Otras funciones	637
a) Seguridad social	637
b) Relaciones internacionales	637
c) Poderes militares	638
d) Informes administrativos	638
e) Autorización para ausentarse de la Nación	639

CAPÍTULO XXI

EL PODER LEGISLATIVO

I. Concepto	641
II. Caracteres	641
III. Importancia	642
IV. Sistemas de organización legislativa: unicameralismo y bicameralismo	642
V. La estructura del Congreso de la Nación	644
VI. La Cámara de Diputados	644
a) Composición	644
b) Las condiciones de elegibilidad	646
c) El procedimiento de elección	647
d) La duración del mandato y la reelección	648
e) Los casos de vacancia	649
VII. La Cámara de Senadores	650
a) Composición	650
b) Las condiciones de elegibilidad	651
c) El procedimiento de elección	652
d) La duración del mandato y la reelección	655
e) Los casos de vacancias	657
f) El presidente provisorio del Senado	658
VIII. La pertenencia de las bancas legislativas	658

IX. Juramento	659
X. Dietas	659
XI. Las incompatibilidades parlamentarias	660
XII. Las inmunidades parlamentarias	661
a) La inmunidad de arresto	662
b) La inmunidad de opinión	664
c) La inmunidad de proceso judicial	665
XIII. La Asamblea Legislativa	667
a) Concepto	667
b) Los casos de asambleas legislativas	667
XIV. Las sesiones legislativas	668
a) Las sesiones preparatorias	668
b) Las sesiones ordinarias	668
c) Las sesiones de prórroga	669
d) Las sesiones extraordinarias	670
XV. Simultaneidad de sesiones	671
XVI. Prerrogativas de las Cámaras	671
a) Juicio de las elecciones, derechos y títulos	671
b) Reglamento	672
c) Facultades disciplinarias	672
XVII. Quórum	674
XVIII. El Defensor del Pueblo	675
a) Concepto	675
b) Antecedentes	675
c) Naturaleza y funciones	676
d) Designación	678
e) Duración y remoción	679
XIX. La crisis legislativa y la reforma parlamentaria	679

CAPÍTULO XXII

LAS ATRIBUCIONES DEL PODER LEGISLATIVO

I. Las funciones del Congreso de la Nación	683
II. La función preconstituyente	684
III. La función de control	685
a) El juicio político	685
b) El control de la cuenta de inversión	690
c) Las facultades de investigación	690
d) El requerimiento de informes	693
IV. La función legislativa	694
a) Las leyes locales	694
b) Las leyes comunes	694
c) Las leyes federales	695

V. Las atribuciones legislativas	696
a) Tributarias	696
b) Presupuestarias	699
c) Bancos y emisión de moneda	700
d) Comerciales	700
e) Empréstitos	702
f) Tierras públicas.....	703
g) Militares	703
h) Educativas y culturales.....	705
i) Protección de los pueblos indígenas	708
j) Prosperidad y desarrollo humano	710
k) Tratados internacionales	711
l) Fronteras y población	717
m) Límites y territorios nacionales	717
n) Subsidios a las provincias.....	718
ñ) Pago de la deuda interior y exterior	718
o) Emergencias institucionales.....	719
p) Legislación exclusiva sobre la Capital. Establecimientos de utilidad nacional	719
q) Renuncia del presidente y del vicepresidente	720
VI. Otras atribuciones legislativas	720
a) Creación de tribunales inferiores.....	720
b) Empleos	721
c) Pensiones	721
d) Honores	721
e) Amnistías	722
VII. Las facultades privativas de cada Cámara	723
a) Las facultades privativas del Senado	723
b) Las facultades privativas de la Cámara de Diputados	724
VIII. Los poderes implícitos.....	724
IX. La delegación de facultades legislativas	726

CAPÍTULO XXIII

EL PROCEDIMIENTO DE FORMACIÓN Y SANCIÓN
DE LAS LEYES

I. La ley y la función legislativa	727
II. Las leyes formales y las leyes materiales	727
III. El procedimiento legislativo y sus diversas etapas	728
IV. La iniciativa	729
V. La etapa deliberativa	731
a) Noción general	731
b) Trámite simple	731

c) Trámite complejo	732
VI. La promulgación	733
a) Concepto	733
b) Promulgación expresa y promulgación tácita	734
c) Promulgación parcial	734
VII. El veto	737
a) Concepto	737
b) El veto total y el parcial	738
c) La insistencia del Congreso	739
VIII. La delegación en comisiones	741
IX. Las mayorías especiales	741
a) Mayoría de los dos tercios del total	742
b) Mayoría de los dos tercios de los presentes	742
c) Mayoría absoluta de los miembros totales	743
X. Caducidad de los proyectos.....	744
XI. Exclusión de la sanción tácita	745
XII. La publicación	745
a) Nociones generales	745
b) Las leyes secretas	747
XIII. Control judicial del proceso de formación y sanción de las le- yes.....	749
XIV. La fórmula de la sanción	750

CAPÍTULO XXIV

EL PODER JUDICIAL

I. Nociones generales.....	753
a) Importancia y ubicación institucional	753
b) Funciones.....	754
c) Caracteres	754
II. La designación de los jueces	757
a) Diferentes sistemas	757
b) La designación de los jueces antes de la reforma constitu- cional de 1994	760
c) La designación de los jueces después de la reforma constitu- cional de 1994	761
III. El Consejo de la Magistratura	763
a) Antecedentes	763
b) Naturaleza jurídica y composición	763
c) Atribuciones	765
d) Reglamentación	767
IV. Los jueces en comisión	773
V. La inamovilidad de los jueces	776

VI. Las incompatibilidades.....	780
VII. La remuneración.....	782
VIII. El procedimiento de remoción.....	785
a) Diferentes sistemas.....	785
b) El jurado de enjuiciamiento.....	785
IX. La Corte Suprema de Justicia.....	790
a) Su importancia política y judicial.....	790
b) Creación.....	793
c) Composición, requisitos y residencia.....	793
d) El juramento.....	795
e) La presidencia de la Corte.....	796
f) La división en salas.....	797
g) Reglamento y nombramiento de empleados.....	798
X. La organización de la justicia federal.....	798
XI. La organización de la justicia provincial.....	799
XII. La organización de la justicia de la ciudad de Buenos Aires.....	800
XIII. El Ministerio Público.....	802
XIV. La casación.....	807
XV. Los fallos plenarios.....	810
XVI. El juicio por jurados.....	811
XVII. Los tribunales administrativos.....	813
XVIII. Los tribunales militares.....	817

CAPÍTULO XXV

LAS ATRIBUCIONES DEL PODER JUDICIAL

I. Acotación previa.....	821
II. La jurisdicción y la competencia.....	822
III. La competencia federal.....	823
a) Principios generales.....	823
b) Caracteres.....	824
IV. La competencia federal en razón de la materia.....	826
a) Fundamento básico.....	826
b) Causas sobre puntos regidos por la Constitución Nacional.....	826
c) Causas sobre las leyes de la Nación.....	827
d) Causas sobre los tratados internacionales.....	827
e) Cuestiones de almirantazgo y jurisdicción marítima.....	828
V. La competencia federal en razón de las personas.....	829
a) Fundamento y principios generales.....	829
b) Causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros.....	829
c) Asuntos en que la Nación sea parte.....	831
d) Causas en que es parte una provincia.....	834

e) Causas en relación con la distinta vecindad.....	838
f) Causas concernientes a ciudadanos extranjeros.....	838
g) Causas contra un Estado extranjero.....	839
VI. Causas suprimidas por la reforma de 1860.....	842
VII. La competencia federal en razón del lugar.....	843
VIII. La competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	845
a) La competencia por apelación.....	845
b) La competencia originaria y exclusiva.....	846
IX. Los poderes implícitos de la Corte Suprema de Justicia.....	851

CAPÍTULO XXVI

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

I. Noción general.....	855
II. Antecedentes.....	857
III. Legislación vigente.....	858
IV. Constitución del recurso extraordinario.....	860
V. Requisitos.....	861
VI. Requisitos comunes.....	862
a) La existencia de una causa judicial.....	862
b) La cuestión judicial.....	863
c) El gravamen.....	865
d) La subsistencia de las condiciones.....	867
VII. Requisitos propios.....	869
a) La existencia de una cuestión federal.....	869
b) La relación directa e inmediata de la cuestión federal con la materia de la causa.....	872
c) La resolución apelada contraria al derecho federal invocado por el recurrente.....	873
d) La sentencia definitiva.....	874
e) El Tribunal Superior de la causa.....	876
VIII. Requisitos formales.....	881
a) La introducción de la cuestión federal.....	881
b) La interposición del recurso.....	882
c) El trámite.....	883
d) La resolución.....	884
IX. El recurso de queja.....	884
X. El recurso extraordinario por sentencia arbitraria.....	886
a) Concepto.....	886
b) Antecedentes.....	887
c) Fundamentos.....	888
d) Distintos tipos de arbitrariedad.....	889
XI. La gravedad institucional.....	891

XII. El <i>certiorari</i>	894
XIII. El <i>per saltum</i>	896
Bibliografía	903
Nómina de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación citados	915

A la memoria del insigne maestro profesor doctor Alberto Antonio Spota, ilustre constitucionalista que honró a la abogacía argentina, defendió con coraje civil y responsabilidad moral los valores republicanos, y nos enseñó a amar a la Constitución.

AGRADECIMIENTOS

Mi gratitud a los calificados profesionales doctores Leticia Daniela Di Pietro, Patricio José Santamarina y María Agustina Tomaghelli, distinguidos colaboradores, que contribuyeron con su trabajo eficiente y aliento constante para que este libro pudiera ver la luz.

EL AUTOR

PRÓLOGO

Todo Estado que se precie de tal debe importar –ya que hace a su esencia y configuración– una estructura de dominio con capacidad política suficiente para imponer su voluntad sobre la población habida en su respectivo territorio. En Europa emergieron en derredor del siglo XV por medio de la incipiente y progresiva concentración de atribuciones y facultades en cabeza del monarca. Supieron darse en clave de soberanía. Y su punto de cristalización y encumbramiento acaeció con el despotismo estuardista o borbónico, gobiernos contra los que el constitucionalismo surgiera y reaccionara, tanto en la Inglaterra del siglo XVII cuanto en la Francia del XVIII, respectivamente.

Consecuentemente, el constitucionalismo –como fenómeno jurídico-político– es, en términos históricos, dato cuya aparición corresponde situar en el mundo anglosajón en torno a los siglos indicados. Sus atisbos provienen de la Inglaterra del siglo XVII, a la luz del gobierno nacido de las tensiones habidas entre el parlamento y la corona que tanto interés despertara en Locke y cuya divulgación en el continente correspondiera a Montesquieu. Empero, recién comenzó a plasmarse en formato codificado con la Constitución estadounidense de 1787 y las francesas de 1791, 1793, 1795 y 1799, sin por ello desconocer los textos que ya se habían otorgado para con sí algunas de las antiguas colonias norteamericanas no bien ganada su independencia de Jorge III.

El punto de anclaje del pensamiento constitucional radica en la dignidad humana. Y lleva explícito el propósito y la decisión política de concretar –a sabiendas– aquella máxima kantiana expuesta en la *Metafísica de las costumbres* por la que todo hombre es un fin en sí mismo por su mera condición de tal. Se hace así cuerpo de una concepción ética y moral, de neto corte humanista e iusnaturalista, que anidada en la antigüedad clásica fuera recogida en Florencia, a mediados del *quattrocento*, y reelaborada, a su vez, en tiempos de la Ilustración, sin por ello obviar la impronta cristiana, ya sea católica, protestante o puritana y las enseñanzas de la Escuela de Salamanca.

Aquellas constituciones evidenciaron la pretensión consciente y deliberada de racionalizar el ejercicio del poder político a fin de tornarlo compatible con el derecho natural. Comportaron una respuesta de eficacia al empleo abusivo del poder por juzgarlo moralmente repugnante con los derechos y las libertades del hombre. Sin embargo, no por ello menoscabaron la soberanía estatal; extremo este que recién entró en crisis en la Europa de la década del 50 —mas nunca en los EE.UU.— como consecuencia de los funestos desastres de la Segunda gran Guerra.

Así, el derecho constitucional está llamado a ser una herramienta práctica que —sin perjuicio de su imprescindible basamento teórico y moral— mal puede renunciar al dato empírico, si es que pretende traspasar la valla de lo virtual en aras de comportar cierto nivel de concreción apto para incidir y condicionar, con signo positivo, el decurso de toda comunidad. De allí su permanente vocación por *aggiornarse* a los nuevos tiempos, de lo que da cuenta la recepción del constitucionalismo social y la más reciente incorporación de los llamados derechos de la tercera generación.

Resulta indudable que el Estado constitucional de derecho se realizará de modo más acabado en la medida en que reduzca su margen de arbitrio, a fin de sintonizar su dinámica operativa con lo preceptuado por la norma, dando lugar a comportamientos eficientes y predecibles, compatibles con la dignidad humana y con el interés general y respetuosos del ambiente. A tal efecto, está conminado a conocer la realidad e incidir en ella sin perderse en divagaciones absurdas ni elucubraciones meramente teóricas, ya que se trata, reitero, de una disciplina práctica, dirigida a gobernar una población determinada en función del bien común. Sólo así afrontará con éxito los permanentes desafíos que un devenir cada vez más complejo y dinámico —atravesado por la integración, la globalización y la lucha por la inclusión— le depara; lo que demuestra su carácter evolutivo plasmado en la imperiosa necesidad de conducir con suma prudencia y moderación el desenvolvimiento de la sociedad, en tanto anhele gozar de perdurabilidad.

Conforme se aprecia, el derecho constitucional denota la franja de lo jurídico en la que se entrecruzan, con mayor virulencia, las pautas de lo ideológico y de lo político, lo que nos obliga a proveernos de múltiples conocimientos parajurídicos —provenientes, principalmente, de la historia, el pensamiento político, la ciencia política, la sociología y la economía— siempre que aspiremos a conocerlo y explicarlo de modo preciso y real. Por ello, nos vemos forzados a reconocer, como regla, la dificultad y, con frecuencia, la imposibilidad de arribar a una visión estática y unívoca sobre cuanto instituto jurídico haga a la cuestión, atento a su condición de disciplina social transvasada

por elementos intrínsecamente cambiantes y contradictorios, frutos de constantes pugnas de intereses y legítimas necesidades del colectivo.

Se impone asumir la pluralidad de posiciones doctrinarias, todas ellas saludables en la medida en que resulten fundadas y sinceras, sin mengua de la mayor o menor polémica que desaten. Empero, ello no habilita a conferirle a todos y cada uno de los postulados esgrimidos igual jerarquía, entidad y predicamento. Por el contrario, cobrarán preferencia aquellas visiones que gocen de mayor rigorismo por aproximarse de modo más certero al fenómeno constitucional y, así, salir airoso al brindar paradigmas que resistan su confronte en la arena del debate jurídico, permitiéndose, incluso, anticiparse y prever conductas de los operadores políticos de cara al acontecer mediato e inmediato.

Desde el ángulo de lo estrictamente jurídico y sin perjuicio de la imprescindible necesidad de proveerse de conocimientos aportados por disciplinas accesorias, el derecho constitucional, como objeto de estudio, si bien ubica a la Constitución en su epicentro y punto de partida, conoce de un amplio campo normativo que la excede en demasía. Su objeto mal puede quedar reducido a la Constitución en sí, ya que comprende, necesariamente, aquella normativa reglamentaria que redefine los pliegues y contornos de todo instituto de matriz constitucional. Resulta así insuficiente circunscribir su alcance al producido de la Convención Constituyente, pues, en rigor de verdad, corresponde proyectarlo hacia el quehacer de los poderes constituidos como también de todo ente y órgano público que incida, por acción u omisión, sobre el asunto.

Asimismo, la doctrina jurídica, la historia del derecho y el derecho comparado cobran vital importancia; máxime de asumir, en la especie, la condición de derivada de la Constitución Nacional. La jurisprudencia constitucional adquiere un rol de preponderante primacía, sobre todo en nuestro esquema institucional donde el Poder Judicial de la Nación no es sino el intérprete definitivo de toda controversia en la que medie derecho federal comprometido y conculcado, reservándosele a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la voz última y definitiva.

Éstas son sólo algunas de las múltiples y variadas perspectivas en las que se inscribe la obra que muy generosamente el distinguido Dr. Adolfo Gabino Ziulu me ofrece prologar, lo que me gratifica sobremanera y aquí le agradezco el inmenso honor dispensado.

El autor despliega y sistematiza, con creces, a lo largo de sus veintiséis capítulos y más de novecientas páginas, todo cuanto atañe a la materia, abordando con profundidad, incluso, aspectos desatendidos o de infrecuente tratamiento por el común de la doctrina iuspublicista, tal lo son, por ejemplo, los enfocados bajo los títulos de “El Estado

argentino: sus nombres”, “La nacionalidad y la ciudadanía” y “Las relaciones entre el Estado y la Iglesia”.

Deviene difícil —para no decir imposible— dar con tópico alguno del derecho constitucional que no haya sido seriamente aprehendido de modo lúcido y agudo, descomponiéndolo hasta alcanzar sus elementos constitutivos a fin de ofrecernos con claridad nociones sesudas, nítidamente fundamentadas y originales, que no por ello pecan de excéntricas ni estrafalarias, según lo acredita el exhaustivo análisis que le imprime a los tres poderes del Estado federal, al estado de sitio, al proceso de sanción y aprobación de las leyes, al hábeas corpus, al amparo, al hábeas data, a los procesos colectivos y al recurso extraordinario, entre otros tantos contenidos.

La obra constituye un aporte de relevancia, ya que en vez de re-insistir en tópicos harto reiterados y por todos sabidos, o perderse en posiciones dogmáticas, exegéticas o tautológicas, prevalece un dominio acabado del fenómeno constitucional llevándolo hasta sus resquicios más infrecuentes sobre la base de un método riguroso que va más allá del mero análisis literal de la ley, lo que le permite dar razones innovadoras de todo cuanto aborda. Gusta así de explicar con claridad el origen y desarrollo de cada instituto brindándonos, en todo momento, un panorama consistente, pormenorizado y actual, al día de la fecha de la presente edición.

Es frecuente advertir en el derecho constitucional cierto dejo de romanticismo voluntarista, que tiende a proclamar teorías vagas, genéricas e imprecisas, desprovistas de todo nivel de concreción y carentes de aplicabilidad, al omitir el dato de lo empírico y alejarse del fenómeno en estudio. Confluyen también allí otras visiones provocadoras que sólo contribuyen al debate infructuoso y a la querrela estéril. No casualmente prolifera en la doctrina constitucional un ingenuo divorcio con la realidad, que no hace sino desprestigiarla ante los ojos de gran parte de la opinión pública y de quienes operan, día a día, en el terreno práctico del derecho público.

Muy lejos de caer en construcciones anodinas, la obra es realista por demás; consciente el autor —pues así lo señala— de que el derecho constitucional mal puede agotarse en la teoría y en la norma, ya que importa, en definitiva, un instrumento de gobierno llamado a interceder en beneficio de la comunidad, atento a una escala de valores que reputa —con razón— inescindible de la política y tuitiva de la libertad y de la dignidad humana. Sobre dicho presupuesto pregona que “el Estado no ha sido instituido para suplantar a la persona, a la familia ni a las sociedades intermedias, sino para protegerlas en sus derechos y dignidad, y darles los medios y las condiciones para su pleno desarrollo” y más adelante postula que “el constitucionalismo social no

se opone al constitucionalismo liberal o clásico, ni reniega de él. Por el contrario, integra su obra, lo enriquece con nuevos aportes, y complementa el marco de protección de la libertad. Importa, en definitiva, reconocer que el Estado debe asegurarle al hombre lo que por justicia le corresponde”.

Tamaña declaración de principios no le lleva a desconocer que en tanto fenómeno de la cultura el Estado de derecho obra condicionado por la entidad moral y material de la sociedad que gobierne. Sin desanimarse por el desapego existente entre la norma y la realidad, proclama que “el desafío del constitucionalismo actual es hacer efectivamente operativos los derechos y las garantías” ya que —como continúa más adelante— “Muchos de los derechos humanos reconocidos por nuestra Ley Fundamental podrían convertirse en meras declamaciones normativas si su disfrute se tornara imposible para determinados sectores que por sus condicionamientos sociales y económicos no pudieran acceder a su ejercicio, como acontece cuando la marginación impide atender adecuadamente la salud, educarse, satisfacer las necesidades primarias de alimento, vestido, vivienda, etc.”.

El autor escapa a sabiendas de lugares comunes y procede con suma honestidad intelectual, pues no rehúye a exteriorizar sus conclusiones ni juicios de valor, los que expone, siempre, de modo directo y sin subrepticios, haciendo gala de un lenguaje ameno y dejando bien en claro cuándo y qué opina; mas tiene la deferencia de pronunciarse con franqueza, frontalidad y sin concesiones, luego de haber recogido el más amplio abanico de opiniones disímiles amén de que controviertan sus postulados, méritos no comúnmente vistos.

Así expresa, por citar sólo dos ejemplos, que “Si bien sería deseable que todas las normas constitucionales fueran operativas, no se debe pensar que las normas constitucionales programáticas son inocuas hasta tanto se las reglamente. Al contrario, aun en esas circunstancias surten algunos efectos”. Y en otro pasaje asevera: “Desde la perspectiva elevada de los principios y fines que inspiran a la Constitución, nos inclinamos por el criterio de la plena judicialidad, que debe estar inexorablemente armonizado con la existencia de jueces independientes y prudentes. Lo primero, para no convertirse en operadores políticos de turno; lo segundo, para reconocer que aun aceptando la plena judicialidad de todos los actos, las decisiones políticas gozan de una facultad de arbitrio que sólo debe ser invadida por el Poder Judicial cuando es manifiestamente irrazonable”. Tales axiomas constituyen verdaderas definiciones doctrinarias no desprovistas de posicionamiento, que revisten pleno sentido de asumir la calidad de juez del autor.

Tampoco se amedrenta al incursionar en terrenos escabrosos, que —según parte de la doctrina— comportan verdaderos dogmas constitu-

cionales que no admiten siquiera controversia, al decir, verbigracia: “A menudo se ha vinculado al federalismo con el sistema republicano de gobierno, especialmente con la división de poderes, con la democracia —por su desconcentración del poder— y hasta con la mejor forma de proteger los derechos y las garantías. Nos parece exagerado atribuir estas virtudes sólo al federalismo. Estimamos que estos logros pueden ser conseguidos tanto en los Estados federales como en los unitarios. La descentralización, sin embargo, suele ofrecer, en ciertos casos, mejores condiciones para el ejercicio de la libertad”.

En este orden de ideas, y a propósito de la reforma de 1949 señala: “A nuestro criterio, tuvo aciertos, pero también errores. Entre estos últimos, nos limitamos a puntualizar el que estimamos más relevante: La reforma de 1949 nació con un pecado irredimible, pues pretendió modificar la Constitución con la sola voluntad de un partido, por mayoritario que éste fuera”, para luego escribir: “Así como expresamos nuestro juicio contrario a determinados aspectos del proceso de revisión constitucional que culminara con la sanción de las reformas de 1949, también tenemos profundas reservas con respecto a este proceso de revisión constitucional de 1957”.

Pese a su consabida condición de magistrado federal se permite sentir abiertamente con la Corte Suprema de Justicia de la Nación en punto al fallo “Fayt, Carlos v. Estado Nacional” (Fallos 322:1609); lo que no debería ser digno de elogio salvo que se olvide la infrecuencia con lo que ello ocurre, atribuible a la circunspección que gravita sobre el particular. Así, afirma: “(...) las circunstancias que fuera el actor un miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien planteara la cuestión y sus propios colegas del tribunal quienes la resolvieran, unidos a los fundamentos, para nosotros, poco convincentes de la sentencia, nos llevan a una postura crítica del fallo”.

En esta misma lógica y a propósito de los estipendios de los magistrados del Poder Judicial de la Nación no trepida al indicar: “(...) se sostiene que la remuneración que perciben los jueces no puede ser objeto de retenciones por impuestos, aportes asistenciales y hasta previsionales sin que medie acuerdo previo del magistrado. Creemos que ello representa una flagrante violación del principio de igualdad ante la ley y desnaturaliza el verdadero sentido de la norma constitucional”. En idénticos términos controvierte la constitucionalidad de “La derogada resolución 125” y, en otro fragmento refiere que “La emisión monetaria (...) constituye un recurso de evidente magnitud económica y financiera. Su uso discrecional y sin respaldo suficiente es promotor primario de la inflación”.

Queda así demostrado que habiendo podido evitar toda controversia, el Dr. Adolfo Gabino Ziulu sale al ruedo y opta por pronun-

ciarse sobre aquello que incumbe a la materia, haciendo honor a la libertad de cátedra con prescindencia de las consecuencias que pudieran acarrearle sus sólidas conclusiones.

El manejo de la jurisprudencia resulta apabullante, pues supera los ochocientos fallos de diferentes tribunales del país, internacionales y del extranjero, predominando los de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. También lo es el profundo dominio de muy variados autores clásicos y modernos, sean éstos nacionales o foráneos, lo que da cuenta de una bibliografía por demás copiosa que excede los trescientos títulos, destacándose las recurrentes y oportunas citas de los dos titanes del derecho público argentino, Juan Bautista Alberdi y Joaquín V. González. Lo mismo ocurre a propósito del derecho comparado y la historia del derecho; fuentes, todas ellas, a las que echa mano con frecuencia y versatilidad para fundar sus posiciones.

En relación con la obra, forzoso es asumir que representa una notable contribución doctrinaria, por lo que su lectura recomiendo no sólo al estudiantado, sino a todo interesado, se trate, verbigracia, de abogados, jueces, docentes de derecho público o demás operadores jurídicos, pues incentiva el conocimiento y la difusión del derecho constitucional ofreciendo con claridad planteos motivados e inteligentes y conclusiones útiles para despejar interrogantes o resolver, incluso, casos concretos. Ello obedece a que el autor complementa su sapiencia jurídica con el conocimiento práctico, corroborado con la experiencia cotidiana que le brinda su reconocida condición de magistrado con más la que supo, en su hora, acumular con el ejercicio de la abogacía, siendo así una pieza de consulta permanente, sumamente bienvenida por la comunidad jurídica.

En punto al autor, cabe destacar su calidad de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y de Derecho Constitucional y Administrativo en la Facultad de Ciencias Económicas, ambas de la Universidad Nacional de La Plata y juez federal, a cargo del Juzgado n. 2 de La Plata, juzgado modelo desde el que honra a la República y al que también accediera por concurso público luego de haber abogado por décadas, con éxito, en el foro platense y ante la justicia federal, y de haberse desempeñado como asesor del Senado y de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires y de la Cámara de Diputados de la Nación.

El Dr. Adolfo Gabino Ziulu es una autoridad y referente en la materia, sumamente reconocido y estimado por sus pares y colegas de todo el país, no sólo por su enjundiosa contracción al estudio, la enseñanza y la producción del derecho constitucional, sino también por su férreo compromiso con las instituciones y los derechos fundamentales.

Por mi parte, me permito hacer público el sincero afecto, profundo aprecio y alta estima que mi padre siempre profesara para con el Dr. Adolfo Gabino Ziulu, al considerarlo, desde ya, un dilecto amigo y cabal confidente, depositario de su absoluta confianza y tributario de su más encumbrado respeto intelectual, por lo que lo juzgó digno heredero, referente natural y legítimo representante de la formidable escuela platense de Derecho Constitucional, que contara con juristas de la talla de Joaquín V. González y Juan Antonio González Calderón, palabras que hago propias y comparto en plenitud.

ALBERTO A. SPOTA (H.)

CAPÍTULO I

NOCIONES PRELIMINARES

I. EL DERECHO CONSTITUCIONAL

a) Concepto

Es una característica básica del conocimiento científico la necesidad de definir los términos útiles o fértiles que habitualmente emplea, partiendo de las nociones más elementales. De este principio se infiere que el primer interrogante que plantea el derecho constitucional es el relativo a su significado.

El derecho constitucional, conforme a su objeto, pertenece al campo de las ciencias reales o materiales y, dentro de ellas, a las llamadas "ciencias de la cultura". Nos hallamos, empero, ante una multiplicidad de definiciones heterogéneas. Casi se podría afirmar que hay tantos conceptos como autores han abordado el tema.

Teniendo en cuenta la naturaleza de esta obra, destinada principalmente a quienes, desde la universidad, acceden por vez primera al estudio sistemático de la materia, nos parece innecesario formular una repetición, que sería azarosa, de las distintas definiciones. Haremos mención de algunas de ellas cuando sea estrictamente necesario.

Trataremos, en consecuencia, de brindar algunos datos instrumentales que le permitan al lector introducirse en el estudio de esta materia con un concepto aunque sea primario de ella. El definitivo aspiramos a que lo elabore cada lector luego de estudiar los contenidos básicos de toda la asignatura.

Si confrontamos las diferentes definiciones del derecho constitucional, observaremos que es posible diferenciar dos concepciones distintas que están relacionadas con el período de la historia en que han sido formuladas.

Para la doctrina clásica o tradicional, el derecho constitucional está referido al estudio de las constituciones. Así, si tomamos la obra

Manual de la Constitución argentina de Joaquín V. González, cuya primera edición data de 1897, comprobaremos que el derecho constitucional aparece claramente definido como “la rama de la ciencia jurídica que trata del estudio de la constitución de un país o de las constituciones, en general”¹.

En cambio, si la misma indagación la hacemos en obras de prestigiosos autores contemporáneos, podremos apreciar que el derecho constitucional, en un enfoque más moderno o actual, si bien se sigue ocupando del estudio de las constituciones, excede de ese alcance. Lo que está en discusión, en estos casos, es en qué consiste ese complemento o plus que más allá de las constituciones es estudiado por nuestra disciplina.

Dentro de este último enfoque, Bidart Campos considera que el derecho constitucional es aquel que estudia la estructura fundamental u organización política de la Nación, en lo referente al régimen de la libertad y al funcionamiento de los poderes públicos, dentro de las finalidades esenciales y progresivas del Estado².

Linares Quintana, en cambio, prefiere definirlo como “el sistema de normas positivas y de principios que rigen el ordenamiento del Estado de derecho y cuya finalidad suprema es el amparo y garantía de la libertad y la dignidad del hombre”³.

Observemos, en esta última definición, cómo se recoge la innegable influencia del iusnaturalismo en la génesis del derecho constitucional, con la mención de los “principios” como objeto de estudio, junto con las normas positivas. Además, el autor pone de resalto la relación entre el derecho constitucional y el Estado de derecho –mejor denominado “Estado de justicia”– que es su necesaria consecuencia. Pocas son las disciplinas jurídicas que están, desde su mismo origen, tan intensamente vinculadas a criterios axiológicos como la que estamos estudiando.

Por último, aparece la mención de la libertad y la dignidad del hombre como finalidad suprema del derecho constitucional: ella sigue siendo, como en sus orígenes, el objetivo primero y fundamental de nuestra materia.

El derecho constitucional nos propone, por medio de sus contenidos, realizar una profunda indagación sobre la libertad. En este

¹ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina (1853-1860)*, 24ª ed., Estrada, Buenos Aires, 1951, ps. 34 y 35.

² Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1986, p. 35.

³ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. I, Alfa, Buenos Aires, 1953, p. 342.

camino, consideramos que la libertad no debe ser entendida como un fin en sí mismo, sino, más bien, como la búsqueda orientada al logro de valores que permitan un mejor desarrollo de todo el hombre y una más digna convivencia social.

b) Origen

El derecho constitucional, como disciplina autónoma, comenzó a ser enseñado poco después del advenimiento de las primeras constituciones.

Sus primeros cultores, obviamente, estaban identificados con las mismas ideas que inspiraron a aquellas leyes fundamentales. Mencionamos, en ese carácter, la notable influencia que ejerció el derecho natural en la génesis de nuestra materia y el liberalismo político, impulsor, por aquella época, del constitucionalismo.

Lo expuesto no implica desconocer aportes aún anteriores a esas primeras constituciones. Sin embargo, tales estudios estaban, generalmente, más dirigidos al derecho político y no llegaron a satisfacer el criterio de autonomía propio de la nueva disciplina.

La primera cátedra de Derecho Constitucional fue creada en la Universidad de Oxford e inaugurada el 25 de octubre de 1758. Su primer profesor fue William Blackstone, quien en 1765 dio a conocer su primer libro dedicado a la materia: *Commentaries of the law of England*⁴. Cabe señalar, empero, que esos estudios estaban referidos al *common law* inglés –el derecho consuetudinario– y no a las constituciones escritas, cuyo primer modelo es la Constitución de los Estados Unidos de 1787.

Con referencia a las modernas constituciones escritas de fines del siglo XVIII, la primera cátedra de la materia fue creada en la Universidad de Ferrara (Italia) en 1797. Su primer profesor fue el italiano Giuseppe Compagnoni di Luzo, quien en ese mismo año publicó una de las primeras obras en la materia que tituló *Elementos de derecho constitucional democrático*⁵. Un año después, la nueva asignatura comenzó a ser enseñada también en Bolonia y Parma. Estas cátedras fueron transitoriamente suprimidas en 1799.

En Francia, la Asamblea Constituyente dispuso que a partir del 10 de octubre de 1791 se enseñara en las facultades de Derecho la Constitución de ese país, pero no se trataba de una disciplina autónoma.

⁴ Conf. PEREIRA PINTO, Juan C., *Derecho constitucional*, vol. I, A-Z Editora, Buenos Aires, 1982, p. 5.

⁵ Conf. SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 35.

En 1834 se creó en la Universidad de París la cátedra de Derecho Constitucional. Se encomendó su dictado al destacado profesor italiano Pellegrino Rossi, quien era egresado de la Universidad de Bolonia. Fue, además, uno de los artífices de la Constitución suiza de 1848. Sus estudios tuvieron también difusión en nuestro país antes de la sanción de la Constitución Nacional de 1853.

En España, la Constitución de Cádiz de 1812 también promovió la enseñanza del derecho constitucional en las universidades, aunque su continuidad fue efímera y siguió las vicisitudes de esa Constitución.

II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA CIENCIA POLÍTICA

Si no resulta fácil conceptualizar al derecho constitucional y delimitar sus alcances, esta dificultad es aún mayor si pretendemos definir la política.

La doctrina nos proporciona una multiplicidad de definiciones inspiradas en los criterios más diversos, lo cual dificulta la aprehensión de su verdadero objeto.

Se debe reputar político —dice Jouvenel— todo esfuerzo sistemático, llevado a cabo en cualquier parcela del ámbito social, para mover a otros hombres en pos de algún proyecto deseado por el promotor de él⁶.

En cambio, Hermann Heller sostiene que la política es, en el más eminente y ejemplar sentido, la organización y actuación autónoma de la cooperación social en un territorio⁷.

En un enfoque distinto, el autor norteamericano David Easton considera que la política es aquella que estudia la distribución autoritaria —o sea, imperativa— de los valores dentro de una sociedad⁸.

Si comparamos estas tres definiciones, comprobaremos que poco tienen de común en cuanto a la delimitación del objeto de la política. Ellas nos muestran la dificultad que implica hallarlo con cierta precisión. Intentaremos no engrosar la larga lista de definiciones, sino solamente brindar algún criterio orientador, que permita dar una respuesta al interrogante planteado.

Inicialmente será necesario formular una aclaración terminológica. La política —a secas— es una disciplina cuyo origen debe ser buscado en las más primitivas formas de convivencia humana. Los pensa-

⁶ Citado por LINARES QUINTANA, Segundo V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 3ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, p. 39.

⁷ HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, 2ª ed. en español, FCE, Méjico, 1947, p. 229.

⁸ Citado por LINARES QUINTANA, Segundo V., *Sistema de partidos y sistemas políticos*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, ps. 58/9.

dores griegos de la antigüedad centraron su atención en el estudio de ella, que estaba dirigida principalmente al tema de la organización de la polis —origen etimológico del término “política”— entendida como la ciudad-Estado.

La ciencia política, en cambio, es una materia más nueva que adviene cuando la política es estudiada con rigor científico utilizando el método adecuado para su conocimiento. En general, se sostiene que esto sucedió a mediados del siglo XIX⁹; Maurice Duverger cree hallar este hito histórico tan importante en 1854, oportunidad en que Alexis de Tocqueville publicó su obra *La democracia en América*, luego de una profunda investigación científica que efectuó sobre la base de la inducción y aplicando la técnica de las entrevistas¹⁰.

La política, en sus primeros desarrollos, estuvo siempre vinculada al estudio del Estado. Dicha concepción fue objeto de certeras críticas por parte de las doctrinas más modernas, las cuales consideran que la política existe más allá de las instituciones del Estado. Además, si limitáramos el alcance de la política al estudio del Estado, tendríamos que prescindir de formas de organización anteriores al Estado mismo.

Las tendencias más actuales, en general, coinciden en considerar que el objeto de estudio de la ciencia política es el poder que se ejerce dentro y fuera del Estado. Así, Loewenstein afirma que “la ciencia política tiene por objeto la lucha por el poder”¹¹. En nuestro país, Natale sostiene que “el objeto de la ciencia política no puede ser otro que el estudio del poder”¹². Nos parece, sin embargo, que estos enfoques que ubican a la política como ciencia del poder son incompletos en la medida en que el poder no puede constituir una finalidad en sí misma, sino un medio instrumental para el logro de principios y valores encaminados a la consecución del bien común. La política es un camino serio y difícil por el cual se busca servir a los demás e involucra —como sostiene Dahl— “poder, autoridad, control e influencia”¹³.

¿Qué relación hay entre el derecho constitucional y la ciencia política? Si nos atenemos a las dificultades que plantea la definición de ambas disciplinas, fácil es advertir la presencia de variados enfoques. Éstos pueden ser clasificados en dos tendencias generales: a) la

⁹ DUVERGER, Maurice, *Métodos de las ciencias sociales*, 5ª ed., Ariel, Barcelona, 1971, p. 553.

¹⁰ Corresponde aclarar, sin embargo, que la obra mencionada, en realidad, fue publicada en dos etapas, en 1835 y 1840, respectivamente.

¹¹ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1982, p. 23.

¹² NATALE, Alberto, *Derecho y ciencia política*, Platense, La Plata, 1972, p. 69.

¹³ DAHL, Robert A., *Análisis político actual*, Eudeba, Buenos Aires, 1983, p. 13.

unicidad, que sostiene que hay identidad entre ellas, y b) la dualidad, que prefiere distinguir dos ciencias diferentes, aunque necesariamente vinculadas.

En nuestro derecho constitucional ambas tendencias han sido expuestas por prestigiosos autores. Linares Quintana, partidario del primer criterio, aboga por la existencia de una ciencia política y constitucional que como única disciplina retorne a la idea aristotélica de una ciencia soberana que abarque también el estudio del derecho constitucional. Citando a Duverger, afirma que "el derecho constitucional es, cada vez menos, el derecho de la constitución, para transformarse cada vez más en el derecho de las instituciones y los regímenes políticos, contenidos o no en el texto de la constitución"¹⁴.

Bidart Campos participa del criterio de la dualidad. Sostiene que entre la ciencia política y la ciencia del derecho constitucional hay un objeto material parcialmente común o compartido y dos objetos formales propios. Se trata, para el citado autor, de dos ciencias autónomas e independientes que están estrechamente vinculadas y se auxilian recíprocamente¹⁵.

Se participe del criterio de la unicidad o del de la dualidad, lo que en nuestro tiempo no se discute es el carácter científico de ambas disciplinas; de allí la denominación de ciencia política y de ciencia del derecho constitucional.

III. EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA ECONOMÍA

La economía, como el derecho, son ciencias del comportamiento humano. Es actividad mediante la cual las cosas útiles se ponen en condiciones de satisfacer las necesidades materiales de la vida. Es, también, función cultural, en cuanto para proveerse de alimento, vestido y techo, el hombre se relaciona con las cosas, a las que compara y elige, para apropiarse y poner a su servicio los bienes que le brinda la naturaleza.

Su relación con el derecho constitucional es muy estrecha en cuanto en su ámbito es necesario reflexionar sobre el valor de la libertad. En la economía las decisiones que se adopten han de referirse, por lo general, a la apreciación y a la comprobación de la validez de la capacidad para elegir, en términos de preferencia y sus condicionamientos.

¹⁴ LINARES QUINTANA, Segundo V., *La nueva ciencia política y constitucional*, separata de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, serie II, nro. 3, Buenos Aires, 1969, p. 97.

¹⁵ Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *Ciencia política y ciencia del derecho constitucional: ¿unidad o dualidad?*, Ediar, Buenos Aires, 1982, ps. 141 y ss.

Además, para lograr una distribución justa de la riqueza el único camino apto para ampliar las posibilidades de solución es el ejercicio responsable de la libertad.

El principio económico fundamental —como expresa Vito— consiste en la racional adecuación de los medios a los fines; es decir "el empleo de los medios de manera que la jerarquía de los fines sea respetada"¹⁶.

Ésta es la esencia del problema: La libertad sólo tiene sentido cuando se la ubica en un cuadro de valores apto para orientar la vida, en cuanto el hombre los aprecia por lo que en ellos hay de permanente e invariable, porque son superiores a él. Su validez no depende de la apreciación, sino que se aprecian, precisamente, porque son valores. Por eso los juicios de valor no vienen dados por la técnica, ni por la conciencia, aunque éstas son vías de conocimiento que ayudan a descubrirlos.

Si bien estamos acostumbrados a plantearnos los problemas de la economía en términos económicos o de actividad económica, parece mejor hacerlo con relación a la libertad, a la competencia y a la responsabilidad. Entonces es una problemática vinculada a la jerarquía de los valores.

Esa vinculación recíproca entre el derecho constitucional y la economía lo es también con la educación. El que no sabe no puede elegir, menos todavía podrá elegir mejor. Por eso la falta de educación es fuente de desigualdad y ésta afecta a la Constitución y también a la economía. La educación para la libertad, en suma, es la que hace factible en el orden social, el sistema democrático.

En nuestro país, al tiempo de la sanción de la Constitución, Alberdi le otorgó especial relieve a esta relación del derecho constitucional con la economía¹⁷. Actualmente se han desarrollado nuevos y valiosos estudios sobre el mismo tema¹⁸.

IV. EL MÉTODO

Se suele caracterizar al conocimiento científico como aquel que tiene un objeto perfectamente determinado y un método específico y apropiado para lograr el conocimiento de ese objeto.

¹⁶ VITO, Francesco, *Curso de economía política*, Tesoro, Madrid, 1961, p. 19.

¹⁷ ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853*, Raigal, Buenos Aires, 1954.

¹⁸ Cabe citar, entre otros, DALLA VÍA, Alberto R., *Derecho constitucional económico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, y PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Constitución y economía*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

Esta definición es imprecisa e insuficiente. Preferimos definir a la ciencia —siguiendo a Bunge— como el conjunto de conocimientos racionales, sistemáticos, exactos, comunicables y verificables¹⁹.

Cuando hacemos referencia al término “conjunto”, queremos significar que toda ciencia está compuesta por una multiplicidad de conocimientos. Esta pluralidad es siempre selectiva, dado que toda ciencia recorta algún aspecto del conocimiento.

Cuando en la definición nos referimos a conocimientos “racionales”, expresamos que la ciencia está conformada por un conjunto de conceptos, juicios o ratiocinios; no por sensaciones o imágenes.

Con el término “sistemáticos” manifestamos que los conocimientos no son traídos y volcados al campo científico en desorden; no se trata de un amontonamiento de conceptos, sino, más bien, de una colección armónica de ellos.

El término “exacto” nos indica que todo conocimiento científico tiende al logro de la mayor precisión posible; a falta de conceptos exactos, siempre se tenderá a los más aproximados.

El conocimiento científico es esencialmente comunicable; todas las ciencias son simbolizadas. Los símbolos constituyen el imprescindible lenguaje de la ciencia. De allí que la expresión “ciencias ocultas” encierra, en sí misma, una contradicción lógica evidente.

La verificabilidad del conocimiento científico representa la posibilidad de que sus enunciados y conclusiones puedan ser siempre sometidos a una prueba que permita demostrar su verdad o falsedad.

A estas nociones elementales acerca del conocimiento científico o epistemológico las consideramos esenciales para el estudio de nuestra disciplina y también para abordar algunas consideraciones acerca del método aplicable en ella.

El método es el camino que utiliza el investigador para llegar al conocimiento de la verdad. Es el procedimiento ordenado por medio del cual se aborda el conocimiento del objeto. El método no debe ser confundido con la técnica ni con el enfoque.

La técnica está referida a cada una de las operaciones parciales que realiza el investigador en el transcurso del método; éste, por lo general, comprende un conjunto de técnicas.

El enfoque, en cambio, tiene que ver con el prejuicio o antejuzicio ideológico con que el investigador emprende el camino del método. Generalmente tiñe el resultado de su investigación.

Para establecer qué método corresponde aplicar en el estudio de nuestra materia será necesario, previamente, conocer una clasificación

¹⁹ Conf. BUNGE, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Siglo Veinte, Buenos Aires, 1969, ps. 7/50.

primaria de las ciencias según su objeto. Ella reconoce, en principio, dos categorías: las ciencias formales o ideales —o no fácticas o imaginarias— y las ciencias materiales o reales —o fácticas—.

Las ciencias formales son aquellas que estudian objetos que no se hallan en la experiencia. Son imaginarios al constituir verdaderas invenciones del intelecto humano. En estas ciencias no importa la experiencia; se cuida, por el contrario, la coherencia. La lógica y las matemáticas son típicas ciencias formales.

Las ciencias materiales son aquellas referidas a objetos que están en la experiencia. Tienen como punto de partida inevitable el dato, entendiendo por tal un fenómeno que se recoge de la realidad. En las ciencias fácticas, el científico no crea el dato; éste es siempre recibido de la realidad. Claros ejemplos de esta categoría de ciencias son la biología y las ciencias naturales en general.

Dentro del grupo de las ciencias materiales se pueden distinguir dos subcategorías principales: las ciencias naturales y las ciencias culturales o del hombre. En las primeras hay una relación de causalidad tal que a cada estímulo corresponde una sola respuesta. Además, el objeto es fácilmente aprehendido de la realidad. Son ejemplos de estas ciencias, la botánica y la zoología.

En las ciencias culturales o del hombre la relación es diferente. En cuanto a la relación de causalidad a cada estímulo corresponde una multiplicidad de respuestas. En estas ciencias, si bien el objeto está en la realidad, es más difícil de aprehender. Son ejemplos de ciencias culturales o del hombre, la sociología, la psicología y el derecho, entre otras. No dudamos en ubicar a la ciencia política y al derecho constitucional en esta misma categoría.

La mención de esta clasificación tiene por función ayudarnos a determinar el método aplicable a la ciencia política y al derecho constitucional. La filosofía de la ciencia enseña que a cada categoría de ciencias corresponde un método diferente.

En las ciencias formales predomina claramente el método deductivo, que partiendo de premisas generales llega a la solución de casos particulares. La resolución de un teorema geométrico constituye un ejemplo que prueba la coherencia de esta ciencia imaginaria. Su método predominante es la deducción.

En las ciencias materiales, como su objeto está en la realidad, generalmente se parte de la observación de él. O sea que a partir de conocimientos particulares se llega a elaborar conclusiones generales. Se recorre, en definitiva, el camino inverso. Su método predominante es la inducción.

Cuando la política no tenía aún jerarquía científica, Platón elaboró su magnífica obra *República*, utilizando precisamente el método

de la deducción. En cambio, en los estudios de Aristóteles se advierte una especial importancia por la observación que es una técnica propia de la inducción.

No debe extrañarnos que Duverger le otorgue a Alexis de Tocqueville el carácter de virtual fundador de la ciencia política²⁰. El autor de *La democracia en América* había realizado su investigación científica siguiendo los pasos de la inducción por medio de técnicas propias de ella como las entrevistas.

Lo expuesto no debe ser entendido con un rigorismo exagerado. Siendo la ciencia política y el derecho constitucional ciencias reales y más específicamente, culturales o del hombre, aplican principalmente la inducción. Ello no significa que puedan hacer concesiones hacia algunas técnicas —no métodos— traídos del campo de la deducción, como, por ejemplo, la aplicación de técnicas matemáticas en el estudio de la política.

V. LAS TÉCNICAS

a) El comportamiento político

La técnica del comportamiento político estudia la política mediante el análisis de la conducta humana, tanto individual como social. Implica la utilización de técnicas psicológicas en el estudio de la política.

El precursor de estos estudios fue el norteamericano Arthur F. Bentley, quien en 1908 publicó su obra *The governmental process (El proceso gubernamental)*²¹. En el mismo año, el inglés Graham Wallas advertía, en su libro *Human nature in politics*, que “la mayoría de los estudiosos de la ciencia política analizan las instituciones y evitan el análisis del hombre”²².

La técnica pretende, en consecuencia, estudiar el proceso político desde la perspectiva de las motivaciones, personalidades y sentimientos de los participantes.

En los Estados Unidos adquirió consistencia a partir de 1950 en virtud de los estudios realizados en la Universidad de Chicago. Con anterioridad a esa fecha, el análisis psicológico de la política había sido elemental y era competencia de psiquiatras y psicólogos, constituyendo para éstos solamente un tema accesorio generalmente tratado

²⁰ DUVERGER, *Métodos...*, cit., p. 553.

²¹ Citado por LINARES QUINTANA, Segundo V., *La nueva ciencia...*, cit., p. 138.

²² LINARES QUINTANA, Segundo V., *La nueva ciencia...*, cit., p. 138.

mediante el enfoque conductista. A partir de ese momento se verificó mayor dedicación, sobre todo, en especialistas en ciencia política que se integraron a un trabajo interdisciplinario.

En general, estos estudios han mostrado predilección por el análisis de determinados temas políticos: el comportamiento electoral, la participación en la vida política, los partidos políticos y los grupos.

Uno de los aportes más singulares lo efectuó Harold D. Lasswell, profesor de la Universidad de Yale, quien a comienzos de la década de 1930 publicó su obra *Psicopatología y política*, en la cual analiza las características de la conducta de personalidades relevantes de la política. Para ello no se basó en las simples biografías, sino que prefirió recurrir a la búsqueda de historias clínicas en los hospitales.

En nuestro país, a fines del siglo XIX, un destacado médico, José María Ramos Mejía, también realizó interesantes investigaciones en sus trabajos *La neurosis de los hombres célebres argentinos*, *Las multitudes argentinas* y *Rosas y su tiempo*.

La aplicación de técnicas psicológicas en los estudios de los fenómenos políticos ha puesto de resalto, con particular énfasis, un hecho innegable: el hombre es el destinatario de todos los esfuerzos políticos. Más allá de las estructuras, no debemos olvidar que éstas requieren a las personas.

Ello no implica que la política pueda ser estudiada por medio de la psicología: ésta contribuye, junto al aporte de otras ciencias, a su mejor comprensión.

En los últimos años se han llevado a cabo interesantes estudios genéticos sobre los restos biológicos de personajes célebres de la política, aplicando técnicas de clonación, en la búsqueda de datos reveladores de su comportamiento.

Así, en el Museo Nacional de Salud y Medicina de Washington fueron investigados pequeños restos del cuerpo de Abraham Lincoln —obtenidos en su autopsia— y mediante tales procedimientos se intentó conocer si su estado de salud, antes de su muerte en 1865, era revelador de actitudes y conductas que pudieron haber influido en decisiones políticas trascendentales²³.

También se han efectuado novedosos e interesantes aportes doctrinales. Uno de los más relevantes y difundidos ha sido el del médico y político inglés David Owen, a quien se considera descubridor de un síndrome de *Hybris*. Esta patología, que afectaría con cierta frecuencia a líderes políticos, los llevaría a sentirse excesivamente seguros de sí mismo y a despreciar cualquier clase de consejo. Ello crearía una incli-

²³ Conf. *Diario La Nación*, “Experimentarán con el cuerpo de Lincoln”, Buenos Aires, 19/2/1991.

nación narcisista a ver el mundo como un escenario en el que pueden ejercer su poder y buscar la gloria²⁴.

En nuestro país cabe mencionar los interesantes aportes efectuados en los últimos años por López Mato²⁵ y Nelson Castro²⁶ desde una perspectiva de la ciencia médica.

b) La teoría de los juegos

No obstante su denominación, se trata, en realidad, de una técnica que introduce la pretensión de estudiar las decisiones políticas mediante la utilización de recursos matemáticos.

Se atribuye su creación, en el año 1944, al físico-matemático John Neumann y al economista Oskar Morgenstern, quienes recogieron en un lenguaje matemático complejo varios trabajos anteriores.

Su utilización requiere sólidos conocimientos matemáticos, por lo cual resulta impracticable para quien no los tenga. Fue concebida para explicar los comportamientos económicos, pero luego su aplicación se extendió al campo político —especialmente al internacional— y, en particular, al ámbito militar.

La técnica parte del principio de asimilar ciertos comportamientos socialmente relevantes (económicos, políticos, etc.) a los juegos de estrategia. Éstos se caracterizan por que la habilidad del jugador desempeña un papel esencial en la consecución del resultado. Son descartados los juegos de azar en los cuales la maestría del jugador no tiene mayor importancia.

Esta técnica trata de identificar las estrategias posibles y calcular las probabilidades de éxito de cada una mediante una evaluación matemática de las circunstancias favorables y adversas. El término “estrategia” —de particular utilización en el ámbito militar— se refiere a la capacidad de elaborar un plan de conjunto para conseguir un objetivo previamente determinado. En un proceso regulable hace referencia al conjunto de reglas que aseguran una decisión óptima. Corresponde diferenciarla de la táctica, que atañe al planteo de cada una de las operaciones previstas en la estrategia; ésta es la que dirige globalmente los movimientos tácticos.

Llevadas estas nociones al campo de la ciencia política, ello significa definir las diferentes estrategias posibles y meritar las posibilidades

²⁴ OWEN, David, *En el poder y en la enfermedad*, Siruela, versión en español, Madrid (España), 2010.

²⁵ LÓPEZ MATO, Omar, *La Patria enferma*, Sudamericana, Buenos Aires, 2010.

²⁶ CASTRO, Nelson, *Enfermos de poder. La salud de los presidentes y sus consecuencias*, Vergara, Buenos Aires, 2009.

de éxito de cada una de ellas por medio de complejas operaciones matemáticas.

Creemos que asimilar la política a los juegos de estrategia implica un recurso novedoso aun cuando peca de exagerado simplismo. Los fenómenos políticos resultan, habitualmente, mucho más complejos que la actividad lúdica. En los juegos de estrategia, los jugadores parten de situaciones virtualmente idénticas, tienen reglas precisas y determinadas, lo cual, por lo general, no ocurre en el plano político²⁷.

Hay, además, una objeción importante: la teoría de los juegos prescinde de las necesarias consideraciones de valor que estimamos inescindibles de la política.

Estas apreciaciones no pretenden, desde luego, descartar la utilización de esta técnica en el campo de la ciencia política, sino, más bien, aplicarla con extrema cautela ante el convencimiento de que sólo un abordaje integral e interdisciplinario podrá dilucidar la compleja problemática que ella exhibe. En todo caso, siempre será necesario tener presente que la política, rectamente concebida, es inseparable de los valores.

En 1994 la teoría de los juegos recibió otro respaldo importante cuando tres de sus investigadores más relevantes —los estadounidenses John Harsanyi y John Nash, y el alemán Reinhard Selten— recibieron el premio Nobel de Economía por sus estudios centrados en la influencia que tienen juegos como el ajedrez y el póquer en el análisis de las estrategias económicas.

Más recientemente aún, los investigadores Robert J. Aumann, docente de la Universidad Hebrea de Jerusalén en Israel y Thomas C. Schelling, profesor de la Universidad de Harvard en los Estados Unidos, fueron galardonados con el premio Nobel de Economía 2005 por haber contribuido a mejorar el entendimiento de la cooperación y los conflictos por medio de la teoría de los juegos.

VI. LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

La palabra “fuentes”, aplicada en el campo del derecho, tiene diferentes acepciones. Algunos la identifican con los modos de expresión del derecho; otros, con el origen de éste.

Las fuentes del derecho constitucional, ordenadas jerárquicamente conforme a su importancia, son: la Constitución, la ley, la jurisprudencia, la doctrina y la costumbre.

Si bien la Constitución es una ley, su carácter de norma fundamental, tanto desde la perspectiva jurídica como de la política, la ubica

²⁷ Conf. LAZZARINI, José Luis, “La teoría de los juegos”, JA, sección Doctrina, 1973, p. 423.

en una grada preferente. Alberdi la llamaba, con justicia, "la ley de las leyes" en su *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina*²⁸. Esta relevancia no sólo le corresponde por su carácter normativo privilegiado, sino también porque en ella están insitos los principios y valores sobre los cuales cada Estado edifica su régimen político y jurídico.

Recuerda Joaquín V. González, con palabras imperecederas, "que la Constitución es un legado de sacrificios y de glorias, consagrados por nuestros mayores a nosotros y a los siglos por venir; que ella dio cuerpo y espíritu a nuestra patria hasta entonces informe, y que como se ama la tierra nativa y el hogar de las virtudes tradicionales, debe amarse la carta que nos engrandece y nos convierte en fortaleza inaccesible a la anarquía y al despotismo"²⁹.

Inmediatamente después, cabe mencionar a la ley, que necesariamente debe estar en armonía con la Constitución. No creemos que el derecho, en manera alguna, se agote en la ley. Esto no impide que le reconozcamos un lugar de privilegio entre las fuentes del derecho constitucional. Las leyes son instrumentos de aplicación de la Constitución destinados a regir frente a determinadas realidades; ellas no tienen, habitualmente, la pretensión de futuridad que caracteriza a las constituciones; actúan como elementos de adaptación permanente a la realidad.

La jurisprudencia tiene, en nuestra materia, un lugar relevante como fuente del derecho constitucional. Nuestra propia Ley Fundamental le ha reservado al Poder Judicial el control de la constitucionalidad de las leyes. La jurisprudencia, al interpretar la Constitución, evita su cristalización, y la adapta a las cambiantes condiciones que ofrece la realidad. En este aspecto, cobran particular relevancia los pronunciamientos del más Alto Tribunal de la República —la Corte Suprema de Justicia de la Nación—, que en nuestro sistema institucional es el intérprete último y definitivo de la Constitución Nacional.

El juez norteamericano Charles Evans Hughes, que fue presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, expresó con profundo realismo: "La Constitución es lo que los jueces dicen que es"³⁰. También se ha sostenido, con referencia a la Corte norteamericana, que ella es una convención constituyente en sesión permanente. Lo mismo se puede decir con respecto a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Superior nacional. En muchas oportunidades, la modificación de criterios

²⁸ ALBERDI, Juan B., *Obras escogidas*, t. IV, Luz del Día, Buenos Aires, 1954, p. 52.

²⁹ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Sistema económico y rentístico...*, cit., p. 29.

³⁰ HUGHES, Charles E., *La Suprema Corte de Estados Unidos*, FCE, Méjico, 1946, p. 7 (Prólogo).

jurisprudenciales genera, en la práctica, consecuencias casi similares a las de una reforma constitucional.

En nuestro país, en algunos casos, la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha anticipado incluso a la propia legislación, como en las causas "Siri, Ángel", de 1957 y "Kot, Samuel, SRL", de 1958³¹, en las cuales reconoció la acción de amparo antes de que estuviese establecida por ley. También constituyen una creación pretoriana de la Corte el recurso por arbitrariedad y el recurso por gravedad institucional.

La reforma constitucional de 1949 modificó el art. 100 de la Constitución Nacional (que pasó a ser el art. 95), otorgándole un valor decisivo a la jurisprudencia de la Corte Suprema. Disponía dicha norma:

La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recursos de casación, ser aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales.

La costumbre, como fuente del derecho, consiste en la repetición de conductas durante un lapso determinado con la convicción acerca de su obligatoriedad jurídica. Tiene, entonces, dos elementos: uno objetivo y el otro subjetivo. El primero de ellos está expresado por la reiteración de conductas; el segundo, también llamado *animus* o "elemento psicológico", consiste en la convicción predominante sobre la necesidad jurídica de tal comportamiento.

En el derecho privado la costumbre constituye una fuente importante del derecho. No ocurre lo mismo en el derecho público, particularmente en el derecho constitucional. En países como el nuestro, que tienen constituciones escritas y rígidas, la costumbre sólo desempeña un papel secundario en el derecho constitucional. Mas ello no es así en países que tienen constituciones dispersas, donde el derecho consuetudinario desempeña una función protagónica.

Algunos autores reducen la costumbre a su mínima expresión. Así, Kelsen sostiene que ella ha de ser considerada como un hecho creador de derecho si la propia constitución así lo instituye³².

En cambio, Sánchez Agesta piensa que hay prácticas y usos que no tienen carácter jurídico, pero que aun así deben ser considerados como elementos integrantes del orden constitucional³³.

³¹ Fallos 239:461 y 241:291, respectivamente.

³² KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 1969, p. 148.

³³ SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Principios de teoría política*, Editora Nacional, Madrid, 1976, ps. 353 y ss.

En nuestro sistema institucional, la procedencia de la costumbre como fuente del derecho, en principio, colisiona con el postulado de legalidad establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional. Según esta norma, “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Pese a esta manifestación del constituyente, creemos que los usos y las costumbres constitucionales no deben ser excluidos en su carácter de fuente de derecho en materia constitucional.

Linares Quintana considera de utilidad diferenciar las distintas clases de costumbres conforme a la tradicional tipología romano-canonista: la costumbre *secundum legem* o interpretativa; la costumbre *praeter legem* o supletoria y la costumbre *contra legem* o modificatoria. El citado autor se inclina por admitir en el ámbito constitucional la primera, pero desecha las dos últimas. Sostiene, acerca de la costumbre *contra legem*, que es inadmisibles, desde todo punto de vista, en el sistema de la Constitución escrita, rígida, la cual puede ser modificada única y exclusivamente por el procedimiento especial y estricto que ella misma prevé en su texto³⁴.

Entendemos que en estos casos corresponde hacer una diferenciación de importancia. La eventual admisión de una costumbre constitucional *contra legem* plantea, efectivamente, una verdadera perversión de la Constitución, que debe ser evitada. La práctica indica, empero, que estas costumbres suelen proliferar, sobre todo, cuando la Constitución es extremadamente rígida y no se adecua a las exigencias que plantea la realidad.

En estas circunstancias, habrá que considerar si los nuevos usos y costumbres son coherentes con los grandes fines y principios que la animan. Si así sucede, la consecuencia debiera ser la oportuna modificación del texto constitucional. Un claro ejemplo de esta situación se planteaba con la norma del art. 86, inc. 21 de la Constitución Nacional, antes de la reforma de 1994, según la cual el presidente de la Nación “no puede ausentarse de la Capital, sino con permiso del Congreso. En el receso de éste, sólo podrá hacerlo sin licencia por graves objetos de servicio público”. A mayor abundamiento, el art. 75 (ahora, art. 88) de nuestra Ley Fundamental establecía que es causal de acefalía del Poder Ejecutivo la ausencia de su presidente de la Capital. En este caso, la costumbre de no cumplir con lo expresado por el texto constitucional no estaba en pugna con ningún principio fundamental. La reforma constitucional de 1994 ha subsanado en parte esta incoherencia al modificar la primera de las cláusulas señaladas, estableciendo que el presidente “puede ausentarse del territorio de la Nación, con

³⁴ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado...*, cit., t. II, ps. 475 y ss.

permiso del Congreso. En el receso de éste, sólo podrá hacerlo sin licencia por razones justificadas de servicio público” (art. 99, inc. 18).

Compartimos, desde luego, el criterio contrario a la admisión de la costumbre *contra legem* cuando mediante ella se pretende construir un atajo para violentar la esencia misma de la Constitución.

La doctrina –entendida como las opiniones, investigaciones y estudios realizados por especialistas, y debidamente fundados– tiene en el derecho constitucional una notoria importancia y constituye una fuente de la materia.

Nuestra propia Constitución Nacional ha recibido en su génesis un importante bagaje doctrinal que está claramente volcado en su texto. También ha sido relevante el aporte posterior a la sanción de ella que ha contribuido a lograr su mejor interpretación e incluso ha servido para propiciar iniciativas de modificaciones de nuestra Ley Fundamental.

En muchas ocasiones, la doctrina se ha anticipado a criterios de interpretación constitucional que después fueron acogidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Este aporte doctrinal –y, particularmente, el efectuado desde la cátedra universitaria por eminentes profesores– ha permitido, en muchas oportunidades, evitar decisiones políticas que habrían lesionado a la Constitución Nacional, o al menos ha alertado sobre las graves consecuencias que acarrearían los actos de gobierno realizados en apartamiento de la Ley Suprema.

En esta somera referencia a las fuentes del derecho constitucional cabe también hacer mención del derecho comparado, el cual, sin perder de vista las notas particulares de la naturaleza propia de las instituciones de un Estado, también contribuye al conocimiento de otros regímenes políticos del mundo y de las distintas formas mediante las cuales se instrumenta la protección de la libertad y la defensa de la dignidad humana.

Su ubicación como fuente del derecho constitucional es tema discutido en la doctrina. Hay quienes propician su reconocimiento como rama de aquél. Algunos autores –como Pereira Pinto³⁵ opinan, en cambio, que no debe ser incluido entre sus fuentes. Otros –como Vanossi³⁶ lo desechan como tal, pero le reconocen un importante valor instrumental. Este último autor, en un muy interesante trabajo de investigación, afirma que “la expresión derecho comparado no es ni ha estado ajena a la metodología empleada por las diversas ramas del derecho constitucional, desde que en cualquiera de ellas, ha resultado

³⁵ PEREIRA PINTO, *Derecho constitucional...*, cit., vol. I, p. 25.

³⁶ VANOSSI, Jorge R., “¿Existe un derecho constitucional comparado?”, ED 66-817.

imprescindible la adopción del comparatismo como herramienta del conocimiento”.

En nuestro criterio, se trata de una importante fuente indirecta o mediata.

VII. LA CONSTITUCIÓN: CONCEPTO

Si recorremos las páginas de las principales obras de derecho constitucional, nos encontramos con una variedad de conceptos atribuidos al término “Constitución”; casi tantos como autores han abordado la consideración de esta problemática.

No nos parece conveniente, dada la índole de esta obra, compendiar esa pluralidad de definiciones que son, además, difíciles de agrupar y clasificar. Sólo nos proponemos brindar una aproximación al concepto que permita la comprensión de los temas más relevantes. Luego, aspiramos a que cada lector elabore su propia definición.

La palabra “constitución”, utilizada en el lenguaje cotidiano, alude a la esencia y calidad de una cosa, que la constituye como tal y la diferencia de las demás. Así, decimos que la persona, por ejemplo, tiene buena o mala constitución (conf. *Diccionario de la Real Academia Española*).

Etimológicamente, deriva de las voces latinas *statuere* o *statutum*, que significan “reglar”, “establecer”, “ordenar”.

El lenguaje jurídico utiliza el vocablo “constitución” atribuyéndole parecida significación a la del uso vulgar. Generalmente, con esta palabra se hace referencia a la Ley Fundamental de un Estado, tanto desde la perspectiva política como de la jurídica.

En la antigua Grecia, los filósofos emplearon la palabra “política” con un sentido bastante similar al de “constitución”, para referirse a la ordenación de la ciudad-Estado de aquella época. Así, Aristóteles, en *La Constitución de Atenas*, muestra la ordenación de sus ciudades-Estados, tal como surgía de sus leyes e instituciones. Cabe aclarar que por aquel entonces no había una ley llamada “constitución”, ni norma alguna que bajo otra denominación tuviera carácter supremo frente a otras leyes.

Algunos autores consideran que el concepto de “constitución” fue usado por primera vez con un sentido algo similar al actual por Cicerón, en Roma. Sin embargo, fue recién en la etapa del constitucionalismo liberal cuando adquirió amplia difusión y una delimitación más precisa.

En la actualidad, es amplio el consenso en la doctrina para asociar el término “Constitución” con la ordenación fundamental del Estado. Sin embargo, ese acuerdo se diluye cuando se trata de cualificarlo.

Para los enfoques más estrechamente vinculados al positivismo jurídico, el carácter de Ley Fundamental es resaltado como el atributo esencial de toda Constitución. Aquí prevalece, en consecuencia, un criterio amplio, que privilegia, por sobre todas las cosas, su ubicación en el ordenamiento jurídico del Estado.

Desde la perspectiva más próxima a los enfoques iusnaturalistas, en cambio, se pone especial acento en los contenidos. No se discute su carácter de Ley Fundamental; se subraya que ese solo rasgo no alcanza. Una Constitución que se precie de tal debe reconocer los derechos naturales del hombre, asegurar ciertas formas de protección de ellos y una razonable limitación y distribución del poder.

También merece ser destacado el aporte de los enfoques historicistas que vinculan el concepto de “Constitución” con el devenir de la historia y con el carácter nacional.

Las constituciones fundan y organizan los Estados, pero no crean las Naciones, que habitualmente existen con mucha antelación a las constituciones; recogen las tradiciones, costumbres, mitos, leyendas y realidades sociales y los plasman en una Ley Fundamental.

Las constituciones se proponen unir, afianzar, promover, asegurar. Son el resultado de agregar a las culturas preexistentes nuevas formas de cultura que vienen a contribuir al progreso integral de la persona.

Una Constitución es el resultado de un pensamiento profundo, elaborado durante mucho tiempo, que se expresa básicamente en un plexo de valores y en una estructura organizativa.

VIII. LAS TIPOLOGÍAS DE LAS CONSTITUCIONES

Las tipologías implican el agrupamiento y la sistematización de conceptos, atendiendo a sus notas y caracteres generales comunes.

A los tipos se los reconoce y descubre en la realidad, a diferencia de los modelos, que son contruidos a partir de la previa elaboración del intelecto humano, el cual puede coincidir o no con la realidad.

Las tipologías integran un capítulo relevante de la ciencia política y del derecho constitucional. Por tratarse de ciencias fácticas, éstas privilegian el estudio de la realidad, que forma parte esencial y es peldaño inicial de toda investigación. A las tipologías suele mencionárselas, para facilitar su distinción, junto al nombre del investigador o autor que primero las enunció.

Sólo nos referiremos, en este desarrollo, a dos tipologías del concepto de “Constitución”, que tienen, a nuestro entender, particular importancia para la comprensión ulterior de diversos contenidos de nuestra materia.

a) Tipología de Lassalle

Ferdinand Lassalle se preguntaba, en un ciclo de conferencias dictado en Berlín en 1862, "¿Qué es una constitución?". Sus disertaciones fueron luego compendiadas en una obra que lleva ese mismo título³⁷.

Lassalle distinguía dos tipos específicamente definidos de Constitución: la escrita o formal, que denominaba "tira de papel", y la real y efectiva, que relacionaba con los factores reales y efectivos de poder.

Las características propias de la época en que transcurría su vida le hacían afirmar que todo país tiene y ha tenido siempre una Constitución real y verdadera. Lo específico del tiempo moderno no son las constituciones reales y efectivas, sino las constituciones escritas o tiras de papel.

Relativizando la importancia de estas últimas, formulaba un ejemplo aleccionador: Si se pudiese —decía— reunir todos los ejemplares de la Constitución de Prusia y destruirlos, nada cambiaría al día siguiente. Los factores reales y efectivos de poder seguirían siendo los mismos.

Consideraba Lassalle que los problemas constitucionales son, por sobre todas las cosas, cuestiones de poder y no de derecho. La verdadera Constitución de un Estado es producto de los factores efectivos de poder y las constituciones escritas no tienen mayor valor si no son duraderas y si no expresan fielmente los factores de poder imperantes en la realidad social.

b) Tipología de García Pelayo

Manuel García Pelayo considera que el concepto de "Constitución" es uno de los que ofrecen mayor pluralidad de formulaciones. Ello se debe —según su criterio— a dos motivos básicos, uno subjetivo y otro objetivo.

Subjetivamente —decía el ilustre autor español—, el concepto de Constitución es polémico, porque está referido a la sustancia de la existencia política de un pueblo.

Objetivamente también da lugar a la controversia política y a multiplicidad de significaciones, porque establece un nexo entre diversas esferas de la vida humana, vinculando sectores de la realidad política, jurídica, sociológica, etcétera.

García Pelayo distingue, básicamente, tres tipos diferentes de Constitución: racional normativo, histórico tradicional y sociológico.

³⁷ LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, Siglo Veinte, Buenos Aires, 1946, ps. 46 y 55.

El tipo racional normativo concibe a la Constitución como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el cual, de manera integral, exhaustiva y sistemática, son determinadas las funciones esenciales del Estado y regulados los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. De aquí que a este concepto racional de Constitución le sea especialmente aplicable la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. Su fundamentación ideológica más importante será el liberalismo³⁸.

El tipo histórico tradicional, en cambio, surge, en su formulación, como actitud polémica frente al concepto racional. Su soporte ideológico ha de ser el conservatismo frente al liberalismo. La Constitución se va conformando con el devenir histórico de una comunidad.

Mientras el revolucionario —dice García Pelayo— mira al futuro y cree en la posibilidad de conformarlo, el conservador mira al pasado y tiende a considerarlo como un orden inmutable. Distingue dos posiciones historicistas: a) la conservadora (Burke), que niega que la razón pueda influir sobre la historia y b) la liberal moderada (Humboldt), que admite que la razón es capaz de modelar la materia existente. La Constitución, en estos casos, tiene que fundarse fuertemente en la historia y en el carácter nacional³⁹.

El tipo sociológico de Constitución es —como dice García Pelayo— la proyección del sociologismo en el campo constitucional, entendiéndose por tal una concepción científica y una actitud mental que de modo más o menos intenso y extenso relativizan la política, el derecho y la cultura a situaciones sociales. Tiene que ver, principalmente, con la manera de existir de una sociedad, de un pueblo o de una nación. Considera que su apoyo ideológico reside tanto en las tendencias socialistas como en las conservadoras.

El rasgo diferenciador del concepto sociológico de Constitución estriba en entender a ésta como estructura política real de un pueblo que nunca puede ser creación de una normatividad. Representa, en definitiva, una clara réplica a la teoría racional de las constituciones⁴⁰.

IX. LA CLASIFICACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES

La clasificación supone el agrupamiento y la sistematización de conceptos conforme a una característica particular común. Es pre-

³⁸ Conf. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, 4ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1957, ps. 34 y 35.

³⁹ Conf. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho...*, cit., ps. 41/6.

⁴⁰ Conf. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho...*, cit., ps. 46/53.

cisamente esta peculiaridad la que se utiliza, por lo habitual, para identificar una clasificación.

Las clasificaciones tienen una indudable utilidad en el marco de la ciencia política y constitucional. Si bien su excesivo esquematismo es, a menudo, incompatible con la diversidad de matices que presenta la realidad, la concentración y sistematización de datos que nos suministran las convierten en instrumento importante para la investigación.

Siguiendo el criterio general de la obra, sólo haremos referencia a algunas de las más importantes clasificaciones.

a) Constituciones escritas y no escritas

Esta primitiva clasificación atiende primordialmente a la forma de expresión de las constituciones. Uno de los caracteres dominantes del constitucionalismo clásico y también del posterior a esa época, es el apego a las constituciones escritas. Muy pocos países en el mundo carecen de constituciones de esta clase. Ejemplos actuales serían Gran Bretaña y Nueva Zelanda, en donde predomina el *common law*, que tiene como fuente principal la costumbre.

Modernamente, la doctrina constitucional ha reemplazado las viejas e imprecisas denominaciones “constituciones escritas” y “no escritas” por “constituciones codificadas u orgánicas” y “dispersas o inorgánicas”, respectivamente, que expresan con mayor propiedad la verdadera naturaleza de la distinción.

b) Constituciones rígidas y flexibles

Esta clasificación tiene en consideración el procedimiento de reforma de las constituciones y es atribuida originariamente al irlandés James Bryce, quien la habría enunciado a fines del siglo XIX⁴¹. Se funda en el mayor o menor grado de dificultad que presentan las constituciones para su reforma y supone, necesariamente, la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos.

Las constituciones rígidas son aquellas cuya reforma requiere un procedimiento más complejo que el empleado para la formación y sanción de las leyes ordinarias. También reciben el nombre de “constituciones sólidas o cristalizadas”.

Las constituciones flexibles, en cambio, se valen para su modificación del mismo procedimiento utilizado para la formación y sanción

⁴¹ BRYCE, James, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, ps. 34 a 75 y 94 y ss.

de las leyes. Ellas –sostenía Bryce– son las constituciones más antiguas. Suele denominárselas también “constituciones fluidas”.

Esta clasificación, en la práctica, coincide con la anterior. Las constituciones codificadas son rígidas y las dispersas resultan flexibles. Cabe aclarar que si bien, teóricamente, nada impide que una Constitución codificada pueda ser flexible, lo cierto es que la rigidez de la Constitución aparece como una nota distintiva del constitucionalismo moderno, que sólo concibe la idea de poderes constituidos limitados y mutuamente controlados, separados y subordinados al poder constituyente.

Algunos autores han formulado críticas a esta clasificación. Loewenstein considera que es formalista e irreal⁴². El procedimiento de reforma sólo cubre una parte de las posibilidades de modificación de las constituciones. Éstas también son alteradas por las llamadas “mutaciones constitucionales”, por la interpretación que de ellas hacen los poderes constituidos y por usos diversos de los contemplados en la propia Ley Fundamental.

También se ha objetado esta clasificación por ser incompleta, al referirse únicamente a las constituciones que admiten la posibilidad de su reforma. Habría que agregar, según esta opinión, una tercera categoría: la de las constituciones irreformables, pétreas o eternas. Ésta, entendemos, es una categoría meramente teórica o académica, porque no resulta concebible siquiera imaginar una Constitución intocable. Si bien las constituciones se caracterizan por su pretensión de futuridad, su intangibilidad absoluta es incompatible con la necesaria adecuación y aplicación a la realidad, siempre dinámica. Las constituciones tienen pretensión de futuridad, pero no pueden ser eternas.

Nada impide, empero, que una Constitución pueda tener una cláusula de intangibilidad temporal siempre que se la haya dispuesto por un tiempo razonable. Es el caso de nuestra Constitución originaria de 1853, que preveía la imposibilidad de su reforma por un lapso de diez años.

Están, también, las cláusulas de intangibilidad respecto de contenidos determinados. Por ejemplo, en las Constituciones de Italia de 1947 (art. 139) y de Francia de 1958 (art. 89) se dispone que no puede ser objeto de revisión constitucional la forma republicana de gobierno.

Nuestra Constitución –pensamos– no reconoce contenidos ni cláusulas de intangibilidad. Ninguna norma constitucional los ha establecido y la cláusula del art. 30 es categórica al preceptuar que la Constitución puede ser reformada en todo o en parte.

⁴² Conf. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría...*, cit., p. 208.

Una muy autorizada doctrina constitucional, que cuenta con el aval de Bidart Campos, opina, en cambio, que nuestra Ley Fundamental reconoce contenidos pétreos implícitos, entre los cuales menciona la forma republicana de gobierno, el federalismo como forma de Estado y la confesionalidad de éste en sus relaciones con la Iglesia Cat lica⁴³.

c) Constituciones originarias y derivadas

Esta clasificación tiene en cuenta el mayor o menor grado de novedad o de creación que presentan los contenidos constitucionales.

Una Constitución es originaria cuando sus cláusulas contienen formulaciones realmente novedosas o ella adopta principios fundacionales absolutamente nuevos. Las Constituciones de los Estados Unidos de 1787 y de Weimar de 1919 representan ejemplos de este tipo.

La norma es derivada cuando sigue los modelos constitucionales nacionales o extranjeros, implementando tan solo una adaptación a las necesidades locales. La Constitución de Francia de 1946 y nuestra propia Constitución Nacional son ejemplos de esta categoría. Ello, desde luego, no desmerece la relevante tarea de adecuación a la realidad llevada a cabo por nuestros constituyentes.

d) Constituciones ideológico-programáticas y utilitarias

Esta clasificación, al igual que la anterior, fue enunciada por Karl Loewenstein en su *Teoría de la Constitución*⁴⁴. Se funda en el mayor o menor contenido ideológico de las constituciones.

Son constituciones ideológico-programáticas aquellas que exhiben un claro sesgo ideológico, que est n impregnadas de ideología. Las Constituciones de los Estados Unidos (1787), Hungría (1948) y Portugal (1933) se ubican en esta categoría. También nuestra Constitución Nacional.

Las constituciones utilitarias son aquellas ideológicamente neutrales. Loewenstein cita, como ejemplo, la Constitución de Bismarck (Alemania) de 1871, de la cual refiere que su contenido ideológico es similar al de una guía telefónica.

Esta clasificación, en nuestro criterio, peca de irreal. Dado que la Constitución es la Ley Fundamental de un Estado, tanto en sentido político como jurídico, no nos parece posible hallar en la realidad constituciones desprovistas de ideología.

⁴³ Conf. BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental...*, cit., t. I, ps. 111/2.

⁴⁴ Conf. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría...*, cit., ps. 211 y ss.

e) Constituciones normativas, nominales y semánticas

Desde una perspectiva ontológica, Loewenstein clasifica a las constituciones en normativas, nominales y sem nticas⁴⁵. En este caso, se otorga especial preferencia a la mayor o menor concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder.

Las constituciones normativas son observadas lealmente por todos los interesados; est n plenamente integradas a la sociedad. Sus normas dominan el proceso político y éste se adapta y se somete a sus disposiciones. Su autor las describe como un traje que sienta bien y se lleva realmente.

Las constituciones nominales son aquellas que no est n plenamente integradas a la sociedad que pretenden regir. En estos casos, los presupuestos sociales y económicos imperantes en la realidad operan en forma opuesta a una concordancia entre las normas constitucionales y el proceso del poder. El destino de estas constituciones –dice Loewenstein– es educativo. Aspiran a convertirse, en un futuro más o menos lejano, en una Constitución normativa. El autor las compara con un traje colgado en un armario durante cierto tiempo y que será usado cuando el cuerpo nacional haya crecido.

Las constituciones semánticas son aquellas que en vez de servir a la limitación del ejercicio del poder, son instrumentos para estabilizar y eternizar la intervención de los dominadores fácticos del poder político. De Constitución sólo tienen el nombre. Loewenstein las compara con un traje que no es tal, sino, más bien, un disfraz.

X. LAS FORMAS DE GOBIERNO

El gobierno es, desde una visión objetiva, el conjunto de instituciones que tienen el ejercicio del poder del Estado.

Subjetivamente, lo identificamos con los funcionarios que ejercen ese poder, indispensable y necesario para la ordenación de la vida social.

Mediante la expresión “formas de gobierno” se pretende dar respuesta a uno de los principales interrogantes que plantea la ciencia política:  Qu n manda? En otros términos, el estudio de las diferentes formas de gobierno implica el análisis de los distintos criterios de organización de las magistraturas del Estado.

Casi todos los grandes filósofos políticos de todas las épocas se sintieron tentados de formular sus propias tipologías de las formas de

⁴⁵ Conf. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría...*, cit., ps. 216 y ss.

gobierno. Por ello se puede decir, sin exageración, que hay casi tantas tipologías como autores especializados en la literatura política.

En la actualidad la importancia de estas tipologías es sólo relativa. Algunas de ellas están evidentemente apartadas de la realidad y, en general, pecan de exagerado esquematismo y simplificación. Ello explica por qué los autores más modernos han relativizado su importancia y otros han abandonado su consideración, reemplazándolas por el estudio de los conceptos más amplios de régimen político o sistema político.

Efectuada esta advertencia liminar, nos limitaremos a hacer una somera referencia a algunas de las principales tipologías de las formas de gobierno, tanto antiguas como modernas.

a) Tipología de Aristóteles

El autor de *La Constitución de Atenas*, *La política*, *Ética a Nicómaco* y otras obras célebres distinguía las formas puras de las formas impuras de gobierno. La diferenciación parte de un criterio valorativo⁴⁶.

En las formas puras, el gobierno es ejercido en vista del bien común. En las formas impuras, en cambio, el fin perseguido por el gobernante no es el bien común, sino el bien o beneficio propio o particular.

Aplicando un enfoque cuantitativo, Aristóteles reconocía tres formas puras de gobierno: la monarquía, o gobierno de uno; la aristocracia, o gobierno de pocos y la *politia*, o gobierno de muchos⁴⁷.

Las formas impuras derivan de la corrupción o degeneración de las correlativas formas puras. En la terminología aristotélica reciben el nombre de tiranía, oligarquía y democracia, respectivamente.

b) Tipología de Polibio

Este pensador griego, que durante mucho tiempo vivió obligadamente en Roma, reprodujo la tipología tradicional que Aristóteles había hecho de los gobiernos: monarquía, aristocracia y democracia. Estas formas políticas –sostenía– se caracterizan por la inestabilidad. Por eso agregó otra forma de gobierno: la república. Ésta era una forma mixta que combinaba elementos de las anteriores.

⁴⁶ ARISTÓTELES, *Política*, libro III, vol. 1, Orbis, Madrid, 1985, ps. 111 y ss.

⁴⁷ La democracia suele ser incluida, en la tipología aristotélica, dentro de las formas puras de gobierno. El análisis de las fuentes y el relevante estudio que sobre el tema ha efectuado BOBBIO, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, FCE, Méjico, 1994, ps. 33 y ss., nos convencen de que fue concebida, en realidad, dentro de las formas impuras.

Polibio percibió que las formas de gobierno no son estáticas, sino dinámicas. Hay ciclos políticos que llevan a mudar de una a otra, generando gran inestabilidad.

La república no era una mera idea, sino una referencia concreta al sistema de gobierno con el cual vivió en Roma. Allí estaban combinadas las tres formas básicas. Los cónsules eran la representación del sistema monárquico; el Senado, del aristocrático y los comicios y tribunales, del democrático⁴⁸.

c) Tipología de Maquiavelo

El autor de *El príncipe* y *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* reprodujo en sus obras la teoría del ciclo político. Distinguía dos tipos de gobierno: la república y los principados. A éstos, conforme a su origen, los clasificaba en hereditarios, nuevos y mixtos.

En la monarquía, el poder se concentra en una persona; en la república, en varias, que pueden ser pocas o muchas. De allí que a Maquiavelo no le importara especialmente la distinción entre aristocracia y democracia.

El político y escritor florentino tampoco creía – pese a tener una indudable influencia de Polibio – en las formas mixtas de gobierno, porque, a su juicio, llevaban a la inestabilidad política.

d) Tipología de Montesquieu

En *El espíritu de las leyes*, el destacado pensador francés retomó la tipología tripartita de Aristóteles aunque le introdujo algunas variantes de importancia. A cada una de las formas la asoció con un principio o característica. Así, distinguió la monarquía, cuyo principio rector es el honor; el despotismo, que se basa en el temor y la república, en la cual gobierna todo el pueblo o una parte de él.

Si gobierna todo el pueblo, la república será democrática y su principio fundamental, la virtud. Si gobierna sólo una parte, la república será aristocrática y se fundará en la moderación.

e) Tipología de Kelsen

Fundándose en la idea de la libertad política, el autor de la *Teoría pura del derecho* formula una tipología dual de las formas de gobierno: democracia y autocracia.

⁴⁸ POLIBIO, *Historia universal durante la República romana*, Luis Navarro, Madrid, 1884, ps. 119 y ss.

La democracia es el régimen de libertad política. Ésta existe cuando el ciudadano participa en la elaboración del ordenamiento jurídico al cual posteriormente quedará sujeto.

La autocracia es el régimen de la servidumbre política. En ella, los súbditos están excluidos de participar en la formación de las normas jurídicas.

En realidad, el propio Kelsen aceptó que estas dos categorías de formas de gobierno no constituyen tipos reales, sino que representan, más bien, modelos ideales.

f) Tipología de Duverger

Maurice Duverger, que ha estudiado profundamente el tema de los regímenes políticos, es autor de diversas tipologías y clasificaciones respecto de ellos. En una de las más difundidas, distingue los regímenes pluralistas o democráticos y los regímenes unitarios o autocráticos. Advirtamos que el autor francés prefiere referirse a "regímenes" y no a formas de gobierno.

También utiliza la expresión "régimen unitario" con un significado diferente del usado en nuestra doctrina constitucional. Nosotros ubicamos al unitarismo entre las formas de Estado, caracterizándolo por la centralización del poder con base territorial, por oposición a la forma federal o descentralizada. Duverger se refiere, en cambio, a una concentración de la autoridad que acapara el desempeño de todas las funciones de gobierno. Por eso, siguiendo este criterio, el régimen autocrático es unitario.

En los regímenes pluralistas o democráticos hay una lucha política abierta y franca entre dos o más partidos políticos. También existen las libertades públicas. Conforme a la estructura del sistema político, pueden ser bipartidistas o multipartidistas.

Los regímenes autocráticos o unitarios se caracterizan, en cambio, por no ofrecer la posibilidad de una lucha política libre. Hay una sola autoridad, que es suprema. Puede tratarse de monarquías hereditarias o de dictaduras surgidas de la conquista.

Con un criterio más realista, Duverger también distinguió, dentro de los regímenes autoritarios, a las autocracias moderadas y las autocracias totalitarias. En las primeras se acepta cierta oposición al régimen y se admite la posibilidad de cierto disenso; en las segundas no se permite oposición alguna, por lo cual ésta sólo puede existir en la clandestinidad.

g) Tipología de Loewenstein

Karl Loewenstein, destacado discípulo de Max Weber, ha sido uno de los críticos más insistentes e incisivos de la tradicional doctrina de la separación de los Poderes en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Entiende que la distinción, en realidad, debe ser hecha con un criterio más dinámico y eficaz entre las funciones de la decisión política, la ejecución política y el control.

Fundándose en el principio de la distribución del poder, enuncia una tipología de las formas de gobierno en la cual reconoce tres categorías: el Estado constitucional, la autocracia y el totalitarismo⁴⁹.

En el Estado constitucional, las diversas funciones propias del poder se hallan convenientemente distribuidas entre sus diferentes órganos. El autor lo identifica con el Estado de derecho, caracterizado por la existencia de la libertad y la igualdad y con adecuada interdependencia entre los órganos de gobierno.

La autocracia se manifiesta como un sistema de concentración de poder que carece, consecuentemente, de distribución. El poder es absoluto; por tanto, no se ejerce control efectivo sobre él. Se excluye, en definitiva, la participación de los propios destinatarios del poder.

Loewenstein cita, a manera de ejemplo, tres distintas formas de autocracia: la monarquía absoluta, el cesarismo plebiscitario y el neopresidencialismo.

La monarquía absoluta se refiere al sistema que tuvo amplia difusión en Europa, en especial antes del constitucionalismo clásico.

Una muestra clara del cesarismo plebiscitario es el régimen napoleónico. En este caso, la configuración autoritaria del poder aparece cubierta por una fachada democrática, tras la cual se oculta la autoridad.

El neopresidencialismo sería, en este esquema, un refinamiento del anterior, estructurado sobre bases más modernas pero igualmente autocráticas. Tiene toda la apariencia de un Estado constitucional, pero todas las instituciones, en realidad, están sometidas, en definitiva, al jefe de Estado. Generalmente, en estos casos se limita el ejercicio del sufragio o se manipula el régimen electoral.

En opinión de Loewenstein, constituyen ejemplos de neopresidencialismo, entre otros, los regímenes políticos instaurados por la Constitución de Polonia de 1935; la de Estonia de 1938; la del Brasil de 1937, durante el gobierno de Vargas; la de la Argentina de 1949, con la presidencia de Perón y la de Egipto de 1956, durante el mandato de Nasser⁵⁰.

⁴⁹ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría...*, cit., ps. 73 y ss.

⁵⁰ Conf. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría...*, cit., p. 86.

El totalitarismo aspira a algo más que a excluir a los destinatarios del poder; pretende modelar la vida humana sometiéndola a su propia ideología que debe penetrar profundamente en todas las estructuras sociales. Sus instrumentos son un fuerte aparato policial y el partido único. Constituyen ejemplos de Estados totalitarios, entre otros, el nacional-socialismo alemán, el fascismo italiano y el comunismo soviético.

h) Tipología de Burdeau

Georges Burdeau cree que los regímenes políticos son definidos más por lo que los hombres piensan y creen sobre ellos, que por los análisis científicos. Conforme a este criterio simple y realista, que fundamenta en la opinión profana, describe básicamente dos tipos diferentes de gobierno: los regímenes democráticos y los regímenes autoritarios.

En su obra, *La democracia*, caracteriza a ésta como una filosofía, una manera de vivir, una religión y, casi accesoriamente, una forma de gobierno⁵¹.

También sostiene que disociar lo que en la democracia es realidad de lo que es creencia conduciría a hacer incomprensible no sólo el dinamismo que la anima, sino sus propias instituciones positivas, pues éstas no tienen sentido más que en función de la mística que encarnan.

XI. LAS FORMAS DE ESTADO

El término "Estado" fue introducido en la literatura política por Maquiavelo, a principios del siglo XVI, al menos en su significación más moderna⁵². Hay una pluralidad de concepciones con relación a su significado. Las más difundidas lo vinculan a la sociedad políticamente organizada y a la estructura de dominación.

A este respecto, enseña Jellinek que allí donde hay una comunidad con un poder originario y con medios coactivos para ejercerlo sobre sus miembros y su territorio, conforme a un orden que le es propio, allí existe un Estado.

En nuestro criterio, agregamos que el Estado no ha sido instituido para suplantar a la persona, a la familia ni a las sociedades interme-

⁵¹ BURDEAU, Georges, *La democracia*, Ariel, Barcelona, 1960, p. 5 (prólogo de Manuel Jiménez de Parga).

⁵² MAQUIAVELO, Nicolás, *Obras políticas*, t. I, Librería de la Viuda de Hernando, Madrid, 1895, p. 5.

dias, sino para protegerlas en sus derechos y su dignidad y darles los medios y las condiciones para su pleno desarrollo.

Mediante las formas de Estado se estudia la distribución territorial del poder, es decir, cómo es ejercido éste, atendiendo, básicamente, a los principios de la centralización o descentralización política en sus diversos matices.

La principal tipología de las formas de Estado distingue cuatro categorías: Estado unitario, Estado confederal, Estado federal y Estado regional. Analizaremos muy brevemente cada una de ellas.

a) Estado unitario

Esta categoría constituye la máxima expresión de la centralización política. Existe un solo núcleo de autoridad con competencia territorial en todo el ámbito geográfico del país. En algunos casos se admite cierta descentralización, pero ésta es meramente administrativa, no política.

La mayor parte de los Estados actuales están organizados con esta modalidad. Constituyen ejemplos de Estados unitarios, entre otros, Bélgica, Francia, Suecia, Noruega, Uruguay, Chile y Perú.

b) Estado confederal

La confederación es la unión de Estados independientes basada en un pacto o tratado, con el propósito de defender exteriormente sus intereses y mantener en su interior la paz. Supone el máximo grado de descentralización política.

Los Estados miembros conservan para sí el ejercicio de la soberanía y pueden ejercer los derechos de nulificación y de secesión. El primero de ellos los autoriza a revisar y eventualmente, censurar, las normas jurídicas que dicta el Estado central. El derecho de secesión implica la posibilidad de que un Estado miembro pueda separarse del resto de los Estados confederados.

La confederación, como forma de organización de un Estado, constituye en nuestro tiempo una categoría virtualmente inexistente. Es posible, empero, mencionar algunos ejemplos históricos: la Confederación de los Estados Unidos de Norteamérica, entre 1776 y 1787; la Confederación Suiza, entre 1815 y 1848 y la Confederación Germánica, entre 1867 y 1871.

En sentido histórico se puede observar que la confederación suele presentarse como una etapa preliminar de la conformación de un Estado federal.

c) Estado federal

La federación es la forma más difundida de descentralización política. También implica la unión de una pluralidad de Estados, que se realiza por medio de una Constitución. Los Estados son autónomos pero carecen de soberanía, la cual recae únicamente en el Estado federal. Tampoco ejercen los Estados miembros los derechos de nulificación y de secesión, que resultan inadmisibles.

Su origen histórico se ubica en la Constitución de los Estados Unidos de 1787. En la actualidad existen diversas variantes de Estados federales. Se puede citar como ejemplos, entre otros, los casos de Suiza, Alemania, Argentina, Brasil, Méjico, Venezuela, Canadá y Australia.

d) Estado regional

Esta categoría es presentada, por algunos autores, como una forma distinta de organización estatal. Sería una variante intermedia entre el unitarismo y el federalismo, caracterizada por el reconocimiento de las regiones. Éstas conforman ámbitos geográficos por lo general amplios, que no necesariamente coinciden con los límites políticos y que presentan importantes particularismos comunes.

La doctrina señala algunos ejemplos: Alemania, entre 1933 y 1934; Italia, a partir de 1947. Otros autores consideran que este último país es un Estado unitario.

XII. LAS FUENTES DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Nuestros constituyentes de 1853, al redactar la Constitución Nacional, tuvieron en consideración diversas fuentes. Entre los antecedentes es posible distinguir dos grandes aportes: a) las fuentes nacionales y b) las fuentes extranjeras.

Respecto de los antecedentes nacionales, cabe mencionar el proyecto de Constitución de Alberdi, la Constitución de 1826, el Pacto Federal de 1831, los otros pactos preexistentes y, en menor medida, los anteriores ensayos constitucionales. La influencia de estos antecedentes es notable y ha sido resaltada por la doctrina. Alberdi afirma, en tal sentido, que la explicación de nuestra Constitución ha de hallársela en las constituciones ensayadas en el país en los cuarenta años anteriores a su definitiva organización.

Entre los antecedentes extranjeros corresponde citar, en primer término, a la Constitución de los Estados Unidos de 1787 y sus diez primeras enmiendas que tuvieron una extraordinaria gravitación en

nuestros constituyentes originarios. Muchos de sus principios (supremacía constitucional, control judicial de constitucionalidad de las leyes, separación de poderes, sistema federal de organización del Estado, presidencialismo, etc.) pasaron a integrar nuestro sistema constitucional.

En menor medida, también cabe destacar la Constitución de Suiza de 1848, inspirada en las ideas de Pellegrino Rossi, que fue otro de los modelos tomados en consideración por los constituyentes argentinos⁵³. Pese a que tenía algunas coincidencias evidentes con el texto norteamericano (entre otras, la adopción del sistema republicano y federal), su menor tiempo de vigencia —sólo cinco años en 1853— y algunas soluciones que fueron consideradas poco recomendables para nuestro país (Ejecutivo colegiado) hicieron que su influencia fuera notoriamente menor que el texto norteamericano.

También han de ser consideradas como antecedentes mediatos la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en Francia; las constituciones francesas sancionadas entre 1791 y 1795; la Constitución de Cádiz de 1812; la Constitución de Chile de 1833 y las constituciones de algunos Estados norteamericanos sancionadas con anterioridad a 1787 (Virginia de 1776, Maryland de 1776, Massachusetts de 1780, New Hampshire de 1783).

XIII. LAS PARTES DE LA CONSTITUCIÓN

En toda Constitución cabe distinguir dos partes: la dogmática y la orgánica. En la primera son enunciados los principios que fundamentan el orden constitucional. Allí reside el plexo de valores que da sentido y orienta a toda la estructura constitucional.

En la parte orgánica, en cambio, se describe la organización, el funcionamiento y las atribuciones de los poderes constituidos —ello, en función de la realización de los principios y valores de la parte dogmática—.

En nuestra Constitución Nacional de 1853, la parte dogmática recibía la denominación de "Declaraciones, derechos y garantías". Después de la reforma de 1994, la primera parte de la Constitución ha quedado innominada, comprendiendo dos capítulos; el primero, llamado "Declaraciones, derechos y garantías" (arts. 1° a 35) y el se-

⁵³ Discrepa de esta opinión COLAUTTI, Carlos E., *Antecedentes de la Constitución argentina*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 12, quien sostiene que "tampoco tuvo ninguna influencia el Proyecto de Constitución para los cantones suizos escrito en 1832 por Pellegrino Rossi, pues las pocas ideas que de éste hubiera tomado Alberdi, no pasan a formar parte de nuestro texto constitucional".

gundo, titulado "Nuevos derechos y garantías", que fue incorporado por la reforma mencionada y comprende los arts. 36 a 43.

La segunda parte (arts. 44 a 129) lleva por denominación "Autoridades de la Nación" y comprende dos títulos: "Gobierno federal" (arts. 44 a 120) y "Gobiernos de provincia" (arts. 121 a 129). El título primero está dividido en cuatro secciones, destinadas, respectivamente, al Poder Legislativo (arts. 44 a 86), al Poder Ejecutivo (arts. 87 a 107), al Poder Judicial (arts. 108 a 119) y al Ministerio Público (art. 120). Las primeras secciones están divididas en diversos capítulos. La última sección, que no tiene capítulo, fue agregada por la reforma constitucional de 1994. El título segundo no contiene división en capítulos.

XIV. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Conforme a la ideología adoptada por la Constitución Nacional, hallámos en ella los principios fundamentales: la libertad y la dignidad del hombre, la soberanía popular, el garantismo, la supremacía constitucional, el control de constitucionalidad, la legalidad, la división de poderes, la representación política, la igualdad, el respeto de las tradiciones y sus valores, la identidad nacional, entendida como tabla de valores que unifica a la Nación.

También están reflejadas en nuestra Ley Fundamental, especialmente después de las últimas reformas constitucionales, la justicia social, la igualdad de posibilidades, el pluralismo, la participación política.

Además, comienza a insinuarse en el texto constitucional una preocupación ética por la protección del ambiente y el reconocimiento de los derechos ecológicos, procurando mejores condiciones de vida para las generaciones futuras así como por la tutela de los intereses difusos. Esta perspectiva, más actual, intensificará seguramente su relevancia en los próximos años.

XV. LA IDEOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN

La ideología es la concepción sobre la naturaleza del hombre y de la sociedad. Implica una referencia a la filosofía jurídica caracterizada por la organización de los valores, el predominio de creencias y principios.

Nuestra Constitución Nacional tiene, desde sus propios orígenes, una ideología liberal; de ella ha tomado la preeminencia de la libertad,

la soberanía popular, el principio de legalidad, la división de poderes y la representación política, entre otros aspectos capitales.

También es posible advertir en nuestra Constitución originaria otras influencias, como la derivada de la doctrina católica y la proveniente del aporte de nuestros más destacados pensadores y forjadores de nuestra nacionalidad. La primera se manifiesta en el respeto por los derechos naturales del hombre y el reconocimiento de su dignidad, en la invocación de Dios, en la preeminencia de valores sustanciales y también en la regulación de las relaciones entre el Estado y la Iglesia.

El aporte de los pensadores vernáculos se lo percibe en la obra de adaptación que debieron llevar a cabo para hacer posible la organización constitucional. Ellos no solamente conocían las doctrinas foráneas, sino que además estaban consustanciados con la realidad. Linares Quintana se refiere a esta contribución ideológica como "la doctrina de Mayo, espíritu de la Constitución"⁵⁴.

Luego de las sucesivas reformas constitucionales, estas bases ideológicas han recibido aportes provenientes de otros enfoques. Así, la cláusula del art. 14 bis, incorporado por la reforma constitucional de 1957 y el agregado efectuado al entonces inc. 11 del art. 67 (actual inc. 12 del art. 75), están motivados en las concepciones del constitucionalismo social. Este mismo enfoque había inspirado a la reforma constitucional de 1949.

Las modificaciones introducidas por la reforma de 1994 mantuvieron, según entendemos, las líneas esenciales del constitucionalismo liberal, aun cuando esta última incorporó nuevos aportes del constitucionalismo social.

La referencia a los intereses difusos, la incorporación de nuevos instrumentos de participación, así como la preocupación por la preservación del ambiente, con vista a las generaciones futuras, parecen abrir muy limitadamente una perspectiva al constitucionalismo más actual.

XVI. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

a) Concepto

Interpretar implica dotar de significado a ciertas cosas, signos, fórmulas o acontecimientos. Es asignar sentido a determinados hechos, signos o palabras; es pasar el lenguaje simbólico al lenguaje significativo. Si bien la problemática de la interpretación jurídica es estudiada

⁵⁴ LINARES QUINTANA, Segundo V., "La doctrina de Mayo, espíritu de la Constitución", *Diario La Prensa*, 18/12/1992, Buenos Aires, p. 9; SPOTA (h.), Alberto A., "Mayo y la Constitución Nacional", en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, t. XXXVII, Buenos Aires, 2010.

por todas las ciencias jurídicas particulares, ha de reconocérsele a la filosofía jurídica los aportes más relevantes.

Bien podemos señalar que el intérprete es una especie de mediador que le comunica a los demás, en lenguaje común, el significado que se les atribuye a ciertas cosas, signos o acontecimientos. Antiguamente, los jurisconsultos eran sacerdotes. La interpretación estaba en estrecha relación con la religión y con la magia; prueba de ello es que en Roma se recurría a los sacerdotes para la celebración formal de contratos. El intérprete estaba revestido de una investidura mística; se le reconocía poderes extraños, a veces casi milagrosos, para hallar o desentrañar el sentido eminente de las cosas.

Respecto de la interpretación constitucional, se discute si ella ha de regirse por los principios de la interpretación del derecho en general o, al contrario, si constituye una interpretación parcialmente distinta, que necesita instrumentos propios y diferenciados.

En torno del primer enfoque se ubican los aportes de Quiroga Lavié y Tamayo y Salmorán⁵⁵. Participan del criterio de la discriminación Linares Quintana, Bidart Campos, Sagüés⁵⁶ y Rubio Llorente⁵⁷, entre otros.

Nos adscribimos a este último criterio. La interpretación constitucional tiene características específicas y distintivas que hacen necesaria la elaboración de reglas propias. Respecto de la interpretación del derecho en general, la interpretación constitucional difiere por la distinta jerarquía que les asigna a las fuentes por tener sus normas una pretensión de futuridad diferente, por su apego más acentuado a los valores y principios y por su lenguaje más general y, consecuentemente, menos preciso.

b) Importancia

La interpretación constitucional tiene una relevancia tal que le permite afirmar a Rubio Llorente que "el problema de la interpre-

⁵⁵ Conf. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "Sobre la interpretación constitucional", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, nro. 31, 1973, ps. 65/98, y TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, "Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica (con especial referencia a la interpretación constitucional)", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, nro. 31, 1973, ps. 25/64.

⁵⁶ Conf. LINARES QUINTANA, Segundo V., *Reglas para la interpretación constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1988, ps. 42/3; BIDART CAMPOS, Germán J., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 207, y SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos...*, cit., t. I, ps. 51 y ss.

⁵⁷ Citado por BALAGUER CALLEJÓN, María L., *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*, Civitas, Madrid, 1990, p. 57.

tación es el más importante de la teoría del Estado"⁵⁸. Por nuestra parte, también le asignamos un papel protagónico en la ciencia política y constitucional. A veces, la interpretación constitucional produce variantes de tal envergadura política y jurídica, que bien puede asimilárselas a los efectos de una virtual reforma constitucional. Por medio de ella, se les atribuye a las normas constitucionales un significado diferente del que hasta entonces se venía sosteniendo, pese a permanecer inmutable la cláusula formal.

c) Alcance

Con referencia a su alcance, la interpretación constitucional no sólo comprende el entendimiento y la significación de la Constitución formal, sino también de la Constitución material, de las normas complementarias de la Constitución, de los tratados internacionales que tengan relevancia en ella y de la doctrina o derecho judicial.

En la interpretación constitucional son reconocidas dos modalidades: a) la interpretación orgánica o institucional y b) la interpretación no orgánica o especulativa. La primera es la que realizan los poderes constituidos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) en ocasión del ejercicio de sus respectivas atribuciones; es eminentemente práctica. La segunda es la formulada por la doctrina y atiende sobre todo al conocimiento general; es, en consecuencia, más teórica y especulativa y, a menudo, nutre a la interpretación práctica y capacita para ella.

A la interpretación orgánica o institucional, a su vez, se la distingue desde la perspectiva del órgano que la realiza, diferenciándola, entonces, en: a) interpretación legislativa, que es aquella que realizan las cámaras legislativas en ocasión de dictar las leyes o ejercer otras facultades constitucionales; b) interpretación ejecutiva, que es llevada a cabo por el Poder Ejecutivo al evaluar la compatibilidad de sus actos de gobierno con la Constitución, y c) interpretación judicial, que es aquella que realiza el Poder Judicial cada vez que resuelve una cuestión constitucional.

Si bien todas las variantes señaladas revisten gran importancia y deben ser integradas en última instancia, destacamos especialmente la interpretación judicial. Ésta es, en la mayoría de los casos y en definitiva, la que prevalecerá, al menos en países como el nuestro, que reconocen en el Poder Judicial el juicio definitivo acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes.

⁵⁸ Citado por BALAGUER CALLEJÓN, María L., *La interpretación de la Constitución...*, cit., p. 57.

Compartimos el criterio de Bidart Campos y de Sagüés⁵⁹, quienes entienden que la interpretación constitucional reconoce, al menos, tres aspectos fundamentales: a) la interpretación jurídica o normativa; b) la interpretación axiológica, y c) la interpretación fáctica.

Dentro de la interpretación jurídica o normativa se debe ubicar tanto a la interpretación literal como a la histórica. La primera se ocupa del significado de los términos utilizados por el lenguaje de la Constitución; la segunda indaga acerca de la voluntad del constituyente.

La interpretación axiológica centra su preocupación en los principios y valores sobre los cuales se asienta toda la estructura constitucional. Ellos son los que permiten ahondar en el espíritu de la Constitución, en su filosofía política.

La interpretación fáctica es aquella que coteja las anteriores con la realidad a que se debe aplicar la norma constitucional. Ella es la que permite la adecuación de la Constitución a la realidad. Cuanto más longeva es la Constitución, mayor será el alcance de su aplicación. Mediante ella, normas constitucionales a veces muy anticuadas permiten resolver favorablemente situaciones jamás previstas, tal vez, por el constituyente.

d) Reglas de interpretación constitucional

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha enunciado, con el transcurrir del tiempo, un conjunto de reglas de interpretación⁶⁰ especialmente aplicable al entendimiento de nuestra Constitución Na-

⁵⁹ Germán J. Bidart Campos explica que "la comprensión interpretativa de la constitución formal parece demandar que nuestro conocimiento de ella no se detenga en su letra, es decir, en su articulado. En la constitución cabe imaginar un bloque trinitario formado por: a) su letra (lo que ella dice en sus normas escritas); b) su espíritu (integrado por sus principios, sus ideas, sus valores, sus creencias, todo lo cual admite también denominarse la ideología de la constitución, o su filosofía política); c) su raíz o carga histórica (las razones históricas y tradicionales que dan cuenta del porqué y el para qué de la letra y del espíritu)" (BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. I, p. 74). Señala Sagüés que "cuando se realiza el trámite de contralor de constitucionalidad, el operador intérprete de la Constitución maneja normas [...] pero también conductas y valores. Decir que el control de constitucionalidad implica nada más que confrontar la norma superior (la Constitución) con la norma inferior (ley, decreto, resolución) importa una hipocresía jurídica inadmisibles" (SAGÜÉS, Néstor P., "Control judicial de constitucionalidad: legalidad versus previsibilidad", ED 118-909).

⁶⁰ Con respecto a este tema y con referencia a la Constitución norteamericana se puede consultar a STORY, Joseph, *Commentaries on the Constitution of the United States*, Little, Brown & Co., Boston, 1873, y en un enfoque más actual a WOLFE, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1991. En nuestro país, el tema aparece desarrollado en algunas obras específicas; entre ellas: BIDART CAMPOS, Germán J., *La interpretación...*, cit.; LINARES QUINTANA, Segundo V., *La Constitución interpretada*, Depalma, Buenos Aires, 1960, y *Reglas para la interpretación constitucional...*, cit.; VIGO, Rodolfo L., *Interpretación constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

cional. La doctrina constitucional se ha encargado de sistematizar su estudio. Sólo haremos una breve mención de algunas de ellas.

1. *Interpretación teleológica*. Es la que tiene en consideración, principalmente, los fines de la Constitución Nacional; está vinculada a la interpretación axiológica, en la cual cobran relevancia tanto el Preámbulo como la parte dogmática de la Constitución, como manifestación de su ideología y de su vocación política.

2. *Interpretación sistemática*. Por medio de ella se destaca que la Constitución es un conjunto armónico de disposiciones, en el cual el significado de cada parte debe ser entendido en armonía con las restantes. Se ha de presumir, entonces, la coherencia y la homogeneidad de las normas constitucionales sin que ninguna disposición pueda ser considerada aisladamente y con independencia de las restantes.

3. *Interpretación práctica*. La Constitución es un instrumento de gobierno, de manera tal que no hay que otorgar a sus prohibiciones y restricciones una amplitud que impida el normal ejercicio de los poderes del Estado.

4. *Interpretación progresista*. Toda Constitución tiene vocación de futuridad, porque se la crea para perdurar. Ello implica que frecuentemente sus disposiciones deben ser adaptadas a una realidad diferente de la que imperaba en el momento de su sanción. Por eso, la hermenéutica constitucional debe ser evolutiva, cuidando la estabilidad, pero también haciendo suficientemente flexibles sus disposiciones, de manera de comprender los nuevos desafíos sociales a la luz de sus principios.

e) Interpretación estática y dinámica

En lo atinente al vínculo que toda Constitución debe mantener con la realidad, se hace referencia a la interpretación estática y a la dinámica. La primera implica comprender sus disposiciones a partir de su letra y sus antecedentes; particularmente, de la voluntad del constituyente. En estos casos, el intérprete dirige su mirada hacia atrás, buscando el entendimiento de la norma.

La interpretación dinámica, además de considerar los aspectos indicados en la anterior, se preocupa por adaptar las disposiciones constitucionales a las circunstancias obrantes al tiempo de su aplicación; es, en consecuencia, esencialmente práctica. En constituciones —como la nuestra— que contienen normas muy antiguas, se impone la aplicación de esta hermenéutica como única vía de adaptarlas a la realidad. Debe

ser ejercida, empero, con suma prudencia y moderación, evitando la distorsión de los fines y valores que inspiran a la Ley Fundamental.

XVII. NORMAS OPERATIVAS Y PROGRAMÁTICAS

Las normas constitucionales han sido objeto de variadas clasificaciones. Una de ellas, teniendo en consideración la eficacia de las normas, las distingue en operativas y programáticas.

Las normas operativas son las que por su sola inclusión en la Constitución tienen plena eficacia. Pueden ser reglamentadas, pero la carencia de reglamentación no impide su cumplimiento; reciben también la denominación de *autosuficientes* o *autoaplicativas*.

Las normas programáticas son aquellas que pese a estar incluidas en el texto constitucional, no tienen plena eficacia hasta tanto el legislador ordinario las reglamente. Ésta es la condición a que se hallan sometidas. Como su propia denominación lo indica, son reglas que establecen pautas orientadas a la consecución de determinados fines.

La existencia de normas programáticas en nuestra Constitución Nacional ha sido reconocida por la jurisprudencia y por la doctrina. A esta conclusión siempre se ha llegado por vía de la interpretación de nuestra Ley Fundamental, porque la Constitución Nacional no contiene cláusula expresa alguna que se refiera a esta distinción. Algunas normas constitucionales, empero, parecen tácitamente admitir esta posibilidad. Así, el art. 24, en concordancia con las cláusulas contenidas en los arts. 75, inc. 12 y 118, estatuye que “el Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados”. En consecuencia, hasta tanto el Congreso reglamente esta norma, ella carecerá de aplicación.

El advenimiento del constitucionalismo social ha engrosado significativamente el campo de aplicación de las normas programáticas al ampliar la intervención del Estado, especialmente en el campo económico y social.

Si bien –según creemos– sería deseable que todas las normas constitucionales fueran operativas, no se debe pensar que las normas constitucionales programáticas son inocuas hasta tanto se las reglamente. Al contrario, aun en esas circunstancias surten algunos efectos. El Poder Legislativo puede, en principio, no dictar la norma reglamentaria, pero no podrá legislar en sentido divergente del establecido por ella.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció en 1957, al resolver el caso “Siri, Ángel”⁶¹, que las cláusulas constitucionales

⁶¹ Fallos 239:459.

que reconocen derechos y garantías personales y fundamentales son operativas. Este mismo criterio aparece expresamente consagrado en algunas constituciones provinciales (Salta de 1998, art. 16; Río Negro de 1988, art. 14; Jujuy de 1986, art. 17, inc. 2°). La Constitución de Córdoba de 2001 también establece, en su art. 22, el principio de la operatividad de los derechos, aunque excluye aquellos casos en que sea imprescindible la reglamentación legal.

En nuestro derecho constitucional, Bidart Campos⁶² sostiene que si el órgano del poder al cual le compete la reglamentación de una cláusula programática incurriere en mora irrazonable, esto habilitaría al Poder Judicial a declarar la inconstitucionalidad por omisión en resguardo del principio de supremacía constitucional. Esta interesante teoría ha tenido alguna acogida normativa. En Mendoza, la ley 2589, de 1975, que regula el amparo, lo declara procedente “contra la omisión del Poder Ejecutivo en reglamentar las leyes dentro de los plazos que éstas determinasen” (art. 2°).

La Constitución de Río Negro de 1988 también contempla esta posibilidad, pero con un alcance aún más amplio. El art. 207, inc. 2°, apart. d), le otorga competencia al Superior Tribunal de Justicia de esa provincia “en las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los municipios [...]”⁶³.

El nuevo instituto, evidentemente, se halla en estado embrionario. No pueden caber dudas respecto de su propósito que tiende a ampliar la tutela de la libertad. Será necesario que esa noble finalidad se vea acompañada por la prudencia del constituyente, quien sólo deberá establecer lo posible en las Constituciones; si éstas se convierten en meros catálogos de ilusiones, tampoco las inconstitucionalidades por omisión servirán de remedio.

⁶² BIDART CAMPOS, Germán J., *La interpretación...*, cit., p. 99.

⁶³ Esta novedad ha suscitado opiniones diversas. Mientras Germán J. Bidart Campos piensa que “el dispositivo rionegrino es audaz y doctrinariamente nos complace” (BIDART CAMPOS, Germán J., “Las omisiones inconstitucionales en la novísima Constitución de la Provincia de Río Negro”, ED 129-949), Pedro J. Frías manifiesta sus reservas en el actual estado de cosas (FRÍAS, Pedro J., “La nueva Constitución de Río Negro”, ED, 129-847).

CAPÍTULO II

EL CONSTITUCIONALISMO

I. CONCEPTO

El constitucionalismo es el proceso histórico en virtud del cual se van incorporando, a las leyes principales de los Estados, disposiciones que protegen la libertad y la dignidad del hombre y limitan adecuadamente el ejercicio del poder público.

Su estudio implica recorrer los diversos períodos de la historia, poniendo de resalto aquellos hitos fundamentales que jalonan la lucha del hombre en favor del reconocimiento de su libertad.

Es necesariamente extenso, gradual e inconcluso. El primer carácter hace referencia al dilatado recorrido que hay que desandar por la historia en búsqueda de los precedentes más importantes. Cabe afirmar, sin exageración, que comprende toda la historia de la humanidad. Lo contrario implicaría negar que la libertad está en la naturaleza misma de la persona humana.

Es gradual, porque sus logros van fecundando progresivamente y siempre después de largas y tesonerías luchas.

Es, también, inconcluso, dado que este proceso es inacabado. A la libertad nunca se la termina de conquistar definitivamente. Es mucho lo que se ha avanzado, pero también falta mucho por alcanzar. A su vez, a medida que obtenemos algunas libertades aparecen nuevas amenazas respecto de otras.

II. SIGNIFICADO

El constitucionalismo es una verdadera historia de la libertad. No pretende rememorar meros hechos del pasado, sino, principalmente, comprender la génesis de su surgimiento y afianzamiento. Su recorrido

nos muestra en forma manifiesta la inquebrantable lucha del hombre por su dignidad¹.

Sólo comprendiendo esta eterna vigilia y la lucha de la persona humana por ganarse su libertad podremos entender los fundamentos esenciales del derecho constitucional y de sus instituciones.

Por eso —bien decía Alberdi—, a la libertad no se la estudia en catecismos. No basta con repetir datos y reconocer teorías constitucionales para defender la libertad. Es necesario, además, adentrarse en el sentido profundo de su lucha perenne, que requiere ineludiblemente una convicción clara y decisiva, que privilegie la libertad y la dignidad del hombre como fin primordial sin el cual es imposible concebir el derecho, la justicia y la paz.

Su duro aprendizaje debe servirnos para fortalecer en nosotros esa idea, la de que el derecho constitucional está indisolublemente ligado a la libertad. Sin ello, pierde su sentido más valioso.

III. ETAPAS

El constitucionalismo es un proceso histórico vasto cuyos límites resulta difícil determinar. Sería imposible, por tanto, compendiar en un capítulo sus principales manifestaciones. Por eso, sólo nos limitaremos a señalar algunos precedentes que estimamos de particular relevancia para comprender el real significado de nuestra materia.

A los efectos de este abordaje elemental hemos preferido, por razones didácticas, distinguir diversas etapas que denominamos: a) antecedentes; b) constitucionalismo liberal; c) difusión del constitucionalismo liberal; d) crisis del constitucionalismo liberal; e) constitucionalismo social, y f) constitucionalismo actual. En cada una de ellas haremos una somera mención de algunos de sus hitos más relevantes.

IV. ANTECEDENTES

Ubicamos dentro de esta etapa inicial el largo ciclo histórico que precedió al advenimiento de las primeras grandes constituciones de fines del siglo XVIII.

En tan extenso período se aprecia, desde su inicio, la idea de un comportamiento enderezado a la concreción de fines donde aparece

¹ Expresa José Luis Lazzarini, a ese respecto, que la libertad "es inmanente, se nace con vocación hacia ella, de tal forma que podemos afirmar, terminantemente, que la libertad no la otorga el hombre, ni el Estado ni la sociedad en que vive" (LAZZARINI, José Luis, "¿Qué es una Constitución?", separata de *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, 1962, p. 6).

la noción diferencial de lo bueno y lo malo, a veces confundida con la de lo permitido y lo prohibido por la divinidad.

a) La libertad política en la antigüedad

En la antigüedad no había constituciones, al menos en el sentido que le adjudicamos en nuestra época a este término. Ellas recién advinieron a fines del siglo XVIII. Sin embargo, los pueblos antiguos conocieron formas de organización política simples y rudimentarias. Estaban asentadas en rígidos esquemas teocráticos y reconocían un poder absoluto. El Estado era el fin y el hombre puesto al servicio de aquél, el medio.

En algunos casos se contaba con ciertas normas escritas de organización, como las derivadas del Código de Hammurabi en Babilonia (1950 a. de C.); las leyes de Manú (probablemente, siglo II a. de C.) en la India, o las tablas mosaicas en Israel.

Si bien faltaba, en general, una elaboración normativa rigurosa, es innegable que se hallaba presente la idea de sistematizar ciertos comportamientos en orden al logro de fines valiosos.

En Grecia, sus antiguos pensadores centraron su atención sobre dos temas básicos: la organización del Estado y el principio de justicia.

En la cultura helénica —donde el derecho público tuvo amplio predominio—, la vida del hombre hallaba en la *polis* o ciudad-Estado los supuestos esenciales de su libertad, su dignidad y su perfección. De allí que todo el pensamiento filosófico y jurídico trata de descubrir en el Estado los valores supremos de la existencia humana.

Ese especial apego a la cosa pública llevó a los griegos a pergeñar modos de convivencia social calificados. Incluso, fueron implementadas formas de participación en las cuales se ha pretendido hallar modalidades embrionarias de la democracia, en especial en Atenas, durante el llamado "siglo de Pericles" (siglo V a. de C.). La libertad civil, en cambio, sólo estaba reservada a los ciudadanos y la esclavitud estaba bastamente difundida.

En Roma, no obstante, predominó el criterio práctico. De allí que el mejor aporte lo hallemos en el derecho positivo privado. Pese a ello, la civilización romana también nos legó el testimonio de importantes hombres públicos y pensadores, casi siempre forjados en las entrañas del pensamiento helénico.

Merecen ser destacadas, en tal sentido, las aportaciones de Marco Tulio Cicerón (106-43 a. de C.), en las cuales resalta su notable influencia iusnaturalista, de clara filiación estoica. Asume, incluso, una posición crítica —aunque tolerante— frente a la esclavitud.

La cultura jurídica hebrea, rígidamente teocrática, introdujo la idea monoteísta. Durante largo tiempo, los cinco libros sagrados que integran el Pentateuco (Génesis, Éxodo, Levítico, Números y Deuteronomio) constituyeron la ley positiva de Israel. Más tarde, el Talmud, como suplemento del Pentateuco, sería la expresión de la ley jurídica, moral y religiosa del pueblo judío.

b) El cristianismo

Si bien constituyó desde sus orígenes un movimiento esencialmente religioso, el cristianismo produjo consecuencias políticas innegables. La doctrina predicada por Cristo y sus seguidores provocó la más profunda transformación de la humanidad.

El respeto por la libertad —el don más importante que Dios le dio al hombre, después de su propia vida— tendría indudable repercusión en el constitucionalismo.

La prédica de San Pablo en favor de la libertad representa un testimonio aleccionador en su época; así, decía a los corintios: “Donde está el espíritu del Señor, está la libertad”².

La libertad humana y cristiana, teologizada por San Pablo, no es una autonomía que nos independiza de Dios ni de los demás, sino un don del Creador, merecido por Cristo, operado por el Espíritu, que nos hace libres para la obediencia de la fe y el amor al prójimo.

Con palabras más actuales explicaba esta misma enseñanza Pablo VI, en su alocución del 5 de mayo de 1971, al señalar: “La palabra libertad podría hacernos caer en la ilusión de que no tenemos ninguna obligación ni hacia nosotros mismos, ni hacia los demás, ni hacia la ordenada convivencia eclesial; sí debemos sentirnos libres, como llevados por el soplo del Espíritu; pero, como nos amonesta San Pedro, sin hacer de la libertad un pretexto para cubrir la malicia; seguimos siendo siervos de Dios. El cristiano, precisamente porque es cristiano, está vinculado más que nadie a la voluntad de Dios, al respeto de sus leyes naturales y civiles, a la obediencia a quien en la Iglesia tiene una función jerárquica y pastoral; y esta experiencia de la armonía entre la feliz libertad, que nos ha obtenido Cristo, y la gozosa fidelidad al orden establecido por Él, es de las más bellas, originales e irrenunciables de nuestra elección cristiana”.

El amor al prójimo, los derechos inalienables de la persona humana y el fin ultraterreno del hombre, predicados por el cristianismo, también acercaron un trascendental aporte al proceso del constitucionalismo.

² 2 Cor. 3, 17.

Otro factor relevante lo configura el advenimiento de la Iglesia, que le enseña al hombre que más allá del Estado existen valores superiores. Esto lo convencerá de que debe luchar por la libertad, poniéndose de pie frente al Estado y de rodillas, sólo ante Dios.

c) El feudalismo

Las invasiones bárbaras no sólo provocaron la caída del Imperio Romano (476 de C.), sino que introdujeron en la mentalidad de los protagonistas un escenario que poco a poco iba adquiriendo fisonomía diferente, tanto de la injerencia romana como de la germana, pero que a la vez conservaba en su interior los elementos de ambas.

En el reino franco surgió una dinastía poderosa, la de los antepasados de Carlomagno: la dinastía carolingia, que conformó una fuerza de choque contra otras etnias y que durante decenios sólo acarreó destrucción y ruina. Pero sobre estas ruinas, en el siglo IX, Carlomagno edificó su imperio, un Estado inmenso, que perduró durante un siglo.

Uno de los más importantes beneficios de esta reconstrucción fue el hecho de que en la administración se volvió a utilizar la escritura, íntimamente enlazada con la tradición romana. Sus órdenes, sus decisiones, los inventarios de sus dominios (los polípticos) y los de la Iglesia, fueron puestos por escrito.

Empero, el Imperio no sobreviviría a la muerte de Carlomagno. El avance de los mongoles, de los musulmanes y de los normandos provocó el aumento de la autonomía de los condes nombrados por aquél para controlar hasta el último dominio de su vasto Estado.

Estas invasiones no sólo produjeron saqueo y depredación: aquellos que en su momento se beneficiaron con los territorios recibidos del rey —los condes— se organizaron para la defensa y paulatinamente fueron arrogándose las prerrogativas del monarca, conformando verdaderos principados territoriales. Las prerrogativas de estos príncipes o reyezuelos estaban centradas en la acuñación de moneda con la figura de cada uno de ellos (ya no la del monarca), los beneficios de los derechos de tránsito (para poder atravesar su territorio), el control de los diplomas de la Iglesia (que quedó en sus manos, llegando en ocasiones a investir a los obispos).

Poco a poco se fue configurando la nueva unidad básica de esta organización: el feudo, unidad política, económica y social, marcadamente autónoma, concedida por el rey a un noble que se beneficiaba con su renta y que a su vez tenía el compromiso de mantenerse en relación de vasallaje con su señor, demostrando su fidelidad y combatiendo a su lado (no olvidemos que la guerra era una prerrogativa de la nobleza y del monarca).

La pirámide social tenía en la cima al rey, que era el señor de todos los territorios y otorgaba un feudo a un vasallo (noble). Pero esta relación continuaba multiplicándose, ya que cada señor podía hacerse de vasallos menos poderosos. Así llegó a conformarse un sistema jerárquico cimentado en la desigualdad.

Las instituciones públicas persistieron después del imperio carolingio porque, por un lado, formaban parte de los hábitos sociales y por el otro, reforzaban a sus dirigentes —p. ej., los tribunales públicos, en los cuales sólo participaban hombres libres, propietarios y ricos—. Esto también acentuó la progresiva debilitación de la justicia pública; el tribunal se convirtió en corte feudal y pasó de la plaza pública a la casa del conde.

El feudalismo nació de la fusión de dos sociedades: la germánica y la romana; y se concentró con mayor precisión en el corazón del imperio carolingio: la cuenca parisiense, donde los elementos de ambas culturas alcanzaron mayor grado de fusión.

Sus rasgos pueden ser rastreados, entonces, desde los reinos romano-germánicos y el imperio carolingio; pero fue en el trascurso del siglo IX cuando comenzó a adquirir su mayor nitidez, que persistiría hasta el siglo XIII.

d) Los fueros españoles

Durante siglos XI, XII y XIII, cuando el pueblo español se debatía en una ardua lucha por recuperar su país luego de la dominación musulmana, comenzó una paulatina introducción del derecho romano en España. Ello, de todas maneras, no significó un desarraigo inmediato de las antiguas costumbres, sino que generó una lenta transformación.

Lo característico de esta época fue el incipiente proceso de codificación, que cobró notable vigor durante el gobierno de Alfonso X el Sabio, por medio del Fuero Viejo de Castilla (1212), el Fuero Real (1254) y las Siete Partidas (1263).

En medio del proceso de atomización del poder que caracterizó a esta etapa histórica, los fueros constituían estatutos jurídicos privilegiados otorgados por el rey o algún importante señor feudal a cierto núcleo de vasallos. Algunos de ellos serían antecedentes relevantes del constitucionalismo al reconocérseles el valor de verdadera ley suprema y estaban, en ciertos casos, por encima de la voluntad real. Representaron, tal vez, las primeras limitaciones concretas del poder real hasta entonces incontrolado y absoluto.

Algunos autores piensan que se debe reconocer la prioridad española en la formulación de los derechos constitucionales. Merecen

ser citados los fueros de León (1020), Burgos (1073), Toledo (1085), Zaragoza (1115) y Aragón (1283). Este último estableció dos instituciones que son consideradas valiosos precedentes del constitucionalismo: el *justicia de Aragón* y el *juicio de manifestación*.

El *justicia de Aragón* era un funcionario público que tenía la misión de asegurar el cumplimiento del fuero. Si bien su poder derivaba del monarca, en la práctica adquirió autonomía propia hasta constituirse en defensor de las leyes del reino, aun frente al propio monarca, evitando el abuso de poder. De allí que se lo considere un antecedente del principio de supremacía constitucional. En la Convención de Filadelfia de 1787, que redactó la Constitución de los Estados Unidos, se hizo referencia expresa a este antecedente.

El *juicio de manifestación* era un medio para asegurar la defensa de los derechos de la persona ante abusos de cualquier autoridad pública. Es considerado uno de los primeros antecedentes del *habeas corpus*.

e) La Carta Magna

Este documento, rubricado por el rey Juan sin Tierra, en Inglaterra, representa uno de los precedentes constitucionales más relevantes a juicio de importante doctrina. En la tradición anglosajona es venerado como uno de los hitos más notables en la lucha por las libertades.

Datado el 15 de junio de 1215, fue otorgado por el monarca inglés como consecuencia de la derrota que le infringieron los barones. La expresión "Carta Magna" comenzó a ser utilizada luego de la muerte de Juan y con el adjetivo "magna" se diferenciaba a esta carta de otra más pequeña que contenía leyes aplicadas a los bosques.

La importancia de su texto radica en que se trataba de eliminar el abuso que hacía el rey de sus privilegios y, por ende, significaba una garantía para las libertades. En este sentido, se ha pretendido ver en ello una concesión de ciertos derechos que el rey transfería a una parte de la nobleza de su país.

Intrínsecamente considerada, la Carta Magna no constituyó un documento renovador. Por el contrario, no estaban reconocidos los derechos naturales ni su alcance se extendía a todos los hombres. Carecía, en este aspecto, del contenido filosófico y revolucionario que tendrían, cinco siglos y medio después, la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos, la Constitución de Virginia de 1776 o la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia, de 1789.

La Carta Magna se caracterizó por dar soluciones concretas y precisas a problemas determinados. No era una declaración abstracta de principios o de derechos. Así, por ejemplo, la expresión "hombre libre" tenía un alcance precario y limitado; esta categoría era un privilegio de pocos en el siglo XIII, cuando la condición general de los hombres era la servidumbre. Por ello, la cláusula en que se reclamaba que el hombre libre fuera juzgado por sus iguales no tuvo el impacto político que sí fue cobrando con el correr de los siglos.

Redactada en términos feudales, limitaba la potestad del rey de crear nuevos impuestos sin el consentimiento de los barones y los eclesiásticos: sólo se le permitía recibir los pagos que habitualmente realizaban los vasallos a su señor.

Dos cláusulas especialmente recordadas son la 48 y la 49³. En la primera se establecía:

Ningún hombre será detenido ni encarcelado, ni desposeído de su feudo, ni declarado fuera de la ley, ni exiliado, ni dañado en forma alguna, y no procederemos contra él, sin un juicio legal de sus iguales, conforme a la ley del país.

Por su parte, la cláusula 49 proclamaba:

No venderemos, ni rechazaremos ni diferiremos a nadie el derecho de justicia.

En la Carta Magna, en suma, hay que distinguir lo que literalmente se dice en ella de lo que las generaciones posteriores han interpretado que ella expresaba. No cabe duda alguna de que esto último sobrepasó holgadamente a lo primero. Por eso se puede decir que la grandeza de este documento no radica tanto en lo que fue en su época, sino en lo que llegó a ser con el devenir del tiempo.

f) El Pacto Popular

Este documento, conocido con la expresión inglesa *Agreement of the People*, fue elaborado en Inglaterra por el Consejo de Guerra de Cromwell, en 1647. Fue sometido a consideración de la Cámara de los Comunes, pero no obtuvo sanción.

El Pacto distinguía los principios fundamentales de los no fundamentales. Los primeros estaban constituidos por los derechos inalie-

³ Tanto las traducciones como, especialmente, la numeración de las cláusulas de este documento varían considerablemente según las respectivas versiones. Hemos tenido en consideración, en este caso, la seguida en la obra *La Carta Magna inglesa y otros documentos correlativos*, Universidad Nacional de La Plata, Colegio Nacional, Departamento de Historia y Geografía, La Plata, 1936.

nables de la Nación y correspondían con exclusividad al pueblo; no podían, en consecuencia, ser alterados por el Parlamento.

Se expresaba también que "los poderes del Parlamento están subordinados exclusivamente a los de sus comitentes, y se extienden, sin el consentimiento o el concurso de persona alguna ni corporación, a la legislación, al establecimiento de los empleos y de los tribunales de justicia, a la declaración de la guerra y a la celebración de la paz, negociación de tratados con las potencias extranjeras y, en general, a todos los derechos que los comitentes no se hayan reservado expresa o tácitamente".

Todo parece indicar que en la idea de sus autores estaba presente, aun cuando difusamente, un primer esbozo del principio de representación política y de subordinación a una ley fundamental escrita. Esta última conclusión sugiere la disposición citada del Pacto Popular, que colocaba fuera del alcance del Parlamento los derechos que la propia nación se reservaba.

g) El Instrumento de Gobierno

En Inglaterra, el 16 de diciembre de 1653, fue promulgado el Instrumento de Gobierno, claramente inspirado en los principios contenidos en el *Agreement of the People* de 1647.

En este documento aparecían delimitados los poderes de cada uno de los órganos de gobierno: el Protector, el Consejo de Estado y el Parlamento. Estaban resguardados, además, los derechos fundamentales del pueblo inglés.

Su vigencia fue efímera, pues rápidamente se produjo la restauración de la monarquía. Su importancia, en cambio, lo hizo objeto de elogiosos comentarios, algunos de los cuales lo calificaron de verdadera Constitución escrita, que como tal sería el primer antecedente de la Constitución de los Estados Unidos de 1787.

V. EL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL

Fue en esta etapa cuando quedaron establecidas las bases fundamentales del Estado constitucional. Durante ella surgieron las primeras grandes constituciones escritas que paulatinamente fueron generando un proceso de imitación en muchos países del mundo. La ubicamos, cronológicamente, en la segunda mitad del siglo XVIII.

Los dos acontecimientos más importantes que originaron esta relevante consecuencia política fueron la Revolución Norteamericana y la Revolución Francesa, manifestando ante la historia el criterio de

que el pueblo debía darse una Constitución y que ésta debía tener la categoría de Ley Suprema, escrita, codificada y sistemática.

Esta concepción política se asentaba sobre tres nociones básicas: a) la superioridad de la ley sobre la costumbre; b) la renovación del contrato social, en virtud, ahora, de la Constitución, y c) la idea de que las constituciones escritas eran un medio excepcional de educación política para hacer conocer a los ciudadanos sus derechos y sus deberes.

También incluimos como antecedente, en esta etapa, a la Revolución Inglesa de 1688 que tanto influyó en la Revolución Norteamericana, especialmente, y que sirvió para consagrar el triunfo definitivo de la soberanía del Parlamento sobre la Corona –importantísimo hito, que significó desterrar del sistema institucional inglés la idea de una Constitución escrita, fundamental y suprema–.

a) La Declaración de la Independencia de los Estados Unidos

El 4 de julio de 1776 las trece (entonces) colonias inglesas en tierras del continente americano declararon solemnemente su independencia.

Esta decisión fue tomada en medio de grandes dificultades. Los trece nuevos Estados que compartían la posición separatista respecto de la Corona británica no estaban igualmente convencidos de la necesidad de integrarse en una unidad política superior. Se consideraban tan independientes de su antigua metrópoli como entre ellos mismos. La unión de Estados sólo era predicada por un pequeño y selecto grupo de ilustres políticos norteamericanos como Washington, Franklin, Jefferson y Hamilton.

El principal redactor de la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos fue Thomas Jefferson, quien representaba el idealismo de la Revolución Norteamericana. Personaje querido y odiado por igual por sus contemporáneos, era el claro exponente de una profunda convicción respecto de la naturaleza humana y también del individualismo económico y de la fe en la democracia como instrumento para mejorar el futuro de la humanidad.

A diferencia de lo sucedido en nuestro país, los norteamericanos no necesitaron, al declarar su independencia, buscar legitimación en el derecho positivo inglés ni en ningún otro. La justificaron en “leyes de la naturaleza y de Dios” y sujetaron el porvenir de esa decisión “al juicio de un mundo imparcial”.

Esto demuestra palmariamente la profunda influencia que ejerció el pensamiento iusnaturalista en la formación de los cimientos

del constitucionalismo. En este sentido, en el segundo párrafo de la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos se expresa:

Nosotros consideramos de manifiesta evidencia estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que han sido dotados por su Creador con ciertos derechos inalienables; que entre ellos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.

b) La Constitución de Virginia

El 12 de junio de 1776, pocos días antes de ser aprobada la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos, el Estado de Virginia sancionó su Constitución cuya declaración de derechos es considerada por buena parte de la doctrina como la primera que conoció la humanidad.

La Constitución de Virginia, en cuya redacción ejerció notoria influencia el pensamiento de Madison, estaba precedida de un *bill of rights* que sirvió de modelo para las demás constituciones sancionadas en otros Estados norteamericanos. También ejerció visible influencia en Francia, por medio de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

En su sección I, la Constitución de Virginia⁴ establecía:

Todos los hombres son por su naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden por ningún contrato privar o despojar a su posteridad; especialmente el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y de poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y seguridad.

En la misma sección preceptuaba solemnemente que “todo poder reside en el pueblo y, por consiguiente, de él se deriva que los magistrados son sus mandatarios y servidores, y en todo tiempo responsables ante él”.

También estatúa el principio de la diferencia de poderes, el reconocimiento de la soberanía popular y la periodicidad de las funciones públicas, disponiendo “que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial deben ser separados y distintos, y que a sus miembros se les puede impedir la opresión, haciéndoles sentir las cargas del pueblo y participar de ellas; y que deben en períodos fijos, ser reducidos a la condición privada, volviendo al cuerpo de donde originariamente han

⁴ La transcripción de esta Constitución puede vérsela en SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Las instituciones políticas en la historia universal*, 2ª ed., Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1962, ps. 515 y ss.

salido, proveyéndose las vacantes por elecciones frecuentes, ciertas y regulares”.

En una sabia cláusula constitucional, contenida en la sección XV, establecía:

Ningún gobierno libre ni el beneficio de la libertad pueden ser asegurados a ningún pueblo sino mediante la firme adhesión a la justicia, la moderación, la templanza, la frugalidad y la virtud, y recurriendo frecuentemente a los principios fundamentales.

En esta Constitución de Virginia —entendemos— se hallan contenidos en plenitud los fundamentos básicos del constitucionalismo, es decir, el reconocimiento de los derechos naturales del hombre y la imposición de precisas limitaciones para el ejercicio del poder público. No se trata —como en las cartas inglesas— de reconocer ciertas liberalidades a meros súbditos de un poder absoluto; aquí son reconocidos derechos anteriores y superiores al Estado, que éste no otorga, sino que se obliga a garantizar.

La Revolución Norteamericana, a diferencia de la inglesa, no fue sólo consecuencia de necesidades prácticas y concretas: su inspiración debe ser buscada en una fundamentación ideológica más amplia y profunda. De allí el carácter universal y filosófico que plasma en sus principios.

c) La Constitución de los Estados Unidos

La Constitución de los Estados Unidos fue elaborada, entre el 14 de mayo y el 17 de septiembre de 1787, por cincuenta y cinco delegados —aunque sólo cuarenta la firmaron— que sesionaron en la ciudad de Filadelfia. Presidió las deliberaciones el diputado por Virginia, George Washington.

La asamblea había sido convocada por el Congreso —órgano común de la Confederación surgida del Pacto de Unión Perpetua de 1777— “con el fin único y expreso de revisar los artículos de la Confederación y de presentar dictamen al Congreso y a las distintas legislaturas sobre las alteraciones y adiciones a los mismos que sean necesarias para adaptar la Constitución a las exigencias del gobierno y al mantenimiento de la Unión, una vez aprobados por el Congreso y ratificados por los Estados”.

Sin embargo, la Convención de Filadelfia no se limitó a proponer reformas en las disposiciones constitucionales vigentes, sino que redactó una nueva Constitución, con pronunciados rasgos de originalidad, entre los cuales cabe destacar: a) la creación del sistema federal

de Estado; b) el presidencialismo como forma de organización del gobierno, y c) el control judicial de la constitucionalidad de las leyes.

El texto redactado sólo se componía de siete artículos y carecía de una declaración de derechos, omisión que fue suplida con el agregado de las diez primeras enmiendas, las cuales, sancionadas por el Congreso el 25 de septiembre de 1789, entraron en vigencia el 15 de diciembre de 1791.

La Constitución de los Estados Unidos fue puesta en vigor recién el 21 de junio de 1788, luego de que se cumpliera el procedimiento previsto en su art. VII, que determinaba la necesidad de contar con la ratificación de las convenciones por un mínimo de nueve Estados.

El primer Estado que aprobó la Constitución fue Delaware, el 7 de diciembre de 1787; el noveno, New Hampshire, el 21 de junio de 1788. Algunos Estados importantes, como Nueva York y Virginia, sólo se pronunciaron después con la particularidad de que en ambos casos se logró la aprobación por una exigua diferencia de votos.

Durante la etapa de ratificación por parte de los Estados se desató una intensa campaña en favor y en contra de la nueva Constitución por medio de periódicos, folletos y discursos. Entre quienes más se destacaron por su prédica favorable a la ratificación merecen ser citados Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, los cuales, ocultándose tras el seudónimo de “Publio”, publicaron setenta y siete artículos en periódicos de Nueva York.

Luego, estos trabajos serían compendiados, con algunos agregados, en *El federalista*, el más destacado comentario contemporáneo sobre la Constitución de los Estados Unidos y una de las obras clásicas en la materia que mayor repercusión han tenido en el mundo.

Cualquier juicio de valor que se quiera formular respecto de la Constitución norteamericana se topa, inevitablemente, con un irrefutable dato de la realidad: más de doscientos años de vigencia efectiva de ella que la han convertido en un símbolo perenne del resguardo de la libertad y de la democracia.

No sería acertado, empero, buscar este inconmensurable acierto únicamente en los artículos de la Constitución. Ésta es mucho más que eso: es lo que el pueblo y el gobierno reconocen y respetan como tales, los principios que están por encima de ella, los comportamientos sociales que cada día la resguardan y la recrean.

d) La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

Se suele afirmar que el constitucionalismo irrumpió en el mundo al amparo de tres grandes revoluciones: la inglesa, la norteamericana

y la francesa. Esta última, sin embargo, tuvo características diferentes de las anteriores. La Revolución Inglesa de 1688 significó una ininterrumpida línea de desarrollo en la historia de ese Estado y una de sus consecuencias fue, precisamente, la restauración monárquica y el descarte de una Constitución escrita y rígida.

La Revolución Norteamericana no se generó en un clima de violencia; no destruyó lo anterior. Fue evolutiva, creadora y constructiva.

La Revolución Francesa de 1789, en cambio, promovió una modificación radical, abrupta, violenta, que produjo un corte profundo en la historia de Francia. Surgió en medio de una severa y prolongada crisis económica.

Si bien la toma de la fortaleza de La Bastilla, el 14 de julio de 1789, constituye uno de los símbolos más recordados de ella, es evidente que la Revolución Francesa ya había comenzado a desarrollarse con mucha anterioridad.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789, representa la expresión más genuina de su ideología.

El documento tiene una clara inspiración iusnaturalista. Comienza señalando:

Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desdichas públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre; con el fin de que esta declaración, constantemente presente ante todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; con el fin de que los actos del Poder Legislativo y los del Poder Ejecutivo, pudiendo a cada instante ser comparados con el objeto de toda institución política, sean mejor respetados; con el fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas a partir de ahora sobre principios sencillos e indiscutibles, deriven siempre en el mantenimiento de la Constitución y en la felicidad de todos [...].

La Declaración consta de diecisiete artículos, redactados en forma concisa. El art. 1º dispone:

Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en cuanto a sus derechos. Las distinciones sociales sólo pueden ser fundadas sobre la utilidad común.

El art. 2º denota la misma tendencia jusnaturalista, al establecer:

El objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Según el art. 3º:

El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación; ningún cuerpo y ningún individuo puede ejercer autoridad alguna que no emane de ella expresamente.

Los arts. 7º, 8º y 9º resguardan específicamente las garantías individuales.

El art. 16 proporciona una verdadera definición de "Constitución", al disponer:

Toda sociedad en que la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano constituye, en suma, un instrumento institucional que en sí mismo difícilmente pueda despertar reparos, al menos desde la perspectiva de la defensa de la libertad.

Sin embargo, la política francesa no ha tenido la continuidad de la norteamericana. Francia tuvo a partir de entonces diversas constituciones, la última de las cuales es la de 1958, parcialmente modificada en nueve oportunidades hasta 1995.

Esta Nación pasó por regímenes políticos heterogéneos, los cuales —siguiendo a Prèlot— pueden ser descriptos como: la monarquía y la república revolucionaria (1789-1799), la dictadura napoleónica (1799-1814), las monarquías censitarias (1814-1848), la república presidencial y la segunda dictadura napoleónica (1848-1870), la república parlamentaria o III República (1870-1940), la IV República (1940-1958) y la V República (a partir de 1958)⁵.

La Declaración, literalmente considerada en su faz teórica, merece ser destacada como uno de los jalones de más alta alcurnia constitucional. Le faltó, empero —en nuestra modesta opinión—, ser acompañada y enriquecida por la historia con su concreción práctica.

Cabe agregar que la actual Constitución de Francia, que tuvo su origen en 1958, comienza declarando en su Preámbulo:

El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como fueron definidos en la Declaración de 1789.

Es un justo reconocimiento a este relevante hito en la lucha por la libertad.

⁵ Citado por JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel, *Los regímenes políticos contemporáneos*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1971, p. 169.

VI. LA DIFUSIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL

La idea de una ley fundamental escrita como garantía para el ejercicio de la libertad y como instrumento asegurador de las limitaciones del poder del Estado se esparció rápidamente por el mundo a partir de los modelos de las Constituciones de los Estados Unidos y Francia.

Se produjo una notable sobrevaloración del concepto de "Constitución". El aporte del constitucionalismo liberal había sido fundamental: demostró que sin su garantía jamás se podrá asegurar la dignidad y libertad de la persona.

Sin embargo, se llegó a pensar que las constituciones eran panaceas que instantáneamente iban a solucionar todos los problemas políticos, sociales y económicos. Esta ilusión —tan apoyada en la imaginación de muchos como alejada de la realidad— guarda algún grado de afinidad con el fenómeno ocurrido después de la sanción, en 1804, del Código Civil de Francia, que por ley del 9 de septiembre de 1807 fue titulado "Código de Napoleón". Hasta prestigiosos juristas, como Laürent, seducidos por la novedad, llegaron a afirmar que "los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete".

Con las constituciones ocurrió algo similar. Fueron muchos los países que comenzaron a sancionar sus respectivas leyes fundamentales durante ese período que comprende la mayor parte del siglo XIX. Casi todas ellas siguieron, en general, los grandes modelos del constitucionalismo clásico. Nos limitaremos solamente a señalar algunos ejemplos.

Francia continuó su prolífica producción constitucional luego de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Así, aparecieron sucesivamente las constituciones de 1791, 1793, 1795 y 1799.

En España se sancionó, en 1812, la Constitución de Cádiz, un largo repertorio constitucional de trescientos ochenta y cuatro artículos.

Suiza sancionó su Constitución en 1848, luego de que todos sus cantones aceptaron su texto, que transformó la Confederación Helvética en república federal. A partir de ese momento, Suiza mostró al mundo el funcionamiento ininterrumpido de la democracia que convirtió a ese país en uno de los símbolos de la estabilidad política y económica.

A esta época pertenecen, entre otras, las Constituciones de Suecia (1809), Noruega (1814), Bélgica (1831) y Dinamarca (1849).

Nuestra Constitución Nacional de 1853 debe ser también incluida como clara expresión de esta etapa. Redactada sobre la base del clásico modelo norteamericano e inspirada en su misma ideología, recibió las adaptaciones necesarias que requería nuestra realidad y, desde luego, las influencias históricas e ideológicas de sus inspiradores.

Su sanción aparece como un hecho demorado de la historia. La mayoría de los países sudamericanos habían sancionado su Constitución con antelación a la nuestra; entre ellos, Chile (1813), Perú (1823), Uruguay (1830) y Paraguay (1844).

Esta demora tiene una explicación histórica clara: la lucha fratricida entre unitarios y federales le impidió a nuestro país llegar a la tan ansiada organización nacional que sólo se podría alcanzar en el período 1853-1860.

VII. LA CRISIS DEL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL

Durante la etapa que transcurrió entre la Primera y la Segunda Guerra Mundial se generó, en diversos países de Europa, un verdadero proceso regresivo respecto de los postulados del constitucionalismo.

Después del período de esplendor del constitucionalismo sobrevino una crisis profunda caracterizada por el surgimiento y el desarrollo de regímenes totalitarios que generaron un proceso de desconstitucionalización. Más que un rechazo de las constituciones escritas, pareció insinuarse una actitud política de indiferencia hacia ellas, que era expresión evidente del desprecio de los valores que encarnaban.

Su primera manifestación relevante fue la Revolución Rusa de 1917 que terminó con la autocracia de los zares y llevó al poder al comunismo. Las ideas que inspiraban a este régimen estaban, por aquel entonces, muy difundidas en Europa. Recordemos que el *Manifiesto comunista* de Marx y Engels era de 1848 y que ya había recibido, en 1891, la réplica de León XIII en su memorable encíclica *Rerum novarum*.

En 1918 se dictó la Constitución rusa que estructuró el Estado soviético sobre la base de las ideas comunistas. La instauración de la dictadura del proletariado y la abolición del derecho a la propiedad privada fueron algunas de sus manifestaciones más relevantes.

El comunismo, en consecuencia, utilizó el concepto de Constitución formal, pero con una clara concepción positivista, desprovista del conjunto de principios y valores que la habían inspirado y que representaban la esencia del constitucionalismo. Esta Constitución se convirtió, así, en una fachada formal.

Otra expresión de esta crisis la representó, en Italia, el advenimiento del fascismo al poder a partir de 1922. En este caso, el nuevo régimen se apropió del Estado sin violencia contrariamente a lo sucedido con la Revolución Rusa: lo hizo bajo la apariencia de la legalidad. Esta modalidad, empero, debe ser vista como una simple estrategia política y no como una cuestión de principios. Mussolini diría más

tarde: "La violencia no es inmoral, y hasta es moral a veces. Nosotros negamos a nuestros enemigos el derecho a protestar contra nuestra violencia".

El Estado fascista se fundamentó en una concepción permanente y orgánica de la sociedad que proclamaba la supremacía de ésta en su organización estatal, incluso sobre el derecho y la persona.

En este sistema fue esencial la figura de su líder, Benito Mussolini, quien en sus discursos repetía insistentemente: "Todo en el Estado, todo por el Estado, nada fuera del Estado, nada en contra del Estado". El hombre pasaba a ser, así, un elemento transitorio e infinitamente pequeño dentro del todo orgánico del Estado.

Una de sus características destacadas la configuró el exagerado apego al nacionalismo, con el cual se pretendía justificar sanamente la sumisión del individuo al Estado y el reconocimiento de una desproporcionada cuota de poder en las corporaciones frente a las cuales también la persona estaba subordinada.

«Otra variante incompatible con el constitucionalismo fue el nacional-socialismo, que se instaló en Alemania a partir de 1933 creado y organizado por Hitler. Se trataba de un rígido totalitarismo asentado sobre la base del nacionalismo y el racismo.

Hitler concentró en sus manos todo el poder del Estado al cual consideraba el medio con que se cumplía el fin de la Nación. En su persona estaban reunidos los atributos mismos de la soberanía: era jefe supremo del gobierno, jefe del ejército, legislador soberano y representación suprema de la justicia.

El nacional-socialismo alemán no sancionó ninguna Constitución, tal vez porque, cualquiera que fuese su contenido, siempre sería vista como una limitación incompatible con el propósito y el fin del poder totalitario. Tampoco abrogó la Constitución vigente: simplemente la ignoró —tal su menosprecio por el constitucionalismo—.

Otras manifestaciones de esta época crítica para el sostenimiento de las libertades fueron el Estado corporativo portugués, instalado por Oliveira Salazar en 1926 y que perduró hasta el 25 de abril de 1974 cuando fue derrocado y el falangismo español, que llevó al gobierno a Francisco Franco en 1939.

El régimen de Oliveira Salazar gobernó al amparo de una Constitución formal, la de 1933, que autorizaba el funcionamiento de un solo partido político —el oficial— y creaba una Cámara corporativa.

En España, Francisco Franco lo hizo por medio de disposiciones constitucionales dispersas o inorgánicas que en conjunto determinaban la estructura del sistema autoritario en ese país.

El sombrío panorama expuesto no debe hacernos pensar que durante esta etapa aciaga de la historia no se registraron aportes positivos

en la lucha por la libertad. Precisamente, mientras se desarrollaba este proceso de desconstitucionalización, otros hombres, guiados por ideales más dignos, estaban gestando el germen de un constitucionalismo renovado y enriquecido.

VIII. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Se da esta denominación al proceso constitucional que tuvo sus primeras expresiones normativas a comienzos del siglo anterior, y que se caracteriza por enriquecer al constitucionalismo liberal con una visión más amplia del hombre y del Estado.

Respecto de la concepción del hombre, el constitucionalismo social parte de una comprensión más integral de él, a la vez que reconoce su naturaleza gregaria. Así, se tutela específicamente al hombre frente a diversas situaciones sociales que debe afrontar (enfermedad, trabajo, necesidad de vivienda, salud, alimentación, etc.) y también como integrante de grupos sociales más necesitados de protección (familia, trabajadores, infancia, mujeres, discapacitados, enfermos, ancianos).

Con relación al Estado, se supera la concepción estrecha del Estado-gendarme —que era tanto más eficaz cuanto menos intervenía— para pasar a un enfoque más participativo de él. Se le reconoce al Estado un papel activo y protagónico para hacer posible el aseguramiento del goce de los derechos constitucionales, en especial por aquellas personas y grupos que aparecen socialmente como más disminuidos. Siguiendo este enfoque, se suele hacer referencia al "Estado de bienestar", al "Estado benefactor" y, más modernamente, al "Estado social y democrático de derecho".

Es importante destacar que el constitucionalismo social no se opone al constitucionalismo liberal o clásico ni reniega de él⁶. Por el contrario, integra su obra, lo enriquece con nuevos aportes y completa el marco de protección de la libertad. Importa, en definitiva, reconocer que el Estado debe asegurarle al hombre lo que por justicia le corresponde.

Si bien sus primeras manifestaciones normativas tuvieron lugar en las décadas iniciales del siglo anterior, tiene antecedentes más re-

⁶ Acota, en ese aspecto, Jorge R. Vanossi: "La democracia social no abdica de los enunciados principistas de la era democrática y constitucional. No niega los postulados del constitucionalismo clásico: la demarcación entre la sociedad y el Estado, la legalidad, la representación política, la separación de los poderes y, sobre todo, la afirmación de la libertad como un *prius* de todo el ordenamiento comunitario" (VANOSI, Jorge R., *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Eubea, Buenos Aires, 1982, p. 16).

mentos. Su difusión cobró especial relevancia después de la Segunda Guerra Mundial.

Entre sus primeros antecedentes doctrinales cabe señalar la influencia de la encíclica *Rerum novarum* de 1891 y la del Código Social de Malinas de 1920, inspirado por sus enseñanzas.

No es correcto, empero, identificar al constitucionalismo social con la Doctrina Social de la Iglesia. Ésta ha significado un importante aporte, pero también influyeron, desde el plano distinto de las ideologías, la socialdemocracia y el neoliberalismo.

En principio, la inserción de cláusulas económico-sociales, inspiradas en estas concepciones, se verificó por medio de leyes ordinarias para luego pasar a las constituciones.

Los primeros ejemplos, en este último sentido, fueron la Constitución de Méjico de 1917 y la Constitución de Weimar, en Alemania, de 1919.

La Constitución mejicana estableció la jornada máxima de trabajo diurno en ocho horas y en siete la del nocturno; prohibió el trabajo industrial nocturno de los menores de 16 años y de las mujeres; implantó el descanso semanal obligatorio; hizo referencia al salario mínimo; tuteló el principio de igual remuneración por igual tarea; admitió el derecho de huelga y reconoció el derecho de formar asociaciones de empleadores y trabajadores. En el art. 27 consagró el derecho de propiedad, pero subordinado al interés público.

Estos enunciados quedaron, sin embargo, en el plano formal. Las estructuras política, social y económica resultaron poco influidas por estos contenidos, por lo cual en ese país siguieron vigentes profundas desigualdades sociales, al amparo de un régimen institucional basado en un sistema de partido hegemónico, que sólo en los últimos años parece abrirse hacia un mayor pluralismo.

Abolida la monarquía, el 11 de agosto de 1919, Alemania sancionó, en la ciudad de Weimar, su nueva Constitución, que inició en Europa la etapa del constitucionalismo social. En el art. 153 establece el principio según el cual "la propiedad entraña obligaciones y debe ser utilizada en interés social". También organiza la economía con sujeción a la justicia y determina la obligación del Estado de promover el mejoramiento social de la familia y la protección del matrimonio como fundamento de ésta.

Otros ejemplos de constituciones sociales de este primer período son la de Austria, elaborada por Hans Kelsen en 1920 y la de la República Española de 1931.

Luego de la Segunda Guerra Mundial se produjo el apogeo del constitucionalismo social. Algunas de sus manifestaciones más destacadas son las Constituciones de Francia (1946), Italia (1947) y Sui-

za (reforma de 1947); la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que corresponde a la entonces República Federal Alemana; y la Constitución del Japón de 1947. En Latinoamérica se enrolan en esta tendencia las Constituciones del Uruguay (1934), el Perú (1933), Venezuela (1947), Nicaragua (1948), el Brasil (1946) y Guatemala (1945), entre otras.

En nuestro país, las primeras manifestaciones del constitucionalismo social aparecieron a comienzos del siglo XX, con la sanción de diversas leyes inspiradas en ese enfoque. Las reformas constitucionales de 1949 y 1957 se inspiraron también en esos postulados. La reforma de 1994 agregó otras expresiones que reconocen ese mismo origen.

El constitucionalismo social también ha recibido críticas. Se lo ha tildado de poco eficaz, de agregar meras expresiones de deseos o catálogos de ilusiones. Nos hacemos cargo del riesgo latente que está presente siempre en estas advertencias. Sin embargo, pensamos que el balance general de su aplicación es positivo.

IX. LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA

Se entiende por "doctrina social" el conjunto de enseñanzas y reglas referentes a aquellos valores humanos que han de ser realizados en cooperación social.

La Doctrina Social de la Iglesia, como su propia denominación lo indica, no constituye una ideología, sino que designa al conjunto de esfuerzos y aportes encaminados a la solución de la cuestión social conforme a los principios cristianos.

Como lo destacó el papa Pablo VI en la carta apostólica *Octogesima adveniens*: "Se desarrolla por medio de la reflexión madurada al contacto con situaciones cambiantes de este mundo, bajo el impulso del Evangelio como fuente de renovación, desde el momento en que su mensaje es aceptado en la plenitud de sus exigencias" (n. 42).

La preocupación de la Iglesia por la recta integración de la persona humana en la sociedad también implica la preocupación por su libre desarrollo y realización. La libertad personal, que es un don de Dios y no una mera concesión del Estado —como lo sostienen las ideologías totalitarias—, es preocupación central de la Doctrina Social de la Iglesia. Se trata, obviamente, de la libertad que debe estar sometida a la ley moral, natural y religiosa.

Pío XII, en su radiomensaje de Pentecostés del 1 de junio de 1961, sostuvo que "es competencia de la Iglesia, allí donde el orden social se aproxima y llega a tocar el campo moral, juzgar si las bases de un orden social existente están de acuerdo con el orden inmutable que

Dios, Creador y *Redemptor*, ha promulgado por medio del derecho natural y de la Revelación”.

Si bien la Doctrina Social de la Iglesia comenzó a tener difusión más amplia en las postrimerías del siglo XIX, alertando acerca de los peligros del liberalismo y del comunismo, sus orígenes están en el propio Evangelio.

Tampoco se puede sostener con propiedad que la Doctrina Social de la Iglesia constituyó una tercera vía o alternativa frente a las dos ideologías opuestas que dividían al mundo en aquella época. No cabe válidamente elaborar una verdad sobre la base de dos concepciones erróneas.

La Doctrina Social de la Iglesia realizó un importante aporte para superar la crisis del constitucionalismo y también significó una de las fuentes doctrinales del moderno constitucionalismo social, aunque —como lo aclaramos en el punto anterior— no debe identificársela con éste.

Una de las manifestaciones más importantes de esta doctrina es la encíclica *Rerum novarum*, del papa León XIII, del 15 de mayo de 1891. Era aquél un momento histórico muy particular; se estaban produciendo en el mundo —y especialmente en Europa— cambios profundos en los aspectos político, social, económico, científico y técnico. Languidecía una sociedad tradicional y comenzaba a formarse otra, con la esperanza de nuevas libertades, pero con el peligro de nuevas injusticias.

León XIII le advierte al mundo que la libertad no puede ser separada de la verdad y que no hay verdadera solución para la cuestión social fuera del Evangelio.

En la encíclica *Rerum novarum*, León XIII defiende la dignidad del trabajador, el derecho a la propiedad privada (no como valor absoluto, sino orientada al destino universal de los bienes de la tierra) y el derecho natural del hombre a formar asociaciones de obreros y empresarios.

El 15 de mayo de 1931, Pío XI dio a conocer la encíclica *Quadragesimo anno*, mediante la cual desarrolla, con criterio práctico y referido a situaciones concretas de la realidad, el pensamiento de León XIII.

Pío XI reafirma el carácter natural del derecho a la propiedad privada y sostiene que la autoridad pública no lo puede abolir, pero sí atemperar su uso y conciliarlo con el bien común. También desarrolla el principio de subsidiariedad del Estado, según el cual debe haber tanta libertad como sea posible y tanta autoridad como sea necesaria.

Otros documentos posteriores marcaron una singular continuidad en el desarrollo de estas enseñanzas. Cabe mencionar, entre otras, las siguientes encíclicas: *Mater et magistra*, de Juan XXIII (15 de mayo de 1961); *Populorum progressio*, de Pablo VI (26 de marzo de 1967); *Laborem exercens*, de Juan Pablo II (14 de septiembre de 1981); *Centesimus annus*, también de Juan Pablo II (1 de mayo de 1991).

X. EL CONSTITUCIONALISMO ACTUAL

Determinar las características del constitucionalismo actual es, tal vez, más difícil y complejo que describir las etapas anteriores. Si bien convivimos con él, esta misma cercanía nos quita la perspectiva del análisis histórico. Es más: muchos de los grandes acontecimientos que jalonan la historia de la humanidad sólo adquirieron su real significado luego de transcurridos muchos años.

Con respecto al constitucionalismo de nuestros días suelen ser planteadas, al menos, tres hipótesis: a) sigue siendo el constitucionalismo social; b) hay una vuelta al constitucionalismo liberal, y c) se trata de un constitucionalismo diferente de los anteriores⁷.

Estimamos que el constitucionalismo social ha demostrado incuestionablemente el valor de sus contribuciones. Su concepción del hombre y del Estado, mucho más realista y humana que las anteriores, ha servido para revitalizar la confianza en el orden constitucional. Su preocupación por la igualdad, sin menoscabar la libertad y por acercar la posibilidad del ejercicio cierto y efectivo de los derechos y las garantías constitucionales a los grupos más rezagados de la sociedad, han nutrido imperecederamente al constitucionalismo.

Creemos, sin embargo, que éste es un proceso dinámico y abierto. Esos aportes —o, al menos, lo mejor de ellos— ya son patrimonio del constitucionalismo de todos los tiempos. Aceptando estas contribuciones, estimamos que hoy la realidad nos reclama otros logros, que requieren diferentes aportes.

Tampoco creemos que sea acertado afirmar que nos hallamos ante un resurgimiento de las ideas liberales. El constitucionalismo liberal debe ser reconocido con carácter fundacional. Su defensa de la libertad jamás podrá ser arriada; su contribución a generar los cimientos de la democracia política, tampoco. Pensamos, empero, que con ser importantes estos logros, también resultan insuficientes; de

⁷ Pedro J. Frías expresa que el constitucionalismo actual se halla “en transición, como puede estarlo una identidad fuerte abierta a los signos de los tiempos. Al fin, la vida es un movimiento especificador para todos” (FRÍAS, Pedro J., “El constitucionalismo en transición”, *Diario La Nación*, 28/2/1992, Buenos Aires, p. 9).

allí que el constitucionalismo social los haya enriquecido con nuevos aportes. Imaginar un retorno al constitucionalismo liberal implicaría desconocer más de medio siglo de historia.

Nos inclinamos a considerar, en consecuencia, que estamos transitando un constitucionalismo nuevo que recoge lo mejor del constitucionalismo liberal y del constitucionalismo social, pero reconociendo que ellos son insuficientes y que hay que alimentarlos con nuevos desafíos.

El constitucionalismo actual se preocupa no sólo por quienes son sus destinatarios inmediatos, sino también por las generaciones venideras. Así, cobran importancia la defensa del medio ambiente, la protección del espacio vital y los derechos ecológicos.

La enunciación de los derechos y las garantías constitucionales en nuestro tiempo no es sinónimo de seguridad jurídica. Las declaraciones de derechos particularmente abultadas e imprecisas generan desconfianza; se descrece de los catálogos de ilusiones. El desafío del constitucionalismo actual es hacer efectivamente operativos los derechos y las garantías.

Tampoco resultan suficientes los derechos personales y los derechos sociales. Estas categorías reciben, en esta época, el enriquecimiento de los derechos colectivos y los intereses difusos que permiten la protección de grupos sociales indeterminados.

En el ámbito de los derechos políticos se insinúa muy claramente la necesidad de mejorar los sistemas representativos acentuando la participación efectiva del pueblo en las decisiones políticas.

El principio de la división de poderes o funciones del Estado sigue siendo un instrumento necesario para la protección de la libertad, pero también ha demostrado sus limitaciones si no va acompañado de una concreta distribución del poder. De allí que asistimos al auge de los instrumentos de control.

CAPÍTULO III

EL PODER CONSTITUYENTE Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL

I. EL PODER CONSTITUYENTE

a) Concepto

El poder constituyente es la potestad suprema que tiene el pueblo —por sí o por medio de sus representantes— para establecer una Constitución o para modificar una anterior cuando sea necesario o conveniente.

Calificamos a esta facultad del pueblo como suprema porque, como expresión de poder, no reconoce otra superior. La puede ejercer el pueblo en forma directa —caso difícil en la actualidad— o en forma indirecta, eligiendo a este fin a sus mandatarios, o combinando ambos procedimientos. Algunas constituciones disponen que sus modificaciones serán efectuadas por el órgano legislativo ordinario, pero luego el pueblo, mediante el sufragio, deberá pronunciarse por su aceptación o rechazo.

La doctrina constitucional proporciona diversas definiciones del poder constituyente. Sólo haremos, por su valor didáctico, una somera referencia a algunas de ellas.

Bidart Campos explica que “si por poder entendemos una competencia, capacidad o energía para cumplir un fin, y por constituyente el poder que constituye o da una constitución al Estado, alcanzamos con bastante precisión el concepto global: poder constituyente es la competencia o capacidad o energía para constituir o dar una constitución al Estado, es decir, para organizarlo”¹.

¹ BIDART CAMPOS, Germán J., *Filosofía del derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1969, p. 161.

Para Sánchez Viamonte, “el poder constituyente implica la soberanía originaria, suprema y directa, en cuyo ejercicio la sociedad política se identifica con el Estado, para darle nacimiento y personalidad, y para crearle sus órganos de expresión necesaria y continua”².

Luis Sánchez Agesta define el poder constituyente como “la voluntad política creadora del orden, que requiere naturaleza originaria, eficacia y carácter creador. El poder constituyente no encuentra su justificación en una legitimidad jurídica anterior; su fundamento es de carácter trascendente al orden jurídico positivo”³.

Linares Quintana lo caracteriza como “la facultad soberana del pueblo a darse su ordenamiento jurídico político fundamental originario por medio de una constitución, y a revisar a ésta, total o parcialmente, cuando sea necesario”⁴.

b) Antecedentes

* El primer gran expositor de la teoría del poder constituyente fue el abate Emmanuel Sieyès (1748-1836), autor de una difundida obra que lleva por título *¿Qué es el tercer Estado?* En ella, el religioso y político francés efectúa un pormenorizado estudio del llamado “Estado llano”, en el cual plantea la necesidad de superar la organización estamental de la época, en que habitualmente predominaban la nobleza y el clero.

Sieyès, quien junto a Rousseau y otros pensadores de la época realizó importantes aportes al sustento ideológico de la Revolución Francesa, era, como el escritor ginebrino, un convencido iusnaturalista.

Rousseau (1712-1778) había definido y difundido la vieja idea del pacto o contrato social. En virtud de éste, cada uno se despojaba de una parte de su libertad para constituir el poder del Estado. Luego, este último les garantizaba a todos el goce más seguro del resto de las libertades que había conservado.

Esta idea del pacto o contrato iba a servir como fundamento ideológico de la Revolución Francesa de 1789. Si el gobernante (el monarca, en este caso) no había cumplido con lo pactado, excediéndose en sus atribuciones, aparecía el derecho de la otra parte de denunciar el contrato y formular uno nuevo.

² SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de derecho constitucional*, Kapelusz, Buenos Aires, 1956, p. 90.

³ SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Principios de teoría política*, Editora Nacional, Madrid, 1976, p. 299.

⁴ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. III, 2ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, p. 201.

Sieyès iba a completar este enfoque agregando una noción fundamental: el nuevo pacto o contrato debía ser formulado por escrito y mediante una Constitución.

Cabe afirmar que si bien la sanción de la Constitución de los Estados Unidos fue una manifestación evidente y práctica de la existencia del poder constituyente, su explicación doctrinal tiene origen indubitable en el pensamiento de Sieyès. Éste clarificó el pensamiento oscuro y complejo de Rousseau y, con su aporte también enriqueció las enseñanzas del liberalismo político, que había tenido como exponentes teóricos más destacados, hasta entonces, a Locke (1632-1704) y Montesquieu (1689-1755).

c) Titularidad

Hay coincidencia en la doctrina contemporánea en atribuir al pueblo la titularidad del ejercicio del poder constituyente. Ello es consecuencia insoslayable de la ideología democrática a la cual éste, desde sus orígenes, encarnó.

Sin embargo, Sieyès atribuía dicha titularidad a la Nación, entendida como un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y están representados por la misma legislatura. En su concepción iusnaturalista, la Nación era preexistente y suprema y de ella debía emanar el poder constituyente.

Sólo la Nación —decía el abate francés— tiene el derecho de hacer una Constitución. Reclamaba, para ello, volver a los principios simples, que suelen ser más poderosos que los esfuerzos de los genios y comprender a la sociedad, analizando a la Nación como una máquina ordinaria, a fin de captar los acordes y de oír la armonía general que debe resultar de ellos. En este caso —entendemos—, no se diferenciaba claramente entre los conceptos de “Nación” y “pueblo”.

La Constitución Nacional adoptó el principio según el cual el pueblo es el titular del poder constituyente. En su Preámbulo, al hacer referencia a la autoridad de quien emana la Ley Fundamental, se expresa: “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina [...]”. El art. 33 reconoce el “principio de la soberanía del pueblo”, que el art. 30 tácitamente admite, al establecer que la reforma constitucional “no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”.

El art. 37, incorporado por la reforma de 1994, “garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular”.

d) Clases

Hay dos clases de poder constituyente: el *originario* y el *derivado*. El primero, también llamado *fundacional* o *genuino*, es aquel que se ejerce para hacer la primera Constitución. El derivado es el que se pone en ejercicio para reformar una Constitución preexistente; también se lo denomina *reformador*, *constituido* o *instituido*.

Para Sánchez Viamonte se trata, en realidad, de dos etapas de un mismo ciclo de poder que él denomina *etapa de primigenidad* y *etapa de continuidad* respectivamente.

Entendemos que el fundamento del poder constituyente originario trasciende del orden jurídico positivo al apoyarse en principios, valores y necesidades históricas que están consustanciados con el derecho natural.

Algunos autores han reconocido la existencia de un poder constituyente *revolucionario*, que sería el que cambia abruptamente la estructura institucional vigente, reemplazándola por otra, sin respetar el orden de los antecedentes.

En los Estados federales también se puede distinguir, conforme al principio de descentralización, el poder constituyente *federal* o *de primer grado* y el poder constituyente *local*, *estadual* o *provincial*, denominado de *segundo grado*, porque está en relación de subordinación con el primero.

Consideramos que igualmente debe reconocérseles a los municipios —comunidad natural transfamiliar— la existencia de su propio poder constituyente que en consecuencia sería de *tercer grado*.

e) Límites

La doctrina clásica —que es seguida, en este aspecto, sólo por algunos autores contemporáneos— sostiene que el poder constituyente originario, por ser supremo, carece de límites. Era, también, lo que sostenía Sieyès, para quien el deseo de la Nación era suficiente motivo para justificar el ejercicio del poder constituyente.

Estimamos que el calificativo de *ilimitado* con que se pretende encuadrar al poder constituyente originario es demasiado presuntuoso aun cuando sea efectivamente muy amplio. La libertad no es legítima para hacer el mal o si es utilizada en contra del bien común.

Hay límites que condicionan al poder constituyente. Bidart Campos los ha resumido muy claramente en tres categorías: a) los límites derivados del derecho natural; b) los límites derivados del derecho internacional público, y c) los límites que provienen del condicionamiento de la realidad social.

Tratándose del ejercicio del poder constituyente derivado, a los límites del poder constituyente anterior hay que agregar otros dos: a) el proveniente del constituyente anterior y b) los derivados de las cláusulas pétreas. La primera categoría se refiere a las limitaciones formales o de procedimientos que están establecidas en las constituciones. Éstas pueden ser reformadas —al menos legítimamente— sólo si se sigue el procedimiento previsto en la Ley Fundamental vigente.

El tema vinculado a la limitación, que eventualmente plantea la existencia de cláusulas pétreas, es por demás polémico. La expresión “pétreas” nos parece poco apropiada para el léxico constitucional. En el lenguaje científico es importante emplear los términos en forma precisa. De allí que consideremos preferible hacer referencia a casos de *intangibilidad constitucional*⁵. Las cláusulas o contenidos intangibles hacen referencia a la imposibilidad de llevar a cabo ciertas reformas constitucionales, sean éstas derivadas de normas expresas de la Constitución o consecuencia implícita de ellas.

Creemos que deviene importante determinar, ante todo, si la prohibición de reformar deriva de una cláusula específica de la Constitución o, por el contrario, surge implícitamente de su interpretación.

Al primer caso —cláusula explícita de irreformabilidad— lo ubicamos, efectivamente, como uno de los límites del poder constituyente derivado. Las Constituciones de Italia de 1947 (art. 139) y Francia de 1958 (art. 89), entre otras, establecen que no puede ser modificado el sistema republicano de gobierno establecido en ellas.

Nuestra Constitución Nacional no reconoce contenidos pétreos explícitos. Sin perjuicio de ello, calificada doctrina, especialmente analizada y defendida por Bidart Campos, entiende que nuestra Ley Fundamental tiene contenidos pétreos implícitos. Entre éstos, cita la forma republicana de gobierno, la forma de Estado federal y la confesionalidad del Estado en sus relaciones con la Iglesia Católica⁶.

Nos inclinamos por discrepar de tan autorizada opinión. El reconocimiento de contenidos constitucionales pétreos o intangibles no puede quedar sujeto a la interpretación que cada uno haga de la Constitución. Uno de los aportes sustanciales del constitucionalismo clásico, por medio de las constituciones codificadas, fue el de establecer en forma escrita el compromiso que asumía el pueblo superando definitivamente la inseguridad y dispersión de los pactos sociales implícitos

⁵ Es la terminología empleada por LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1982, p. 189, quien sostiene que ese carácter lo pueden adquirir ciertas normas constitucionales en forma expresa o sin proclamación explícita a partir del espíritu o telos de la Constitución.

⁶ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1986, p. 111.

y difusos. Un tema de tanta gravitación como es la irreformabilidad de un contenido constitucional no puede quedar al margen del texto explícito de la Ley Fundamental. Si así se lo hizo, es siempre preferible estar en favor de su posible modificación, que en definitiva debe estar sujeta al pronunciamiento del pueblo como indiscutible titular del poder constituyente.

En cambio, entendemos que las cláusulas de intangibilidad expresas tienen significativa importancia, sobre todo cuando han sido utilizadas con la discreción y la prudencia que deben caracterizar a la actividad del poder constituyente.

Cuando la Constitución de Italia dispone en su art. 139: "La forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional", está evidenciando que la adopción del régimen republicano de gobierno por el pueblo italiano, que vivió en sus entrañas el fascismo como uno de los sistemas totalitarios más oprobiosos para la dignidad humana, es una decisión irrefutable.

Sería, desde luego, exagerado hablar de "eternidad", pero ello no desvanece el sentido de estas cláusulas. Cuando se trate de alterarlas, habría que superar un obstáculo mayúsculo, visceralmente incorporado a las bases mismas en que se sustentan las naciones.

Cabe señalar que en sentido contrario a la viabilidad de las cláusulas de irreformabilidad se pronuncia una importante doctrina constitucional (Duverger en Francia, Biscaretti di Ruffia en Italia, Vanossi en nuestro país⁷). Consideran estos autores que dichas cláusulas son inútiles y que incluso pueden llegar a incitar a la revolución para modificar su inmutabilidad.

II. LOS PODERES CONSTITUIDOS

Uno de los postulados más relevantes del constitucionalismo fue la distinción entre dos potestades: el poder constituyente y los poderes constituidos. Estos últimos se hallan en un grado jerárquico inferior a aquél, y se caracterizan por ser una creación del poder constituyente. Sólo tendrán, en consecuencia, aquellas atribuciones que éste les haya otorgado por medio de la constitución.

En nuestra organización institucional, son poderes constituidos o instituidos el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Todos ellos están esencialmente limitados en cuanto se hallan subor-

⁷ DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Ariel, Barcelona, 1962, p. 228; BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 271; VANOSSI, Jorge R., *Teoría constitucional*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 190.

dinados al poder constituyente, tanto en lo atinente a su creación y modificación como respecto de sus facultades.

III. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

a) Concepto

La reforma de la Constitución implica el ejercicio del poder constituyente derivado. Éste tiene, necesariamente —como lo señalamos en el punto anterior—, los límites propios de todo poder constituyente originario, más los establecidos por la Constitución vigente para su modificación, sean éstos materiales o formales.

Reformar significa, en materia constitucional, cambiar algo que estaba mal para hacerlo bien o modificar aquello que estaba bien para hacerlo mejor. Con esto queremos decir que la reforma no es simplemente el cambio de una cosa por otra, sino que esa variante debe estar orientada hacia principios y fines que tengan especial relevancia axiológica.

Se suele hacer una distinción entre los términos "reforma" y "enmienda" constitucional: Se le atribuye al primero un carácter amplio, vinculándolo a la reforma de la Constitución; la enmienda sería, en este caso, la modificación restringida tan solo a uno o pocos artículos.

No hallamos mayor fundamento para sostener esta distinción. La Constitución Nacional sólo se refiere a la "reforma" que, conforme al art. 30, puede ser parcial o total.

En el derecho público provincial, la cuestión ha sido objeto de polémica, en especial con referencia al art. 206 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires⁸.

b) Las mutaciones constitucionales

Caracterizada doctrina constitucional —especialmente la desarrollada por Bidart Campos— sostiene que además de las modificaciones que introducen en la Constitución las reformas, ocurren otros cambios no formales, derivados de usos y prácticas diferentes, a las cuales el destacado constitucionalista denomina "mutaciones constitucionales".

Estas mutaciones en algunos casos agregan ciertos contenidos; por tal circunstancia, se las denomina "por adición" (v. gr.: los partidos políticos, antes de la reforma de 1994).

⁸ Hemos tenido oportunidad de analizar esta cuestión en "Algunas reflexiones acerca del procedimiento de reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires", JA 1991-II-830, y también en "Reforma constitucional: punto y aparte", *Diario La Prensa* del 6/10/1990, p. 6.

Las mutaciones "por sustracción", en cambio, son aquellas que le quitan virtualidad a alguna disposición constitucional (p. ej.: el juicio por jurados previsto en los arts. 24, 75, inc. 12 y 118 de la Constitución Nacional).

También hay otra variante de mutación que tiene lugar por desconstitucionalización: se produce cuando la Constitución escrita pierde vigencia y es reemplazada por otra Constitución material diferente, aunque sin ser derogada la anterior. Un ejemplo de este proceso lo tenemos en la Constitución de Weimar de 1919, en Alemania, que con el advenimiento del régimen nacional-socialista perdió vigencia pese a que no fue formalmente derogada.

No compartimos el criterio de crear una categoría autónoma de mutaciones constitucionales como otra alternativa de modificación de la Ley Fundamental. Reconocemos que estos cambios habitualmente ocurren —debemos aspirar a que sean mínimos—, pero entendemos que para ello es suficiente la diferenciación entre Constitución formal y Constitución material.

Las mutaciones constitucionales, a nuestro criterio, crean un peligroso atajo que permite soslayar el cumplimiento de la Constitución. Si ésta se ha apartado notoriamente de la realidad, será necesario y preferible recurrir al procedimiento de reforma previsto en ella. Esta vía es la única que asegura, en el Estado de derecho, la participación que le corresponde al pueblo como único y legítimo titular del poder constituyente.

IV. ANÁLISIS DEL ART. 30 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

a) Límites de la revisión

Nuestra Constitución Nacional destina su art. 30 a reglar el procedimiento de reforma constitucional, que es rígido, porque requiere una modalidad más compleja que la prevista para la formación de las leyes ordinarias. La norma constitucional redactada en lenguaje simple y aparentemente claro, ha suscitado, pese a ello, controversias importantes en su aplicación.

El art. 30 comienza expresando:

La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes.

Literalmente, la disposición no deja dudas en cuanto a que admite su revisión total o parcial.

Bidart Campos considera, sin embargo, que más allá de esta expresión del constituyente referida al procedimiento de revisión, la re-

forma tiene otros límites materiales que no pueden ser infringidos. Son los contenidos pétreos implícitos, entre los cuales incluye la forma republicana de gobierno, la forma federal de Estado y la confesionalidad en lo atinente a las relaciones entre el Estado y la Iglesia.

Hemos explicado antes que no compartimos este criterio interpretativo. La Constitución —entendemos— es clara, precisa y terminante. Esto no significa, desde luego, oponernos a reconocer dichos principios entre los más relevantes de nuestra Constitución, ni tampoco desconocer el valor de las cláusulas pétreas —mejor de intangibilidad—; sólo decimos que si éstas existen, deben ser expresas.

b) Etapas

La norma que estamos analizando prevé dos etapas en el proceso de reforma: a) la etapa *preconstituyente*; b) la etapa *constituyente*.

Algunos autores incluyen una tercera, llamada *ratificatoria*, que estaría representada por el acto de acatamiento solemne que los poderes constituidos prestan a las resoluciones del poder constituyente, sea éste de naturaleza originaria o derivada. Nos inclinamos a pensar que pese a ser un acto casi habitual en estos casos, la falta de él en nada impide la vigencia plena de las nuevas normas constitucionales, teniendo en consideración que no configura un requisito expreso ni implícito del procedimiento de revisión reglamentado por el art. 30 de la Constitución.

c) La etapa preconstituyente

Tiene lugar en el Congreso de la Nación, a cuyo cargo está el acto de declarar la necesidad de la reforma de la Constitución.

En la doctrina constitucional se ha planteado la discusión entre quienes sostienen que para cumplir este cometido el Congreso debe pronunciarse mediante una ley y quienes piensan que sólo es necesario una declaración. Se argumenta que según cual sea la respuesta que se dé a este interrogante, así serán las consecuencias de ese acto. Si se lo efectúa en forma de ley —se dice—, podría ser vetada por el Poder Ejecutivo que conforme al art. 30 no tendría injerencia en el proceso de reforma.

Consideramos que la discusión es meramente académica, dado que la práctica indica que es improbable que el Congreso de la Nación pueda aprobar una ley de esta importancia en abierta disidencia del Poder Ejecutivo, cuando éste casi siempre tiene, incluso, mayoría propia, al menos, en una de las cámaras legislativas. En la práctica, siempre el Congreso se pronunció en forma de ley. Nada impediría

que lo hiciera en forma de declaración, lo cual está —entendemos— especialmente previsto por la norma en análisis.

Otra cuestión que ha preocupado a la doctrina constitucional reside en establecer si para efectuar esta declaración el Congreso debe funcionar con sus cámaras separadas —como habitualmente lo hace— o si tiene que hacerlo en asamblea legislativa (ambas cámaras en forma conjunta). Las dos hipótesis o alternativas son legítimas. En la práctica, al utilizar el procedimiento de formación y sanción de las leyes, las cámaras han funcionado separadamente. Nada impediría que se adoptase el criterio opuesto.

Otro interrogante —éste sí de relevancia práctica— consiste en determinar cuál es la mayoría de votos exigida por la cláusula constitucional para aprobar la declaración de la necesidad de la reforma. El art. 30 se refiere al “voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros”. Con motivo del tratamiento de la necesidad de la reforma constitucional en el Congreso de la Nación, en el año 1948, tuvo lugar una dura polémica. El oficialismo sostuvo que bastaban los dos tercios de los miembros presentes en cada cámara, con quórum ordinario. La oposición defendió el criterio de exigir los dos tercios con respecto a la totalidad de los integrantes de cada cámara.

La controversia volvió a plantearse en ocasión de la apertura de las deliberaciones de la Convención Nacional Constituyente de 1949. Haremos una sucinta mención de la fundamentación de ambas posturas.

Quienes defienden la interpretación que sólo exige dos tercios de votos de los presentes fundan su posición en los siguientes argumentos:

a) El art. 30, cuando se refiere a los dos tercios, no aclara si se trata de los miembros totales o sólo de los presentes.

b) Donde el constituyente no distingue, el legislador no debe hacer distinciones. En última instancia, es al propio Congreso de la Nación a quien le corresponde interpretar la norma constitucional.

c) El art. 83 (art. 72, antes de la reforma de 1994), con referencia al procedimiento legislativo a seguir en caso de veto de una ley, también menciona la mayoría de dos tercios, sin aditamento alguno. Esta norma ha sido interpretada como referida a los miembros presentes.

Quienes participan del criterio de exigir los dos tercios sobre los miembros totales de cada cámara argumentan lo siguiente:

a) La relevancia del tema en consideración hace aconsejable la exigencia del criterio más estricto.

b) Cuando el constituyente ha querido hacer referencia a los dos tercios de los presentes, lo ha hecho expresamente —caso de los arts. 53 y 59 (antes, 45 y 51) de la Constitución Nacional—.

c) El argumento del art. 72 (actual 83) se torna irrelevante, dado que del propio contexto y ubicación de la norma resulta evidente la implícita referencia a los miembros presentes.

No dudamos en adherirnos sin reservas a esta última postura, que privilegia —estimamos— los principios fundamentales de nuestro orden constitucional. No se puede reformar la Constitución en un clima de antagonismo político; es necesario privilegiar un consenso importante.

También se ha discutido, especialmente con motivo de la reforma constitucional de 1949, si el Congreso, al declarar la necesidad de la reforma, debe o no establecer los puntos, temas o artículos que quedan sujetos a revisión. Una corriente doctrinal minoritaria —que prevaleció en la Convención Constituyente de 1949— considera que no es un requisito exigible al no estar contemplado por el art. 30. Sería de aplicación el axioma que dice que allí donde el legislador (el constituyente, en este caso) no distingue, el intérprete no debe distinguir.

Para la segunda postura, corresponde siempre que el Congreso determine, al declarar la necesidad de la reforma, si ésta podrá ser total o parcial. En el último caso deberá, inexorablemente, precisar los temas que podrán ser objeto de revisión. El fundamento de esta posición reside en la aplicación de un elemental principio de congruencia. Si el Congreso de la Nación declara —generalmente luego de un largo debate— la necesidad de la reforma parcial de la Constitución, ello obedecerá a que se ha llegado al convencimiento de que determinadas cláusulas pueden ser mejoradas. No sería coherente que luego la Convención modificara normas distintas de aquellas que motivaron la necesidad de revisión y dejara indemnes de tratamiento a las que la propiciaron.

Creemos que esta última alternativa está avalada por los más sólidos fundamentos y es la que mejor responde a una adecuada interpretación constitucional.

d) La etapa constituyente

Implica el ejercicio efectivo del poder constituyente por el pueblo, su legítimo titular. El art. 30 hace una referencia escueta a esta etapa al expresar, después de mencionar la declaración de necesidad de la reforma por parte del Congreso, que ésta “no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”. Nada dice acerca de cómo se integrará, quiénes la compondrán, dónde y cómo funcionará, ni con qué recursos podrá disponer.

La cláusula constitucional es categórica en el sentido de que las reformas sólo podrán ser efectuadas por la Convención. Los demás

interrogantes debemos resolverlos por vía de la interpretación constitucional.

Siendo el pueblo el indiscutido titular del poder constituyente (Preámbulo y arts. 33 y 37), cabe concluir que la Convención deberá estar integrada por sus representantes (arts. 1° y 22), quienes tendrán que ser elegidos por medio del sufragio. Entendemos que la forma, el tiempo y las modalidades de elección deben ser establecidas por el Congreso, haciendo uso de sus facultades implícitas (art. 75, inc. 32).

El art. 30 no especifica el número de miembros que compondrán dicha Convención. Estimamos que éste es un punto no suficientemente resuelto por la doctrina constitucional.

Cabe recordar, en principio, que en oportunidad de ejercer el poder constituyente originario en 1853, las trece provincias que concurrieron a su formación lo hicieron siguiendo el principio de igual representación previamente convenido en el Acuerdo de San Nicolás del 31 de mayo de 1852 (cláusula 5ª), que había sido suscripto incluso por Buenos Aires.

En 1860 se modificó este criterio para permitir la incorporación de la provincia de Buenos Aires a la entonces Confederación Argentina. Se dispuso, en aquella oportunidad, admitir la representación según la población de cada provincia teniendo como base lo determinado por el art. 34 (actual 46) de la Constitución Nacional.

En 1866, 1898 y 1949 se siguió el mismo criterio de la desigualdad de representación. En 1957, el dec. 3838, de convocatoria, reconoció a cada provincia y a la Capital un número igual de representantes que fue completado por otra cifra proporcional a la población.

La ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional en 1993, estableció:

Cada provincia y la Capital Federal elegirán un número de convencionales constituyentes igual al total de legisladores que envían al Congreso de la Nación [art. 9°].

El lugar de funcionamiento siempre ha sido determinado por el Congreso Nacional en el acto de la convocatoria. Las Convenciones Constituyentes de 1853, 1860, 1866 y 1957 funcionaron en la ciudad de Santa Fe; las de 1898 y 1949 lo hicieron en Buenos Aires.

La Convención Constituyente de 1994 presentó la singularidad de funcionar simultáneamente en las ciudades de Santa Fe y Paraná (art. 12, ley 24.309).

Una interesante cuestión se planteó con respecto al lugar de funcionamiento de la Convención Constituyente que tuvo a su cargo la reforma de la Constitución de la Provincia de Río Negro en 1988. Aquella comenzó su funcionamiento en la ciudad de Viedma, lugar

determinado como su sede por la ley 2087 de la Legislatura de esa provincia, que declaró la necesidad de la reforma y convocó a la Convención. Esta, una vez en funcionamiento, dispuso trasladar su sede a San Carlos de Bariloche. Este hecho originó una presentación judicial de la Municipalidad de Viedma, que consideraba ilegítimo el desplazamiento del lugar de deliberación de la asamblea constituyente.

El Superior Tribunal de Justicia de Río Negro consideró que “la tarea del constituyente debe reconocer un procedimiento preconstituido al que debe ajustarse, y su alteración puede determinar la actividad correctora del Poder Judicial”⁹. Sobre la base de este razonamiento y en un sustancioso fallo, dispuso hacer saber a la Convención que debía abstenerse de deliberar en cualquier otro punto de la provincia que no fuese el establecido en la ley de convocatoria. La Convención, finalmente, acató el pronunciamiento del Superior Tribunal local y volvió a funcionar en Viedma.

El período de funcionamiento también ha sido regulado, generalmente, por la propia ley de convocatoria. Así ocurrió en las reformas constitucionales de 1860 (30 días), 1898 (30 días), 1949 (90 días improrrogables), 1957 (30 días aproximadamente, pudiendo la Convención prorrogarlos por 45 días más) y 1994 (90 días no prorrogables). En la reforma de 1866 no se determinó el plazo.

Debe reconocérseles, además, a las convenciones constituyentes la necesaria autonomía funcional para cumplir con su objetivo. Así, tienen que establecer su propio reglamento, tener su presupuesto y disponer de él, nombrar a su personal, organizar su difusión, etcétera.

Con motivo de la reforma de 1994, se cuestionó la constitucionalidad del procedimiento establecido por la ley 24.309 para sancionar las modificaciones a la Constitución Nacional, por entender que infringía la autonomía funcional de la Convención. Los reparos, empero, perdieron virtualidad cuando la propia Convención incorporó estas disposiciones a su reglamento interno.

La citada ley había dispuesto que un grupo de disposiciones constitucionales –denominado “Núcleo de coincidencias básicas” (art. 2°, ley 24.309)– debían ser votadas en bloque por la Convención, manifestando la aceptación o el rechazo (arts. 5° y 6°, ley 24.309).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Romero Feris, José A. v. Estado nacional s/amparo”, de 1994¹⁰, por medio del cual se cuestionaba la constitucionalidad de los arts. 5° y 6° de la ley 24.309, desechó la consideración del tema por entender que la cuestión se había convertido en abstracta al haber adoptado la Convención

⁹ JA 1989-I-728.

¹⁰ Fallos 317:711.

Constituyente, en su propio reglamento, el procedimiento previsto por la ley para la sanción de las reformas. El fallo tuvo la disidencia del juez Fayt quien estimó —sin entrar a considerar la cuestión de fondo— que la convalidación, por parte de la Convención del procedimiento previsto por el legislador, era inocua para impedir el control de constitucionalidad de las normas cuestionadas.

La Convención Constituyente, en ejercicio del poder reformador, está materialmente limitada a la consideración de los aspectos determinados por el Congreso de la Nación y que motivaron la declaración de necesidad de la reforma constitucional. Dentro de esos límites sus facultades son amplísimas; puede reformar o no y si reforma, hacerlo del modo que crea más conveniente. En cambio, carece de atribuciones para tratar temas no comprendidos en la declaración del Congreso.

La Corte Suprema de Justicia, en el caso “Ríos, Antonio J. s/planteo de nulidad parcial de la reforma constitucional” de 1993¹¹, interpretó que los poderes conferidos a la Convención no pueden tomarse como ilimitados porque el ámbito de ellos está circunscripto por los términos de la norma que convoca a ese órgano y le atribuye competencia. Si bien este precedente jurisprudencial está referido a la revisión de una Constitución provincial (la de Corrientes), lo consideramos de aplicación también al orden federal.

V. LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La posibilidad de someter a revisión judicial una reforma constitucional plantea un arduo debate jurídico. La evidente supremacía jerárquica del poder constituyente sobre los poderes constituidos agrega otro elemento aún más complejo al análisis.

¿Es admisible que uno de los poderes constituidos (el Judicial) declare inconstitucional una reforma de la Constitución? El interrogante ha recibido disímiles respuestas. La doctrina constitucional muestra diversos enfoques, aunque en la mayoría de ellos se suele hacer una diferencia importante.

Si lo que se discute es la constitucionalidad de los contenidos materiales de la reforma, la revisión judicial aparece como poco factible, salvo que sean alterados principios sustanciales.

En cambio, cuando se pretende revisar las cuestiones formales, que tienen que ver con el procedimiento empleado en la reforma de la Constitución, la doctrina se muestra más permeable a aceptar la po-

¹¹ Fallos 316:2743.

sibilidad de revisión judicial. La jurisprudencia de los Estados Unidos ha seguido también, en general, estos criterios.

En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el tema al resolver la causa “Guerrero, Juana A. Soria de v. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. SA” de 1963¹².

En el caso se había planteado la posible invalidez del art. 14 nuevo de la Constitución, incorporado por la reforma de 1957, por vicios de procedimiento. Aducía la parte actora que según el art. 11 del Reglamento de la Convención Nacional Constituyente de 1957 se requería la aprobación de la versión taquigráfica de cada reunión que debía tener lugar en la sesión sucesiva. Ante el abrupto final de la Convención, este requisito quedó incompleto.

La Corte, con la firma de seis de sus miembros, rechazó el planteamiento considerando que la cuestión era política y que en virtud del principio republicano de la división de poderes no correspondía la intervención del Poder Judicial.

Votó en disidencia el Dr. Luis María Boffi Boggero quien, discrepando de sus pares, sostuvo que era justamente la separación de poderes la que obligaba al Poder Judicial a pronunciarse, en virtud de los arts. 100 y 101 (ahora 116 y 117) de la Constitución Nacional.

En definitiva, quienes participan del reconocimiento de las cuestiones políticas como excluidas de la revisión judicial, llegan a la conclusión de su no judiciabilidad. Por el contrario, quienes propician la revisión de tal doctrina y la plena judiciabilidad de todas las causas, llegan a la conclusión opuesta e incluyen la posibilidad de declarar inconstitucional una reforma de la Constitución.

Un precedente jurisprudencial más reciente lo hallamos en el caso “Polino, Héctor v. Poder Ejecutivo”, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1994¹³. El recurrente, en su calidad de ciudadano y de diputado de la Nación, cuestionaba, entre otros aspectos, el procedimiento legislativo empleado en la sanción de la ley 24.309 que declaró necesaria la reforma constitucional en 1993.

El apartamiento del procedimiento previsto por la Constitución para la formación y sanción de las leyes era sustentado en la circunstancia de que el Senado había modificado una de las disposiciones votadas en la Cámara de Diputados (se refería a la modificación del art. 48 de la Constitución) y sin devolver el proyecto a la cámara de origen, lo había elevado al Poder Ejecutivo que inmediatamente lo promulgó y lo mandó publicar.

¹² Fallos 256:556.

¹³ Fallos 317:335.

La Corte Suprema, por mayoría, rechazó el planteamiento por entender que no había causa judicial y que el apelante carecía de legitimación para formular el reclamo. En sendas disidencias, en cambio, los jueces Boggiano y Fayt acogieron, con distintos fundamentos, la pretensión del actor y aceptaron, por tanto, el carácter judicial de la cuestión. Se pronunciaron, en definitiva, en favor de la inconstitucionalidad.

El caso "Polino" puede ser interpretado de muy distintas maneras con relación al precedente del fallo "Soria de Guerrero"; también las circunstancias que originaron ambos casos guardan significativa distancia. En nuestro criterio, marca una tenue y auspiciosa diferencia en el sentido de favorecer el control de constitucionalidad sobre las cuestiones de procedimiento en el proceso de reforma constitucional. Esta tendencia ya había comenzado a vislumbrarse en el caso "Ríos, Antonio J.", que comentamos en el punto anterior, aunque con referencia al derecho público provincial.

En el caso "Iribarren, Casiano Rafael v. Provincia de Santa Fe" del 22 de junio de 1999¹⁴, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del art. 88 de la provincia de Santa Fe, en cuanto dispone el cese de la inamovilidad de los magistrados judiciales a partir de los 65 años de edad si están en condiciones de jubilarse. La decisión del Máximo Tribunal de la República estimamos que avanzó inadecuadamente sobre la autonomía provincial.

Pocos meses después, en el caso "Fayt, Carlos Santiago v. Estado Nacional s/proceso de conocimiento"¹⁵ del 19 de agosto de 1999, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en una decisión sin precedentes, declaró nula la cláusula contenida en el art. 99, inc. 4°, apart. 3° de la Constitución Nacional, así como la disposición transitoria undécima, ambas introducidas por la reforma de 1994. Las referidas disposiciones constitucionales impedían a los jueces que cumplieren 75 años de edad seguir ejerciendo su función, salvo que mediare una ratificación por parte del Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado en cuyo caso se prorrogaba por cinco años más.

Si bien una mayor apertura de las fronteras del control de constitucionalidad aparece, en principio, como laudable, la circunstancia que fuera el actor un miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien planteara la cuestión y sus propios colegas del

¹⁴ Fallos 322:1253.

¹⁵ Fallos 322:1616. Sobre este caso puede verse HERNÁNDEZ, Antonio M., *El caso Fayt y sus implicancias constitucionales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1991; SPOTA (h.), Alberto A., "El poder constituyente reformador: Una mirada retrospectiva a cuatro años del fallo Fayt", en *Revista Jurídica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES)*, Buenos Aires, 4/4/2006.

tribunal quienes la resolvieran, unidos a los fundamentos, para nosotros, poco convincentes de la sentencia, nos llevan a una postura crítica del fallo.

VI. NATURALEZA DEL ACTO CONSTITUYENTE DE 1860

La Constitución de 1853 fue sancionada por las trece provincias que participaron en el Congreso Constituyente celebrado en Santa Fe. Estuvo ausente la provincia de Buenos Aires (transitoriamente separada de la Confederación) que en 1854 se dictó su propia Ley Fundamental, bajo el rótulo de "Constitución del Estado de Buenos Aires".

A los efectos de facilitar la incorporación de Buenos Aires a la entonces llamada "Confederación Argentina", el 11 de noviembre de 1859 se firmó el Pacto de San José de Flores, que fue completado por el Convenio Complementario del 6 de junio de 1860.

Por el art. V del mencionado Pacto se estableció que Buenos Aires revisaría la Constitución de 1853 en una Convención local. Si este órgano le formulaba observaciones, el Congreso Federal debía convocar a una Convención *ad hoc* para que las tomara en consideración. Buenos Aires participaría de ella por medio de representantes con arreglo a su población y se obligaba a acatar lo resuelto por la Convención. Se le aseguraba a Buenos Aires su integridad territorial que no podía ser alterada sin el consentimiento previo de su órgano legislativo local.

Cabe agregar que el art. 30 de la Constitución de la Confederación Argentina tenía dispuesto que no se la podía reformar hasta "pasados diez años desde el día en que la juren los pueblos".

Esta circunstancia ha motivado una interesante discusión acerca de la naturaleza del acto constituyente de 1860. La doctrina se ha enrolado en cuatro posiciones distintas, que resumimos a continuación.

a) *El acto constituyente de 1860 es la primera reforma de la Constitución de 1853.* Para esta posición, la Convención Nacional *ad hoc* reunida en Santa Fe en 1860 fue un órgano reformador, que como tal ejerció el poder constituyente derivado.

La propia resolución aprobada por la Convención el 23 de septiembre de 1860 expresa que ésta "sanciona las siguientes reformas".

No se cumplió con la cláusula de la intangibilidad temporal que vedaba por diez años modificar la Constitución porque la realidad política hizo posible, en ese momento, la concreción de la incorporación de Buenos Aires. La referida cláusula estaba bien inspirada, en cuanto pretendía darle estabilidad a las instituciones de nuestro Estado que durante tanto tiempo había demorado, como consecuencia de luchas intestinas, su organización nacional. La realidad, empero, demostró

que ese celo fue excesivo. La prohibición de la reforma por diez años tenía dos antecedentes de importancia: la Constitución de Colombia de 1821 y la Constitución de Chile de 1828. En estos casos tampoco se la respetó.

Participan de este enfoque González Calderón y Linares Quintana¹⁶ entre otros. También fue la posición adoptada por la Academia Nacional del Derecho en diciembre de 1938.

b) *La Constitución originaria es de 1853-1860.* Según este criterio el ejercicio del poder constituyente originario es de 1853-1860. No se trata, en definitiva, de un acto de reforma el de 1860, sino que integra el proceso constituyente fundacional del Estado.

Diversos y prestigiosos autores se han ubicado en este enfoque aunque con diversidad de matices. Entre otros, cabe mencionar a Sánchez Viamonte, Vanossi y Bidart Campos¹⁷. Este último autor entiende que el ciclo de poder constituyente originario o de primigeneidad se inició en 1853 y quedó abierto al estar al margen de él Buenos Aires. Fue en 1860 —dice— cuando se cerró el ciclo fundacional. Por tanto, nuestra Constitución originaria es de 1853-1860.

También parecería adoptar una posición similar Joaquín V. González, quien tituló una de sus más destacadas obras sobre la materia como *Manual de la Constitución argentina (1853-1860)*¹⁸.

c) *El poder constituyente originario es de 1860 y no de 1853.* Esta posición, fundada sobre sólidos argumentos, sostiene que el acto constituyente de 1860 es originario y autónomo porque no deriva de imposición constitucional alguna. Es la expresión de la Nación —resultante del Pacto de San José de Flores— integrada hasta ese momento por dos Estados independientes y constitucionalizados: la Confederación Argentina y el Estado de Buenos Aires. Se cita como argumento favorable a esta tesis el hecho de que hubo que recurrir a un tercer Estado (Paraguay) para que garantizase el cumplimiento del Pacto de San José de Flores. Se adhieren a este criterio Lazzarini y Dumm¹⁹.

¹⁶ GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., "La Constitución argentina es de 1853", *Revista Argentina de Ciencia Política*, año I, nro. 1, p. 1; LINARES QUINTANA, Segundo V., *Teoría e historia constitucional*, t. I, Alfa, Buenos Aires, 1958, p. 204.

¹⁷ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual...*, cit., p. 48; VANOSSO, Jorge R., *Teoría...*, cit., t. I, p. 381; BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1972, p. 79.

¹⁸ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina (1853-1860)*, 2ª ed., Estrada, Buenos Aires, 1951, p. 81.

¹⁹ LAZZARINI, José Luis, "Naturaleza jurídica del acto constituyente de 1860 y sus proyecciones institucionales", separata de la *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 1961;

d) *El poder constituyente originario es el de 1853 y también el de 1860.* Conforme a este criterio, la Convención de 1853 ejerció el poder constituyente originario y la de 1860 volvió a ejercerlo, pero no como continuación del anterior, sino como otro diferente, que prescinde del primero y lo contraría.

Spota, que participa de este criterio, lo explica así: "Queda claro que en 1860 el poder constituyente se ejerció en forma originaria y original, como en 1853. Y ello es así porque las reformas sustanciales que se introdujeron quebraron el principio jurídico básico del cumplimiento de la lógica de los antecedentes"²⁰.

Por nuestra parte, nos inclinamos por la primera posición. Creemos que constituye el criterio más simple de interpretación, pero también el que se adapta más genuinamente a nuestras realidades histórica, política y jurídica. Algunos de los fundamentos que avalan esta conclusión ya fueron expuestos en los apartados anteriores.

VII. DIFERENCIAS ENTRE LAS CONSTITUCIONES DE 1853 Y 1860

Corresponde señalar, liminarmente, dos aspectos generales importantes de la reforma de 1860, antes de analizar sus contenidos principales.

La Convención Constituyente de 1860 inauguró la aplicación de un criterio de representatividad innovador respecto del utilizado en 1853. En virtud del art. 3° del Convenio Complementario del Pacto de San José de Flores, se dispuso que la distribución de representantes sería efectuada conforme al art. 34 (hoy 46) de la Constitución, que determina una distribución distinta para las diferentes provincias. La Convención de 1853 estuvo integrada por dos representantes por cada provincia que participó en ella.

El otro dato llamativo fue la insistente prédica de los representantes de Buenos Aires por realizar modificaciones en la Constitución de 1853 que profundizaran el federalismo establecido en ella. El hecho es paradójico, porque en Buenos Aires habían predominado las tendencias centralistas; a su influjo se había intentado imponer al resto de las provincias las frustradas constituciones de 1819 y 1826. Ahora, Buenos Aires aparecía como la más encendida defensora de la idea federal.

DUMM, Raúl E., "Valoración jurídica del Pacto del 11 de noviembre de 1859", *Revista Argentina de Ciencia Política*, nro. 2, ps. 195/204.

²⁰ SPOTA, Alberto A., *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, p. 138.

En conexión con esta actitud fueron reformadas varias normas de la Constitución de 1853. Con relación a la capital de la República, se dispuso suprimir la cláusula que determinaba que sería Buenos Aires, estableciendo que habría de designarla el Congreso, previa cesión hecha por una o más legislaturas provinciales del territorio que fuera a ser federalizado (art. 3°).

Se hizo más restrictiva la intervención federal (art. 6°). Fueron establecidos los nombres del Estado (art. 35). Se trató de tutelar de toda injerencia federal la libertad de imprenta (art. 32).

Se suprimió el control político previo del Congreso de la Nación respecto de las Constituciones provinciales (art. 5°); también, la cláusula de intangibilidad temporal por diez años (art. 30), lo mismo que la posibilidad de juicio político del Congreso Nacional a los gobernadores de provincia. Se eliminó la exigencia según la cual le correspondía a la Cámara de Senadores iniciar el proceso de declaración de necesidad de la reforma constitucional (art. 51).

Se estableció que los impuestos a la exportación seguirían siendo federales hasta 1866, fecha en la cual cesarían como impuestos nacionales y no podían ser provinciales (arts. 4° y 67, inc. 1°).

Se suprimió la exigencia referida a la gratuidad de la enseñanza primaria en las provincias (art. 5°).

Se incorporó la cláusula de los derechos y garantías implícitos (art. 33).

Se dispuso, también, suprimir la fijación constitucional del número de miembros de la Corte Suprema de Justicia que el art. 91 (actual 108) de la Constitución de 1853 había establecido en nueve jueces y dos fiscales. En adelante, su determinación sería facultad del Congreso de la Nación.

La reforma de 1860 que introdujo veintinueve modificaciones en la Constitución de 1853, representa una de las revisiones constitucionales más relevantes y aparece en el juicio de la historia como justificada, prudente y oportuna. Su advenimiento enriqueció notablemente el magnífico edificio que nos habían legado los constituyentes de 1853. Sin perjuicio de ello, estimamos que constituyó un error la modificación del art. 91 (actual 108) de la Constitución.

VIII. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1866

El 9 y el 13 de junio de 1866, respectivamente, el Congreso de la Nación sancionó las leyes 171 y 172 por medio de las cuales declaraba la necesidad de la reforma parcial de la Constitución y establecía la composición y las condiciones de funcionamiento de la Convención Nacional Constituyente. El único objeto de la convocatoria era la

revisión del art. 4° y del inc. 1° del art. 67 (actual 75), en lo atinente a los derechos de exportación.

La Convención, que fue presidida, al igual que en 1860, por Mariano Fraguero, deliberó en Santa Fe y el 12 de septiembre de 1866 sancionó dos modificaciones del texto constitucional vigente.

Eliminó, en el art. 4°, la expresión: "hasta 1866 con arreglo a lo estatuido en el inc. 1 del art. 67", relacionada con los derechos de exportación, que había sido incorporada por la Convención de 1860 y suprimió, en el inc. 1° del art. 67, parte final, la frase "hasta 1866, en cuya fecha cesarán como impuesto nacional no pudiendo serlo provincial", con referencia, también, a los derechos de exportación.

IX. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1898

El 20 de septiembre de 1897 el Congreso de la Nación sancionó la ley 3507 por medio de la cual declaró la necesidad de la reforma parcial de la Constitución y estableció, muy prolijamente, la forma de composición y funcionamiento de la Convención Nacional Constituyente. Fijó, incluso, un plazo de treinta días para el funcionamiento de la asamblea. El objeto de la convocatoria era: a) adecuar el número de habitantes que el art. 37 (actual 45) determinaba como base para la elección de diputados nacionales; b) revisar el art. 87, que se refería al número de ministros del Poder Ejecutivo, y c) revisar el inc. 1° del art. 67, en cuanto no permitía la instalación de aduanas libres en los territorios del sur de la República.

La Convención, que fue presidida por Norberto Quirno Costa, deliberó en Buenos Aires y sancionó, el 15 de marzo de 1898, dos modificaciones de la Constitución Nacional.

Adecuó la cantidad de habitantes con relación al número de diputados nacionales, estableciendo que la proporción de éstos sería de "uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos". Después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado.

El texto anterior, que provenía de 1853, establecía que los diputados serían elegidos a razón de uno cada veinte mil habitantes o fracción que no bajara de diez mil.

Modificó el art. 87 estableciendo en ocho el número de ministros del Poder Ejecutivo y dejando librado el deslinde de sus respectivos ramos o carteras a una ley del Congreso. El texto anterior, que también provenía de 1853, preceptuaba que habría cinco ministros y determinaba sus respectivas carteras.

La Convención, en cambio, no hizo lugar a la reforma del inc. 1° del art. 67. Además, rechazó incluir en el temario otras modificaciones, solicitadas por un grupo de ciudadanos, que propiciaban una revisión de la Constitución tendiente a establecer la separación de la Iglesia y el Estado. Tampoco aceptó incluir el tratamiento de la representación de los territorios nacionales en la Cámara de Diputados que impulsaban algunos convencionales. En estos casos, la Convención no hizo lugar a tales cuestiones porque consideró que excedían de sus atribuciones por no estar expresamente contempladas en la ley que declaró la necesidad de la reforma.

X. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1949

El 27 de agosto de 1948 el Congreso de la Nación sancionó la ley 13.233 por la cual declaró necesaria la reforma de la Constitución Nacional y estableció el modo de composición y funcionamiento de la Convención Nacional Constituyente. La ley, cuya legitimidad fue severamente cuestionada por la oposición, no especificó, a diferencia de sus precedentes, si la modificación sería total o parcial, utilizando un lenguaje ambiguo en que aludía a "la revisión y reforma de la Constitución nacional, a los efectos de suprimir, modificar, agregar y corregir sus disposiciones, para la mejor defensa de los derechos del pueblo y del bienestar de la Nación".

La Convención, que fue presidida por Domingo Mercante, deliberó en Buenos Aires en medio de un clima de agudo antagonismo político sancionando, el 11 de mayo de 1949, numerosas modificaciones en la Constitución entonces vigente.

La reforma fue amplia, abarcando el Preámbulo y las partes dogmática y orgánica. Nos limitaremos a mencionar algunos de los contenidos más importantes.

En el Preámbulo se agregó, entre los objetivos del Estado, una mención explícita referida a la promoción de la cultura nacional, ratificando "la irrevocable decisión de constituir una Nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana".

En la parte dogmática, la mayoría de las modificaciones estuvieron inspiradas, en general, en las ideas del constitucionalismo social. Así, fueron establecidos los derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura (art. 37) y la función social de la propiedad (art. 38).

En cambio, se desconoció el derecho de huelga, cuya incorporación a la Constitución fue expresamente rechazada por la Convención Constituyente.

Se ordenó la estatización de los servicios públicos. Según el art. 40, "los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren en poder de particulares serán trasferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine".

Se reconoció expresamente la garantía del hábeas corpus (art. 29). Entre las condiciones requeridas a las provincias para garantizar el goce y ejercicio de sus instituciones, se agregó la de asegurar "la cooperación requerida por el gobierno federal a fin de hacer cumplir esta Constitución y las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten" (art. 5°).

Se amplió la posibilidad de limitar las garantías constitucionales, agregando al estado de sitio el estado de prevención y alarma (art. 34).

Se consagró el abuso del derecho (art. 35) y se cambió la cláusula referida a la modificación de la Constitución. La reforma agregó el aditamento "presentes" en cuanto a los dos tercios de votos de los miembros del Congreso indispensables para que éste declare la necesidad de la revisión constitucional (art. 21). En la misma norma se estatuyó:

Una ley especial establecerá las sanciones para quienes de cualquier manera, preconizaren o difundieren métodos o sistemas mediante los cuales, por el empleo de la violencia, se propongan suprimir o cambiar la Constitución o alguno de sus principios básicos, y a quienes organizaren, constituyeren, dirigieren o formaren parte de una asociación o entidad que tenga por objeto visible u oculto alcanzar alguna de dichas finalidades.

En lo referido a la parte orgánica, fueron unificados en seis años los mandatos populares de diputados y senadores; en ambos casos, las cámaras se renovaban por mitades cada tres años.

El número de diputados fue establecido a razón de uno cada cien mil habitantes o fracción no inferior a cincuenta mil. Cada diez años se adecuaría esta cantidad según el censo general. La representación mínima de cada distrito no podría ser inferior a dos diputados (art. 42).

La composición del Senado se mantuvo en dos representantes por cada provincia y dos por la Capital Federal, aunque se varió el procedimiento de elección, que pasó a ser directa (art. 47).

Con relación al presidente y al vicepresidente de la República, se mantuvo en seis años la duración de sus mandatos y se autorizó la posibilidad de reelección indefinida (art. 78). Esta cláusula constituyó una de las más polémicas de la reforma y contribuyó a acentuar el sesgo autoritario que la oposición y parte de la doctrina le atribuyeron a la revisión constitucional.

Por el art. 82, el presidente y el vicepresidente serían elegidos en forma directa por el pueblo y a simple pluralidad de sufragios.

La reforma le atribuyó facultades de casación a la Corte Suprema estableciendo:

La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales [art. 95].

La revisión constitucional de 1949 ha recibido, por parte de la doctrina, los más disímiles comentarios.

Algunos destacados autores, como Linares Quintana y Bidart Campos²¹, consideran que virtualmente suplantó el sistema democrático por el totalitario.

Ramella –destacado constitucionalista que integró la Convención Nacional Constituyente de 1949– sostiene que era infundada la acusación de totalitaria con que se pretendió descalificar a la reforma porque fueron conservados intactos los derechos sociales y culturales. La estructura de poder –según él– era idéntica a la de la Constitución de 1853; la única novedad consistía en la reelección presidencial²².

Sin perjuicio de estas importantes y autorizadas opiniones, nos parece que el proceso de revisión constitucional no puede ser comprendido fuera del contexto general de la época y del marco de circunstancias políticas, sociales y económicas que imperaban en el país.

A nuestro criterio, tuvo aciertos pero también errores. Entre estos últimos nos limitamos a puntualizar el que estimamos más relevante: La reforma de 1949 nació con un pecado irredimible, pues pretendió modificar la Constitución con la sola voluntad de un partido político por mayoritario que éste fuera.

Su porvenir estaba sellado; de ahí su efímera vigencia. Toda reforma constitucional debe ser el resultado de un amplio consenso. Sólo así adquirirá aquella encarnadura social reclamada por Mitre, que será lo único que podrá otorgarle la legitimidad necesaria para cumplir el destino insito en toda Constitución.

XI. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1957

El gobierno *de facto* de la llamada “Revolución Libertadora” había dispuesto, mediante la proclama del 27 de abril de 1956, declarar

²¹ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado...*, cit., t. III, p. 280; BIDART CAMPOS, Germán J., *Historia e ideología de la Constitución argentina*, Ediar, Buenos Aires, 1969, p. 23.

²² RAMELLA, Pablo A., *Derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 52.

vigente la Constitución Nacional de 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898 y con exclusión de la de 1949.

Entendemos que mediante este acto, como lo sostiene Vanossi²³, el gobierno *de facto* se arrogó claras atribuciones constituyentes. También lo hizo al dictar, el 12 de abril de 1957, el dec. 3838, mediante el cual declaró necesaria la reforma de la Constitución Nacional, norma que incluía la posible modificación de treinta artículos de ésta, especificados en ella. Preveía, además, la forma de composición de la asamblea constituyente y sus normas de funcionamiento.

La asamblea, que funcionó en Santa Fe, declaró como Constitución vigente la de 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898 y con exclusión de la de 1949.

La Convención, cuyos integrantes fueron elegidos por el pueblo mediante el sufragio, sancionó, el 24 de octubre de 1957, dos únicas modificaciones del texto constitucional vigente, pasando luego a un cuarto intermedio que implicaría el abrupto final de sus deliberaciones ya que no fueron reanudadas por falta de quórum.

Una de las modificaciones consistió en el agregado de un artículo nuevo (así lo llamó la Convención) a continuación del art. 14. Por medio de esta norma quedaron reconocidos los derechos del trabajador, los derechos gremiales y los derivados de la seguridad social.

Además, se incluyó en el inc. 11 del art. 67 (actual inc. 12 del art. 75) la atribución del Congreso de la Nación para dictar el Código del Trabajo y la Seguridad Social.

Así como expresamos nuestro juicio contrario a determinados aspectos del proceso de revisión constitucional que culminaría con la sanción de las reformas de 1949, también tenemos profundas reservas con respecto a este proceso de revisión constitucional de 1957.

Rescatamos la prudencia de la mayoría de los convencionales que hizo posible que las modificaciones introducidas fueran mínimas y, además, acertadas. La mayoría de los nuevos derechos consagrados estaban ya en la Constitución de 1949. Sin embargo, se incorporó el derecho de huelga que había sido injustamente negado por aquélla.

No podemos compartir el procedimiento mediante el cual se generó este proceso de revisión constitucional que soslayó el cumplimiento del art. 30 de la Constitución. Si bien los convencionales fueron elegidos por el pueblo, la severa proscripción política del peronismo también la tornó cuestionable.

A la cordura y moderación de los convencionales de 1957 se debe que sus sanciones hayan podido superar la prueba del tiempo,

²³ VANOSI, Jorge R., *Teoría...*, cit., t. I, p. 417.

permaneciendo incuestionadas y vigentes, después de su sanción. La reforma de 1994 ratificó este criterio.

XII. LA REFORMA CONSTITUCIONAL TEMPORARIA DE 1972

El 24 de agosto de 1972, la Junta de Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, que se había arrogado el ejercicio del poder a partir del 28 de junio de 1966, al derrocar al presidente Arturo Illia, resolvió modificar diversas normas de la Constitución Nacional.

La enmienda fue realizada por medio de una típica acción *de facto*. No se cumplió con las prescripciones del art. 30 de la Constitución, ni se convocó a convención constituyente alguna. Se dictó un "Estatuto Fundamental" en el cual el propio gobierno *de facto* reconocía que lo hacía "en ejercicio del poder constituyente". Este documento fue precedido por la ley *de facto* 19.608, que declaró la necesidad de la reforma constitucional.

Cabe señalar, empero, que las citadas reformas habían sido antecedidas de consultas a los principales dirigentes de los diversos partidos políticos y que el propio gobierno *de facto* convocó a una Comisión Asesora para el Estudio de la Reforma Constitucional, la cual estuvo integrada por prestigiosos juristas de indudable predicamento científico.

Integraron esta Comisión, entre otros, Alberto Spota, Germán Bidart Campos, Pablo Ramella, Jorge Vanossi, Mario Justo López y Carlos María Bidegain.

Fueron modificados veinte artículos de la Constitución, todos ellos referidos a la parte orgánica. Entre otros aspectos, se contempló la unificación de mandatos en cuatro años para presidente, vicepresidente, senadores y diputados nacionales; la elección directa del presidente y el vicepresidente; el aumento del número de senadores a tres por provincia y tres por la Capital Federal, dos de ellos elegidos por la mayoría y uno por la minoría; la extensión del período de sesiones ordinarias del Congreso de la Nación a ocho meses, y un mecanismo de sanción abreviada de leyes y modificaciones del régimen de juicio político, entre otras.

La reforma, bajo cuya vigencia fueron elegidas en la República dos fórmulas presidenciales (el 11 de marzo y el 23 de septiembre de 1973), estaba condicionada, por la propia norma de creación, a regir hasta el 24 de mayo de 1977. Si una convención constituyente no decidía acerca de su incorporación definitiva al texto constitucional o su derogación total o parcial, antes del 25 de agosto de 1976, su vigencia quedaría prorrogada hasta el 24 de mayo de 1981.

Los lamentables acontecimientos históricos ocurridos en el país, en particular a partir de una nueva ruptura institucional, el 24 de marzo de 1976, hicieron que esta reforma dejara de tener vigencia.

Más allá de las críticas que hemos hecho a su proceso de gestación, cabe también resaltar el mérito de sus contenidos, en donde se advierte el sustancial aporte de los integrantes de la Comisión Asesora.

Entendemos, pese a la tacha formulada, que las modificaciones introducidas fueron acertadas; de allí que varias de ellas hayan sido reproducidas en la reforma de 1994.

XIII. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

El 21 de octubre de 1993 el Senado de la Nación dio aprobación, con las dos terceras partes de los votos de sus miembros totales, a un proyecto de ley que declaraba la necesidad de la reforma constitucional.

Esta iniciativa muy difícilmente podría haber sido aprobada por la Cámara de Diputados, teniendo en consideración que el oficialismo no disponía de la mayoría necesaria.

Frente a tal situación, el Poder Ejecutivo nacional convocó a una discutible consulta popular, voluntaria y no vinculante, que se realizaría el 21 de noviembre de ese año.

Poco antes de esa fecha, el 14 de noviembre, el presidente Carlos Menem y el ex presidente Raúl Alfonsín, como jefes de sus respectivos partidos políticos, convinieron en firmar un acuerdo conocido como "Pacto de Olivos", con el expreso propósito de impulsar la reforma constitucional.

Este acuerdo fue perfeccionado el 13 de diciembre de 1993 cuando ambos dirigentes políticos suscribieron uno complementario en la Casa Rosada. Se trataba de un documento más complejo en el cual habían trabajado conjunta y aceleradamente juristas del gobierno y de la oposición.

El nuevo acuerdo constaba de tres partes principales: a) el "Núcleo de coincidencias básicas"; b) una enunciación de temas abiertos al libre debate, y c) un conjunto de normas procedimentales.

Este documento quedó plasmado inmediatamente en un proyecto de ley que muy pronto recibió la aprobación de la Cámara de Diputados de la Nación y luego la del Senado, que le introdujo una sola enmienda al proyecto, en desacuerdo con la reducción a cuatro años del mandato de los senadores.

En un trámite irregular, el Senado no lo pasó nuevamente a la Cámara de Diputados, como correspondía por aplicación del art. 71 de la Constitución vigente en ese momento, sino que lo elevó directa-

mente al Poder Ejecutivo, el cual lo promulgó el 29 de diciembre de 1993, dando así origen a la ley 24.309²⁴.

La elección de los trescientos cinco convencionales constituyentes se concretó el 10 de abril de 1994.

La Convención inició sus sesiones el 25 de mayo de ese año y las concluyó el 22 de agosto, dentro del plazo de noventa días previsto por la ley 24.309. Funcionó alternativamente en las ciudades de Santa Fe y Paraná conforme lo había dispuesto aquélla.

Las reformas fueron amplias y comprendieron tanto la parte dogmática como la orgánica.

Respecto de la primera, cabe destacar que si bien la ley 24.309 había previsto la prohibición de introducirle modificaciones (art. 7º), también había autorizado, contrariando esa disposición, que se agregara un nuevo capítulo a la primera parte de la Constitución, como finalmente aconteció.

En dicha primera parte de la Constitución Nacional se agregó un segundo capítulo, bajo el título "Nuevos derechos y garantías", que incluyó cláusulas de protección del orden constitucional (art. 36); del sufragio (art. 37); el reconocimiento explícito de los partidos políticos (art. 38); el derecho a la iniciativa popular (art. 39); la consulta popular (art. 40); la protección del medio ambiente (art. 41); la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios (art. 42), y el reconocimiento del amparo, el hábeas corpus y el hábeas data (art. 43).

Con respecto a la parte orgánica de la Constitución, las modificaciones introducidas abarcaron a los tres poderes del Estado.

Así, en el ámbito legislativo, se modificó la composición del Senado elevando la representación de cada provincia y de la ciudad de Buenos Aires a tres senadores elegidos en forma directa por el pueblo —dos por la mayoría y uno por la minoría— (art. 54).

Se amplió el período ordinario de sesiones del Congreso Nacional de cinco a nueve meses (art. 63). Las atribuciones del Poder Legislativo fueron modificadas (art. 75); entre las variantes de mayor relevancia se destaca la jerarquía constitucional que adquirieron los tratados

²⁴ Acerca del cuestionamiento constitucional que mereció la ley 24.309, se puede ver el sustancial aporte de Alberto A. Spota, publicado en LL 1994-B-927. Señala el citado autor que la ley 24.309 "tiene dentro de sí dos violaciones flagrantes. La primera consiste en que el procedimiento establecido en la Constitución nacional en el art. 71, para la formación y sanción de las leyes, fue abiertamente violado. El Senado de la Nación modificó el texto votado por la Cámara de Diputados. Esa modificación hubo de haber vuelto a la Cámara de Diputados, para su tratamiento. El art. 71 lo exige expresamente. En cambio de ello se promulgó como ley lo que evidentemente no es ley". La otra violación la advierte el destacado constitucionalista en la limitación que esa norma introdujo en la capacidad decisoria de la Convención, la cual debía pronunciarse en bloque acerca de la totalidad de las cuestiones denominadas como "coincidencias básicas".

internacionales de derechos humanos, así como el régimen de coparticipación impositiva.

En relación con el proceso de formación y sanción de las leyes, se procuró abreviar su duración reduciendo a tres el número de intervenciones de las cámaras en los casos de proyectos de ley modificados por alguna de ellas (art. 81). También se las autorizó a delegar en sus comisiones permanentes la aprobación en particular de los proyectos de leyes (art. 79). El Poder Ejecutivo amplió considerablemente su intervención en el proceso de formación y sanción de las leyes al quedar facultado para dictar decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3º) y al concedérsele la atribución, bajo ciertas condiciones, de promulgar parcialmente las leyes (art. 80).

Fueron creados, como organismos constitucionales de control, la Auditoría General de la Nación (art. 85) y el Defensor del Pueblo (art. 86). Se autorizó, mediando determinados requisitos, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo (art. 76).

En cuanto a este último, fue suprimido el requisito de la pertenencia a la religión católica como condición para desempeñar la presidencia o la vicepresidencia de la República (art. 89). Se modificó, además, la forma de elección de estas autoridades adoptando el sistema directo con exigencia de mayoría calificada de votos. Si ésta no es reunida en la primera votación, se debe realizar una segunda vuelta entre las fórmulas más votadas (arts. 94 a 98).

Fue admitida la reelección del presidente y el vicepresidente por un solo período consecutivo, con la posibilidad de reelección alternada después de transcurrido un nuevo período y se acortó la duración de su mandato a cuatro años (art. 90). Estas cláusulas, según se dispuso, eran de aplicación a las autoridades en ejercicio.

Se introdujo la figura del jefe de Gabinete de Ministros, cuya designación quedó librada exclusivamente al presidente de la Nación, quien también lo puede destituir por sí solo (art. 99, inc. 7º). Sin perjuicio de ello, se dispuso que el nuevo funcionario puede ser removido por el Congreso de la Nación, mediante el juicio político (art. 53) o la moción de censura (art. 101). Coincidentemente con ello, fueron modificadas las atribuciones del Poder Ejecutivo para permitir su coordinación con las del jefe de Gabinete de Ministros.

En el ámbito del Poder Judicial sufrió modificaciones el procedimiento de designación de los jueces inferiores al ser creado con esa finalidad el Consejo de la Magistratura (art. 114), organismo al cual le fueron atribuidas, además, otras funciones, como la administración de los recursos económicos del Poder Judicial y el ejercicio de facultades disciplinarias.

Se suprimió el juicio político para la remoción de los jueces inferiores reemplazándolo por un procedimiento complejo en que intervienen el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento (art. 115), órgano que también fue incorporado por esta reforma constitucional.

Respecto de la designación de los jueces de la Corte Suprema de Justicia, se mantuvo el nombramiento a propuesta del presidente de la Nación y con acuerdo del Senado, aunque se agregó la exigencia de la mayoría de dos tercios de los presentes en esta Cámara y de la sesión pública (art. 99, inc. 4°).

Se le otorgó reconocimiento expreso al Ministerio Público como órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera (art. 120).

Se le reconoció a la ciudad de Buenos Aires un régimen de gobierno autónomo (art. 129) y se concedió, aunque con ciertas limitaciones, la autonomía a los municipios de provincia (art. 123).

Esta reforma constitucional fue ampliada —en un procedimiento que no reconoce precedentes— por la ley 24.430, promulgada el 3 de enero de 1995, que agregó como última parte del art. 77 de la Constitución Nacional esta disposición:

Los proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de las cámaras.

Se adujo, para justificar el agregado por vía legislativa, que ese texto había sido aprobado por la Convención Constituyente y omitido en la publicación del texto final.

XIV. EL PODER CONSTITUYENTE DE LAS PROVINCIAS

La adopción del federalismo como forma de Estado por nuestra Constitución Nacional derivó en el reconocimiento de las autonomías provinciales.

Uno de los rasgos primarios que caracterizan a la autonomía de las provincias es la atribución que éstas tienen de dictarse sus propias normas locales, conforme a lo establecido por nuestra Ley Fundamental nacional. Entre esas facultades que las provincias se han reservado figura la de dictarse su propia Constitución local.

El poder constituyente que las provincias ejercen es siempre de segundo grado o secundario, porque en virtud de la relación de subordinación, típica de todo Estado federal, está sujeto a las restricciones que el constituyente federal primario o de primer grado haya establecido.

En nuestro caso, el art. 5° de la Constitución prevé cinco limitaciones del poder constituyente local. La constitución que dicte deberá a) instaurar el sistema republicano y representativo de gobierno; b) garantizar el respeto de los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; c) asegurar la administración de justicia; d) establecer su régimen municipal, y e) garantizar la educación primaria.

Según el texto de la Constitución de 1853, las Constituciones provinciales estaban sujetas al control del Congreso de la Nación que las revisaba antes de su promulgación. Con buen criterio, la reforma de 1860 suprimió dicho control político. En la actualidad, sólo están sujetas al control de constitucionalidad por vía judicial.

El poder constituyente provincial puede ser originario o derivado, según tenga carácter fundacional o reformador. Así lo entiende, entre otros, Bidart Campos²⁵, con criterio que compartimos.

En cambio, Vanossi²⁶ le atribuye en todos los casos la calidad de derivado o reformador, porque está subordinado a límites expresos determinados por la Constitución Nacional.

XV. EL PODER CONSTITUYENTE MUNICIPAL

También hay un poder constituyente de tercer grado que pueden ejercer los municipios y que se halla limitado por las disposiciones constitucionales federales y también por las contenidas en la Constitución de la provincia a que pertenezcan.

Participamos ampliamente del reconocimiento de este poder constituyente, que a nuestro juicio tiene que ser necesaria consecuencia del principio de autonomía de los municipios, entendidos éstos como entidades naturales y transfamiliares que deben ser reconocidas como tales por el ordenamiento jurídico.

En el derecho público provincial han recibido la denominación de *municipios de carta o convención* aquellos a los cuales se les ha reconocido la facultad de dictarse su propia Ley Fundamental local.

El primer antecedente del reconocimiento de este poder constituyente de tercer grado lo hallamos en la Convención que en 1961 sancionó la Carta Orgánica de Santiago del Estero, conforme a la Constitución de esa provincia, reformada en 1960.

En la actualidad, lo reconocen expresamente, entre otras, las Constituciones de las provincias de Córdoba, Neuquén, Salta, San Juan, San Luis, Santiago del Estero, Río Negro y Tierra del Fuego.

²⁵ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. I, p. 119.

²⁶ VANOSI, Jorge R., *Teoría...*, cit., t. I, p. 452.

XVI. PODER CONSTITUYENTE *DE FACTO*

Es gobernante *de facto* aquel que ha accedido al poder valiéndose de un procedimiento distinto del previsto en el orden constitucional vigente.

Cabe preguntarnos si esa autoridad, que presenta un vicio irredimible de origen, puede ejercer —más allá del desempeño de los poderes constituidos— el poder constituyente en sustitución de su legítimo titular.

La situación, desde la perspectiva estrictamente jurídica, escapa, por supuesto, de las previsiones de la Constitución. La realidad, en cambio, muestra que esta alternativa suele presentarse en la práctica.

La doctrina constitucional ha acuñado la expresión “poder constituyente revolucionario” para identificar a aquel que se ejerce en violación de la lógica de sus antecedentes. Una de sus variantes sería el ejercido por autoridades *de facto*.

En nuestro país los antecedentes históricos demuestran que los gobiernos *de facto* se han arrogado facultades constituyentes, sea suplantando la actividad preconstituyente del Congreso de la Nación, sea asumiendo la titularidad de éste en reemplazo del pueblo.

Algunas de sus variadas expresiones son la anulación de la reforma de 1949, la reforma de 1957, la modificación temporaria de 1972, como también los estatutos revolucionarios de 1956, 1966 y 1976, que implicaron el virtual relegamiento del principio de supremacía constitucional.

CAPÍTULO IV

LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

I. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

a) Concepto

La supremacía constitucional es uno de los principios básicos en que se asienta el orden constitucional. En su expresión más generalizada implica reconocer a la Constitución como norma fundamental de un Estado, o sea, adjudicarle la calidad de norma superior.

La Constitución es la Ley Fundamental del Estado, en cuanto representa la base o cimiento sobre el cual se asienta toda la estructura política y jurídica de él, y es Suprema, además, porque ella está por encima de todas las demás normas jurídicas que constituyen el ordenamiento del Estado.

Este principio es universalmente reconocido como una de las manifestaciones imprescindibles para asegurar la libertad y la dignidad del hombre. La Constitución, a su amparo, aparece revestida de supralgalidad. Es, en suma, la “ley de las leyes”¹, como la llamó Alberdi en su *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853*. Esta especial cualidad, que ubica a la Constitución en el peldaño más elevado del orden jurídico del Estado, ha sido reconocida tanto por quienes participan del enfoque jusnaturalista como por quienes comparten el juspositivismo.

No obstante, corresponde hacer una aclaración de importancia: Kelsen, destacado expositor del positivismo, hacía depender este principio de una norma hipotética fundamental que no estaba explícita-

¹ ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853*, Raigal, Buenos Aires, 1954, p. 52.

mente formulada en el ordenamiento jurídico y de la cual derivaba el reconocimiento de la Constitución como Ley Suprema.

Por nuestra parte, no reconocemos la existencia de esa norma hipotética fundamental, pero sí requerimos que la supremacía constitucional se base en el reconocimiento de los derechos naturales. Su esencia es, precisamente, tutelar de manera concreta y eficaz la libertad y la dignidad del hombre. No puede servir, al contrario, para menos-cabrarlas o suprimirlas.

Expresado en otros términos: para poder hacer referencia a la supremacía constitucional, es necesario que previamente haya una verdadera Constitución en sentido sustancial y no meramente declamativo.

La supremacía de la Constitución comprende dos aspectos: a) el reconocimiento de ésta como fuente primigenia, de la cual emana todo el ordenamiento jurídico (es el primer eslabón de éste), y b) el reconocimiento de ella como norma jerárquicamente superior a las demás. Ambos aspectos conforman un todo inescindible.

Se ha sostenido, tradicionalmente, que la supremacía constitucional es patrimonio sólo de aquellos Estados que tienen constituciones escritas o codificadas, caracterizadas por su rigidez. En principio, tal aseveración parecería tener sólidos fundamentos: Si las constituciones flexibles pueden ser modificadas por leyes ordinarias posteriores, la supremacía de aquéllas deviene notoriamente diluida. Pensamos, empero, que aun en estos casos es dable la referencia al principio de supremacía, porque incluso en los Estados con esas características siempre son distinguibles los principios y las normas fundamentales de aquellos que no lo son, y cuando se trata de modificar los primeros, hay una conciencia social y política que percibe que se está alterando un contenido esencial.

La supremacía constitucional ampara tanto los contenidos materiales como los contenidos formales de la Constitución. Los primeros tienen que ver con el resguardo de los principios sustanciales que generalmente aparecen referidos en la parte dogmática de ella. Los segundos tienden a garantizar que la producción del ordenamiento jurídico infraconstitucional tenga lugar por medio de los órganos y procedimientos expresados en la parte orgánica.

También se ha pretendido presentar a este principio como una característica exclusiva de los Estados federales. Entendemos que el reconocimiento de un poder constituyente de segundo grado, que en esta forma de Estado es consecuencia necesaria de la autonomía de que gozan, no implica en absoluto una condición indispensable para la exigencia de la supremacía constitucional. Ésta puede darse tanto en los Estados unitarios como en los federales. En estos últimos sólo corresponde distinguir una supremacía de la Constitución federal y una

supremacía de la Constitución local en los asuntos propios del Estado miembro, naturalmente subordinada a las exigencias de la primera.

b) Antecedentes

El principio de la supremacía constitucional surgió en la época del constitucionalismo liberal, es decir, con las primeras constituciones. Esta afirmación no impide, desde luego, obviar la búsqueda histórica de diversos precedentes que han contribuido a delinear esta importante garantía para la libertad.

En Atenas, durante el llamado "siglo de Pericles" (siglo V a. de C.), tuvo vigencia una acción, denominada *graphé, paranomón*, por medio de la cual los ciudadanos atenienses podían actuar como acusadores contra el autor de una moción que pretendiera lesionar las leyes fundamentales de la *polis*. Un tribunal podía anular la propuesta ilegal y castigar a su autor con severísimas penas. Con el tiempo esta institución se fue transformando en un instrumento protector de los abusos de la autoridad pública, convirtiéndose en un escollo insalvable para modificar las leyes y también en una seria amenaza para la libertad de palabra, que era uno de los atributos más importantes de la democracia ateniense.

Durante la Edad Media (más precisamente, en el año 1283), el Fuero de Aragón —*Privilegium Generale Aragorum*— creó una institución que también debe ser mencionada entre los precedentes más relevantes del principio de supremacía constitucional. El "justicia de Aragón" —tal su denominación— era el encargado de velar por el estricto cumplimiento de las normas previstas en el Fuero. Si bien este funcionario debía su nombramiento al rey, en la práctica cumplía celosamente su misión de defensa de las leyes y adquirió autonomía propia, que en ocasiones se convirtió en serio obstáculo para el monarca, impidiendo el ejercicio de abusos de poder.

Otro antecedente importante —al cual algunos autores le atribuyen el origen de la formulación de la doctrina de la supremacía constitucional— es la sentencia del juez inglés Edward Coke al fallar, en 1610, en el célebre caso del Dr. Thomas Bonham. Este médico inglés, que ejercía su profesión en Londres, había sido sancionado con arresto y multa por el Real Colegio de Médicos por no tener autorización de éste. Bonham recurrió ante el juez Coke sosteniendo que la sanción que se le había aplicado violaba un postulado fundamental del *common law*: precisamente, el que establece que nadie puede ser al mismo tiempo juez y parte. Basaba su argumentación en que el destino de una porción de la multa que le había aplicado el Colegio de Médicos quedaba

en poder de éste. El Colegio, por su lado, argumentó la existencia de disposiciones legales que lo facultaban para reglamentar el ejercicio profesional y castigar con prisión y multa las infracciones. El juez Coke le otorgó la razón a Bonham sosteniendo que en muchos casos el *common law*, en virtud de sus principios fundamentales, limitaba las leyes del Parlamento y éstas debían ser consideradas inválidas².

También el Pacto Popular de 1647 y el Instrumento de Gobierno de 1653 deben ser considerados como precedentes relevantes del principio de supremacía constitucional. Ambos documentos establecían con claridad la diferenciación entre los poderes de la Nación y los poderes del Parlamento inglés. Éstos aparecían siempre limitados y subordinados a los primeros. Son considerados como valiosos antecedentes de la distinción —que luego formularía Sieyès— entre poder constituyente y poderes constituidos.

Esta doctrina, que comenzó a elaborar el derecho inglés, fue conocida y desarrollada en América del Norte con anterioridad a la Constitución de los Estados Unidos de 1787. Ya en 1765, la Asamblea de Massachusetts había sostenido que la *Stamp Act* o impuesto de sellos, aplicada en las trece colonias norteamericanas, por decisión del Parlamento inglés, para contribuir a los gastos ocasionados por la Guerra de los Siete Años, era inválida. En aquella oportunidad, la Asamblea utilizó los fundamentos del juez Coke y descalificó la *Stamp Act* por considerarla una ley contraria a la razón natural.

La Constitución de los Estados Unidos es la que enuncia en forma categórica el principio al estatuir, en su art. VI, cláusula segunda, que “esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en su consecuencia se dicten, y todos los tratados celebrados o a celebrarse bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país, y los jueces en cada Estado estarán sujetos a ella, no obstante cualquier disposición en contrario contenida en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado”.

En 1803, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, al resolver la causa “*Marbury v. Madison*”, expuso magistralmente la doctrina de la supremacía constitucional. El caso tuvo origen en una confusa situación que comenzó a generarse en las postrimerías del año 1796 durante el último tramo de la presidencia de John Adams. Éste, postulado para la reelección por el Partido Federalista, perdió estrepitosamente la votación al ser superado por dos candidatos del Partido Republicano: Thomas Jefferson, a quien le iba a corresponder la presidencia y Aaron Burr, que ocuparía la vicepresidencia. Ante la

² Conf. BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 1992, p. 55.

inminencia del cambio de gobierno Adams se apresuró a promover diversas designaciones de jueces. En algunos casos, esos nombramientos fueron notificados a los interesados, pero no así en otros.

En tales circunstancias asumió la presidencia Jefferson, quien le ordenó a su secretario de Estado, James Madison, que no efectuara las comunicaciones pendientes a los efectos de no perfeccionar los nombramientos. Ante esa situación, cuatro de los afectados —William Marbury era uno de ellos— se presentaron a la Corte Suprema pidiendo que intimara al gobierno a notificarles la designación conforme surgía de la Judiciary Act de 1789.

El fallo de la Corte desestimó la pretensión de Marbury considerando que la Judiciary Act, al ampliar sus atribuciones originarias previstas en la Constitución, era inconstitucional. Por medio de un brillante voto de su presidente, John Marshall, estableció que si un acto legislativo está en conflicto con la Constitución, es deber del tribunal rehusarse a aplicarlo, porque si así no lo hace se destruye el fundamento básico del constitucionalismo.

II. EL ORDEN DE PRELACIÓN DEL ART. 31 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Prácticamente en todas las constituciones aparece una declaración expresa que legitima el principio de la supremacía constitucional.

En nuestra Ley Fundamental, esa declaración está específicamente reconocida en el art. 31 que preceptúa:

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

El primer interrogante que debemos desentrañar es el relativo al orden jerárquico de las diversas normas que menciona el art. 31. Dicho en otros términos: la Constitución, las leyes de la Nación y los tratados internacionales, ¿ocupan el mismo grado jerárquico o hay una relación de subordinación de unos a otros?

Cuando analizamos el caso de la Constitución con relación a las demás leyes, la solución parece clara. Si las leyes deben ser dictadas en su consecuencia por el Congreso, es lógico concluir que ellas tienen que guardar armonía con la Constitución; por tanto, primero está la Constitución y luego las leyes. Éstas deben cumplir con el principio

de legalidad que implica una evidente subordinación a la Ley Fundamental.

Más difícil es, en cambio, determinar el lugar que ocupan en la mención del art. 31 los tratados internacionales y su relación con la Constitución. Nos remitimos, a este respecto, al punto siguiente, donde abordamos el tema.

III. RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL: MONISMO Y DUALISMO

El art. 31 de la Constitución califica como ley suprema de la Nación a los tratados internacionales. Habrá que determinar, en consecuencia, si éstos ocupan el mismo escalón jerárquico que la Constitución o, al contrario, si se hallan por encima de ésta o subordinados a ella. A esta última conclusión parece llevarnos el art. 27 de nuestra Ley Fundamental, al estatuir:

El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

Este criterio es coherente con el principio de supremacía que implica el reconocimiento de un poder constituyente y de poderes constituidos. Si se aceptase el criterio opuesto, habría que concluir que la Constitución podría ser modificada por los poderes constituidos, por medio de tratados internacionales, cuando éstos así lo dispusiesen.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha acogido, en general, este enfoque, conocido con el nombre de dualismo, porque parte del supuesto del reconocimiento de dos ordenamientos jurídicos: uno interno, propio de cada Estado, y otro internacional, que deberá subordinarse al primero.

Sin embargo, la propia Corte Suprema ha aceptado, por excepción, la aplicación de la tesis monista que parte del reconocimiento de un único ordenamiento jurídico internacional al cual queda necesariamente subordinado el ordenamiento jurídico de cada Estado. Esta interpretación fue la que fundamentó el caso "SA Química Merck v. Gobierno de la Nación" de 1948³. Mediante este pronunciamiento judicial, la Corte legitimó la incautación de los bienes de la empresa alemana Merck, por considerar que en épocas de guerra no era aplicable el enfoque dualista y prevalecía el criterio monista. Por aquel entonces, ya en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, nuestro país

³ Fallos 211:161.

había declarado la guerra a Alemania, Japón e Italia. El fallo contó con una disidencia, la del juez Tomás Casares, quien considera que ni la guerra ni los tratados tienen relevancia suficiente para legitimar la definitiva apropiación de bienes pertenecientes a una Nación enemiga, en violación de las garantías constitucionales. Creemos que esta última postura era la que mejor se ajustaba a una adecuada interpretación de la Constitución Nacional, que en manera alguna establece que su supremacía abdica en caso de guerra.

Más recientemente, el auge de los procesos de integración y la trascendencia que ha adquirido el derecho internacional han contribuido decisivamente a formular nuevos criterios. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado, en el caso "Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros" de 1992⁴, que "la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional".

Estaba suficientemente claro que a partir de ese momento los tratados internacionales ostentaban una jerarquía superior a las leyes. Creemos que ello, en principio, no conmueve al postulado de supremacía constitucional, por cuanto los tratados internacionales deben estar "en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución" (art. 27, CN).

Esta línea jurisprudencial fue ratificada por la Corte Suprema en los casos "Fibraca Constructora SCA v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande" de 1993 y "Cafés La Virginia SA" de 1994⁵. Cueto Rúa y Sagüés⁶ entienden que entre el caso "Ekmekdjian" y el caso "Fibraca" media una diferencia notoria, porque en el primero, al referirse la Corte a la supremacía del derecho internacional por sobre las normas del derecho interno, no excluyó a la propia Constitución. En cambio, en el caso "Fibraca" señaló que ese principio era de aplicación una vez respetados en el tratado los principios de derecho público de la Constitución. Nos permitimos discrepar de tan autorizadas opiniones. Creemos que en ambos casos la Corte transmitió idéntico mensaje: los tratados ocupan un rango privilegiado, por encima de las leyes, pero deben subordinarse a la Constitución.

⁴ Fallos 315:1493.

⁵ JA 1993-IV-471 y LL 1995-D-275, respectivamente.

⁶ CUETO RÚA, Julio C., "Un paso adelante en el desarrollo de la justicia arbitral en la Argentina", JA 1993-IV-471; SAGÜÉS, Néstor P., "Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina de 1994", LL 1994-C-1036.

La reforma constitucional de 1994 introdujo variantes de importancia en la consideración de este tema. Si bien, formalmente el art. 31 de la Constitución Nacional no estaba habilitado para su consideración por el constituyente reformador, terminó sufriendo las consecuencias derivadas de modificaciones introducidas en otras normas de aquélla.

Ahora, la Constitución Nacional reconoce, al menos, seis tipos diferentes de acuerdos internacionales a los cuales les otorga tratamiento constitucional distinto. Ellos son:

1) Los tratados internacionales suscriptos con otros Estados o con organizaciones internacionales y los concordatos comunes u ordinarios. Estos tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22, 1^{er} párrafo).

2) Los tratados, convenciones y declaraciones sobre derechos humanos que menciona el art. 75, inc. 22, 2^o párrafo de la Constitución, que en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, conforme a lo dispuesto por esa norma. Entendemos que ellos ocupan el mismo plano que la Constitución, son complementarios de ésta y no derogan artículo alguno de su primera parte. Esta jerarquía constitucional se mantendrá mientras no sean denunciados por el Poder Ejecutivo y ratificada la denuncia por los dos tercios de la totalidad de los miembros de cada cámara.

3) Los tratados y convenciones sobre derechos humanos que el Congreso apruebe, en el futuro, con las mayorías especiales requeridas por el art. 75, inc. 22, 3^{er} párrafo. Ellos también adquieren jerarquía constitucional.

4) Los tratados de integración con Estados latinoamericanos que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, en las condiciones previstas en el art. 75, inc. 24, 1^{er} párrafo. Requieren un procedimiento especial para su aprobación y denuncia. Estos tratados tienen jerarquía superior a las leyes.

5) Los tratados de integración con países no latinoamericanos que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales. Requieren para su aprobación un procedimiento especial, diferente de los anteriores y una forma de denuncia similar en ambos casos. Estos tratados tienen jerarquía superior a las leyes.

6) Los convenios internacionales que celebran las provincias en virtud de la autorización del art. 124 de la Constitución Nacional. Entendemos que ellos están subordinados a la Constitución y a las leyes federales y ocupan, por tanto, un grado jerárquico inferior a ellas.

Esta última categoría es abierta, porque la ciudad de Buenos Aires "tendrá el régimen que se establezca a tal efecto" (art. 124, 1^{er} párrafo, *in fine*).

En definitiva, el orden jerárquico que deviene por aplicación de estas disposiciones constitucionales quedaría así conformado:

1^o) La Constitución Nacional; los tratados, convenciones y declaraciones de derechos humanos mencionados en el art. 75, inc. 22, 2^o párrafo (mientras no sean denunciados) y los tratados y convenciones de derechos humanos que sean aprobados en el futuro con la mayoría requerida en el art. 75, inc. 22, 3^{er} párrafo, siempre que guarden armonía con la primera parte de la Constitución;

2^o) los tratados y concordatos ordinarios (art. 75, inc. 22, 1^{er} párrafo) y los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones internacionales supraestatales, firmados con Estados latinoamericanos u otros, siguiendo el procedimiento establecido por el art. 75, inc. 24, mientras no sean denunciados en la forma allí prevista;

3^o) las leyes de la Nación que en consecuencia de la Constitución dicte el Congreso Nacional (art. 31, CN);

4^o) los convenios internacionales que celebren las provincias y eventualmente la ciudad de Buenos Aires, en los términos del art. 124 de la Constitución Nacional.

IV. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. CONCEPTO

La supremacía constitucional sería un principio meramente retórico o declarativo si no estuviera acompañada de un instrumento con eficacia suficiente para resguardarla de los posibles ataques que pudiera sufrir.

Esta tutela puede ser conseguida mediante el control de constitucionalidad que es el régimen con el cual se asegura la supremacía constitucional. En virtud de su aplicación, las leyes y actos contrarios a la Ley Fundamental se convertirán en ineficaces o inválidos, por ser inconstitucionales o anticonstitucionales.

Los sistemas de control de constitucionalidad ofrecen múltiples variantes según el órgano que lo lleve a cabo, el modo de promoverlo y los alcances o efectos de la eventual declaración de inconstitucionalidad.

Según el órgano competente, los sistemas de control suelen distinguirse en políticos y judiciales. En el primer caso, el control está a cargo de los propios poderes políticos, generalmente el Legislativo. En el segundo, lo realiza el Poder Judicial. También hay regímenes mixtos. Una mención especial merecen los tribunales constitucionales, hoy vastamente difundidos, especialmente en Europa.

Conforme al modo de promoverlo, el control puede ser ejercido por la vía directa, es decir, mediante acción o por la vía indirecta, esto

es, mediante excepción o defensa. En el primer caso se puede cuestionar la constitucionalidad por medio de una acción declarativa. En el segundo, sólo se admite su planteo como reparo ante una demanda.

Según los alcances o efectos jurídicos del pronunciamiento de inconstitucionalidad, cabe diferenciar entre los que producen la virtual abrogación de la norma contraria a la Constitución y los que sólo limitan su efecto al ámbito del caso planteado. Se dice, en tal sentido, que los primeros tienen efectos *erga omnes*, o sea, para todos, en tanto que en los demás el efecto es únicamente entre partes.

V. SISTEMAS DE CONTROL

Conforme a la naturaleza del órgano competente para ejercer el control de constitucionalidad, tradicionalmente se distinguen dos sistemas básicos: el político y el judicial.

La primera modalidad se sitúa dentro de los llamados "poderes políticos" (Legislativo y Ejecutivo). La segunda alternativa dentro del ámbito del Poder Judicial.

Hay, además, una cantidad de variantes que, en algunos casos combinan elementos de ambos sistemas y en otros, son de difícil ubicación en la referida clasificación.

Por eso, autores como Sagüés, con fundadas razones, tildan de incorrecto este criterio de diferenciación y sugieren otros en su reemplazo. Sin perjuicio de ello y en el entendimiento de que la denominación o ubicación de cada sistema no es lo más relevante de él, seguiremos empleando, por razones didácticas, el criterio tradicional.

Decidirse en favor de uno u otro sistema es tarea ardua y compleja que necesariamente debe estar referida a una realidad concreta. La idea de un Poder Judicial que sea árbitro imparcial en los cuestionamientos de constitucionalidad es, en principio, atractiva y parece satisfacer más plenamente las exigencias del valor justicia.

Desde otra perspectiva, se observa que todo pronunciamiento acerca de la inconstitucionalidad de una ley tiende, generalmente, a afectar intereses vitales de quienes ejercen el poder. Si se otorga al Poder Judicial esa atribución en forma rígida, se corre el riesgo de que se frustren decisiones políticas importantes o de que el poder político no acepte el cuestionamiento. En estos casos se infligiría un grave daño a la legalidad y se perturbaría la estabilidad y gobernabilidad del sistema de gobierno.

Asimismo, quienes propician el control político interpretan que si las decisiones del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo fuesen sustituidas por los fallos judiciales, los jueces pasarían a convertirse en

detentadores del poder político sin tener representatividad ni mandato para ejercer dicha función.

Queda, además, otro interrogante de relevancia que siempre resulta difícil de resolver: ¿Quién controla al controlador? El debate continúa vigente y, según entendemos, todavía no ha podido ser definitivamente resuelto.

En la actualidad hay Estados en los cuales predomina el control político. El control judicial también ha tenido una importante difusión a partir de la sanción de la Constitución de los Estados Unidos. Bueno es reconocer, empero, que para subsistir como tal ha debido hacer ciertas concesiones al sistema político (p. ej.: excluir del control ciertas cuestiones de índole política sustancial).

La creación de órganos especializados, con muy distintas variantes que combinan, por lo general, atributos de los anteriores sistemas, ha tenido en los últimos años especial difusión. Esta solución, según creemos, constituye una alternativa digna de ser tenida en consideración pero, como las demás, estará decisivamente influida por los comportamientos políticos.

En los párrafos siguientes analizaremos en particular cada uno de los sistemas principales.

VI. CONTROL POLÍTICO

Comprendemos bajo esta denominación a aquellos sistemas en los cuales el control está a cargo de un órgano político, o sea, situado en el ámbito del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo o, al menos, fuera del Poder Judicial.

En principio, parece evidente que el Poder Legislativo, que es el que hace la ley, aparece como el menos apropiado para pronunciarse acerca de la constitucionalidad de ella una vez que ha emitido la norma. En todo caso, ese control lo ejerce en la etapa de gestación de la ley.

No obstante ello, la Constitución de Francia de 1852 le atribuyó al Senado la función de convalidar o anular las leyes que según los ciudadanos o el gobierno fuesen impugnadas por inconstitucionalidad (arts. 25 y 26).

También Sieyès fue un decidido sostenedor del sistema de control político de las leyes al entender que se debía excluir toda intromisión del Poder Judicial en el control de la supremacía constitucional. El autor francés proponía la creación de un jurado constitucional de ciento ocho miembros que sería elegido por la convención constituyente la primera vez y que de ahí en adelante se renovarían por cooptación,

siendo elegidos los nuevos integrantes por aquellos que dejaban de ser miembros.

Benjamín Constant entendía que el control de constitucionalidad no podía estar en manos de ninguno de los tres poderes constituidos. Aplicando ese criterio, propiciaba que en las monarquías constitucionales esa función fuera ejercida por el jefe de Estado.

La Constitución de la IV República Francesa estableció un comité constitucional con la finalidad de controlar la constitucionalidad de las leyes (art. 91). El órgano era de neto corte político y estaba integrado por trece miembros (el presidente de la República, los presidentes de ambas cámaras legislativas y diez miembros elegidos por el Parlamento).

Al analizar los tribunales constitucionales haremos referencia al sistema francés que rige en la actualidad y que continúa privilegiando el criterio político.

En los sistemas presidencialistas el titular del Poder Ejecutivo puede impedir la entrada en vigencia de una ley por medio del veto. Éste tiene naturaleza eminentemente política, pero nada impide que sea utilizado, en oportunidades, también como una posibilidad de control constitucional —siempre, claro está, en la etapa de formación de la ley—.

Otra variante interesante es la que prescribe el art. 26 de la Constitución de Irlanda de 1937. En este caso se admite que el presidente, previa consulta al Consejo de Estado, controvierta la constitucionalidad de una ley sancionada por el Poder Legislativo. En tal supuesto, debe someter la norma a examen del Tribunal Supremo, hecho que suspende su promulgación. Si este último se pronuncia por la inconstitucionalidad, no promulga la norma; en caso contrario, está obligado a hacerlo. Como se advierte, la iniciativa emana del poder político, pero el control propiamente dicho lo realiza el Poder Judicial en forma concentrada.

El sistema de control político también fue adoptado, en su momento, por la mayoría de los países comunistas.

VII. CONTROL JUDICIAL

Una de las innovaciones originarias más importantes que nos legó la Constitución de los Estados Unidos es la adopción del sistema de control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Alcanza tal relevancia esta creación, que algunos autores consideran que este rasgo es el que caracteriza de manera más significativa al sistema de gobierno norteamericano.

El tema fue objeto de debate en la Convención de Filadelfia de 1787. Algunos convencionales —como Madison y Wilson— propiciaban sistemas mixtos de control donde intervenían tanto el presidente como los magistrados judiciales. Fue finalmente Hamilton quien abogó por el sistema judicial pese a que no estaba —según sostiene Loewenstein— plenamente convencido de sus bondades⁷.

Si bien la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció, en el caso “Marbury v. Madison” (1803), que le incumbe a ese Alto Tribunal determinar cuándo una norma es inconstitucional, dicha atribución de competencia no está expresa en la Constitución norteamericana: el control es atribuido al Poder Judicial en general. Por tanto, el sistema adoptado es difuso; o sea, cualquier juez lo puede realizar. Obviamente, el control efectuado por la Corte Suprema tendrá una relevancia especialísima al convertirse en la interpretación última y definitiva de la Constitución.

El sistema de control judicial ha sido adoptado por diversos países; entre ellos, Canadá, Australia y Suiza, aunque en este último caso se lo limita a la comprobación de la compatibilidad del derecho cantonal o local con el derecho federal.

También lo establecen las Constituciones de Méjico (1917), Venezuela, India, Japón, Colombia y Uruguay. En este último país hermano el control está concentrado porque únicamente puede ejercerlo la Suprema Corte de Justicia.

Una de las innegables ventajas que presenta el sistema de control judicial es la de permitir que cualquier ciudadano pueda impugnar la constitucionalidad de una norma. En los sistemas políticos, en cambio, dicha posibilidad está, por lo general, severamente limitada.

VIII. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

En los países de Europa central, el Poder Judicial tuvo una génesis distinta de la del sistema norteamericano. En esos Estados, aquél no surgió como un “poder” sino en la forma más atenuada de una “administración de justicia” dependiente de los poderes políticos e influida por ellos.

En ese ámbito histórico no debe extrañarnos que se haya difundido un sistema de control de constitucionalidad que está a cargo de órganos jurídico-políticos especializados, conocidos, en general, con el nombre de “tribunales constitucionales”.

La Constitución de Austria de 1920, redactada por Hans Kelsen, fue la primera que organizó este sistema, creando una Alta Corte

⁷ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1982, p. 310.

Constitucional compuesta por un presidente, un vicepresidente y un número de miembros que debía ser establecido por la ley (fueron doce los fijados). Tiene a su cargo, entre otras funciones, ejercer con carácter exclusivo el control de constitucionalidad de las leyes. Sus miembros son designados por los poderes políticos y gozan de inamovilidad.

Declarada la inconstitucionalidad de la ley por la Alta Corte Constitucional, la norma queda anulada en su totalidad o parcialmente, si no se afecta la estructura general de la ley. Esta nulidad tiene efectos para el futuro; es decir, no es retroactiva.

También en 1920, la Constitución de Checoslovaquia, por medio de una ley preliminar a ella, creó un Tribunal Constitucional que tenía a su cargo el control de constitucionalidad. Estaba compuesto por siete miembros renovables periódicamente cada diez años. En su designación tenían fuerte injerencia los poderes políticos y otros órganos superiores de la estructura judicial. La particularidad de este sistema era que sólo determinados órganos políticos podían plantear el pedido de inconstitucionalidad. No lo podían hacer los particulares como en el caso de Austria. Declarada la inconstitucionalidad, quedaba anulada la norma.

En Italia, la Constitución de 1947 introdujo el Tribunal Constitucional (arts. 134 a 137) a cuyo exclusivo cargo está el control de constitucionalidad. También cumple otras funciones importantes, como dirimir los conflictos entre los distintos poderes de la República e intervenir en los casos de la llamada justicia política o electoral. Está compuesto por quince jueces, nombrados de esta manera: cinco por el presidente de la República, cinco por el Parlamento y cinco por la magistratura judicial. Declarada la inconstitucionalidad de una ley o de un acto con fuerza de ley, la norma deja de tener eficacia desde el día siguiente al de la publicación de la decisión del Tribunal Constitucional. Sus miembros son nombrados por un período de nueve años y no pueden ser reelectos.

El art. 135 de la Constitución italiana dispone que los miembros del Tribunal serán elegidos entre magistrados judiciales, aunque estén jubilados; de la jurisdicción superior ordinaria y administrativa; entre catedráticos ordinarios de materias jurídicas en las universidades, y entre abogados que tengan más de veinte años de ejercicio profesional.

En Francia, el Consejo Constitucional está contemplado en el título VII de la Constitución de 1958 (arts. 56 a 63). Se compone de nueve miembros, tres de los cuales son nombrados por el presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea Nacional y tres por el presidente del Senado. Duran en sus funciones nueve años pero el Consejo se renueva por tercios cada tres años. Además de los nueve miembros previstos anteriormente, forman parte del Consejo Cons-

titucional, por derecho propio y de por vida, los ex presidentes de la República. El presidente del Consejo es nombrado por el presidente de la República y tiene voto decisorio en caso de empate.

El control de constitucionalidad que se ejerce en el sistema francés es preventivo porque los poderes políticos están obligados, antes de sancionar o promulgar las leyes, a someterlas a consulta del Consejo que debe pronunciarse respecto de su compatibilidad con la Constitución.

La Constitución de España de 1978 estableció, en su título IX (arts. 159 a 165), un Tribunal Constitucional compuesto por doce miembros nombrados por el rey: cuatro de ellos, a propuesta del Congreso; otros cuatro, a propuesta del Senado; dos, a propuesta del gobierno y otros dos, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Son designados por un período de nueve años pero el Tribunal se renueva por tercios cada tres años. Son inamovibles en el desempeño de su función.

Entre otras funciones importantes le incumbe la de conocer en los recursos de inconstitucionalidad y de amparo. Las decisiones acerca de la inconstitucionalidad de una norma anulan la parte pertinente de ella sobre la cual hayan recaído, salvo que el fallo disponga otra cosa.

La legitimación para recurrir directamente ante el Tribunal a fin de controlar la constitucionalidad de las normas es restringida; sólo ciertos órganos o instancias políticas lo pueden hacer (el presidente del gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades autónomas y las asambleas de las comunidades autónomas).

En nuestro país, la Constitución de la Provincia de Tucumán de 1990 (arts. 133 y 134) creó un Tribunal Constitucional compuesto por cinco miembros designados por el Poder Ejecutivo de una nómina elegida por la Corte Suprema y las Cámaras de Apelación de la provincia. Duraban en sus funciones diez años y podían ser removidos. Aquél tenía a su cargo, entre otras atribuciones, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Estas normas fueron dejadas sin efecto por la nueva Constitución de la Provincia de Tucumán sancionada en 2006.

IX. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO FEDERAL ARGENTINO

a) Órgano

En nuestro país el control de constitucionalidad es ejercido por el Poder Judicial. La Constitución Nacional adoptó el sistema norteamericano disponiendo en el art. 116:

Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución.

Como se podrá advertir, la propia norma constitucional revela que el sistema judicial adoptado es difuso por cuanto le corresponde su ejercicio a "la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación". Ello muestra que no hay un único tribunal con competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes sino que cualquier juez o tribunal lo puede hacer.

b) Alcance

El control de constitucionalidad es aplicable, en principio, a las leyes y a los demás actos de los poderes públicos federales y provinciales (del Poder Ejecutivo, las cámaras legislativas, los órganos administrativos de toda especie, así como a las sentencias judiciales) y a los tratados. También deben ser incluidos los actos de los particulares, conforme a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en la causa "Kot, Samuel SRL s/hábeas corpus" de 1958⁸. Tampoco habría que desear absolutamente el control de constitucionalidad de ciertos actos del poder constituyente, pese a que la Corte considera a estas causas no judiciales (caso "Guerrero, Juana Ana Soria de v. Bodegas y Viñedos Pulenta SA" de 1963⁹). Sobre el particular, remitimos al capítulo anterior, donde tratamos el tema.

Pese a esta amplitud material, no todas las normas o los actos de autoridad mencionados en el párrafo anterior quedan comprendidos en este control.

El control de constitucionalidad sólo puede ser efectuado en el marco de una causa judicial, conforme lo determina el art. 116 de la Constitución. Ello surge, además, como exigencia prevista en el art. 1° de la ley 27 de 1862. El término "causa" se refiere a la existencia de un juicio, pleito o controversia, vinculado a una situación de hecho real y concreta sin que ello implique, necesariamente, una contienda entre las partes. Quedan excluidas, en consecuencia, las cuestiones meramente hipotéticas, las consultas, las causas simuladas.

Tampoco se controla la constitucionalidad de las causas abstractas. Así se denomina a aquellas que luego de ser planteadas resultan afectadas por circunstancias de hecho que modifican de manera tal las vigentes al momento de su iniciación, que la decisión judicial se con-

⁸ Fallos 241:291.

⁹ Fallos 256:556.

vierte en innecesaria e ineficaz para solucionar la controversia (p. ej., el caso de una persona detenida que se considera privada ilegítimamente de su libertad e interpone un hábeas corpus y antes de que se dicte sentencia es puesta en libertad; el pedido de un médico para practicar una trasfusión sanguínea compulsiva a un paciente que se niega a recibirla y, antes de ser resuelta, sobreviene la muerte del enfermo; etc.).

Para que se pueda efectuar el control de constitucionalidad, la causa en la cual se formula el planteo debe ser "judiciable", es decir, de aquellas que le permiten al Poder Judicial ejercer en plenitud su jurisdicción. Están excluidas de este carácter las causas políticas.

c) Vías

Como principio general cabe afirmar que el control de constitucionalidad es ejercido por la vía indirecta. Ello significa que puede ser planteado al órgano competente por la persona que tenga un interés afectado y únicamente como excepción o defensa. No podemos demandar directamente la inconstitucionalidad. Si se nos demanda por aplicación de una norma inconstitucional, allí podemos esgrimir, como reparo o defensa, el cuestionamiento constitucional de esa norma.

Esta exigencia, según entendemos, carece de fundamento constitucional expreso, y surge de una antigua jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El planteamiento de inconstitucionalidad por la vía indirecta debe ser efectuado por quien tenga un interés legítimo en esa declaración, como defensa, y en forma pura y simple en el pleito o mediante la utilización del recurso extraordinario, previsto por el art. 14 de la ley 48, del recurso por arbitrariedad o por gravedad institucional —estos últimos, de creación pretoriana—.

La utilización de la vía indirecta como único camino de acceso al control de constitucionalidad es un principio que ya no tiene la solidez que tradicionalmente se le atribuía. Poco a poco se está abriendo paso el reconocimiento de una vía directa, por medio de la acción de inconstitucionalidad, que incluso ha sido contemplada, todavía con limitaciones y reparos, por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema.

d) Efectos

En el derecho federal argentino la declaración de inconstitucionalidad acarrea la inaplicabilidad de la norma o acto así declarado al caso concreto en que fue planteado. Tiene efectos entre las partes; carece, por tanto, de consecuencias *erga omnes*. No produce la derogación

de la norma, sino que ella sigue vigente, pero no puede aplicársela al caso planteado en que se declaró la inconstitucionalidad.

No obstante la vigencia de la regla citada, en el ámbito federal se advierte una tendencia hacia el cambio de criterio avizorado todavía débilmente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en la legislación nacional y más firmemente en el derecho público provincial.

Al resolver el Máximo Tribunal de la República la causa "Analía M. Monges v. Universidad de Buenos Aires"¹⁰ de 1996, caso en que se controvertía la existencia de diversos regímenes de ingreso a esa casa de estudios, sostuvo que la solución a que se arribó en dicha sentencia sería aplicable a todos los estudiantes que se encontraban en las mismas condiciones, aun cuando no hubiesen promovido acción judicial alguna (considerando 34).

Otro antecedente en el mismo sentido lo encontramos en el caso "Itzcovich, Mabel v. ANSeS"¹¹ de 2005, mediante el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del art. 19 de la ley 24.463 y dispuso el modo que habría de aplicarse la nueva jurisprudencia a los casos en trámite.

En el orden legislativo la ley 25.675 establece que en los procesos ambientales "la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias" (art. 33, *in fine*).

En el derecho público provincial las Constituciones de las provincias de Chubut de 1994 (art. 175), Río Negro de 1988 (art. 208) y Tierra del Fuego de 1991 (art. 159) han implementado interesantes modalidades para permitir, en ciertos casos, la aplicación del efecto *erga omnes* de las sentencias de inconstitucionalidad.

X. LAS CUESTIONES POLÍTICAS

La jurisprudencia de nuestros tribunales, siguiendo el criterio de los tribunales de los Estados Unidos, excluye del control de constitucionalidad las causas políticas por considerar que éstas no son judiciales.

No se trata, en el caso, de seguir un mandamiento constitucional específico sino, más bien, de una autorrestricción del Poder Judicial, que tiene su fundamento principal en el principio de la división y el equilibrio de los poderes propio de la forma republicana de gobierno. Se sostiene, siguiendo esta línea argumental, que si los jueces y tribuna-

¹⁰ Fallos 319:3148.

¹¹ Fallos 328:568.

les juzgasen acerca de cuestiones estrictamente reservadas a los poderes políticos, se distorsionaría el reparto de competencias previsto en la Constitución y estaríamos ante un sistema de gobierno de los jueces.

Según esta doctrina, cada uno de los poderes políticos del Estado (Legislativo y Ejecutivo) tiene una zona de reserva que no puede ser invadida por el Poder Judicial. Se trata de decisiones políticas en las cuales el mérito, la oportunidad o la conveniencia del acto son sustanciales.

El reconocimiento de las cuestiones políticas como no judiciales tiene, en nuestro país, una tradición más que centenaria. Se reconoce como uno de los antecedentes más relevantes y añejos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al caso "Cullen, Joaquín M. v. Llerena, Baldomero" de 1893¹². Algunos autores —como Bianchi¹³— refieren que el primer antecedente lo constituye el caso "Procurador fiscal de Santa Fe v. Francisco Hué" de 1867¹⁴.

Dentro de esta categoría de cuestiones políticas no judiciales, la jurisprudencia de la Corte Suprema, que no ha desarrollado una doctrina sistemática sobre el tema, ofrece una amplia y difusa casuística que incluye, entre otras, las siguientes materias: la declaración de la intervención federal; la declaración del estado de sitio (respecto de ésta se ejerce el control de legitimidad previsto por el art. 4° de la ley 23.098); la reforma constitucional; la declaración de la utilidad pública en la expropiación; el proceso de formación y sanción de las leyes; el ejercicio de los poderes de guerra; el juicio político; el indulto, y la acefalía presidencial. Esta mención es meramente enunciativa y en varios de los temas señalados hay importantes excepciones en la doctrina judicial de la Corte.

Sin embargo, la jurisprudencia no nos brinda un concepto claro y unívoco acerca de qué es una cuestión política. Haro, en un relevante estudio sobre el tema, expresa que "las cuestiones políticas son de una inasibilidad y fluidez tal, que no se ha podido evitar caer en el círculo vicioso en el cual las denominadas cuestiones políticas son aquellas cuestiones no judiciales, y las cuestiones no judiciales son las cuestiones políticas". Podríamos decir —afirma el citado constitucionalista— que "no hay mayor cuestión política que el pronunciamiento judicial sobre qué es o cuándo existe una cuestión política"¹⁵.

¹² Fallos 53:420.

¹³ BIANCHI, Alberto B., *Control...*, cit., p. 292.

¹⁴ Fallos 4:311.

¹⁵ HARO, Ricardo, "Las cuestiones políticas: ¿prudencia o evasión judicial?", separata de *Anales del cincuentenario, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 1991, p. 140.

En la doctrina constitucional imperan diversos criterios. Así, Bidegain, Oyhanarte y Bianchi¹⁶ comparten, en general, el criterio amplio seguido por la Corte. Otros autores se pronuncian por el reconocimiento de las cuestiones políticas, pero reclaman su delimitación (Linares Quintana, Haro, Vanossi, Marienhoff¹⁷); finalmente, están quienes tienen una postura fuertemente crítica respecto de la exclusión de estas causas del control de constitucionalidad (Boffi Boggero, Bidart Campos, Sagüés, Zarini, Ekmekdjian¹⁸).

En general, quienes se ubican en esta última posición entienden que la Constitución Nacional es suficientemente clara y concreta al establecer, en el art. 116, que le corresponde al Poder Judicial "el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución". El adjetivo "todas", empleado por el constituyente con relación a las "causas", significa que ninguna puede ser excluida de su judiciabilidad ni, por tanto, del control de constitucionalidad. Este mismo argumento fue defendido por el voto en disidencia de Boffi Boggero, en el conocido caso "Soria de Guerrero, Juana Ana v. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. SA" de 1963¹⁹.

Las cuestiones políticas, bajo el pretexto de respetar el ámbito de discreción de los poderes políticos, crean en favor del Poder Judicial una zona ambigua de discrecionalidad que es riesgosa para la seguridad jurídica. La realidad muestra que la caracterización de una causa como política sirve, en algunas oportunidades, para que el Poder Judicial cierre sus puertas a la judiciabilidad; en otras, para que acelere marcadamente su intervención o, al contrario, para que retrase el pronunciamiento. En estos últimos casos, claro está, no son invocadas formalmente las razones políticas que sí se esgrimen en el primero.

Desde la perspectiva elevada de los principios y fines que inspiran a la Constitución, nos inclinamos por el criterio de la plena judiciabi-

¹⁶ BIDECAIN, Carlos M., *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 136; OYHANARTE, Julio, *Temas de casación y recursos extraordinarios, en honor al Dr. Augusto M. Morello*, Platense, La Plata, 1982, ps. 143 y ss.; BIANCHI, Alberto B., *Control...*, cit., ps. 381/3.

¹⁷ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, t. I, 3ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, ps. 562 y ss.; HARO, Ricardo, "Las cuestiones políticas...", cit., ps. 167/8; VANOSSI, Jorge R., *Teoría constitucional*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1975, ps. 186 y ss.; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, ps. 733 y ss., especialmente p. 745.

¹⁸ BOFFI BOGGERO, Luis, "Nuevamente sobre las llamadas cuestiones políticas", LL 156-1143; BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho constitucional del poder*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1967, p. 341; SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 232; ZARINI, Helio J., *Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 80; EKMEKDJIAN, Miguel A., *Tratado de derecho constitucional*, t. III, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 338.

¹⁹ Fallos 256:556.

lidad, que deber estar inexorablemente armonizado con la existencia de jueces independientes y prudentes. Lo primero, para no convertirse en operadores políticos de turno; lo segundo, para reconocer que aun aceptando la plena judiciabilidad de todos los actos, las decisiones políticas gozan de una facultad de arbitrio que sólo debe ser invadida por el Poder Judicial cuando es manifiestamente irrazonable.

El tránsito hacia estos nuevos desarrollos lo sabemos repleto de obstáculos; mientras tanto, pensamos que varios de los criterios que proponen limitaciones al sistema vigente pueden ser acogidos con beneficio cierto para la defensa de la libertad.

XI. LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Hemos afirmado en los párrafos anteriores que una de las características tradicionalmente atribuidas al control de constitucionalidad federal es que la vía de impugnación debe ser la de la defensa y no la de la acción. Este principio no tiene, a nuestro entender, fundamento constitucional suficiente, sino que deriva del art. 2º de la ley 27, de 1862.

En los últimos años, empero, la Corte Suprema dio señales claras de alerta en cuanto a que ese principio era frágil y podía ceder hasta que finalmente llegó a admitir la existencia de una acción declarativa de inconstitucionalidad, todavía restringida e incipiente, a partir de 1987.

Bianchi ha llevado a cabo un interesante estudio de los antecedentes²⁰.

El 12 de diciembre de 1985, la Corte resolvió el caso "Constantino Lorenzo v. Nación Argentina"²¹, en el cual el actor había solicitado que se declarara inconstitucional la ley 23.172 que había aprobado el Tratado de Paz y Amistad firmado con la República de Chile. La cuestión planteada parecía presagiar un fácil rechazo, al menos considerando la jurisprudencia del tribunal. Así, por otra parte, lo había solicitado el procurador Juan Octavio Gauna. La Corte, efectivamente, lo rechazó, pero llamó la atención que en uno de los considerandos del fallo sostuviera: "La Corte, al reafirmar tales principios, [...] estima conveniente poner de relieve que ellos no tienen por correlario que en el orden nacional no exista la acción declarativa" (4º considerando).

²⁰ BIANCHI, Alberto B., "¿Está en crisis el sistema clásico de control de constitucionalidad?", LL 1990-E-1089.

²¹ Fallos 307:2384.

Un año después, nuestro Máximo Tribunal resolvió el caso "Klein, Guillermo Walter s/amparo" de 1986²². Se trataba del cuestionamiento constitucional de una orden de allanamiento, expedida por una comisión investigadora especial de la Cámara de Diputados de la Nación del estudio jurídico del recurrente, en el cual se había secuestrado documentación que allí se hallaba. La Corte rechazó la impugnación sosteniendo que el caso se había convertido en abstracto, pero en su pronunciamiento volvió a aparecer un llamativo mensaje al fundarlo. Dijo: "Sin perjuicio de ello, debe quedar a salvo que esta Corte reafirma el reconocimiento de dicha acción [declarativa de inconstitucionalidad] en el orden federal, siempre que se den sus requisitos".

Aquello que la Corte había advertido en el caso "Lorenzo" lo reafirmaba en el caso "Klein": la acción de inconstitucionalidad existe, pero poco o casi nada se sabe acerca de cómo se la ejerce. En el último fallo, sin embargo, el tribunal agregó algún indicio más: esa acción es procedente "siempre que se den sus requisitos"; faltaba todavía precisar cuáles eran ellos.

El 3 de febrero de 1987, la Corte resolvió el caso "Gomer SA v. Provincia de Córdoba"²³. La empresa recurrente se había considerado agraviada ante la sanción de una ley impositiva en dicha provincia. La Corte rechazó la pretensión de la recurrente recordando, una vez más, que existe una acción declarativa de inconstitucionalidad en el orden federal y que el marco de tal acción es el art. 322 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación.

El primer párrafo del art. 322 referido expresa: "podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente".

Los requisitos exigidos para el ejercicio de esta acción declarativa son, en consecuencia, tres: 1) la existencia de un estado de incertidumbre; 2) la demostración de un daño efectivo, concreto y actual a quien la intenta, y 3) la inexistencia de otro proceso idóneo.

²² Fallos 308:1489.

²³ Fallos 310:142.

XII. OTRAS VÍAS DIRECTAS

a) El amparo

El amparo, por su propia naturaleza, constituye un instrumento eficaz para mantener y controlar la supremacía constitucional.

Pese a ello, el inc. d) del art. 2° de la ley 16.986 dispuso que la acción de amparo no sería admisible cuando "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".

La segunda parte de esta cláusula reglamentaria planteó, a nuestro entender, una limitación inaceptable que ha sido objeto de serios y fundados cuestionamientos por parte de la doctrina (Lazzarini, Bidart Campos, Morello, Sagüés, entre otros²⁴). La Corte Suprema de Justicia, al interpretarla, ha seguido una evolución que apreciamos con interés.

Desde 1957 hasta 1966, la Corte sentó el principio según el cual la vía del amparo no era apta para revisar la constitucionalidad (caso, por ejemplo, de "Aserradero Clipper SRL" de 1961²⁵).

Entre 1967 y 1969 se mantuvo el mismo criterio general, pero la Corte entendía que cabía hacer excepciones en favor del criterio opuesto (casos "Outón, Carlos José" y "SA Empresa Mate Larangeira Méndez" de 1967²⁶).

De 1970 a 1981 se volvió al criterio tradicional y rígido de irrevocabilidad (casos "Café y Chocolates Águila v. Municipalidad de Buenos Aires" de 1969 y "Editora Popular Americana (Diario El Mundo)" de 1974²⁷).

Entre 1982 y 1989 se retomó el criterio de admisión de la inconstitucionalidad en forma restringida. Manifestación de esta postura fueron los casos "Dercoem SA v. Estado nacional" de 1982 y "Arenzón, Gabriel Darío" de 1984²⁸).

A partir de 1990 se consolidó el criterio amplio en favor de la admisibilidad, después del caso "Peralta, Luis Arcenio y otro v. Estado

²⁴ LAZZARINI, José Luis, *El juicio de amparo*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1988, ps. 81/4; BIDART CAMPOS, Germán J., *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Ediar, Buenos Aires, 1968, p. 127; MORELLO, Augusto M. - VALLEFIN, Carlos A., *El amparo. Régimen procesal*, Platense, La Plata, 1992, ps. 38/9; SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal constitucional*, t. III, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 258.

²⁵ Fallos 249:221.

²⁶ Fallos 267:215 y 269:393, respectivamente.

²⁷ Fallos 274:471 y 289:177, respectivamente.

²⁸ Fallos 304:1020 y 306:400, respectivamente.

nacional"²⁹. Este criterio de la Corte, favorable a la admisibilidad del cuestionamiento constitucional por medio de la acción de amparo, tuvo la disidencia en el fallo citado y con distintos alcances, de los jueces Belluscio y Oyhanarte.

La reforma constitucional de 1994 ha reconocido la posibilidad de que mediante la acción de amparo el juez declare "la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva" (art. 43).

b) El hábeas corpus

Otra variante que implica la posibilidad de utilizar una vía directa en el control de constitucionalidad es la prevista en el art. 6° de la ley 23.098, en virtud de la acción de hábeas corpus.

Entendemos que el criterio del legislador expresado en esta cláusula es innovador y valioso. El hábeas corpus no es, en principio, un procedimiento previsto para el control de constitucionalidad de las leyes, pero creemos que excepcionalmente puede ser necesario ejercer esta atribución cuando la privación de la libertad se funda en una norma contraria a la Constitución. De no ser así, bastaría la existencia de la norma jurídica arbitraria para paralizar el procedimiento del hábeas corpus.

La reforma constitucional de 1994 nada dispuso al respecto, salvo que se entienda que la referencia al amparo, en este aspecto, es también aplicable al hábeas corpus.

La ley 23.098 introdujo, con esta novedad relevante, otra de no menos importancia al establecer que el control de constitucionalidad puede ser ejercido "de oficio", es decir, sin petición de parte.

XIII. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO

En nuestro país, reiterada jurisprudencia había establecido que el control de constitucionalidad no podía ser ejercido de oficio por los jueces. Ello significaba que si el juez o tribunal advertía, en una causa judicial, que una norma o acto era inconstitucional, pero ello no había sido planteado por las partes, no podía declararlo. Sólo procedía el control, en consecuencia, a pedido de parte interesada.

Esta jurisprudencia tuvo una centenaria aplicación por la Corte Suprema de Justicia, aunque puede afirmarse que fue enunciada formalmente por ese tribunal, como doctrina orgánica, recién en 1941 al resolver el caso "Ganadera Los Lagos SA v. Gobierno de la Nación"³⁰.

²⁹ Fallos 313:1513.

³⁰ Fallos 190:149.

En realidad, ninguna norma de la Constitución establecía expresamente para los jueces la prohibición de ejercer de oficio el control de constitucionalidad. Sin embargo, fueron esbozados varios argumentos en favor de esa posición; algunos, de índole jurídico-constitucional y otros, sustentados en razones de hecho.

Entre los primeros, cabe destacar la presunción de constitucionalidad de que gozan los actos estatales, el equilibrio de los poderes del Estado y la defensa en juicio, que se verían alterados —se sostenía— si se permitiera el control de oficio.

De estos argumentos, el único que tenía, a nuestro criterio, cierto poder de convicción es el derivado de la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos (art. 18, CN). Es evidente que si el juez o tribunal resolviera por propia iniciativa, sin que las partes se lo hubiesen pedido, declarar la inconstitucionalidad de una norma o acto relevante para la causa, estaría imposibilitando el ejercicio del derecho de defensa de quien podría oponerse a esa declaración. Tal fundamento, empero, carecía de virtualidad porque ese obstáculo era fácilmente superable mediante un simple traslado que el juez podía ordenar a las partes, apenas advirtiera la posibilidad de la inconstitucionalidad y antes, desde luego, de proceder a efectuar la declaración.

En el orden legislativo era citada, como fundamento para vedar el control de oficio, la disposición del art. 2° de la ley 27 de 1862 que dispone, respecto de la justicia federal, lo siguiente:

Nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte.

Ello, creemos, resulta impropio, puesto que si la Constitución no establece una limitación de ese tipo, sería dudoso que pudiera establecerla el legislador.

Entre los argumentos de hecho eran señalados la pereza judicial y la comodidad o tranquilidad que implica, para los jueces, no entrometerse en asuntos habitualmente referidos a los poderes políticos o que pueden bordear una zona conflictiva en las relaciones de poder.

En los últimos tiempos una sólida y relevante doctrina se manifestó en favor del control de oficio (Bidart Campos, Haro, Sagüés, Vanossi, Morello, Zarini, Bianchi, Fayt³¹). No se aceptaba, desde esta perspectiva, que el control de oficio trasgreda la división de poderes, ni

³¹ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. I, p. 97; HARO, Ricardo, "El control de oficio de constitucionalidad", ED 64-641; SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos...*, cit., p. 228; VANOSI, Jorge R., *Recurso extraordinario federal*, Universidad, Buenos Aires, 1984, ps. 226/7; MORELLO, Augusto M., *La Corte Suprema en acción*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, ps. 419 y ss.; ZARINI, Helio J., *Derecho constitucional*, cit., ps. 76/7; BIANCHI, Alberto B.,

la presunción de constitucionalidad de que gozan los actos estatales. Más aún: se pone de resalto el principio *iura curia novit*, según el cual se presume que el juez conoce el derecho.

La jurisprudencia de la Corte Suprema, a partir de 1984, exhibió un dato interesante: algunos miembros de ese tribunal, en minoría, habían sostenido la postura del control de oficio de la constitucionalidad de las leyes y así lo habían manifestado en varias disidencias (caso "Peyrú, Osvaldo J." de 1987³², entre otros).

El cambio se produjo con el caso "Mill de Pereyra, Rita Aurora v. Provincia de Corrientes"³³ de 2001, oportunidad en que cinco de los entonces nueve jueces que componían la Corte Suprema de Justicia de la Nación coincidieron, con distintos fundamentos y alcances, en sostener la procedencia del control de constitucionalidad de oficio. A favor del control de oficio en forma amplia se expresaron los jueces Belluscio, Boggiano, Fayt y Vázquez. También a favor, pero siempre que se respete el principio de defensa, se manifestaron los jueces Bossert y López. En contra del control de oficio votaron los jueces Moliné O'Connor, Nazareno y Petracchi, quienes mantuvieron el criterio tradicional que, desde 1941, había elaborado la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Este criterio fue ratificado por el Máximo Tribunal de la República, con una nueva composición, en el caso "Banco Comercial de Finanzas SA"³⁴ de 2004.

No obstante esta consagración jurisprudencial expresa acerca del deber de los jueces de ejercer de oficio el control de constitucionalidad, cabe destacar una limitación que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recordado en forma implícita al fallar el caso "Gerónimo Cabrera"³⁵ de 2004, oportunidad en que entendió que las garantías atinentes a la propiedad privada pueden ser renunciadas por los particulares expresa o tácitamente y ello sucede cuando el interesado realiza actos que, según sus propias manifestaciones o el significado que se le atribuya a su propia conducta, importan acatamiento de las disposiciones susceptibles de agraviar a dichas garantías o suponen el reconocimiento de la validez de la ley que se pretende impugnar. Y en tal orden de ideas, concluyó en que no puede peticionar y obtener el ejercicio del control judicial de la constitucionalidad de las leyes el

Control..., cit., p. 225; FAYT, Carlos S., *Supremacía constitucional e independencia de los jueces*, Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 163 y 164.

³² Fallos 310:1401.

³³ Fallos 324:3219.

³⁴ Fallos 327:3117.

³⁵ Fallos 327:2905.

particular que antes de la iniciación del juicio renunció al derecho que alega. Este criterio lo advertimos aplicado en el caso "Lapadú, Oscar Eduardo v. Estado Nacional s/daños y perjuicios" del 23/12/2004³⁶.

Con posterioridad a ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido que ese control de constitucionalidad de oficio realizado por los jueces debe ajustarse al principio de congruencia (caso "Gómez, Carlos Alberto v. Argencard SA y otro s/ordinario" del 27/12/2006, Fallos 329:5903). El mismo criterio fue sostenido en el caso "Strangio, Domingo v. Cattorini Hnos SACIF s/accidente" del 12/5/2009³⁷.

En el caso "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis v. Ejército Argentino s/daños y perjuicios" del 27/11/2012, la Corte ha ratificado su doctrina judicial a favor del ejercicio del control de constitucionalidad de oficio.

XIV. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En los últimos años se ha difundido en el ámbito del derecho público internacional y local la expresión "control de convencionalidad". Con ella se hace referencia a la necesidad de confrontar la norma proveniente del derecho interno que se analiza con las disposiciones y la jurisprudencia de los órganos internacionales. Sería ésta, en consecuencia, una forma de completar y ahondar el control de constitucionalidad extendiendo sus fronteras a una perspectiva supranacional.

La expresión fue acuñada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso "Almonacid Castellano v. Chile" del 26/9/2006³⁸ y repetida aún con más énfasis en otros pronunciamientos posteriores del mismo tribunal internacional³⁹.

Así concebida, hasta el momento aparece vinculada sólo con la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y no con otros tratados internacionales.

El control de convencionalidad debe ser efectuado por los órganos que tienen a su cargo, en cada país, el control de constitucionalidad. Ello significa –siguiendo los lineamientos de esta jurisprudencia internacional– que, en nuestro país, todos los jueces asumen en el orden interno la responsabilidad de ejercer el control de constitucionalidad,

³⁶ Fallos 327:5723.

³⁷ Fallos 332:1078.

³⁸ En esa oportunidad la utilizó la Corte en pleno. Sin embargo antes había sido referida por el juez de ese tribunal, Sergio García Jiménez, en el caso "Myrna Mack Chang v. Guatemala" del 25/12/2003, sentencia C 101.

³⁹ En el caso "Trabajadores cesados del Congreso v. Perú" del 24/11/2006, la Corte Interamericana hizo un tratamiento amplio de esta problemática.

deben, por tanto, efectuar el control de convencionalidad en relación con la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ese control estimamos que puede realizarse aun de oficio –si ello es autorizado localmente para ejercer el control de constitucionalidad–; ello teniendo en consideración la fuerte inserción que tiene en la jurisprudencia internacional el principio *iuria curia novit*.

En relación con la materia controlada, ella aparece como amplia, comprendiendo todas las normas del derecho interno, incluyendo, en principio, la propia Constitución de cada Estado⁴⁰ en la medida en que aparezcan comprendidas por regulaciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

El control de convencionalidad, por tanto, tendrá un alcance material más restrictivo que el control de constitucionalidad. Mientras la Constitución es la Ley Suprema de un país, el Pacto de San José de Costa Rica tiene una evidente supremacía, incluso ante aquella, pero sólo en la materia regulada por la Convención.

Los efectos de este control los consideramos aplicables en relación al caso concreto, sin perjuicio de aceptar un criterio más amplio respecto a aquellos casos en que se admitan, por el derecho interno del país, la expansión de sus consecuencias con un sentido *erga omnes*.

Respecto de las perspectivas que cabe esperar de esta nueva herramienta jurídica, entendemos que ellas se encuentran vinculadas tanto a la moderación y a la prudencia con que la utilice la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como a la aceptación que le presten los superiores tribunales locales de cada Estado.

XV. EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Si bien la reforma constitucional de 1994 no incorporó al texto de la ley fundamental los tratados internacionales, el solo hecho de otorgarles a diez de ellos (incluyendo declaraciones, tratados y convenciones) jerarquía constitucional y dejar librado a la facultad de Congreso de la Nación la atribución de ampliar o restringir esa categoría, es motivo suficiente para considerar a la parte dogmática de la Constitución integrada a esas normas internacionales.

En ese sentido recordemos que las leyes 24.820 y 25.778, respectivamente, otorgaron jerarquía constitucional a la Convención Americana-

⁴⁰ En el caso "La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) v. Chile" del 5/2/2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos obligó a Chile a adecuar sus normas constitucionales y legales a los estándares sobre libertad de expresión consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos a fin de eliminar la censura previa en la producción cinematográfica y en la publicidad.

na sobre la desaparición forzada de personas y a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Aquella reforma implicó una decisión política relevante. Más allá de la innegable realidad de nuestro tiempo y del advenimiento de los procesos de globalización y de integración, pocos Estados asumieron una postura tan decidida a favor del orden jurídico internacional⁴¹.

La modificación implicó un claro ensanchamiento del derecho constitucional de la libertad; pero también generó dificultades en su aplicación y nuevas problemáticas jurídicas que hoy esperan respuestas.

Corresponde recordar, liminarmente, que la jerarquización de los tratados internacionales dispuesta por el constituyente reformador en 1994 lo fue en las condiciones de su vigencia. Ello significa respetar: a) las condiciones de su incorporación al derecho interno y b) la interpretación de la jurisprudencia internacional.

Una arista relevante de esta novel problemática –al menos, en nuestro país– la constituye el valor que a la jurisprudencia internacional le han asignado los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

a) El criterio tradicional

Respecto de esta cuestión la Corte Suprema de Justicia de la Nación había mantenido tradicionalmente una posición de respeto a las normas internacionales en la medida en que ellas fueran compatibles con los principios de derecho público establecidos por la Constitución; ello por aplicación del art. 27 de la Ley Fundamental de la Nación. Esa posición sólo se vio alterada en el caso "SA Química Merk"⁴², de 1948, en el que la Corte, con la disidencia del ministro Casares, sostuvo que en épocas de guerra prevalecía el derecho internacional sobre el derecho interno.

b) El criterio amplio

Esa línea jurisprudencial se alteró sustancialmente con el caso "Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sovofich, Gerardo"⁴³ de 1992, en que el Máximo Tribunal de la República sienta el criterio que la violación

⁴¹ El tema en análisis no mereció ninguna enmienda a la Constitución de los Estados Unidos y entre los países del Mercosur sólo Paraguay, con su reforma constitucional de 1993, estableció un criterio semejante.

⁴² Fallos 211:161.

⁴³ Fallos 315:1492.

de un tratado internacional puede suceder tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, significarían el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse... [porque] cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que esa convención contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hechos que hagan posible su aplicación inmediata.

También establece que para interpretar el alcance de los derechos reconocidos en los tratados debe recurrirse, como guía de interpretación, a la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

* Vigente ya la reforma constitucional de 1994, la Corte en el caso "Giroldi"⁴⁴, de 1995, vuelve a afirmar que "la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención". Recordó, asimismo, que "la jerarquía constitucional de la Convención Americana ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente en las condiciones de su vigencia...; y que en las condiciones de su vigencia implica tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación".

Esa posición que vislumbraba una actitud de respeto y confianza en los órganos internacionales alcanza su máxima expresión en el caso "Bramajo"⁴⁵, de 1996, en el que la Corte incluyó a las opiniones de la Convención Americana de Derechos Humanos entre los documentos que debían servirle de guía de interpretación.

c) El criterio restrictivo

A partir de ese precedente jurisprudencial se inicia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación una nueva etapa signada por una actitud más restrictiva en la interpretación de los pronunciamientos de los órganos internacionales.

⁴⁴ Fallos 318:514.

⁴⁵ Fallos 319:1840.

En el caso "Acosta"⁴⁶, de 1998, el Cívero Tribunal, si bien citó su propio precedente en "Giroldi", sostuvo que la jurisprudencia internacional por más novedosa y pertinente que se reputa no podría constituir un motivo de revisión de resoluciones judiciales firmes.

Profundizando esta misma línea jurisprudencia la Corte afirmó en el caso "Felicetti"⁴⁷, de 2000, que si bien la jurisprudencia de los tribunales internacionales deben servir de guía de interpretación de los preceptos convencionales, ello no equivale a consagrar como deber de los jueces el dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse de decisiones vinculantes para el Poder Judicial ni constituir motivo de revisión de resoluciones judiciales firmes. Además, en este caso, la Corte se reserva para sí la interpretación de las cláusulas de las convenciones internacionales filtrando, de tal manera, la hermenéutica que realicen a su turno la Comisión o la Corte Interamericana de aquel tratado.

Con motivo de la condena de nuestro Estado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Cantos, José María" del 16/9/2003 y ante un expreso pedido de la Procuración del Tesoro de la Nación para que se instrumentara el cumplimiento de la sentencia internacional, la Corte Suprema de Justicia dictó la res. 1404/2003⁴⁸ desestimando –por mayoría– tal requerimiento, con fundamento en la eventual lesión al derecho de defensa que afectaría a terceros que no fueron oídos en la Corte internacional y que la decisión de este tribunal modificaba decisiones firmes de la Corte Suprema.

Además, en los casos "Monges"⁴⁹, de 1996, "Chocobar"⁵⁰, de 1996 y "Petric"⁵¹, de 1998, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que los convencionales constituyentes de 1994, al otorgarles jerarquía constitucional a los tratados incluidos en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional verificaron que el contenido de dichas convenciones internacionales no deroga cláusula alguna de la primera parte de la ley fundamental, por lo que a los jueces sólo cabe armonizarlos.

d) El criterio actual

Culminando esta breve reseña jurisprudencial cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia resolvió el 24 de agosto de 2004 el caso

⁴⁶ Fallos 321:3555.

⁴⁷ Fallos 324:4142.

⁴⁸ Fallos 326:2986.

⁴⁹ Fallos 319:3148.

⁵⁰ Fallos 319:3241.

⁵¹ Fallos 321:885.

“Arancibia Clavel, Enrique Lautaro”, en el que volvió a manifestar, por mayoría, una actitud amplia de acatamiento al derecho internacional en materia de derechos humanos al declarar de oficio extinguida la prescripción de la acción penal declarada por la Cámara Nacional de Casación Penal. El voto del juez Boggiano, que integró el criterio mayoritario, expresa que en materia de derechos humanos la reforma de 1994 ha seguido una orientación internacionalista a fin de alcanzar la mayor uniformidad posible en las decisiones evitando todo amorío con soluciones de *genius loci* particularistas⁵². Los votos en disidencia de los jueces Belluscio, Vázquez y Fayt guardan considerable distancia y hacen prevalecer los principios constitucionales de legalidad y no retroactividad de la ley penal.

En su disidencia expresa el juez Fayt que “resultaría de un contrasentido intolerable que un tratado de la categoría descripta desconociera principios infranqueables de nuestra ley fundamental, reformándola a extramuros de la técnica constitucional establecida en el artículo 30”⁵³.

⁵⁴ Esta postura fue reiterada por la Corte en el caso “Lariz Iriondo, Jesús María s/solicitud de extradición”⁵⁴ del 10/5/2005.

El mismo criterio aplicado, por mayoría, en el fallo “Arancibia Clavel”, aparece reflejado en los casos “Simón, Julio Héctor”⁵⁵ del 14/7/2005 y “Mazzeo, Julio Lilo”⁵⁶ del 13/7/2007.

XVI. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

a) Concepto

En los últimos años se ha venido difundiendo la expresión “derecho procesal constitucional” –originada en países de Europa central– para hacer referencia a una nueva disciplina jurídica que tiene por especial objeto de estudio los principios y las normas de los procesos constitucionales.

Así como en otras materias importantes del saber jurídico se diferencia, para su estudio, entre el derecho de fondo y el ritual o formal

⁵² Considerando 8º, *in fine*.

⁵³ Considerando 30, *in fine*.

⁵⁴ Fallos 328:1268.

⁵⁵ Fallos 328:2056. En el caso de declaró la validez de la ley 25.779 que declaró inválidas disposiciones de las leyes 23.492 y 25.521 denominadas de “punto final” y de “obediencia debida” respectivamente. Votó en disidencia el juez Carlos Fayt.

⁵⁶ Fallos 330:3248. El fallo declaró inconstitucional el dec. 1002/1989 que había dispuesto el indulto del recurrente. Votaron en disidencia los jueces Argibay y Fayt.

(derecho civil y derecho procesal civil; derecho penal y derecho procesal penal), también se daría la necesidad de distinguir entre el derecho constitucional y el derecho procesal constitucional.

b) Antecedentes

Esta corriente de pensamiento surgió con la creación de órganos jurisdiccionales especializados en materia constitucional; tanto es así, que buena parte de la literatura jurídica especializada le atribuye a Hans Kelsen ser el fundador de esta nueva disciplina. Dicho reconocimiento deriva del decisivo impulso que el jurista austríaco le dio a la creación de la Alta Corte Constitucional en la Constitución de Austria de 1920. Ése sería, entonces, el punto de partida del derecho procesal constitucional.

La multiplicación de tribunales constitucionales especializados en otros países de Europa (Francia, Italia, Alemania, España) obró como elemento de difusión y desarrollo de este nuevo enfoque.

La creación de un Tribunal Constitucional en España, como consecuencia de la Constitución de 1978, incentivó los estudios de esta disciplina en ese país. En 1980, un destacado catedrático de derecho administrativo, Jesús González Pérez, dio a conocer su obra titulada *Derecho procesal constitucional*⁵⁷, que pronto llegó a la Argentina y junto a otros desarrollos motivó el empeño de constitucionalistas y procesalistas argentinos, que comenzaron a realizar novedosos e importantes aportes a la nueva disciplina.

Destacamos muy especialmente, en este aspecto, la labor científica de Néstor P. Sagüés, quien en 1989 publicó una vasta obra compendiada en cuatro importantes volúmenes bajo el título *Derecho procesal constitucional*⁵⁸.

c) Enfoques orgánico y material

En la consideración del derecho procesal constitucional se pueden distinguir dos enfoques divergentes: el orgánico y el material.

El primero de ellos –es el que prevalece en Europa– vincula a la materia con el estudio de los procedimientos ante los órganos constitucionales especializados. La consecuencia es evidente: si éstos no existen, no se puede hablar propiamente de derecho procesal constitucional. En este caso, el ámbito de aplicación del derecho procesal

⁵⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Civitas, Madrid, 1980.

⁵⁸ SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal constitucional*, cit. Una síntesis del tema la formula el autor en “Derecho procesal constitucional y jurisdicción constitucional”, LL 1981-C-865.

constitucional es el relativo al estudio de las normas de procedimiento aplicables ante el Tribunal Constitucional. Desde esta perspectiva, estaría bien decir que Kelsen es su fundador.

En nuestro país, Sagüés ha insistido en que el contenido del derecho procesal constitucional no se vincula tanto con la existencia de órganos especializados como, principalmente, con la naturaleza de la materia. Si hay procesos que versen sobre materia constitucional, no es relevante que sean resueltos por órganos especializados o no. En este caso, en nuestro país podría tener desarrollo la disciplina, pues si bien no existen —en el ámbito federal— órganos jurisdiccionales especializados en la materia constitucional, sí hay procedimientos típicamente constitucionales (hábeas corpus, amparo, recurso extraordinario, acción de inconstitucionalidad, juicio político, facultades disciplinarias de las cámaras, etc.). Como se aprecia, no es relevante que la cuestión sea dilucidada en el ámbito judicial o en el de los poderes políticos.

Los partidarios de este enfoque no reconocen a Kelsen como fundador de la disciplina porque los procedimientos especializados en materia constitucional existieron mucho antes que la Constitución de Austria de 1920. Pensemos, por ejemplo, en el hábeas corpus que en Inglaterra fue reglamentado por el Acta de 1679.

d) La jurisdicción constitucional

La palabra “jurisdicción” es utilizada en el léxico jurídico con criterio multívoco. En la doctrina constitucional se la emplea para hacer referencia a la potestad legislativa que tienen los poderes federales o locales; así, se habla de los establecimientos de jurisdicción federal (art. 75, inc. 30). En este aspecto, Frías formuló una muy interesante aclaración al interpretar esa norma constitucional (antes de la reforma de 1994), sosteniendo que no hay que confundir “dominio” con “jurisdicción”. El primero es ejercido sobre las cosas; la jurisdicción, en cambio, es siempre una relación⁵⁹.

En otras ocasiones, creemos que se suele emplear el término “jurisdicción”, equívocamente, como sinónimo del vocablo “jurisdiccional”.

En el ámbito procesal, la “jurisdicción” implica la existencia de un órgano del Estado o al cual éste le otorga funciones equivalentes, con facultades atribuidas por el ordenamiento jurídico, capaz de resolver un conflicto, por medio de una decisión motivada.

Desde el punto de vista del enfoque orgánico, González Pérez sólo analiza, dentro del ámbito del derecho procesal constitucional, la com-

posición, competencia y funcionamiento del Tribunal Constitucional en su carácter de órgano específico de la “jurisdicción constitucional”.

Sagüés, exponiendo un criterio material más amplio, expresa que si hay procesos constitucionales (hábeas corpus, amparo, etc.), sería incongruente decir que no hay jurisdicción constitucional.

e) La magistratura constitucional

Se entiende la expresión “magistratura constitucional” como comprensiva de aquellos órganos que ejercen jurisdicción constitucional.

Desde la perspectiva orgánica se la identifica con los tribunales constitucionales.

Para el enfoque material, está integrada por todos los órganos que ejercen jurisdicción constitucional (p. ej., el Poder Judicial, al ejercer el control de constitucionalidad o el Congreso al sustanciar y promover el juicio político). Habría, en estos casos, una jurisdicción constitucional judicial y otra parlamentaria.

f) Apreciación crítica

No desechamos la idea de promover el establecimiento de una nueva disciplina con la denominación de derecho procesal constitucional aun cuando reconocemos que ella tiene su origen en un sistema jurídico político muy diferente del nuestro.

Si de lo que se trata es de poner énfasis en la necesidad del abordaje interdisciplinario que deben tener cuestiones muchas veces estudiadas desde perspectivas diferentes, el intento merece consideración y apoyo.

⁵⁹ FRÍAS, Pedro J., “La provincia argentina”, separata de la *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba*, nro. 28, 1976, ps. 89/90.

CAPÍTULO V
EL ESTADO ARGENTINO Y SUS ELEMENTOS

I. NOCIONES BÁSICAS

a) La nación

La nación es la comunidad humana que unida por lazos de raza, lengua, historia, costumbres, tradiciones, etc., les permite a sus integrantes participar en una comunión de origen y de destino que los distingue de los demás.

Supone, también, un territorio que constituye la base física o geográfica en donde se asienta la población. Este espacio territorial, generalmente, aparece más o menos definido, pero puede ser también indeterminado.

Algunos pueblos han podido mantener los rasgos de su nacionalidad aun careciendo de territorio propio. Es el caso del pueblo de Israel —antes de la constitución del Estado en 1948— o el de los gitanos, los cuales, dispersos en varios países del mundo, mantienen los caracteres propios de su comunidad.

En una conferencia pronunciada el 11 de marzo de 1882 en la Sorbona sobre el tema “¿Qué es una nación?”, Ernest Renan sostuvo que la nación es un alma y un principio espiritual que se expresan por medio de dos elementos vitales. Uno es la posesión en común de un rico legado de recuerdos, de tradiciones; otro, el consentimiento actual, el deseo de vivir en común, la voluntad de continuar, haciendo valer la herencia indivisa que se ha recibido. La nación es, en consecuencia, la culminación de un largo pasado de esfuerzos, sacrificios y devoción¹.

¹ Conf. RENAN, Ernest, *¿Qué es una nación?*, trad. de Tomás Ruíz Ibarlucea, Elevación, Buenos Aires, 1947, p. 47.

La nación presupone un pasado, pero se resume en el presente por un hecho tangible: el consentimiento, claramente expresado, de pertenencia a ella. La existencia de una nación es un plebiscito de todos los días, como la existencia del hombre es una afirmación perpetua de la vida. Ella no debe ser confundida con el Estado; es más: hay naciones que no se han organizado como Estados y hay Estados que en realidad comprenden a varias naciones.

La Constitución, en este aspecto, aparece siempre como un elemento constitutivo del Estado, pero no de la nación. Ésta, generalmente, existe con antelación.

b) El Estado: sus elementos

El Estado, como comunidad integral, es la expresión política y jurídica de la nación. En cuanto tal, tiene sus propios fines y una estructura orgánica apta para alcanzarlos. Su manifestación más relevante, tanto en el plano político como en el jurídico, es la Constitución.

El término "estado" deriva de la palabra latina *status* que designa la situación jurídica de una persona con relación a sus derechos y obligaciones. Si bien este vocablo era conocido desde tiempos muy remotos —lo empleó Ulpiano, entre otros—, adquirió gran difusión a partir de su utilización por Maquiavelo, en 1513, en su obra *El príncipe*. En la actualidad, su empleo es prácticamente universal aunque no se coincide en su significado.

El marxismo también lo ha adoptado aunque, lejos de aceptarlo como una forma de alcanzar el bien común, lo concibe como instrumento de dominación de una clase social sobre otra.

El Estado constituyó durante mucho tiempo el principal objeto de estudio de la ciencia política. Con posterioridad, ésta pondría su acento, principalmente, en la problemática más amplia del poder que incluye, desde luego, al Estado.

Los elementos básicos del Estado son la población, el territorio, el poder y el gobierno. En párrafos posteriores estudiaremos sucintamente cada uno de ellos; en particular, desde la perspectiva constitucional.

II. LOS FINES DEL ESTADO: EL PREÁMBULO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

La problemática relativa al estudio de los fines del Estado se halla estrechamente vinculada a las doctrinas acerca de la justificación del poder. Ello constituye un tema específico de estudio de la teoría política, motivo por el cual escapa a su desarrollo en esta obra.

Sin perjuicio de ello, creemos necesario expresar que no compartimos las teorías negadoras de los fines del Estado. Al contrario, pensamos que el Estado tiene, conforme a su propia naturaleza, un fin específico que es el bien común.

La teoría política también suele distinguir entre el fin objetivo del Estado, que le corresponde por su sola existencia —el bien común, en nuestra concepción— y los fines subjetivos, que constituyen variantes subordinadas al anterior, propias de cada Estado.

Aplicados estos conceptos a nuestra Constitución Nacional, comprobaremos sin dificultad que ella respeta plenamente el fin objetivo de todo Estado y, además, especifica y desarrolla fines subjetivos que contribuyen, en plena armonía con el bien común, a delinear sus contenidos, principios y valores.

Para su análisis se requiere una pormenorizada lectura de la Constitución, aunque su Preámbulo constituye una calificada y esmerada síntesis de los fines de nuestro Estado. Realizaremos, en consecuencia, un escueto estudio de aquél.

Con el término "preámbulo" se designa a la introducción o prólogo, con contenidos sustantivos, que precede al texto normativo de las constituciones.

Conforme a la técnica legislativa, los proyectos de ley deben ser acompañados de sus correspondientes fundamentos. Éstos, sin embargo, no forman luego parte de la ley, aunque son de indudable valor en su discusión parlamentaria y en su interpretación y aplicación posteriores. En los países anglosajones, en cambio, hay cierta costumbre de anteceder las leyes con un preámbulo explicativo.

En el orden constitucional, la Ley Fundamental de los Estados Unidos de 1787 adoptó este último criterio que fue seguido por la mayoría de las constituciones sancionadas en el mundo.

Desde luego, no es forzoso ni absolutamente necesario que toda Constitución contenga un prólogo o introducción aun cuando ello resulta más conveniente y, por tanto, aconsejable.

Nuestros constituyentes de 1853 conocieron los antecedentes que avalaban ambos criterios. Los dos modelos principales que tuvieron en consideración, con relación al derecho extranjero, habían resuelto de manera diferente la cuestión. En tanto que la Constitución de los Estados Unidos tenía un preámbulo explicativo, la Constitución de Suiza de 1848 carecía de él; prevaleció, en definitiva, el modelo norteamericano².

² Este criterio también fue seguido mayoritariamente en el derecho público provincial. Sólo por excepción algunas leyes fundamentales locales carecieron de preámbulo, como ocurrió con las constituciones de Entre Ríos de 1933, San Juan de 1927, La Rioja de 1933 y Río Ne-

Por ser el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional una magnífica síntesis de sus motivaciones y finalidades, corresponde hacer un escueto análisis de sus expresiones:

1. *Autoridad de la cual emana.* En primer término, el Preámbulo determina muy claramente que el titular del poder constituyente es el pueblo y que en virtud del sistema de democracia indirecta corresponde que sea ejercido por sus representantes.

También se pone en evidencia el sentido del federalismo histórico que impregna a nuestra Constitución cuando se expresa que la reunión en Congreso Constituyente es “por voluntad y elección de las provincias que la componen [a la Nación Argentina], en cumplimiento de pactos preexistentes”.

2. *Fines.* La segunda parte del Preámbulo enuncia los fines de nuestra organización constitucional y representa su contenido medular. Ellos son:

a) “constituir la unión nacional”: Se reconoce tácitamente la preexistencia de las provincias históricas; también, el estado de disgregación que imperaba con anterioridad a la sanción de la Constitución. La unidad federativa tiene, en consecuencia, como primera finalidad la tan ansiada y demorada unión nacional. Con este enunciado, los constituyentes de 1853 nos han legado un irrenunciable mandato histórico. Ningún interés puede ser antepuesto al logro y la consolidación de este objetivo.

b) “afianzar la justicia”: Para asegurar el resguardo de este valor sustancial tiene que haber un poder judicial independiente; pero no sólo ello. El mandato es más amplio, e implica reconocer que las decisiones que se adopten deben estar inspiradas en el logro de este valor. El nuestro es un Estado de derecho que debe estar inexorablemente enderezado a la justicia.

c) “consolidar la paz interior”: La paz interna implica la claudicación de la violencia y de las luchas civiles en la solución de los conflictos. Se convierte, así, en un valor permanente que permite asegurar otros, como la libertad y la justicia.

d) “proveer a la defensa común”: Implica comprometer nuestro esfuerzo para defender nuestras tradiciones, nuestro territorio y nuestras instituciones. Este compromiso incluye la defensa de la Constitución Nacional. No se debe olvidar —como decía Joaquín V. González— que “como se ama a la tierra nativa y el hogar de las virtudes

gro de 1957. Dichas constituciones han sufrido reformas, que invariablemente agregaron un preámbulo a los nuevos textos constitucionales. La Constitución de Misiones (1958) tiene sólo una muy breve introducción, a la cual el constituyente denominó “Preámbulo”.

tradicionales, debe amarse la Carta que nos engrandece y nos convierte en fortaleza inaccesible a la anarquía y al despotismo”³. Así, también debe defendérsela.

e) “promover el bienestar general”: Significa impulsar el bien común como finalidad esencial del Estado. Incluye el aspecto material y económico, pero no se limita exclusivamente a él. Esta finalidad le asegura a cada hombre el pleno desarrollo de su persona.

f) “asegurar los beneficios de la libertad”: El constituyente no recurrió a la declamación de la libertad como valor absoluto, sino que después de haber establecido como finalidad sustancial el bien común, se preocupó por asegurar sólo los beneficios de la libertad, pero no el mal uso de ella. La libertad, cuyo goce garantiza la Constitución, es aquella que se ejerce por medio de un orden justo, que debe facilitar su ejercicio para promover el desarrollo de la persona, imponiéndole sólo las limitaciones necesarias para obtener el bienestar general. Es la libertad orientada hacia la verdad y el bien la que ampara, en consecuencia, el Preámbulo constitucional.

3. *Alcance.* Los alcances del Preámbulo son amplios y generosos. Sus finalidades y propósitos son garantizados “para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”. Es visible, en este enunciado solemne, la influencia de las ideas de Alberdi.

4. *Invocación divina.* Expresa con convicción y con moderación, no exenta de firmeza, uno de los rasgos tradicionales de nuestra Nación al ubicar al Estado y a sus instituciones al amparo de Dios, “fuente de toda razón y justicia”, sin que ello importe negar la libertad de cultos que la propia Constitución asegura.

5. *Fórmula de sanción.* En la cláusula final, al disponer el constituyente que “ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Nación Argentina”, revela el carácter soberano del Congreso Constituyente y el cumplimiento pleno y cabal de las atribuciones con que estaba investido.

Mucho se ha dicho acerca del parecido del Preámbulo de nuestra Constitución con su similar de la Constitución de los Estados Unidos. En ocasiones se ha tildado a aquél de una virtual copia del texto norteamericano. Un estudio comparativo de ambos revela indudables similitudes, pero también diferencias. Nos referiremos, en especial, a estas últimas.

³ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina (1853-1860)*, 24ª ed., Estrada, Buenos Aires, 1951, p. 29.

Respecto de la autoridad de la cual emana, la Constitución de los Estados Unidos sólo expresa: "Nosotros, el pueblo [...]". Ello revela la distinta génesis de nuestra Constitución Nacional. Los constituyentes que concurrieron a Santa Fe en 1852-1853, lo hicieron con el mandato expreso de hacer una Constitución; así lo había establecido el Acuerdo de San Nicolás. Los congresales norteamericanos, en cambio, carecían de ese mandato. Por eso fue necesario que antes de su entrada en vigencia se exigiera la ratificación por convenciones de, al menos, nueve Estados.

El Preámbulo norteamericano se refiere a "establecer la justicia". Nuestros constituyentes seguramente hallaron sobradas razones para pensar que este enunciado era demasiado categórico y se apartaron parcialmente de él. Su adopción lisa y llana habría llevado a suponer que la justicia recién se establecería en el país con la sanción de la Constitución Nacional. Respetando los contenidos valiosos y rescatables de la tradición nacional, consideraron necesario proponer, más recatadamente, el afianzamiento de la justicia.

Los alcances de los beneficios de la libertad, que garantiza la Constitución, también son diferentes. La Constitución de los Estados Unidos sólo los asegura para "nosotros y nuestra posteridad". Las influencias de un sentimiento autóctono y de una ideología propia, nacida de una imperiosa necesidad, impulsaron a nuestros constituyentes a ser mucho más generosos.

Por otra parte, la Constitución sancionada en Filadelfia en 1787 no contiene invocación divina alguna. Ésta es el resultado de la adopción de un criterio diferente en las relaciones entre la Iglesia y el Estado pero también de antecedentes históricos y de un sentimiento nacional propio y distintivo.

La similitud entre ambos textos introductorios es igualmente manifiesta en los aspectos en que no hemos apuntado diferencias. Pero ello —entendemos— no nos autoriza a afirmar que se trata de una simple copia. No caben dudas de que nuestros constituyentes, al redactar el Preámbulo de nuestra Ley Fundamental, tuvieron como modelo preferido el Preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos. Mas ello no los hizo, sin embargo, apartarse de la realidad social que tenían delante de sí. Por eso, siguiendo a José Manuel Estrada, consideramos que el traje de la Constitución fue hecho a la medida del cuerpo social al cual debía vestir.

Durante algún tiempo se sostuvo que el Preámbulo no formaba parte de nuestra Constitución; era sólo un exordio casi simbólico. En la actualidad, con buen criterio, se ha revalorizado su importancia. No caben ya dudas acerca de su inserción dentro de ella.

Su trascendencia política es relevante. En el Preámbulo se manifiestan con particular nitidez los fines, principios y valores sobre los cuales se ha constituido el Estado.

Jurídicamente no se puede sostener que el Preámbulo tenga el mismo valor que las cláusulas constitucionales. En tal sentido, no puede invocárselo por sí solo para sustentar una pretensión ni para ampliar poderes. Siempre será un valioso instrumento de interpretación de las normas constitucionales. La Corte Suprema de Justicia ha expresado que "el valor del Preámbulo como elemento de interpretación no debe ser exagerado. Sería ineficaz para dar un sentido distinto al que fluye de su lenguaje. Sirve como medio de interpretación cuando el pensamiento de los redactores no aparece nítido y definitivo" (caso "Trasporte Chaco" de 1932⁴).

Dentro de las disposiciones constitucionales, bien puede ubicárselo analógicamente entre las cláusulas programáticas. Sus expresiones adquieren plena normatividad si aparecen reglamentadas en el texto normativo de la Constitución o en las leyes dictadas en su consecuencia. En los últimos años, sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido un carácter más operativo a la frase "afianzar la justicia". Una de sus manifestaciones ha sido el caso "Neuquén, Provincia del v. Sport 2000 SA" de 1977⁵.

El mismo Tribunal Supremo de la República ha expresado que "el principio preambular de 'afianzar la justicia' constituye un propósito liminar y de por sí operativo, que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad"; y, asimismo, que "el Preámbulo de la Constitución Nacional no es una mera manifestación declarativa, sino que cumple una función orientadora de la interpretación de todas las normas del texto máximo" (caso "Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad" del 14/6/2005⁶).

III. EL ESTADO ARGENTINO: SUS NOMBRES

La denominación de un Estado no es una cuestión carente de importancia. Generalmente refleja principios y valores que están consustanciados con su propio origen y desenvolvimiento. Así, la Constitución de Italia de 1947, sancionada luego de la caída del régimen fascista de Mussolini, adoptó, para dicho Estado, el nombre de "Re-

⁴ Fallos 164:344.

⁵ Fallos 298:776.

⁶ Fallos 328:2056.

pública de Italia". Ello fue coherente, además, con la cláusula de intangibilidad que establece que "la forma republicana no podrá ser objeto de revisión constitucional" (art. 139).

Otros países, como los Estados Unidos, Suiza y Méjico, han privilegiado en su denominación su forma de Estado federal.

El nombre "Argentina", según se conoce, fue mencionado por primera vez por el poeta español Martín del Barco Centenera, quien había embarcado para las Indias en 1572 y lo utilizó en una obra de su autoría publicada en 1602.

Los constituyentes originarios de 1853 prefirieron la denominación "Confederación Argentina" que fue la que aplicaron para nombrar a nuestra Constitución y a los órganos del poder (v. gr.: presidente de la Confederación Argentina). Este nombre había sido utilizado con cierta frecuencia después de 1835, especialmente por Rosas; fue empleado por Alberdi en las *Bases...* y en el Acuerdo de San Nicolás.

Antes de la sanción de la Constitución de la Confederación Argentina habían sido empleadas otras denominaciones, algunas de las cuales tenían evidente arraigo.

El Congreso de Tucumán, en el acta de la Declaración de la Independencia, se refirió a las "Provincias Unidas en Sud América". Esta denominación, abreviada ("Provincias Unidas del Sud"), es la que aparece en nuestro Himno Nacional y fue utilizada también por la Constitución de 1819. El Reglamento Provisorio de 1817 empleó la expresión "Provincias Unidas de Sud América".

La Constitución de 1826 no adoptó una denominación oficial para nuestro Estado, pero utilizó, alternativamente, los nombres "Nación Argentina" y "República Argentina" —este último, con especial referencia al presidente—. El debate que se planteó en el momento de ser discutida esta Constitución permite apreciar, sin embargo, que por aquel entonces era usual el empleo de la expresión "Provincias Unidas del Río de la Plata".

En la Convención Constituyente de 1860 el tema del nombre del Estado fue motivo de particular tratamiento a pedido de la provincia de Buenos Aires. Sus representantes consideraron que la denominación empleada en 1853 ("Confederación Argentina") no era la más conveniente y propusieron cambiarla por "Provincias Unidas del Río de la Plata".

Finalmente, se llegó a una fórmula transaccional en virtud de la cual se resolvió incorporar el art. 35 a la Constitución Nacional, estableciendo:

Las denominaciones adoptadas sucesivamente desde 1810 hasta el presente, a saber: Provincias Unidas del Río de la Plata, República

Argentina, Confederación Argentina, serán en adelante nombres oficiales indistintamente para la designación del gobierno y territorio de las provincias, empleándose las palabras Nación Argentina en la formación y sanción de las leyes.

A partir de 1860, la mayoría de las sucesivas ediciones oficiales del texto constitucional reemplazaron el término "Confederación" por "Nación", incluso en el título de la Constitución Nacional. Esta modificación no fue ordenada expresamente por la Convención de 1860, pero se entiende que reflejó el pensamiento de los convencionales. En sentido coincidente se pronunciaría luego la Convención Constituyente de 1949.

IV. EL TERRITORIO

a) Concepto e importancia

El territorio es la base física o geográfica sobre la cual se asienta el Estado. Constituye uno de sus elementos indispensables, ya que no se podría concebir la existencia de un Estado sin territorio. Es el escenario sobre el cual aquél desarrolla su actividad jurídico-política.

En la ciencia política, el territorio no es entendido como sinónimo de suelo o de ámbito meramente geográfico; se lo vincula con el ejercicio del poder. Por ello, debe ser interpretado, más bien, como una relación jurídica.

Para Kelsen, el territorio es el espacio al cual se circunscribe la validez del orden jurídico estatal⁷. Desde otra perspectiva, Duguit lo concibe como el límite material de la acción efectiva de los gobernantes⁸.

De esta concepción básica Borja desprende tres consecuencias:

1) "Territorio" es un concepto eminentemente jurídico en cuya integración el suelo o la base geográfica representa sólo uno de sus elementos.

2) "Territorio" y "Estado" son conceptos que se implican mutuamente, de modo que no hay territorio sin Estado, ni Estado sin territorio.

3) Siendo el territorio un concepto esencialmente jurídico, lo es también el de frontera, que designa el límite entre el dominio territorial de dos Estados y circunscribe el ámbito de validez de sus respectivos ordenamientos jurídicos⁹.

⁷ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 1969, ps. 246/7.

⁸ DUGUIT, Léon, *Manual de derecho constitucional*, Francisco Beltrán, Madrid, s./d., p. 70.

⁹ Conf. BORJA, Rodrigo, *Derecho político y constitucional*, 2ª ed., FCE, Méjico, 1991, p. 31.

El espacio, que integra la noción de territorio, es concebido geográficamente con forma cónica. Su vértice está orientado hacia el centro de la tierra y la base, a notable altura, se pierde en la atmósfera, ya que las zonas de la estratosfera parecen inapropiables para el Estado.

El ámbito jurisdiccional del Estado comprende, por tanto, tres dimensiones: 1) la superficie, incluyendo el suelo propiamente dicho y la superficie marítima, fluvial y lacustre; 2) el subsuelo, y 3) el espacio aéreo.

En ocasiones se recurre también a la idea de extraterritorialidad, como situación de excepción, con referencia a la aplicación del derecho de un Estado: barcos de guerra, sedes diplomáticas, etcétera.

El territorio también ha sido estudiado en relación con el influjo que ejerce sobre las personas y la sociedad y, por ende, sobre los Estados. Prestigiosos pensadores, de diversas épocas, advirtieron esta relación; entre ellos, Platón, Aristóteles, Bodin, Maquiavelo, Montesquieu, Rousseau, Hume, Hegel, Ratzel, Toynbee y Burdeau. En particular, Montesquieu dedicó cuatro capítulos de su obra *El espíritu de las leyes* (libros XIV a XVII) a este tema, llegando a componer una virtual "teoría del clima" en el estudio de los fenómenos políticos¹⁰. En nuestro país esta problemática ejerció gran influencia en Alberdi.

La relación entre la geografía y la política es lo que ha dado nacimiento a la geopolítica como nueva ciencia que estudia la vinculación entre esos dos importantes ámbitos.

En lo que respecta a la intensidad de ese influjo, son muy diversas las teorías elaboradas, que van desde el determinismo geográfico hasta la relatividad. Las primeras sostienen que el marco geográfico ejerce una influencia decisiva en la vida de los Estados. Las segundas no niegan esta gravitación, pero consideran que ella no es absoluta y puede ser modificada por otros factores.

b) Fijación de límites

La determinación de los límites territoriales de un Estado no es una cuestión que pueda ser resuelta en forma unilateral y con prescindencia de los países limítrofes.

Por ello, a nuestro entender, con buen criterio y precisión terminológica, el art. 75 de la Constitución argentina, en su inc. 15, establece que le corresponde al Congreso nacional "arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación". La palabra "arreglar" implica concertar o convenir bilateral o multilateralmente.

¹⁰ MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, versión castellana de Nicolás Estévez, Garnier, París, 1926, libros XIV/XVII, ps. 328/401.

La misma norma constitucional prefiere, en cambio, utilizar el término "fijar" en relación con los límites de las provincias. En este caso, la competencia del Congreso no está sujeta a condicionamientos.

La fijación de los límites de nuestro Estado es, por consiguiente, un acto complejo que requiere la voluntad de dos o más Estados.

La doctrina ha entendido que las dos vías posibles para "arreglar" los límites de nuestro Estado serían la celebración de un tratado internacional y el arbitraje.

c) El mar territorial

La superficie marítima adyacente a algunos Estados como el nuestro, integra, según lo expresamos, el espacio físico o geográfico. Determinar el límite hasta donde se extiende la jurisdicción del Estado es una tarea compleja que no puede quedar librada a la voluntad de cada país.

Según las épocas, esa extensión ha tenido límites muy diversos: hasta el alcance de la vista, hasta el alcance máximo de la artillería. Jean Bodin, en Francia, en el siglo XVI, le adjudicaba a ese país un mar de noventa millas desde sus costas; Galiani¹¹, en Italia, propugnaba tres millas (una milla equivale a una tercera parte de la legua, o sea, 1852 metros), criterio que fue adoptado, entre otros, por el Almirantazgo inglés, por Italia y por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

En nuestro país diversas normas tuvieron la pretensión de fijarlo con independencia de los criterios imperantes en la comunidad internacional.

Así, la ley *de facto* 17.094, sancionada y promulgada el 10 de enero de 1967, estableció en su art. 1° que "la soberanía de la Nación Argentina se extiende al mar adyacente hasta una distancia de 200 millas marinas, medidas desde la línea de las más bajas mareas". Por el art. 2° de la misma ley, la soberanía comprende también "al lecho del mar y al subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a su territorio hasta una profundidad de 200 metros o más allá de este límite, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos naturales de dichas zonas".

La referida norma incurre en una contradicción manifiesta cuando en su art. 3° declara:

La libertad de navegación y aeronavegación no queda afectada por las disposiciones de la presente ley.

¹¹ Citado por PODESTÁ COSTA, Luis A. - RUDA, José M., *Derecho internacional público*, t. I, 5ª ed., Tea, Buenos Aires, 1988, p. 260.

La ley 17.094 sólo estuvo precedida de una muy breve fundamentación que no permite inferir el propósito que inspiraba a la declaración unilateral de nuestro país. Todo parecería indicar, empero, que se habría tratado de reivindicar un criterio que era compartido por otros países latinoamericanos.

El 25 de octubre de 1967, el mismo gobierno *de facto* dictó la ley 17.500, llamada "Ley de Pesca". Si bien el texto de la norma se compone de dieciséis artículos, nos interesa particularmente señalar que su art. 1° disponía lo siguiente:

Los recursos del mar territorial argentino son propiedad del Estado nacional, que concederá su explotación conforme a las disposiciones de la presente ley y su reglamentación.

El principio establecido por la ley 17.500 lo consideramos inconstitucional. Las provincias no han delegado en el poder central facultad alguna en esta temática, salvo en materia de relaciones exteriores. Ello no justifica, a nuestro entender, la apropiación de los recursos del mar territorial. Algunas provincias han reivindicado sus pretensiones. Prestigiosos autores, como Germán Bidart Campos¹², se han pronunciado en el mismo sentido. No se debe excluir, en este tema, la consideración de la vía de la concertación, tan reclamada por el distinguido maestro Pedro J. Frías¹³.

Cabe acotar que con posterioridad la ley 18.502, del 24 de diciembre de 1969, durante el mismo gobierno *de facto* modificó este criterio estableciendo:

Las provincias ejercerán jurisdicción sobre el mar territorial adyacente a sus costas hasta una distancia de tres millas marinas [art. 1°].

El reparto nos parece muy poco equitativo: tres millas para las provincias y ciento noventa y siete para el gobierno federal.

Estando en vigencia estas normas, la Argentina participó en la III Conferencia del Derecho del Mar, convocada por las Naciones Unidas, que inició sus deliberaciones en Caracas (Venezuela) en 1974 y también funcionó alternativamente en Nueva York (Estados Unidos), Ginebra (Suiza) y Montego Bay (Jamaica), lugar donde se suscribió, en 1982, el texto de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. El documento consta de trescientos veinte artículos y nueve anexos. Se reconoce como mar territorial un espacio de 12 millas marinas a partir de la línea de base, donde el Estado ribereño

¹² BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1986, ps. 124/5.

¹³ FRÍAS, Pedro J., *El comportamiento federal en la Argentina*, Eudeba, Buenos Aires, 1970, ps. 61/3.

ejerce soberanía plena. Las 12 millas marinas siguientes conforman el mar adyacente, donde se le reconoce al Estado el ejercicio del poder de policía. También se determina la fijación de una zona económica exclusiva de 200 millas marinas a partir de la línea de base.

La III Conferencia de las Naciones Unidas del Derecho del Mar (1974-1982) reunió a ciento cincuenta y un Estados, de los cuales sólo cuatro votaron en contra (Estados Unidos, Israel, Turquía y Venezuela). Otros diecisiete Estados se abstuvieron de votar. La Argentina votó favorablemente el texto de la Convención, pero no lo suscribió porque en el acta final fue incluida una declaración que contrariaba la justa aspiración de nuestro país por obtener el reintegro de las islas Malvinas.

Finalmente, el 14 de agosto de 1991 el Congreso de la Nación dio sanción legislativa a la ley 23.968 por medio de la cual adaptó nuestra normativa a las disposiciones de la Convención citada. Asimismo, estableció la forma de determinación de la línea de base¹⁴.

V. EL PUEBLO: CONCEPTO

El concepto de "pueblo" se presenta en la ciencia política con una pluralidad de significaciones, con indeterminación y amplitud manifiestas.

En su acepción más general se lo entiende como un virtual sinónimo de "población", considerada ésta como el conjunto de habitantes de un Estado. Prevalecería, en este caso, una noción étnica, demográfica y estadística. Se trataría, en definitiva, de una sumatoria de individuos cuyo único elemento común relevante lo constituye su presencia física en el Estado.

En una concepción más restringida, se entiende que el pueblo es el conjunto de habitantes de un Estado que tienen derechos políticos. El pueblo, en consecuencia, está constituido por los ciudadanos. Desde esta perspectiva, la noción de "población" es más amplia y difiere, por tanto, de la de "pueblo".

Pensamos que si bien esta última definición se acerca más al verdadero concepto, es aún incompleta.

El pueblo no es una mera agregación o sumatoria de individuos, sino un conjunto humano estrechamente vinculado por lazos espirituales, que se manifiesta por medio de una conciencia social. Bien lo

¹⁴ La ley 23.968 fue parcialmente modificada por el decreto de necesidad y urgencia 2623/1991, que alteró normas del Código Aduanero que habían sido reformadas por la mencionada ley. Se puede consultar, al respecto, BLAS SIMONE, Osvaldo, "Los espacios marítimos argentinos: la ley 23.968 y el decreto 2623/91", LL 1992-D-745.

expresa Messineo cuando afirma que "el pueblo no es aquella masa amorfa e inconciente que se mueve como una avalancha o un rebaño de ovejas, sino aquella suma orgánica de seres inteligentes, destinados a actuar con plena conciencia de sus acciones y de sus fines, a los cuales deben ser dirigidas"¹⁵.

Desde el punto de vista axiológico tampoco se coincide. En tanto que algunos consideran al pueblo peyorativamente, al asimilarlo a una masa inorgánica, incapaz de resolver su propio destino, otros lo consideran el elemento vital del Estado.

Cabe preguntarnos, en ese sentido, cuál es la significación que el pueblo tiene para nuestra Constitución Nacional. No caben dudas al respecto: nuestros constituyentes tenían una alta valoración de él como se advierte en el texto de la Ley Fundamental.

En el Preámbulo se menciona al pueblo como mandante en el ejercicio del poder constituyente y en el art. 33 se hace referencia, entre los principios superiores de la organización republicana, a la soberanía del pueblo. Coincidimos plenamente con esta valoración.

Más difícil resulta discernir el alcance de la expresión. El art. 45 de la Constitución, al establecer que "la Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado", parece inclinarse por una significación restringida, según la cual el pueblo es el conjunto de habitantes que tienen el ejercicio de los derechos políticos.

Creemos, empero, que esta acepción es incompleta. Nunca el pueblo es una mera yuxtaposición de individuos. El pueblo es una formación natural y cultural que cohesiona en su conjunto la expresión de la Nación; a ella la forma, desde luego, el aporte de cada persona, no con un sentido aritmético, sino integrador.

VI. LA NACIONALIDAD Y LA CIUDADANÍA

a) Conceptos y diferencias

La nacionalidad alude a la pertenencia de la persona a la nación. Se trata, por tanto, de un vínculo sociológico; nacional es el natural de una nación, en contraposición al extranjero.

La ciudadanía, en cambio, se refiere a la pertenencia de la persona a determinada comunidad política o Estado. En la práctica, se la vincula con el ejercicio de los derechos políticos.

¹⁵ Citado por LINARES QUINTANA, Segundo V., *Teoría e historia constitucional*, t. I, Alfa, Buenos Aires, 1958, p. 94.

El ciudadano es el natural o vecino de una ciudad o bien, el habitante de las ciudades antiguas o de Estados modernos, como sujeto de derechos políticos y que interviene, ejerciéndolos, en el gobierno del país.

Si bien la diferenciación entre ambos conceptos nos parece clara, nuestra Constitución Nacional ha adoptado, como veremos, un uso ambiguo de ellos, lo cual impide distinguir el concepto de cada uno y sus diferencias respecto del otro.

b) Normas constitucionales

La Constitución Nacional se refiere a la nacionalidad y la ciudadanía en los arts. 8°, 20, 21 y 75, inc. 12.

En el art. 8° se expresa:

Los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás.

La norma tiene su fuente en la Constitución de los Estados Unidos, que en su art. IV, sección II, estipula:

Los ciudadanos de cada Estado tendrán derecho a todos los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los diferentes Estados.

El lenguaje del constituyente de 1853, como se podrá observar, fue poco claro. En nuestro régimen institucional no existe la ciudadanía provincial, sino únicamente la federal o nacional. La finalidad de la norma, no obstante, es clara, en el sentido de evitar toda discriminación de los habitantes de una provincia con respecto a los de otra. Ello —cabe reconocer— no siempre se logra en la práctica, teniendo en consideración que las constituciones locales pueden ampliar el reconocimiento de derechos y garantías que establece la Constitución Nacional.

Además, si bien hay una sola ley común (civil, comercial, penal, etc.) para todo el territorio del país, su aplicación e interpretación queda librada a las autoridades provinciales, lo cual produce, a veces, diferencias importantes. Ante ello, buena parte de la doctrina ha manifestado la necesidad de establecer, en nuestro país, la casación, como medio de evitar la desigualdad y de uniformar la jurisprudencia.

El art. 20 de la Constitución Nacional refleja el mismo criterio al estatuir:

Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano.

En realidad, si adjudicáramos a cada concepto su significación precisa, deberíamos afirmar que los extranjeros gozan de los mismos

derechos civiles que los nacionales. Por lo demás, la propia Constitución, al hacer referencia a los derechos personales, aclara que ellos son reconocidos a todos los habitantes (art. 14).

Esto demuestra que el constituyente confundió los términos “nacionalidad” y “ciudadanía” al emplearlos como sinónimos. El art. 20 también enumera algunos de los derechos que se les reconoce a los extranjeros, preceptuando que “no están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República”. También en este texto se advierte que el constituyente habla de “ciudadanía” cuando, en sentido estricto y preciso, debería referirse a “nacionalidad”.

La nacionalización que menciona este artículo es el proceso mediante el cual nuestro Estado le otorga la nacionalidad argentina a un extranjero. En este caso el término es preciso, aun cuando en la legislación y en el lenguaje usual se utilice el vocablo “naturalización”, que consideramos —como dice Ramella— menos exacto¹⁶.

El art. 21 establece una obligación constitucional que pesa sobre todo argentino: armarse en defensa de la patria y de la Constitución. La norma también determina, en este aspecto, un trato preferente para el extranjero al disponer:

Los ciudadanos por naturalización son libres de prestar o no este servicio por el término de diez años contados desde el día en que obtengan su carta de ciudadanía.

En realidad —como ya lo hemos señalado— la nacionalización o naturalización son formas de adquirir la nacionalidad, pero no la ciudadanía. El constituyente volvió a recurrir al criterio de la sinonimia de ambos términos.

El art. 75, inc. 12, incluye entre las atribuciones del Congreso de la Nación la de dictar “leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina”. Como consecuencia de esta disposición, todo lo atinente a la legislación en materia de nacionalidad y ciudadanía es de orden estrictamente federal ante la delegación expresa que las provincias han efectuado por medio de la propia Constitución.

Cabe consignar que la mención del principio de la nacionalidad natural (“ciudadanía natural”, antes de la reforma de 1994) tiene

¹⁶ Conf. RAMELLA, Pablo A., *Nacionalidad y ciudadanía*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 50.

como antecedente un importante agregado que la Convención Constituyente de 1860 efectuó a requerimiento de la provincia de Buenos Aires. Si bien el enunciado constitucional padecía de una evidente ambigüedad, resultaba claro el sentido a que apuntaba la enmienda. Tratándose de un país de inmigración, era necesario afirmar que el criterio para determinar la nacionalidad debía tomar en consideración el lugar de nacimiento de la persona y no la nacionalidad de los antepasados. El principio adoptado por la Constitución es conocido como *jus soli* o derecho del suelo y se contrapone al *jus sanguinis* o derecho de la sangre.

Este breve análisis de las normas constitucionales permite inferir una consecuencia importante: nuestra Constitución Nacional no distingue adecuadamente los términos “nacionalidad” y “ciudadanía”. No obstan a esta conclusión las modificaciones introducidas en el inc. 12 del art. 75 de la Constitución por la reforma de 1994, la cual, si bien aclaró el sentido de esa cláusula, dejó subsistente la ambigüedad en las restantes.

Ello no impide, según entendemos, que el legislador formule tal diferenciación entre nacionalidad y ciudadanía en la medida en que respete los principios constitucionales en la materia.

c) Legislación

En 1869, durante la presidencia de Sarmiento, se dictó la ley 346, denominada “de ciudadanía”. Por aquel entonces, nuestro país tenía una población aproximada de 1.760.000 habitantes.

La norma estableció, en capítulos sucesivos, quiénes son argentinos y quiénes ciudadanos por naturalización; los procedimientos y requisitos para adquirir la carta de ciudadanía, y los derechos políticos de los argentinos.

La ley siguió el criterio de la Constitución y no diferenció los conceptos de nacionalidad y ciudadanía.

En la atribución de la nacionalidad argentina prevalece el criterio constitucional del *jus soli*, aunque la ley hace una importante concesión al principio del *jus sanguinis* al disponer que son también argentinos los hijos de nativos que habiendo nacido en país extranjero, opten por la ciudadanía de origen (art. 1º, inc. 2º)¹⁷.

¹⁷ Tiene expresado al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación que a los efectos del art. 1º, inc. 2º, de la ley 346, basta que uno de los padres sea argentino nativo, con independencia de la nacionalidad del otro cónyuge... El hijo de un matrimonio formado por un extranjero y una argentina nativa, nacido en país extranjero, tiene derecho a optar por la ciudadanía argentina conforme a lo dispuesto en el art. 1º, inc. 2º, de la ley 346 (caso “Astori y Rossetto, Humberto”, 1944, Fallos 199:165).

Esta previsión normativa despertó dudas en la doctrina constitucional. Mitre, cuando se discutía la ley, se opuso a tal excepción. La Corte Suprema, al resolver, en el año 1935, el caso "Max Villalonga Nazar"¹⁸, se pronunció por la constitucionalidad de la disposición, sobre la base de lo establecido en el art. 76 (actual art. 89) de la Constitución Nacional y haciendo referencia al hecho de que constituyentes que integraron la Convención de 1860 también habían intervenido en la sanción de la ley 346. En nuestra doctrina constitucional, González Calderón y Bidart Campos¹⁹, entre otros, han planteado severas objeciones a la constitucionalidad de esa estipulación legal.

Estas prevenciones carecen de sustento tras la reforma constitucional de 1994 que incorporó, como mención expresa, la nacionalidad "por opción en beneficio de la argentina" en el texto del inc. 12 del art. 75.

El reconocimiento de la nacionalidad por opción se hace en beneficio de la argentina. Ello implica entonces, que no podrá invocarla un argentino nativo cuyos padres sean extranjeros para sostener que es de otra nacionalidad y así poder eximirse de sus obligaciones como nacional.

La ley 346 mantuvo su vigencia, con ligeras modificaciones, hasta 1978. Ese año se dictó la ley *de facto* 21.795 que estableció un nuevo régimen jurídico de la nacionalidad y ciudadanía derogando el anterior.

El nuevo ordenamiento legal diferenciaba los conceptos de nacionalidad y ciudadanía otorgándoles tratamiento específico. Distinguía a los argentinos nativos, entre quienes incluía a los argentinos por opción, de los argentinos naturalizados. Establecía, asimismo, un novedoso sistema de pérdida y cancelación de la nacionalidad argentina. El primer concepto estaba referido a los argentinos nativos que obtenían la nacionalidad por imperio de la propia ley. La cancelación, en cambio, se refería a los argentinos naturalizados, a los cuales se les podía retirar la nacionalidad argentina que les había sido otorgada a su propio pedido.

La ley presentaba, en este aspecto, incongruencias muy notorias. Así, por ejemplo, disponía que se cancelaría la nacionalidad cuando el argentino naturalizado integrara o hubiese integrado, "en el país o en el extranjero, grupos o entidades que por su doctrina o acción aboguen, hagan pública exteriorización o lleven a la práctica, el empleo ilegal de la fuerza o la negación de los principios, derechos y

¹⁸ Fallos 172:220.

¹⁹ GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1943, ps. 314/5; BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. I, p. 130.

garantías establecidos por la Constitución nacional" (art. 8°, inc. h) y art. 5°, inc. j)).

Era evidente que un gobierno *de facto*, que estaba violando la Constitución Nacional, carecía de autoridad para exigir este comportamiento a los demás.

También disponía la ley 21.795 que los argentinos nativos podían perder su nacionalidad si se naturalizaban en un país extranjero (salvo disposiciones en contrario establecidas en acuerdos internacionales) y en los casos de traición a la patria (art. 7°).

La ley preveía que pasados cinco años desde que se hubiese producido la pérdida o cancelación de la nacionalidad, ésta podía readquirirse a pedido del interesado y por una sola vez. La decisión le correspondía al Poder Ejecutivo.

Del mismo modo, en un título diferente se legislaba acerca de la ciudadanía argentina, regulando su modo de adquisición y los casos de pérdida, cancelación y readquisición de ella.

El 22 de marzo de 1984, el Congreso de la Nación sancionó la ley 23.059 que tuvo origen en un proyecto elevado por el presidente Raúl Alfonsín²⁰.

El nuevo ordenamiento legal derogó la anterior ley 21.795 y restituyó la plena vigencia de la ley 346 y sus modificatorias. Al producir este acto legislativo, el Congreso de la Nación consideró que la ley *de facto* agravaba derechos humanos básicos y en cuanto a la restitución de la ley 346, se justificaba porque no había tiempo suficiente para establecer un nuevo régimen legal.

En ese mismo año, nuestro país ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que estableció explícitamente el derecho a la nacionalidad (art. 20).

Entendemos que la derogación de la ley *de facto* 21.795 y la restitución de la vigencia de la ley 346 tuvieron justificación en los irredimibles excesos en que había incurrido aquella así como en la necesidad de reivindicar derechos humanos esenciales, que constituyen el núcleo visceral de nuestra Constitución.

No se justifica, empero, que el Congreso de la Nación no se haya abocado, pasados ya varios años de aquella sanción, al estudio y la consideración de un nuevo régimen jurídico integral de la nacionalidad y la ciudadanía. Sólo se ha limitado a efectuar modificaciones parciales en la ley 346, por medio de la ley 24.533, de 1995²¹.

²⁰ Para una consideración más amplia sobre la ley 23.059, se puede consultar RAMELLA, Pablo A., "Nueva ley de nacionalidad", LL 1984-D-1250.

²¹ Conf. ZIULU, Adolfo G. - RAMÍREZ, Luis, "La ley de nacionalidad y ciudadanía: una deuda pendiente del Congreso de la Nación", ED del 26/6/1996.

En resumen, existen tres posibles formas de adquisición de la nacionalidad: a) nacionales de origen: las personas nacidas en el país, independientemente de la nacionalidad de sus padres (*ius soli*); b) nacionales por opción: los hijos de padre o madre argentino, nacidos en el exterior (*ius sanguinis*); c) nacionales por "naturalización": los extranjeros que soliciten la nacionalidad transcurridos dos años de residencia en el país conforme lo autoriza el art. 20 de Constitución Nacional.

Al respecto, cabe mencionar que el otorgamiento de la carta de ciudadanía a los extranjeros no constituye un procedimiento judicial sino un acto de gobierno atribuido al Poder Judicial por las garantías que ofrecen las personas que lo integran. Es un trámite que se realiza ante los tribunales federales, sin necesidad de la intervención de un letrado.

La ley 24.533 sustituye los arts. 10 y 11 de la ley 346 de ciudadanía, cuya vigencia fuera restituida por la ley 23.059, alterando el régimen de gratuidad vigente, puesto que impone como requisito a quien solicita la carta de ciudadanía el pago de la publicación de los edictos en un diario de la jurisdicción y otro de circulación nacional, conteniendo los datos del aspirante. La publicidad previa a la concesión de la ciudadanía es necesaria a fin de satisfacer el principio republicano de la publicidad y recibir impugnaciones, si las hubiere.

d) La doble nacionalidad

Hemos expresado, en el apartado anterior, que la nacionalidad constituye un derecho inherente al hombre y así lo han reconocido diversos tratados internacionales. Ese derecho implica la necesidad de que todo hombre tenga una nacionalidad, con lo cual no es admisible la existencia de personas apátridas.

Empero, lo que se protege es el hecho de que se tenga una nacionalidad y no más. En la generalidad de los casos, se ha establecido que si una persona adquiere voluntariamente otra nacionalidad, esa circunstancia le hace perder la que antes tenía. Este es, pues, el principio general²².

Sin embargo, cabe mencionar algunas excepciones. Nuestro país tiene firmados acuerdos internacionales con España e Italia, entre otros, que prevén, bajo ciertas condiciones, la doble nacionalidad. En

²² Fallos 181:175 (1938). La ley 346 no admite la doble nacionalidad... La obtención de la ciudadanía argentina importa la pérdida de la nacionalidad de origen... En esta oportunidad, el Máximo Tribunal de la República sostuvo también que la obtención de un pasaporte como extranjero importa renuncia a la ciudadanía argentina adquirida anteriormente.

estos casos, si se adquiere la nacionalidad del otro país no se pierde la anterior²³.

En el año 2007, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en una causa en la cual un ciudadano pretendía que se excluyera del Padrón Nacional de Electores a uno de los ministros del tribunal, el juez Eugenio R. Zaffaroni, por tener doble nacionalidad; la argentina por haber nacido en territorio argentino (nacionalidad "natural" o *iure soli*) y la italiana por ser descendiente de italianos (nacionalidad "de origen" o *iure sanguinis*). Al hacerlo sostuvo que "...el hecho de que la decisión sobre el criterio de atribución de la nacionalidad sea... una facultad del derecho interno de los Estados, conlleva a que los principios de la nacionalidad natural y de origen coexistan en la comunidad internacional, circunstancia que -con frecuencia- ocasiona la superposición de nacionalidades...". También que ello da lugar a un fenómeno novedoso, no previsto en la Constitución Nacional, ni en la ley 346, que trata la materia y que "para estas situaciones previendo posibles incongruencias se celebraron los convenios de nacionalidad..."²⁴.

El mismo Címero Tribunal entendió que la emisión de pasaportes por los Estados no conlleva necesariamente la nacionalidad plena en el país emisor respecto de los titulares de tales documentos. Asimismo sostuvo que la pérdida de la ciudadanía no puede afectar la nacionalidad de la persona involucrada. Al respecto recordó que "con la derogación de la ley 21.795, no ha quedado en vigor ninguna disposición que establezca la pérdida de la nacionalidad argentina por la naturalización en el extranjero. Incluso la nacionalidad argentina no es renunciante por el interesado, aun cuando el país de la nueva nacionalidad le exija hacerlo. La ley 23.059 que la derogara y restituyera en toda su vigencia a la original ley 346, admitió que los argentinos nativos o naturalizados que en virtud de aquélla la hubieran perdido, la recuperan *ipso jure* aunque pueden, sin desmedro de ella, renunciar al ejercicio de su ciudadanía a fin de poder conservar cuando lo deseen -y sin perjuicio de retener la nacionalidad argentina- la nueva que hubiesen adquirido en el país de residencia" (considerando 6º)²⁵.

²³ Ley 18.957, Aprobación de Convenio con España sobre doble nacionalidad, 23/3/1971 (BO 30/3/1971). En el año 2002 se aprueba el Protocolo Adicional entre la República Argentina y el Reino de España modificando el Convenio de Nacionalidad (BO 14/8/2002).

²⁴ Ley 20.588, Aprobación de Convenio con Italia sobre doble nacionalidad, Buenos Aires, 29/11/1973 (BO 7/2/1974). Por ley 26.228 (BO 26/4/2007) se aprueba el Protocolo Adicional entre la República Argentina y la República de Italia modificando el convenio de 1973.

²⁵ Fallos 330:1436, caso "Padiña, Miguel N.", considerando 3, sentencia del 10/4/2007.

²⁶ Fallos 330:1436.

También corresponde hacer una aclaración respecto de la terminología habitualmente utilizada. En nuestra época, creemos que la expresión "doble nacionalidad" debería ser reemplazada por "múltiple nacionalidad". Esta modificación nos permite incluir la consideración más novedosa de los procesos de integración regionales. El caso más típico y relevante, en este aspecto, es el de la Unión Europea.

e) Las personas jurídicas extranjeras

La problemática constitucional vinculada a las personas jurídicas extranjeras plantea, inicialmente, dos interrogantes: 1) si ellas tienen reconocimiento jurídico como tales en nuestro derecho y 2) si tienen nacionalidad.

La primera cuestión no presenta mayores dificultades. Los principios constitucionales son acogedores, al asegurar los derechos de los extranjeros, como también la preeminencia del valor justicia. El Código Civil, por otra parte, les brinda reconocimiento (arts. 33 y 34).

La atribución de la nacionalidad a las personas jurídicas aparece, en cambio, como una cuestión más compleja. En 1876, siendo presidente de la República Nicolás Avellaneda, se suscitó un curioso incidente internacional. Por aquel entonces, en la provincia de Santa Fe funcionaban un banco oficial que dependía del gobierno local y otro privado, el Banco de Londres y Río de la Plata. Esta última entidad había sido constituida en Londres por súbditos ingleses y su dirección general residía en esa ciudad inglesa.

Al producirse una crisis financiera, el banco provincial agotó sus reservas de oro quedando sin capacidad para atender la convertibilidad vigente, lo cual provocó el cierre de la institución. El gobernador de Santa Fe, entendiendo que el Banco de Londres y Río de la Plata había sido partícipe de maniobras financieras para precipitar el colapso del banco provincial, le retiró la autorización para funcionar en la provincia y se incautó de sus reservas de oro.

Ante esta situación, el encargado de negocios británico en Buenos Aires, Saint John, solicitó una urgente entrevista con el ministro de Relaciones Exteriores de nuestro gobierno, Bernardo de Irigoyen, al tiempo que una cañonera inglesa navegaba por el Paraná para situarse amenazadoramente en la costa de Rosario.

Semejante circunstancia dio lugar, inmediatamente, a un cambio de notas entre el gobierno británico y el ministro Irigoyen. Éste sostuvo que el Banco de Londres y Río de la Plata era una sociedad anónima, que carecía, como tal, de nacionalidad. El representante inglés insistió, a su vez, en sostener que se trataba de una entidad de su país y que merecía, por tanto, la protección de su Estado.

Esta doctrina negadora de la nacionalidad de las personas jurídicas —que en realidad estaba referida a las sociedades anónimas— tuvo gran repercusión internacional y se la conoce como "doctrina Irigoyen". La Argentina y otros países (especialmente latinoamericanos) se aferraron durante mucho tiempo a ella; en nuestro derecho constitucional, Bidart Campos continúa considerándola aplicable²⁶.

No compartimos el criterio de tan destacado constitucionalista; a nuestro juicio, la mención de las personas jurídicas extranjeras como tales trae aparejado, como lógica consecuencia, el reconocimiento de su nacionalidad.

Por lo demás, la evolución legislativa que tuvo lugar en nuestro país y en otros que en su momento se adhirieron a la "doctrina Irigoyen", ha llevado a distinguir entre sociedades nacionales y extranjeras.

En el derecho comparado predomina la atribución de nacionalidad. Al respecto, para su aplicación han sido esbozados cuatro criterios: a) el de la autonomía de la voluntad, según el cual deciden la nacionalidad los socios fundadores (postura con antecedentes en el derecho inglés); b) el del lugar de constitución (aplicado en Inglaterra y los Estados Unidos); c) el del lugar de la sede social (predomina en Francia), y d) el de la nacionalidad de las personas que aportan su capital a la sociedad, la dirigen o ejercen su control (adquirió gran difusión inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial).

VII. LA INMIGRACIÓN

La Constitución Nacional establece principios amplios y generosos para acoger la inmigración. Ya hemos analizado, en este aspecto, la amplitud del Preámbulo al asegurar los beneficios de la libertad "para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino".

Alberdi fue uno de los grandes propulsores de esta política inmigratoria que sintetizó en el difundido lema "Gobernar es poblar", tomado especialmente en consideración por los constituyentes de 1853.

Cabe recordar que el proyecto de Constitución elaborado por el ilustre pensador tucumano en las *Bases...* proponía, en una cláusula expresa, que "la inmigración no podrá ser restringida ni limitada de ningún modo, en ninguna circunstancia, ni por pretexto alguno" (art. 33)²⁷.

²⁶ Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. I, p. 140.

²⁷ ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, cap. XXXI, Sopena Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 181.

Nuestros constituyentes, imbuidos del mismo pensamiento, incluyeron este precepto en el art. 25:

El gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.

En nuestra época, la expresa mención de la inmigración europea debe ser interpretada con criterio dinámico. La referencia se justificaba, en cuanto el europeo era considerado como el hombre con mayor afinidad con nuestra cultura y forma de vida, y quien potencialmente mejor satisfacía el cumplimiento de los fines de nuestra Constitución.

En la actualidad se debe entender que cualquier inmigración que contribuya al progreso material y espiritual de la Nación se halla amparada por la citada prescripción constitucional.

Al respecto, la ley 25.871 de Política Migratoria Argentina²⁸ que regula la admisión, el ingreso, la permanencia y el egreso de personas dispone que "a los fines de la presente ley se entiende por 'inmigrante' todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país conforme a la legislación vigente" (art. 2°).

VIII. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

Así como cada Estado tiene el derecho de admitir o no el ingreso de extranjeros en su territorio, se sostiene que conserva, correlativamente, la facultad de expulsarlos si su conducta no se ajusta a los requerimientos de aquél.

Este principio general es habitualmente aceptado aunque sujeto a restricciones. No obstante, el tema ha sido objeto de discusión tanto en los Estados Unidos como en nuestro país y fue materia de regulación por tratados internacionales.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha admitido la expulsión de extranjeros de nuestro país cuando se la ha fundamentado en razones no arbitrarias y se ha otorgado oportunidad de defensa²⁹.

En nuestra doctrina constitucional, Bidart Campos entiende que la expulsión de extranjeros, en principio, es inconstitucional, al violar la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros. En estos casos, considera que el extranjero está amparado por el derecho de permanecer

²⁸ Ley 25.871 de Política Migratoria Argentina, promulgada el 17/12/2003 (BO 21/1/2004).

²⁹ Fallos 164:344, caso "Transporte Chaco" del 6/5/1932.

en el territorio del país que el art. 14 de la Constitución reconoce a todos los habitantes³⁰.

Cabe tener presente que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) dispone en el art. 22.6:

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado—parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

El tema será objeto de un análisis más específico al estudiar el derecho de entrar, permanecer y salir del país.

IX. EL PODER

a) Concepto

El poder es, en su acepción más simple y difundida, la relación de mando y obediencia que se manifiesta tanto dentro de las estructuras estatales como fuera de ellas.

El poder es reconocido como uno de los elementos básicos del Estado y pese a su carácter instrumental, es el objeto principal de estudio de la ciencia política.

En lo atinente a sus múltiples concepciones remitimos a los textos de teoría política. Sólo señalaremos al respecto alguna acotación preliminar que nos permita comprender los desarrollos siguientes.

En la conformación del poder político aparecen dos elementos: la autoridad y la coacción. La primera —como dice Santamaría de Paredes— equivale a la fuerza en el orden moral. Es la presión que ejerce sobre nuestro espíritu la verdad imponiéndose al error, la justicia a la injusticia, la virtud al vicio, el talento a la ignorancia. La autoridad es algo que reconocemos como superior y a lo cual prestamos voluntario y respetuoso acatamiento³¹.

La coacción implica el uso de la fuerza. La voluntad del Estado la posee como elemento necesario, no para evitar el pluralismo ni las discusiones, pero sí para no tolerar las desviaciones graves, ni las resistencias o rebeliones.

Se podrá afirmar que en ocasiones sólo se procura o ejerce el poder pero se carece de autoridad; ello, como observación de la realidad, es cierto. Este reconocimiento no implica, empero, que renunciemos a considerar que el poder debe estar fundamentado en la autoridad;

³⁰ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. I, p. 138.

³¹ SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente, *Curso de derecho político*, 9ª ed., Imprenta Española, Madrid, 1913, ps. 149/50.

sin ésta, pierde su propia razón de ser. La autoridad, por otra parte, se relaciona con el concepto de legitimidad.

b) Legitimidad de origen y de ejercicio

La legitimidad, en el ámbito político, es un concepto complejo que se vincula tanto con el respeto de los gobernantes por reglas previamente establecidas, como con el propio consentimiento de los gobernados. Es la creencia en la autoridad surgida del acatamiento del derecho.

La legitimidad de origen se relaciona con los procedimientos de acceso al poder. Si el gobernante ha llegado a éste con arreglo a las modalidades establecidas en la Constitución, tiene legitimidad de origen. Los gobiernos *de facto*, generalmente, carecen de esta investidura y ello, en la mayoría de los casos, deteriora su autoridad.

La legitimidad de ejercicio tiene en consideración los modos de obrar en la función de gobierno. Si el poder es ejercido conforme a la justicia y según lo establecido por la Constitución y la ley, el gobierno tendrá legitimidad de ejercicio.

Se puede tener legitimidad de origen pero carecer de legitimidad de ejercicio. La hipótesis inversa, en cambio, es de más difícil respuesta. Ciertamente es que el gobernante puede haber accedido irregularmente al poder ejerciendo el derecho de resistencia a la opresión y luego hacer uso de él con subordinación a leyes justas. La realidad muestra, sin embargo, que en la mayoría de los casos la ilegitimidad de origen deviene en ilegitimidad de ejercicio.

X. LA DEMOCRACIA

a) Concepto

El término "democracia", de origen griego, deriva de los vocablos *demos*, que quiere decir "pueblo" y *kratos*, que significa "poder". Sus orígenes se remontan al siglo V a. de C., en Atenas.

Durante varios siglos la democracia mereció opiniones disvaliosas. Así lo atestiguan los juicios de Platón, Aristóteles, Kant, Madison, entre otros.

Más allá de la precisión etimológica que hemos formulado y pese al indudable prestigio que adquirió este concepto a partir de la última mitad del siglo XIX, resulta difícil hallar un significado sustancial que satisfaga, en general, a quienes continuamente la proclaman. Aun las concepciones más amplias de la democracia han sido superadas por el uso continuado del término en situaciones por demás diversas.

Se sostiene que la democracia constituye una forma de gobierno que privilegia, por sobre todas las cosas, el protagonismo del pueblo. Estos desarrollos aparecen ahora, al menos, como insuficientes, porque también se entiende que la democracia es una forma de vida que como tal, excede notoriamente del marco más estrecho de las formas de gobierno.

También se ha expresado que la democracia está consustanciada con la libertad. Sin embargo, en los países comunistas se la ha utilizado con una significación muy diversa. Recordemos, en este sentido, que antes de la unificación de Alemania, en 1990, el sector oriental de ese país, bajo la égida del comunismo, recibía la ostentosa denominación de "República Democrática Alemana", mientras el sector occidental tenía por nombre "República Federal de Alemania".

El sentido valioso o disvalioso de la democracia también ha sido objeto de profundas controversias. Lo demuestra el hecho de que nuestros constituyentes originarios no la hayan utilizado una sola vez al redactar nuestra Ley Fundamental. Tampoco la hallamos en el texto de la Constitución norteamericana de 1787. En *El federalista*, las pocas veces que se la menciona es para formularle severas críticas.

A nuestro entender, estas dificultades tan serias para lograr una definición conceptual, aunque sea amplia y difusa, tiene que ser suplida con el aporte, siempre parcial, que podamos hacer desde la perspectiva de nuestras propias ideas.

En tal sentido, creemos que sólo es posible concebir la democracia a partir del reconocimiento de la libertad y dignidad del hombre. También exige el reconocimiento del pueblo como depositario de la autoridad. Su manifestación, en relación con el ejercicio del poder del Estado, requiere necesariamente la pluralidad política y el orden constitucional, entendido, este último término, con la precisa significación que le otorgamos en la presente obra. Su expresión más genuina, una vez cumplidos los requisitos antes mencionados, es el *Estado de justicia*, denominación que consideramos aun superadora de la de *Estado de derecho*.

La democracia implica un acto de confianza en la bondad esencial de la naturaleza humana que garantiza el ejercicio de la libertad en el ámbito de la verdad y del bien.

Nos oponemos, en este sentido, a considerar a la democracia como simple régimen de la mayoría. La concebimos, mejor, como el gobierno organizado de todos. Desde luego, la mayoría tiene a su cargo importantes funciones en el ejercicio del gobierno, como las tiene también la oposición en la formulación de críticas y en el control de la gestión oficial.

Por lo demás, si bien el criterio de la mayoría es relevante en el ámbito —por cierto amplio— de los intereses contingentes y de los aspectos problemáticos de la vida social, no tiene relación con los valores trascendentales, ni con los principios de orden moral.

b) Diversas clases: directa e indirecta

La democracia fue concebida, en principio, como un sistema de autogobierno en donde el pueblo ejercía efectivamente el poder, interviniendo en forma activa en la proposición, discusión y decisión de los actos políticos. Ésta es la democracia pura o directa que en la práctica casi ya no existe.

A partir de la Revolución Francesa apareció otra concepción de la democracia que iba a terminar eclipsando a la anterior. Fue el sistema representativo, según el cual el pueblo gobierna, pero sólo por medio de sus representantes. Éstos obran en nombre del pueblo, adoptando las decisiones como consecuencia de un mandato tácito conferido en el momento de su elección. Es la democracia indirecta o representativa.

Cuando comenzó a difundirse el sistema representativo, sobrevino una interesante polémica entre quienes afirmaban que éste era democrático y quienes lo negaban, Rousseau consideraba que la democracia era pura o directa o dejaba de ser democracia. Este debate explica las motivaciones que impulsaron a nuestros constituyentes originarios a establecer el sistema representativo y a soslayar toda mención de la democracia.

c) Dinámica democrática: gobierno y oposición

Al analizar el concepto de democracia hemos afirmado que ella no puede ser caracterizada como el régimen de gobierno de la mayoría. Es el gobierno de todos, en el cual tanto las mayorías como las minorías tienen una relevante función que desempeñar.

En el sistema democrático, la pluralidad de ideas, la diversidad de pensamiento, no pueden ser simplemente toleradas como si se tratara de un mal necesario, sino que constituyen condiciones sustanciales para la existencia y el mantenimiento de aquél.

El ejercicio del poder induce, con frecuencia, a sobrepasar los límites asignados por la Constitución y las leyes. En estos casos, el permanente control que debe ejercer la oposición contribuye en importante medida al sostenimiento y la vigorización del sistema.

La oposición debe participar, además, mediante el aporte de iniciativas de gobierno alternativas que impidan errores y haciendo co-

nocer con energía la crítica constructiva que siempre debe rehuir la vía fácil de la obstrucción.

XI. LA FORMA DE GOBIERNO REPRESENTATIVA Y REPUBLICANA

En lo que atañe al régimen representativo ya nos hemos referido al estudiar la democracia indirecta. La Constitución Nacional institucionaliza la representación política por medio de cláusulas generales contenidas en su parte dogmática y en normas específicas destinadas a la organización del poder que se manifiestan en la parte orgánica. Entre las primeras citamos, además del Preámbulo, los arts. 1° y 22.

La república, conforme a una antigua definición atribuida a Aristóbulo del Valle, es aquella "comunidad política organizada sobre la base de la igualdad de todos los hombres, cuyo gobierno es simple agente del pueblo, elegido por el pueblo de tiempo en tiempo y responsable ante el pueblo de su administración"³².

Son sus rasgos distintivos el reconocimiento de la igualdad, la soberanía popular, la división de poderes, la periodicidad de los funcionarios públicos electivos, la responsabilidad de todos los funcionarios y la publicidad de los actos de gobierno.

Montesquieu, en su *Espíritu de las leyes* identificaba a la república democrática con la virtud política que vinculaba con el amor a la patria y con la igualdad³³. También los romanos habían sostenido que la moral ciudadana era el soporte que vigorizaba a la república.

Creemos que la república no es un concepto que se agota en el cumplimiento de ciertos requisitos formales. Éstos cobran verdadera significación cuando aparecen como la manifestación de la virtud política, la cual atañe a su contenido esencial.

XII. LA DEMOCRACIA SEMIDIRECTA

a) Concepto

La democracia semidirecta constituye una variante de transición entre el sistema de democracia pura y el de democracia representativa. Se puede afirmar que es una concesión del sistema representativo a la democracia pura o directa.

³² DEL VALLE, Aristóbulo, *Nociones de derecho constitucional*, t. II, La Buenos Aires, 1895, ps. 70/1.

³³ MONTESQUIEU, *El espíritu...*, cit., libro III, cap. III, ps. 28 y ss.

El objetivo de esta variante es superar los inconvenientes que plantea la representación, que muchas veces se limita a asegurarle al ciudadano el derecho de elegir, pero no el de participar. Esto provoca una fractura entre el mandatario y el mandante, quien no se siente debidamente representado por aquél y entonces la representación política se convierte en una ficción.

Las formas de la democracia semidirecta constituyen un intento de provocar o asegurar una participación mayor en las decisiones del gobierno, en especial cuando hay que resolver temas importantes que por su trascendencia u originalidad reclaman la utilización de estas modalidades.

De más está afirmar que estos procedimientos también pueden ser objeto de manipulaciones electorales en su aplicación si se los desvincula de sus contenidos sustanciales.

b) Clases

Son instituciones de la democracia semidirecta, entre otras, el referéndum, el plebiscito, la iniciativa popular y la revocatoria.

El *referéndum* es el procedimiento mediante el cual se convoca al cuerpo electoral para que se decida por la afirmativa o la negativa respecto de un asunto público propuesto por los órganos legislativos. O sea, es de naturaleza normativa.

El *plebiscito* representa la forma mediante la cual la ciudadanía se expresa por la afirmativa o la negativa en respuesta a una consulta formulada por el gobierno sobre asuntos de capital interés para la vida del Estado, ya sea en el orden interno o externo. Es de naturaleza política.

Se denomina *iniciativa popular* a la facultad reconocida a cada ciudadano o a un número determinado de ellos, para proponer proyectos de ley ante el órgano legislativo.

La *revocatoria* les permite a los ciudadanos, bajo ciertas condiciones, peticionar la separación de aquellos funcionarios públicos que han dejado de merecer la confianza del pueblo, el cual se pronuncia por sí o por no. Si la mayoría es afirmativa, la consecuencia será la revocación del mandato.

Algunos autores sostienen que no cabe formular distinción alguna entre referéndum y plebiscito. Otros, prefieren englobar ambas instituciones bajo la denominación común de *consultas populares*.

Pensamos que si bien es difícil, en muchos casos, precisar si la consulta adquiere los caracteres de un referéndum o un plebiscito, la distinción teórica conserva su razón. El referéndum tiene un contenido

predominantemente normativo (se consulta, por ejemplo, acerca de la sanción de una ley, una Constitución o de su reforma). El plebiscito, en cambio, tiene carácter eminentemente político (el gobernante, por ejemplo, le pide al pueblo que se manifieste respecto de la confianza que le merece).

En algunos casos, sin embargo, el problema no resulta fácil de dilucidar, dado que numerosas cuestiones políticas pueden aparecer revestidas de formas normativas, con lo cual aquello que aparenta ser un referéndum es, en realidad, un plebiscito.

c) Aplicación en nuestro país

Las formas de democracia semidirecta, si bien eran conocidas al tiempo de la sanción de nuestra Constitución Nacional, no fueron contempladas expresamente por ella hasta la reforma del año 1994.

Hasta ese momento, algunas formas de democracia semidirecta aparecían como opuestas al texto constitucional. Así, la revocatoria no podía ser acogida, ya que nuestra Ley Fundamental determina la duración del mandato de los funcionarios electivos y los eventuales procedimientos para su remoción.

Lo mismo se puede decir respecto de la iniciativa popular. El art. 68 de la Constitución (hoy, art. 77, con distinta redacción) sólo autorizaba a presentar proyectos de ley ante el Congreso Nacional a los miembros de ambas Cámaras y al presidente de la República.

Tratándose del referéndum y del plebiscito, antes de la citada reforma constitucional la cuestión aparecía más difícil de resolver. Una parte de la doctrina se inclinaba por la inconstitucionalidad de estos procedimientos. Alegaba en su favor que la Constitución había adoptado el sistema representativo, con lo cual habría desechado cualquier otra forma de democracia. Se citaba en apoyo de esta postura el art. 22, según el cual el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes.

Otra corriente —a la cual nos adherimos— entendía que no había obstáculo constitucional para su aplicación. El reconocimiento del principio de la soberanía popular, formulado en el Preámbulo y en el art. 33, avalaba esta interpretación. Además, esta última norma reconoce los derechos implícitos que nacen, precisamente, de ese principio.

El dec. 2272/1984, dictado durante la presidencia del Dr. Raúl Alfonsín, convocó al pueblo de la Nación a una consulta popular no vinculante con respecto a los términos de la conclusión de las negociaciones con la República de Chile para resolver el diferendo en la zona del canal de Beagle, sobre la propuesta formulada por el media-

dor, el papa Juan Pablo II. Es éste el único antecedente que se registra en nuestro país durante la vigencia de la Constitución y antes de su revisión en 1994. La referida consulta, realizada el 25 de noviembre de 1984, otorgó un categórico respaldo a la aceptación del tratado.

d) La iniciativa popular

La reforma constitucional de 1994 agregó a la parte dogmática de nuestra Ley Fundamental los nuevos arts. 39 y 40 que autorizan la iniciativa popular y la consulta popular, respectivamente.

La primera de ellas procede para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados, que es la que tendrá la iniciativa en esos casos; tales proyectos deberán tener tratamiento legislativo expreso dentro de los doce meses. Quedan excluidos de este procedimiento los proyectos referidos a la reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y los que versen sobre materia penal.

El Congreso tenía que dictar una ley reglamentaria dentro de los dieciocho meses de la sanción de la reforma constitucional de 1994 (cláusula transitoria tercera), que debería ser aprobada con el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara y "no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa" (art. 39).

La ley 24.747, reglamentaria del art. 39 de la Constitución Nacional, fue sancionada tardíamente en las postrimerías del año 1996. La norma establece que toda iniciativa popular requerirá la firma de un número de ciudadanos no inferior al uno y medio por ciento del padrón electoral utilizado para la última elección de diputados nacionales y deberá representar por lo menos a seis distritos electorales (art. 4°, primera parte). La exigencia respecto al número de firmas que deben suscribir el proyecto no se tendrá en consideración cuando se trate de iniciativas de alcance regional, en donde se computará el porcentaje citado sólo respecto de los ciudadanos de la región (art. 4°, *in fine*).

La ley determina, en el art. 5°, que la iniciativa popular deberá formularse por escrito y contendrá: a) La petición redactada en forma de ley en términos claros; b) Una exposición de motivos fundada; c) El nombre y domicilio de los promotores de la iniciativa, a quienes se autoriza a participar con voz, pero sin voto, en las reuniones de comisión en el Congreso de la Nación; d) La descripción de los gastos y el origen de los recursos, y e) Los pliegos con las firmas de los peticionantes, con aclaración de nombre, apellido, número y tipo de documento y domicilio que conste en el padrón electoral.

A los efectos de la recolección de firmas la ley exige que "toda planilla de recolección de firmas para promover una iniciativa debe contener un resumen impreso del proyecto de ley a ser presentado y la mención del o los promotores responsables de la iniciativa". El resumen deberá ser verificado por el Defensor del Pueblo en un plazo no superior a diez días y con carácter previo a la circulación y recolección de firmas (art. 6°).

La verificación a cargo del Defensor del Pueblo consiste en establecer si el proyecto que se le remite no se refiere a una de las materias prohibidas por el art. 39 de la Constitución Nacional y si el contenido del proyecto no merece otro tipo de objeción legal.

La misma reglamentación prevé que la justicia nacional electoral verifique por muestreo la autenticidad de las firmas (art. 7°), la forma de realizar la presentación ante la Cámara de Diputados de la Nación (art. 8°) y el trámite legislativo posterior (arts. 8°, 9°, 10 y 11).

La norma es particularmente exigente respecto del financiamiento de todo proyecto de iniciativa popular, prohibiéndose en forma directa o indirecta que éste provenga de: a) Contribuciones privadas anónimas, con excepción de lo producido por colectas populares con una contribución máxima autorizada de cincuenta pesos por persona; b) Aportes provenientes de entidades autárquicas o descentralizadas, nacionales o provinciales, sociedades anónimas con participación estatal o de empresas concesionarias de servicios u obras públicas de la Nación, provincias, municipios, o entidades autárquicas o descentralizadas o de empresas que exploten juegos de azar; c) Aportes de gobiernos extranjeros; d) Aportes de entidades extranjeras con fines de lucro; e) Contribuciones superiores a treinta mil pesos, y f) Contribuciones y donaciones de asociaciones sindicales, patronales o profesionales (art. 12).

Resulta evidente que los requisitos exigidos tanto por la norma constitucional como por la ley reglamentaria evidencian una actitud de extrema prudencia hacia esta modalidad de democracia semidirecta. Ello avizora, por el momento, que la iniciativa popular permanecerá recluida en las normas pero virtualmente alejada de las prácticas legislativas.

Una situación conflictiva se plantearía respecto de la utilización que se pretendiera hacer de este procedimiento para modificar la iniciativa exclusiva del Senado establecida por la Constitución en determinados temas (p. ej., art. 75, inc. 19, 2° párrafo, CN). Entendemos que ello no sería válido y que en tal situación la iniciativa debería ser presentada ante la Cámara de Diputados, pero ésta tendría que derivarla al Senado.

Desde la reglamentación de la ley, unos treinta y tres proyectos fueron presentados y pasaron por la verificación del Defensor del Pueblo de la Nación, no obstante, sólo dos de ellos han llegado a convertirse en ley.

El primer proyecto que logró alcanzar trámite legislativo fue el que proponía la derogación de las jubilaciones de privilegio. Esta iniciativa juntó quinientas mil firmas y la sanción de la ley modificó el régimen jurídico de las jubilaciones especiales que gozaban ministros, secretarios y subsecretarios de Estado y diputados y senadores.

Otra de las iniciativas que logró convertirse en ley fue el programa "El hambre más urgente", que proponía un seguro alimentario para menores de cinco años en todo el país³⁴.

Los dos proyectos mencionados anteriormente alcanzaron tratamiento parlamentario sin haber pasado por el control de firmas o sin haber terminado el proceso de control por parte de la Justicia Electoral. La presión mediática fue lo suficientemente poderosa como para no tener que esperar el control de las firmas³⁵.

Hubo otra iniciativa presentada en el año 2001 por la Confederación General del Trabajo –para reformar la legislación laboral– que también alcanzó la cantidad de firmas requeridas por la ley, pero fue devuelta a sus promotores por la Comisión de Asuntos Constitucionales debido a errores formales e incumplimiento de algunos requisitos.

El mecanismo de la iniciativa popular ha sido incorporado a las constituciones de diecinueve provincias argentinas. Sólo en La Pampa, Mendoza, Santa Fe y Tucumán no está prevista esta herramienta.

Aún así, en muchas de las provincias en las que el derecho de los ciudadanos a presentar proyectos de ley existe a nivel constitucional, aún no se ha sancionado una ley reglamentaria que establezca los términos en que debe ser ejercido este derecho. Éste es el caso de Buenos Aires, Corrientes, Salta, San Luis y Tierra del Fuego. En otras provincias como Entre Ríos y Santiago del Estero, la iniciativa popular sólo puede ser hallada a nivel municipal y regulada en las cartas orgánicas de algunas ciudades.

Como característica distintiva se observa que las Constituciones de La Rioja y Neuquén, así como las Cartas Orgánicas de municipios como Puerto Madryn y Santiago del Estero, introducen una variante novedosa excluida de la reglamentación a nivel nacional. En ella se

³⁴ Datos suministrados por el Defensor del Pueblo de la Nación en el Décimo octavo informe anual - 2011 del 1/1/2011 al 31/12/2011. República Argentina.

³⁵ Datos extraídos de "La iniciativa popular en la Argentina y en el mundo. Una base para determinar la calidad del procedimiento y definir un diseño óptimo de esta herramienta", Proyecto Iniciativa Popular, Buenos Aires, 2004, ps. 33 y 34.

prevé un llamado a consulta popular obligatoria en caso de rechazo, modificación sustancial o incumplimiento del plazo por parte del órgano legislativo, según el caso³⁶.

En el mismo sentido, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que contempla la iniciativa popular (arts. 64 y 65 de la Constitución CABA) y ha sido reglamentada por la ley 40 del año 1998, se prevé que si el proyecto reuniera la firma de más del 15% del padrón de la Ciudad y habiendo transcurrido los 12 meses de plazo sin que la legislatura haya tratado el proyecto, el jefe de gobierno debe convocar a referéndum vinculante y obligatorio.

e) La consulta popular

La consulta popular, que en nuestro criterio es comprensiva del referéndum y del plebiscito, podrá ser vinculante o no. En el primer caso, la convocatoria tendrá que emanar de una ley (será siempre referéndum) –que no podrá ser vetada– cuya iniciativa le corresponderá a la Cámara de Diputados y deberá estar referida a un proyecto de ley que previamente, entendemos, haya recibido tratamiento legislativo. El art. 40 sólo prevé la consecuencia del voto afirmativo del pueblo que significará la promulgación automática de la ley.

La consulta no vinculante, en cambio, puede ser convocada tanto por el Congreso como por el presidente de la Nación dentro de sus respectivas competencias, por lo cual puede tratarse de un referéndum o de un plebiscito. En estos casos, la propia cláusula constitucional dispone que "el voto no será obligatorio". Se trata de una clara excepción al principio de obligatoriedad del sufragio establecido en esa misma reforma en virtud del nuevo art. 37 de la Constitución.

Respecto de la consulta popular, nuestra Ley Fundamental no formula exclusiones, aunque éstas –junto con el procedimiento y la oportunidad de la convocatoria– podrán ser establecidas mediante la ley reglamentaria que prevé el art. 40 y que deberá ser dictada por el Congreso con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. La Constitución no estableció plazo para la sanción de esta ley que recién fue dictada casi siete años después de la reforma constitucional de 1994.

Nos adherimos a la opinión de Bidart Campos, quien estimaba que la falta del dictado de la ley reglamentaria no obstaba a la aplicación de esta cláusula constitucional³⁷.

³⁶ Conf. "La iniciativa popular en la Argentina y en el mundo...", cit., p. 44.

³⁷ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. VI, p. 294. Comparte el mismo criterio COLAUTTI, Carlos E., *Derecho constitucional*, Universidad, Buenos Aires, 1996, p. 68. En

La norma reglamentaria –ley 25.432³⁸– dispuso que se podrá someter a consulta popular vinculante todo proyecto de ley, con excepción de aquellos cuyo procedimiento de sanción se encuentre especialmente reglado por la Constitución Nacional, mediante la determinación de la Cámara de origen o por la exigencia de una mayoría calificada para su aprobación (art. 1°).

También requiere que en toda consulta popular vinculante, para que ésta sea válida y eficaz, debe haber emitido su voto no menos del treinta y cinco por ciento de los electores inscriptos en padrón electoral nacional. El voto es obligatorio.

Si el proyecto obtiene, cumpliendo dicha condición, mayoría de votos válidos afirmativos se convierte automáticamente en ley.

Cuando un proyecto de ley sometido a consulta popular vinculante obtenga un resultado negativo no podrá ser reiterado sino después de haber transcurrido un lapso de dos años desde la realización de la consulta. Tampoco podrá repetirse la consulta durante el mismo lapso (art. 5°, ley 25.342).

*La ley o el decreto de convocatoria a una consulta popular –según corresponda– deberá contener el texto íntegro del proyecto de ley o decisión política objeto de consulta y señalar claramente la o las preguntas a contestar por el cuerpo electoral, cuyas respuestas no admitirán más alternativa que la del sí o el no (art. 9°).

Los votos en blanco no son computados en el resultado de ninguna consulta popular (art. 13).

En la Argentina sólo se la utilizó una vez y con anterioridad a la reforma constitucional de 1994. Fue en 1984, a fin de que el ciudadano exprese su conformidad o disconformidad con los términos de la propuesta de conclusión de las negociaciones con la República de Chile para resolver el diferendo de límites relativo a la zona del Canal de Beagle.

Se trató de una consulta popular no vinculante convocada por el entonces presidente Ricardo Raúl Alfonsín, luego de la mediación del Papa Juan Pablo II, que tuvo lugar el 25 de noviembre de 1984³⁹.

cambio, ZARINI, Helio J., *Constitución argentina*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 183, estima "que, en ausencia de ley reglamentaria, no sería viable la convocatoria a una consulta popular vinculante, pero no acontecería lo mismo con una no vinculante".

³⁸ Ley 25.432, aprobación de disposiciones sobre consulta popular vinculante y no vinculante, Buenos Aires, 23 de mayo de 2001 (BO 27/6/2001), con las modificaciones introducidas por la ley 26.774 (BO 2/11/2012).

³⁹ Por amplia mayoría la ciudadanía se pronunció a favor del "sí". No obstante el carácter no vinculante de la consulta popular, el Tratado de Paz y Amistad con Chile fue suscripto en la ciudad del Vaticano, el 29 de noviembre de 1984 y ratificado por el Congreso Nacional el 14 de marzo de 1985 con la sanción de la ley 23.172 (BO 30/4/1985). El intercambio de ratificaciones de los gobiernos de Argentina y Chile se efectuó en Roma el 2 de mayo de 1985.

CAPÍTULO VI

EL ESTADO FEDERAL

I. EL FEDERALISMO

a) Concepto

El federalismo es una forma de Estado caracterizada por la descentralización del poder con relación al territorio. Esto significa que además del órgano central del poder existen órganos locales. Ellos deben tener, desde luego, cierto grado de independencia respecto del poder central que incluye el concepto de autonomía. En el Estado federal, la tendencia centrífuga o descentralizadora prevalece sobre la fuerza centrípeta o centralizadora.

Lo que caracteriza a la descentralización política es la autonomía que tiene el órgano descentralizado, la cual se manifiesta tanto por su competencia funcional, que incluye la facultad de legislar, como por el título del cual proviene esa atribución. Ella aparece como un atributo propio, que no proviene, en consecuencia, de concesión o delegación alguna.

b) Origen

Si bien se afirma con razón que el federalismo, como forma de Estado regulada constitucionalmente, nació con la Constitución de los Estados Unidos de 1787, hay otros antecedentes mucho más antiguos. Ello no impide considerar que el federalismo, como forma de Estado, fue uno de los aportes sustanciales que el constitucionalismo norteamericano nos legó.

Algunos autores mencionan como su más remoto antecedente la formación de la Liga Aquea, que existió en Grecia entre los años 281 y 146 a. de C.

Montesquieu, en su obra *El espíritu de las leyes*, también se ocupó de este tema en dos capítulos sucesivos del libro IX. El capítulo II lleva por título "La constitución federativa se ha de componer de Estados de igual naturaleza, y mejor, de Estados republicanos"; el siguiente se denomina "Otras cosas que requiere la república federativa"¹.

Cabe señalar también que por aquellos tiempos no se distinguía suficientemente entre la federación y la confederación. Esta confusión de conceptos se produjo, incluso, en nuestros constituyentes de 1853, los cuales, habiendo establecido la forma de Estado federal (art. 1º), titularon a nuestra Ley Suprema "Constitución de la Confederación Argentina". El término "Confederación", por lo demás, fue uno de los más empleados por aquella Constitución (ochenta y una veces), pero después de la Convención Constituyente de 1860 se lo reemplazó, a partir de entonces sólo aparece en el art. 35 de la Constitución vigente. No consta, empero, ninguna resolución de esa Convención que así lo haya dispuesto.

A menudo se ha vinculado al federalismo con el sistema republicano de gobierno, especialmente con la división de poderes, con la democracia —por su desconcentración del poder— y hasta con la mejor forma de proteger los derechos y las garantías. Nos parece exagerado atribuir estas virtudes sólo al federalismo. Estimamos que estos logros pueden ser conseguidos tanto en los Estados federales como en los unitarios. La descentralización, sin embargo, suele ofrecer, en ciertos casos, mejores condiciones para el ejercicio de la libertad.

c) Comparación con otros Estados federales

Nuestro federalismo tuvo una génesis distinta del norteamericano. En los Estados Unidos los trece Estados que se habían independizado de Inglaterra se hallaban vinculados entre sí por los Artículos de Confederación y Unión Perpetua.

En nuestro país, en cambio, las provincias llegaron a la federación luego de pasar por un largo período de anarquía precedido de una hegemonía del gobierno central. Ello le permitió decir a Alberdi que nuestro sistema de organización del Estado era mixto porque conjugaba antecedentes unitarios con precedentes federales.

Estas diferencias en cuanto al origen se manifiestan también muy claramente en los respectivos textos constitucionales. El federalismo de la Constitución de Filadelfia presenta una descentralización más acentuada; el nuestro es más atenuado.

¹ MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, versión castellana de Nicolás Estévez, Garnier, París, 1926, libro IX, ps. 187/8.

II. PACTOS PREEXISTENTES Y PACTOS ESPECIALES

En lo que atañe a la génesis de nuestro federalismo, cabe hacer mención de los pactos que fueron jalonando, a través del tiempo, el principio de la unidad nacional a partir del reconocimiento de la diversidad y el respeto de las autonomías locales o provinciales.

Reconoce Bidart Campos que en nuestra historia se advierte, en ese sentido, un proceso instrumentador: el de los pactos y las ligas, que preparó contractualmente la adopción constitucional de la federación futura².

Ello, por lo demás, está reconocido expresamente por la Constitución Nacional. El Preámbulo hace referencia a los "pactos preexistentes". El art. 121 menciona los poderes que conservan las provincias, entre los cuales figuran los "que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".

En sentido diferente, el art. 31, última parte, se refiere, con respecto a la provincia de Buenos Aires, a los tratados ratificados después del 11 de noviembre de 1859.

La doctrina constitucional suele distinguir entre los pactos preexistentes y los pactos especiales. Los primeros son los mencionados en el Preámbulo; los segundos, los aludidos en el art. 121.

La expresión "pactos preexistentes" hace referencia a los pactos anteriores a nuestra Constitución y ha sido objeto de variadas interpretaciones. En tanto que algunos autores, en posición más restringida, sostienen que pertenecen a esa categoría únicamente los tratados más próximos y relevantes para nuestra organización nacional (Pacto Federal de 1831, Acuerdo de San Nicolás de 1852, por ejemplo), otros, con criterio más amplio, incluyen todos los acuerdos que fueron generando, a lo largo de nuestra historia, una evidente inclinación federal (Pacto de Pilar de 1820, de Benegas de 1820, de Cuyo de 1821, de Tucumán de 1821, Cuadrilátero de 1822, de San Miguel de las Lagunas de 1822, etc.).

Nos inclinamos por el criterio amplio sin perjuicio de reconocer la mayor importancia de algunos pactos como fuente inmediata de nuestra Ley Fundamental.

La mención de los pactos especiales que hace el constituyente en el art. 121 fue incorporada por la reforma de 1860 (en ese momento art. 104). Según ella, "las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su

² BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1986, p. 151.

incorporación". Si bien la cláusula, en su última parte, está inspirada en el Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859 —que es su antecedente inmediato—, entendemos que su alcance es amplio al establecer una regla o principio general que puede ser de aplicación en casos similares posteriores.

III. LAS RELACIONES EN EL ESTADO FEDERAL

El federalismo, como forma de Estado, implica la necesidad de entretejer una compleja trama de relaciones entre los Estados que lo integran, tanto como entre éstos como en el poder central. Por medio de ellas se procura armonizar las exigencias de la unidad con el respeto de las autonomías locales y la diversidad de los Estados.

Estas vinculaciones han sido estudiadas por la doctrina constitucional que ha intentado sistematizarlas. El esfuerzo, entendemos, representa un aporte didáctico importante para la comprensión del federalismo aun cuando sea insuficiente para comprender en plenitud esa complicada red de vinculaciones recíprocas que implica todo Estado federal.

En los próximos párrafos haremos una breve reseña de algunas de las principales relaciones que es posible advertir, en este aspecto, en nuestra Constitución Nacional.

a) La subordinación

No se puede válidamente afirmar que en el Estado federal haya una dependencia de los Estados miembros respecto del poder central. Ello sería incompatible con las exigencias de la autonomía que caracteriza a los Estados locales. Empero, esto no impide que para preservar la unidad federativa, el orden jurídico local se subordine al federal sólo en aquellos aspectos que hayan sido objeto de previa delegación y reconocimiento.

En nuestra Constitución Nacional podemos señalar como ejemplos de este tipo de relación, entre otras, las cláusulas referidas a las condiciones que deben reunir las constituciones provinciales y a la garantía federal (art. 5°); la intervención federal (art. 6°); el estado de sitio (art. 23); la supremacía del derecho federal (art. 31); la condición de que los gobernadores de provincias sean agentes naturales del gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación (art. 128); la fijación de límites interprovinciales a cargo del Congreso de la Nación (art. 75, inc. 15); la necesidad de que las provincias sometan sus quejas entre ellas a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 127).

b) La participación

En el reconocimiento de este tipo de relación se pone énfasis en la necesidad de que las provincias formen parte de las instituciones del poder federal, interviniendo en ellas y colaborando, por tanto, en el ejercicio de sus atribuciones.

Constituyen ejemplos de relaciones de participación, la integración de la Cámara de Senadores con tres representantes por provincia (art. 54) así como la elección distrital de los diputados nacionales (art. 45), si bien éstos representan al pueblo de la Nación.

c) La relación de coordinación

Se define como tal a aquella relación que surge del reparto de competencias establecido por la Constitución Nacional. En realidad, la coordinación es una cualidad imprescindible para mantener la armonía del Estado federal, principalmente en cuanto a las competencias de los Estados locales y el Estado federal.

Nuestra Ley Fundamental ha determinado atribuciones específicas tanto para el Estado nacional como para las provincias. Cuando tal delimitación no surge expresamente en la Constitución, se recurre al principio general establecido en el art. 121, según el cual "las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".

Dentro de este reparto de competencias, es dable advertir que hay poderes expresamente delegados por las provincias al Estado federal. Tales son los casos, entre otros, de la declaración de la intervención federal (art. 6°) y del estado de sitio (art. 23) o la atribución de dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y la Seguridad Social (art. 75, inc. 12).

También se advierte que hay poderes no delegados por las provincias o propiamente locales, como pueden ser la atribución de dictarse sus propias constituciones locales, establecer su régimen municipal, la educación primaria y la administración de justicia (arts. 5° y 123) y elegir sus propias autoridades (art. 122).

Cabe acotar que en ocasiones nos hallamos con atribuciones excepcionales tanto del Estado federal como de las provincias, que sólo pueden ser ejercidas en la oportunidad y las condiciones especiales que la Constitución determina; ellas representan excepciones a la regla general. Son de tal índole, por ejemplo, la facultad del Estado federal de fijar impuestos directos en las condiciones previstas en el art. 75, inc. 2° de la Constitución y la atribución reconocida a las provincias

de dictar los códigos de derecho común hasta tanto sean dictados por el Estado federal (art. 126).

En algunos casos observamos, además, poderes reservados a las provincias. Para diferenciarlos de los anteriores, debemos aclarar que son de naturaleza excepcional y surgen de tratados especiales a los cuales la Constitución les reconoce esa virtualidad. Son de tal índole las menciones contenidas en la última parte del art. 31 (con relación a la provincia de Buenos Aires) y en la segunda parte del art. 121, que hemos comentado en este mismo capítulo, al hacer referencia a los pactos especiales.

Tenemos, también, poderes prohibidos, tanto para las provincias como para el Estado federal. En general, la existencia de poderes delegados o no delegados significa, expresa o implícitamente, que esas competencias devienen prohibidas, ya sea para el delegante (las provincias) o para quien no cuenta con tal delegación (el Estado federal), salvo los casos eventuales de concurrencia de facultades o de poderes reservados.

* Sin embargo, la doctrina ha destinado la denominación "poderes prohibidos" para hacer referencia, en particular, a los que están expresamente vedados por la Constitución Nacional para ser ejercidos por las provincias (arts. 126 y 127).

Hay poderes que son concurrentes porque se trata de facultades que pueden ser ejercidas conjunta o separadamente por el Estado federal y las provincias. Tal es el caso de la atribución de establecer impuestos indirectos internos (art. 75, inc. 2º) o de las relativas al bienestar general, referidas concordantemente en los arts. 75, inc. 18 y 125 de la Constitución.

d) Relaciones de igualdad y cooperación

En estos casos son tratadas como tales aquellas que ponen de manifiesto, especialmente, la igualdad de los Estados locales y la necesaria colaboración entre ellos. Proviene, en consecuencia, de vinculaciones que tienen como protagonistas a las provincias entre sí y no con relación al Estado federal. Son ejemplos de este tipo de relación, la fe de que gozan los actos públicos de una provincia en las demás (art. 7º); la igualdad de derechos entre los habitantes de las provincias y la recíproca obligación de éstas respecto de la extradición de criminales (art. 8º).

IV. LAS PROVINCIAS

En nuestra organización estadual los Estados locales reciben el nombre de "provincias". Éstas constituyen unidades orgánicas cuya integridad territorial está garantizada, gozan de sus propias atribuciones y se gobiernan por sí mismas. Están dotadas de autonomía, de modo que tienen capacidad para dictarse sus propias leyes respetando ciertas condiciones establecidas por la Constitución (arts. 5º, 31 y 123). La soberanía, empero, es sólo patrimonio del Estado federal. Tienen personalidad jurídico-política.

Las provincias más antiguas (llamadas "históricas"), preexistentes al propio Estado federal, fueron factor decisivo para su creación. Se trata de las catorce provincias originarias, trece de las cuales fueron las que dieron origen a la Constitución Nacional de 1853³. La restante (Buenos Aires) se integró a partir de la firma del Pacto de San José de Flores, el 11 de noviembre de 1859, que posibilitó la revisión constitucional de 1860.

Entre 1951 y 1956, ocho territorios nacionales fueron provincializados, dando lugar a lo que se conoció como "nuevas provincias"⁴.

En 1990, por la ley 23.775, se creó la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, que dictó su primera Constitución el 17 de mayo de 1991.

a) Indestructibilidad

La Constitución Nacional garantiza a las provincias su integridad territorial.

El art. 13 dispone que "podrán admitirse nuevas provincias en la Nación; pero no podrá erigirse una provincia en el territorio de otra u otras, ni de varias formarse una sola, sin el consentimiento de la Legislatura de las provincias interesadas y del Congreso".

Sobre la base de esta disposición constitucional se ha afirmado el carácter indestructible de las provincias, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido expresamente, recurriendo a una difundida expresión acuñada por el juez Chase, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso "Texas v. White", según la cual "la

³ Santa Fe, Entre Ríos, Corrientes, Tucumán, Salta, Jujuy, Santiago del Estero, Catamarca, Córdoba, La Rioja, San Juan, San Luis y Mendoza.

⁴ Provincias del Chaco y de La Pampa (creadas por ley 14.037 del 8/8/1951); provincia de Misiones (creada por ley 14.294 del 10/12/1953); provincias de Formosa, Neuquén, Río Negro, Chubut y provincia de Patagonia (creadas por ley 14.408 el 15/6/de 1955). Mediante dec. 21.178 del 22/11/1956 que modificó la ley 14.408, se anuló la creación de la provincia de Patagonia, creándose la provincia de Santa Cruz.

Nación es una unión indestructible de Estados indestructibles” (caso “Cardillo, José v. SAIC Marconetti Ltda.” de 1958⁵).

Sin embargo, creemos que este carácter, como lo afirma Sagüés, es relativo⁶. El propio art. 13 permite que se unan dos o más provincias o que una se divida en dos o más –hipótesis, todas ellas, que pueden suponer la desaparición de alguna provincia–. Desde luego, para que ello ocurra la Constitución determina recaudos severos, requiriendo tanto el consentimiento de las provincias interesadas como el del Congreso de la Nación, lo cual garantiza la integridad territorial de las provincias.

b) Límites

La Constitución Nacional le asigna al Congreso la atribución de fijar los límites de las provincias. Esta facultad privativa del órgano deliberativo nacional, si bien es unilateral, debe ser ejercida conforme a los principios y las normas constitucionales. No podrá, en consecuencia, el Congreso afectar arbitrariamente la integridad territorial de una provincia al fijar sus límites con otra.

Si el conflicto se produce después de que los límites han sido determinados por el Congreso, le corresponde a la Corte Suprema de Justicia dirimir la cuestión (arts. 116, 117 y 127).

c) Delimitación de poderes y autonomía provincial

Todo sistema federal supone la delimitación de poderes entre el Estado federal y los Estados miembros. También, la asignación de la soberanía como cualidad del primero y el reconocimiento de la autonomía como atributo necesario de los segundos.

Esa delimitación, en nuestro Estado, es efectuada sobre la base de un principio general, según el cual las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al gobierno federal, además del que se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación (art. 121). En la Constitución, los poderes federales son, en consecuencia, expresos y han sido previamente delegados. Los de las provincias, en cambio, son remanentes o residuales.

No obstante la adopción de este principio, los poderes provinciales aparecen recortados. La primera limitación surge de la propia Constitución, la cual, apartándose en este aspecto, del modelo norteamericano, estableció un federalismo más atenuado. La otra restric-

⁵ Fallos 240:311.

⁶ SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 289.

ción de los poderes provinciales emana de la Constitución material: la realidad ha impuesto una clara hegemonía del poder central. Esta distorsión –como dice Frías– ha sido llevada a cabo por el gobierno federal sin adecuada resistencia de las provincias, generando un comportamiento tendencialmente unitario, pese a la estructura federal⁷.

En el caso “Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe v. Provincia de Santa Fe” de 1994⁸, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó el derecho que tienen las provincias para regirse por sus propias instituciones y elegir por sí mismas a sus gobernadores y demás autoridades, sin intervención del gobierno federal (art. 122, CN), ante la impugnación de inconstitucionalidad del art. 64 de la Constitución de esa provincia, que prohíbe la reelección inmediata del gobernador⁹.

d) Conflictos interprovinciales

La Constitución obliga a las provincias a afianzar sus lazos de paz con las demás. Es ésta una consecuencia de las finalidades que motivaron la creación de nuestro Estado, entre las cuales figura la de “consolidar la paz interior”, como lo expresa el Preámbulo.

En armonía con ese objetivo liminar, el art. 127 de la Constitución expresa:

Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el gobierno federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley.

En esta norma se refleja, indudablemente, el recuerdo de nuestro pasado histórico, cargado de luchas intestinas, que demoraron por tanto tiempo la organización nacional.

V. LA GARANTÍA FEDERAL

La autonomía reconocida a las provincias tiene como únicos límites los establecidos por la Constitución Nacional. Así, deben dictarse

⁷ FRÍAS, Pedro J., “La provincia argentina”, separata de la *Revista del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba*, nro. 28, 1976, ps. 18/20.

⁸ Fallos 317:1195.

⁹ Un detalle exhaustivo de la evolución de la doctrina judicial sobre el tema puede verse en SPOTA (h.), Alberto A., “Aproximación a la autonomía provincial a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, t. XXXV, Buenos Aires, 2008, p. 347.

sus constituciones, pero éstas tendrán que establecer el sistema de gobierno representativo republicano, conforme a los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, además de asegurar su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria (art. 5°).

Nuestros constituyentes estimaron conveniente no sólo proclamar la autonomía de las provincias y las condiciones bajo las cuales ella debe ser ejercida, sino también consagrar el compromiso del Estado federal de contribuir a asegurarla.

Por eso, la última parte del mismo art. 5° de la Constitución expresa:

Bajo de estas condiciones el gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

Esta cláusula es conocida con el nombre de "garantía federal". Se suele considerar como su fuente el art. 5° de la Constitución de Suiza de 1848. Nos inclinamos a sostener, por nuestra parte, que su antecedente es el art. 133 de la Constitución Federal para los Estados Unidos de Venezuela de 1811¹⁰.

Se trata de una garantía pública o institucional que se diferencia, en tal sentido, de las garantías individuales o personales. El gobierno federal debe ejercerla tanto por omisión —no entorpeciendo la autonomía— como por acción. En este caso deberá adoptar las medidas necesarias para preservarla o restablecerla: advertencias a sus autoridades; requerimientos a sus gobernadores para que actúen como agentes del gobierno federal (art. 128); prestarles auxilio económico (art. 75, inc. 9°); intervenir sus instituciones (art. 6°), etcétera.

La realidad muestra, sin embargo, que el Estado federal no ha sido el mejor protector de las autonomías provinciales. Al contrario, la principal amenaza de esas autonomías proviene del propio poder central, lo cual ha deteriorado seriamente el federalismo previsto por la Constitución.

VI. LA INTERVENCIÓN FEDERAL

a) Concepto

La intervención federal constituye uno de los instrumentos extraordinarios o de excepción del derecho constitucional, mediante el cual el Estado federal, en casos de grave emergencia, interfiere en la

¹⁰ Que en nuestro país se conocía esta Constitución lo demuestra RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas*, t. III, Casa Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1937, ps. 690 y 910.

autonomía de las provincias a los efectos de asegurar el cumplimiento de fines superiores establecidos por la Constitución Nacional.

Se halla prevista en el art. 6° de la Ley Fundamental, cuya fuente originaria, según ha entendido la doctrina, es el art. 6° de la Constitución suiza de 1848. Pensamos, empero, que la norma tiene su antecedente más claro en el art. 134 de la Constitución Federal para los Estados Unidos de Venezuela de 1811¹¹. Respecto de la Constitución suiza, entendemos que no se debería descartar la influencia de su art. 16.

La Constitución de 1853 la había previsto en términos aún más amplios que los establecidos en la redacción actual de la norma, que proviene de la reforma constitucional de 1860.

b) Causas

Las causales que pueden motivar la intervención federal de una provincia están especificadas en el art. 6° de la Constitución. Pueden ser agrupadas en dos categorías diferentes conforme al trámite o la modalidad que se deba seguir. En algunos casos, la intervención puede ser dispuesta por el gobierno federal por sí mismo, es decir, sin mediar requerimiento de las autoridades constituidas de la provincia. En otros, en cambio, la Constitución determina el requerimiento previo de parte de aquéllas.

Dentro del primer grupo ubicamos dos causales en el texto del art. 6°: a) garantizar la forma republicana de gobierno y b) repeler invasiones exteriores.

La primera es la más amplia y la que tiene límites más difusos. Se altera la forma republicana de gobierno cuando son afectadas la libertad y la igualdad de los habitantes; cuando se desconoce la división de poderes o el sistema representativo; cuando se produce un vacío de poder; cuando no se cumplen las condiciones fijadas por el art. 5° de la Constitución; cuando se altera el orden público, etc. Para que se configure esta causal será necesario que la perturbación sea manifiestamente grave y que el instrumento de la intervención federal aparezca como el más idóneo para superar la crisis.

El gobierno federal puede también intervenir por sí solo en las instituciones provinciales para repeler invasiones exteriores. Esta causal es más precisa que la anterior y, en consecuencia, de más difícil

¹¹ Disponía la citada norma: "También afianza a las mismas provincias su libertad e independencia recíproca en la parte de su soberanía que se han reservado, y siendo justo y necesario proteger y auxiliar a cada una de ellas contra toda invasión o violencia doméstica, con la plenitud de poder y fuerza que se le confía para la conservación de la paz y seguridad general; siempre que fuere requerido para ello por la Legislatura provincial, o por el Poder Ejecutivo cuando el Legislativo no estuviere reunido, ni pudiese ser convocado".

configuración. Si bien la Constitución expresa que el motivo de la intervención es el de “repeler” la invasión exterior, creemos que no es estrictamente necesario que se haya consumado la invasión para que proceda la intervención; basta, en nuestro criterio, la amenaza, que debe ser cierta, inminente y grave.

Para el segundo grupo de causales es necesario el requerimiento previo de las autoridades constituidas de la provincia. Ubicamos en esta categoría las causales descriptas en la última parte del art. 6º, es decir, la intervención con el propósito de sostener o restablecer a las autoridades, si hubieran sido depuestas por sedición o por invasión de otra provincia.

Interpretamos que el término “sedición” debe ser entendido en el sentido amplio de alzamiento o asonada y no en el sentido específico de delito. Del mismo modo, el verbo “deponer” comprende, en nuestra opinión, la amenaza cierta y grave.

En cambio, consideramos que fueron manifiestamente inconstitucionales las intervenciones “preventivas” —que afectaron a varias provincias (entre ellas, Buenos Aires)— dispuestas por el entonces presidente Arturo Frondizi, mediante el dec. 2542/1962, ante el triunfo de candidatos peronistas en las elecciones realizadas el 18 de marzo de 1962. En estos casos, la supuesta amenaza a que aludía el gobierno nacional no tenía relevancia alguna para efectivizar esa medida de emergencia. Se había invocado, en la ocasión, el propósito de garantizar la forma republicana de gobierno.

La necesidad del requerimiento de la autoridad local es insustituible si se invoca el segundo grupo de causales.

El concepto de “autoridades constituidas” comprende tanto a los tres poderes del Estado como también a un eventual órgano constituyente.

c) Competencia para decidirla

El art. 75, en su inc. 31, establece:

Corresponde al Congreso: [...] disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires.

A su vez, el art. 99, en su inc. 20, dispone que el Poder Ejecutivo “decreta la intervención a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso, y debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento”. Ambas cláusulas fueron incorporadas a la Constitución —con buen criterio, a nuestro entender— por la reforma de 1994.

Antes de la referida revisión constitucional y en vista de la sola y ambigua mención del art. 6º, había disímiles criterios de interpre-

tación. Participábamos, no obstante, de aquel que sostenía que la naturaleza excepcional de la institución, que permite una intromisión federal extraordinaria en las autonomías locales, indicaba la necesidad de que fuese el Congreso el que dispusiera la medida, pues en él se hallan representadas en la forma más directa la soberanía popular y las provincias. También se sostenía, en apoyo de esta posición, que el Congreso gozaba de poderes implícitos (actual art. 75, inc. 32) y se recalca la analogía con el estado de sitio (actuales arts. 61, 75, inc. 29 y 99, inc. 16).

La práctica de la intervención federal, en nuestro país, muestra que un considerable número de intervenciones han sido dispuestas por el Poder Ejecutivo.

d) Alcances de la intervención

La intervención federal puede tener distintos alcances. En algunos casos —los más frecuentes— comprende a los tres poderes de la provincia; en otros, a uno o dos de ellos.

Si la intervención federal abarca a los tres poderes, se designa a un interventor federal quien se hace cargo del Poder Ejecutivo provincial; se disuelve al Poder Legislativo y se declara en comisión al Poder Judicial, lo cual implica suspender la inamovilidad de los magistrados judiciales.

En contadas oportunidades, las intervenciones federales no han tenido el propósito de sustituir a las autoridades provinciales, sino el sostenimiento o la reposición de ellas (casos de Corrientes en 1862 y Córdoba en 1867).

La reforma constitucional de 1994 agregó la posibilidad de intervención de la ciudad de Buenos Aires (arts. 75, inc. 31 y 99, inc. 20). Creemos que ello es consecuencia del rango prominente que dicha enmienda le otorgó a la actual Capital de la República, que incluye el reconocimiento de su autonomía (art. 129).

e) Designación y facultades del interventor

La Constitución Nacional no contempla forma alguna de designación del interventor federal. Es más: ni siquiera menciona a ningún funcionario con tal nominación.

No se duda, empero, en afirmar que el interventor federal debe ser designado por el Poder Ejecutivo nacional. Ello es una consecuencia de la atribución que el presidente de la República tiene en virtud de la disposición del art. 99, inc. 7º, última parte, el cual determina que

“por sí solo nombra y remueve [...] los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por esta Constitución”.

En relación con las facultades del interventor, ellas surgen, en principio, del acto de la intervención (ley del Congreso o decreto del Poder Ejecutivo, según las circunstancias), además de las instrucciones que le imparta el presidente de la Nación, que deberán estar en consonancia con las finalidades que procura la intervención federal. En este aspecto, convendrá recordar que el interventor es un funcionario federal y que se halla sujeto, por tanto, al cumplimiento de la Constitución Nacional, la ley que haya dispuesto la intervención y las instrucciones del presidente.

Una cuestión interesante para dilucidar es la que plantea si el interventor le debe acatamiento a la Constitución local y a sus leyes. Entendemos que en principio corresponde que así sea. La intervención en modo alguno autoriza a hacer tabla rasa con el ordenamiento jurídico local. Como excepción, hay que reconocer que el interventor federal puede apartarse de él cuando ello sea absolutamente indispensable para cumplir con las finalidades de la intervención.

En cuanto a la figura del interventor, la Corte Suprema de Justicia de La Nación en una acción suscitada con motivo de la intervención, dispuesta durante la presidencia de Néstor Kirchner, a la provincia de Santiago del Estero en la que el interventor había iniciado un proceso de reforma constitucional, ha expresado: “El interventor federal tiene un doble carácter, y, en consecuencia, también lo tienen los actos que realiza; representa al gobierno federal, pero es también un representante promiscuo y necesario de la provincia hasta tanto sean reorganizados los poderes locales, es decir que actúa con una doble personalidad y realiza actos que gozan de una u otra naturaleza y que pueden ser calificados de diversa manera...”¹².

f) Revisión judicial

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que la declaración de intervención federal de una provincia es un acto político no judicial. La primera manifestación en este sentido se registró en el caso “Cullen, Joaquín M. v. Llerena, Baldomero” de 1893¹³. El

¹² Fallos 327:3852, “Zavallá, José Luis v. Santiago del Estero, Provincia de y Estado Nacional s/amparo”, del 21/9/2004.

¹³ Fallos 53:420. Sostuvo la Corte: “La intervención nacional en las Provincias, en todos los casos en que la Constitución la permite o prescribe, es un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde exclusivamente a los poderes políticos de la nación, y sus decisiones al respecto, no pueden ser controvertidas por el departamento judicial... Los actos

mismo criterio fue reiterado en otros pronunciamientos judiciales (caso “Orfila, Fernando” de 1929¹⁴, entre muchos otros) y por el momento no reconoce excepciones.

g) Práctica de la intervención federal

En la práctica institucional se advierte una deformación de la intervención federal, la cual, lejos de ser considerada un remedio excepcional y de emergencia para restablecer la autonomía provincial, ha sido usada con demasiada frecuencia para sojuzgar a las provincias cuyos gobiernos ejercían oposición contra las políticas del gobierno federal.

En 160 años de vida institucional, bajo la vigencia de la Constitución Nacional, el gobierno federal se valió del recurso de la intervención en ciento sesenta y ocho oportunidades¹⁵. La cifra es alarmante si consideramos los largos períodos de gobiernos *de facto* durante los cuales no se puede hablar de intervenciones federales, aunque sí de suspensión de las autonomías provinciales.

El gobierno constitucional que dispuso el mayor número de intervenciones federales fue el de Hipólito Yrigoyen (1916-1922), en veinte oportunidades. Durante la presidencia de Raúl Alfonsín (1983-1989), en cambio, no se registró ninguna intervención, convirtiéndose así en el primer gobierno que desde 1853 no utilizó el recurso previsto en el art. 6°.

Durante la primera presidencia de Carlos Menem (1989-1995), se intervinieron las provincias de Tucumán (1991); Catamarca (1991); Corrientes –en tres oportunidades– (1991), y Santiago del Estero (1993).

Durante la presidencia de Fernando De La Rúa, se dispuso la intervención a la provincia de Corrientes (1999) y durante el gobierno de Néstor Kirchner (2003-2007) se intervino a la provincia de Santiago del Estero (2004).

Cabe acotar, además, que la inmensa mayoría de las intervenciones federales fueron realizadas invocando la necesidad de garantizar la forma republicana de gobierno, seguramente por ser la más amplia de las causales previstas por la Constitución y también la más ambigua.

políticos de los poderes políticos de la nación, disponiendo su intervención en las provincias, no fundan un caso judicial”.

¹⁴ Fallos 154:192.

¹⁵ Conf. VÍTOLO, Alfredo, *Emergencias constitucionales. Intervención federal*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2007, p. 664.

El abuso en el empleo de esta institución de emergencia ha generado la necesidad de fijarle un límite más preciso al gobierno federal. Se ha intentado reglamentar el art. 6° de la Constitución, pero sin éxito. En 1869, el Congreso de la Nación sancionó dos iniciativas en ese sentido; ambas merecieron el veto del presidente Sarmiento.

También las provincias –sobre todo en el último ciclo de ejercicio del poder constituyente derivado (a partir de 1986)– han adoptado previsiones con respecto a los efectos de las intervenciones federales. Tales cláusulas están inspiradas en el natural y lógico recelo que las provincias tienen hacia el gobierno federal dado el comportamiento de éste; empero, son de dudosa efectividad.

VII. LA REGIÓN

La región hace referencia al agrupamiento social existente en un espacio territorial habitualmente no coincidente con los límites políticos; generado como consecuencia de necesidades étnicas, geográficas, económicas, políticas, culturales, etc., que crea entre sus integrantes un sentido de pertenencia en relación al fin común que motiva su existencia.

Existen regiones plenarias y regiones sectoriales. En el primer caso, el agrupamiento se hace en forma general. En el segundo, lo que motiva la existencia de la región son determinados fines específicos: el desarrollo económico, los recursos naturales, la salud, el uso del agua, la seguridad, etc. En el caso de las regiones sectoriales un mismo espacio territorial puede pertenecer a dos o más regiones.

En los Estados federales las regiones pueden constituir entidades políticas de decisión intermedia que, por lo general, se ubican institucionalmente entre el Estado central y los Estados miembros. En estos casos las regiones se convierten en sujetos de la relación federal.

Otra variante, dentro del Estado federal, son las regiones instrumentales; en estos casos se permite su existencia pero no pueden constituir un nivel de decisión política distinto de la del Estado central y de los Estados miembros, a los cuales no interfiere. A estas regiones se las denomina, por tal razón, adjetivas.

El proceso de regionalización, en cambio, puede partir de una decisión unilateral del poder central que crea las regiones o, por el contrario, de los propios Estados miembros que deciden su conformación. En el primer caso se hace referencia a las regiones verticales; en el segundo a las regiones horizontales.

Como una variante distinta de las anteriores pueden mencionarse la denominada regionalización concertada en la cual converge la vo-

luntad de los Estados miembros en crear la región y el estado central en aceptarla. En estos casos generalmente las regiones tienen origen en un pacto o convenio interjurisdiccional.

Si bien en la realidad la existencia de regiones en nuestro país, al menos en forma incipiente, es un hecho de larga data, la Constitución Nacional recién reparó en ellas con la reforma de 1994. Antes encontraban justificación en los poderes no delegados por las provincias (art. 121, CN), siempre que no se asignasen a las regiones fines políticos (arts. 125 y 126, CN).

El art. 124 de la Constitución Nacional, incorporado en aquella oportunidad, dispone que “las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines [...]”. A su vez, el art. 75 de nuestra Ley Fundamental establece que es facultad del Congreso de la Nación “proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones [...] (inc. 19, párr. 2°).

Las regiones previstas por el constituyente reformador son regiones adjetivas porque no pueden tener fines políticos. La región no es un nuevo sujeto de la relación federal, ésta sigue teniendo como actores al Estado central, a las provincias, a los municipios de las provincias y a la ciudad de Buenos Aires; esta última después de la reforma constitucional de 1994.

Desde la perspectiva de su creación, las regiones mencionadas por la Constitución son horizontales toda vez que son las provincias quienes las pueden crear. Ello no implica abdicar de una política de concertación que constituye el marco más adecuado para que tanto el Estado federal como las provincias contribuyan solidariamente al bienestar general.

En ese sentido se enmarca, también, la cuestión vinculada a la necesidad o no de la aprobación por parte del Congreso de la Nación del instrumento mediante el cual se constituyan las regiones que generalmente será un tratado interjurisdiccional. Entendemos que este requisito mencionado en el art. 124 de la Constitución Nacional, conforme surge de su texto, resulta sólo aplicable respecto de los tratados internacionales que celebren las provincias. Sin embargo, recordemos que el conocimiento del Congreso es condición requerida para que las provincias puedan celebrar tratados (art. 125, CN).

Ello no significa que se requiera la autorización expresa del Congreso de la Nación aprobando el convenio; lo necesario es simplemente el conocimiento. Será el Congreso, como órgano político del Estado, el que eventualmente evaluará si debe pronunciarse al respecto y el modo

en que debe hacerlo siempre en conformidad con las atribuciones establecidas por la Constitución Nacional.

VIII. LA CAPITAL DE LA REPÚBLICA

La Convención Constituyente de 1853 estableció en el art. 3° de la Constitución:

Las autoridades que ejercen el gobierno federal residen en la ciudad de Buenos Aires, que se declara Capital de la Confederación por una ley especial.

Esta cláusula constitucional provocó graves conflictos. Como se recordará, Buenos Aires no había tomado parte en dicha Convención. Se hallaba separada de las trece provincias que concurrieron a Santa Fe en 1853 y, además, había sancionado su propia Ley Fundamental en 1854: la Constitución del Estado de Buenos Aires. La redacción del art. 3° de la Constitución Nacional generó, entonces, un profundo malestar en Buenos Aires, que se agravó con la sanción de la ley sobre la Capital, ocurrida el 4 de mayo de 1853, la cual no fue aceptada por Buenos Aires. Ello obligó a Urquiza a fijar la residencia de las autoridades federales en la ciudad de Paraná.

Cuando el 11 de noviembre de 1859 se suscribió el Pacto de San José de Flores, se convino que quedaba a salvo la integridad del territorio de Buenos Aires, el cual no podía ser dividido sin el consentimiento de su Legislatura (art. 5°).

En la Convención Constituyente de 1860, el debate sobre la cuestión de la capital ocupó uno de los lugares más destacados. Prevalció el criterio de no establecer la capital por medio de la Constitución y requerir la previa cesión, por parte de la Legislatura provincial, del territorio que se iba a federalizar. En realidad, la norma tenía un destinatario concreto, que no podía ser otro que Buenos Aires; pero ahora no aparecía como una imposición de las demás provincias, sino que el Congreso sería el encargado de declararla. Por lo demás, el consentimiento previo de la Legislatura provincial abría el camino del diálogo y del acuerdo. Éste recién tomó forma definitiva durante la presidencia de Avellaneda, en 1880, en que se sancionó la ley nacional 1029.

La Legislatura de la provincia de Buenos Aires aceptó, ese mismo año, la cesión del territorio de la ciudad de Buenos Aires para residencia de las autoridades federales. El 19 de noviembre de 1882, el gobernador de la provincia de Buenos Aires, Dardo Rocha, fundó la ciudad de La Plata, donde se estableció la capital de la provincia.

A partir de entonces hubo varios intentos de trasladar la Capital Federal a otro lugar del país. El último de ellos fue el resuelto por la ley 23.512¹⁶ mediante la cual se dispuso el traslado de la capital a una zona comprendida por las actuales ciudades de Viedma y Guardia Mitre (Río Negro) y Carmen de Patagones (Buenos Aires). Tanto la Legislatura de Río Negro como la de Buenos Aires cedieron ese territorio para su federalización mediante las leyes 2086 y 10.454, respectivamente. El intento se vio luego frustrado en su realización por los acontecimientos políticos que sobrevinieron, que hicieron virtualmente imposible su concreción.

La reforma constitucional de 1994, si bien no alteró el art. 3° de la Constitución Nacional, al otorgarle un reconocimiento institucional explícito a la ciudad de Buenos Aires, sólo dejó a salvo para la Capital de la República, por su única condición de tal, algunas previsiones mínimas (arts. 45, 75, inc. 30 y 129).

IX. LOS TERRITORIOS NACIONALES

Al organizarse nuestro Estado federal quedó un importante territorio remanente que no pertenecía a ninguna de las provincias preexistentes. Ello hizo necesaria una previsión constitucional que estableciera su situación jurídica e institucional.

El art. 75, en su inc. 15, dispone que corresponde al Congreso de la Nación "determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales, que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias".

En 1954 se dictó la ley 14.315, orgánica de los territorios nacionales, que reconoció la existencia como tales de Comodoro Rivadavia, Formosa, Neuquén, Río Negro, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego. Poco tiempo antes habían sido provincializados los territorios nacionales del Chaco (1951), La Pampa (1951) y Misiones (1953). Más tarde fueron provincializados los demás, con excepción de Tierra del Fuego.

La ley 23.775, de 1990, provincializó el territorio nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, por lo cual la mención de los territorios nacionales en la Constitución ha perdido relevancia.

Sin perjuicio de no quedar territorios pendientes de provincialización, la República Argentina, conforme a la disposición transitoria

¹⁶ Ley 23.512 (BO 12/6/1987). Traslado de la Capital de la República a las márgenes del curso interior del Río Negro, en jurisdicción de las provincias de Río Negro y Buenos Aires.

primera de la Constitución Nacional de 1994, ha ratificado su legítima e imprescriptible soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional.

La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del Derecho Internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino.

X. LAS ZONAS DE JURISDICCIÓN FEDERAL

El art. 75, inc. 30, de la Constitución establece que compete al Congreso de la Nación "dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines". Este texto es consecuencia de la modificación introducida por la reforma de 1994.

La norma constitucional tiene particular importancia si nos atenemos a la cantidad de establecimientos de utilidad nacional que hay en los territorios de las provincias (dependencias del Poder Judicial federal, de la Policía Federal, de las fuerzas armadas, universidades nacionales, puertos y aeródromos federales, etc.).

Antes de la referida revisión constitucional, la cláusula aparecía menos precisa al disponer que le correspondía al Congreso "ejercer una legislación exclusiva [...] sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión en cualquiera de las provincias, para establecer fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional" (art. 67, inc. 27).

Con respecto a la interpretación de esa norma constitucional, la Corte Suprema de Justicia venía elaborando una copiosa doctrina judicial que en muchos aspectos mostraba concordancia a lo largo del tiempo. Así, había establecido que la atribución de legislar que el inc. 27 del art. 67 le otorgaba al gobierno federal era amplia y comprendía también la de administrar y juzgar (caso "Fisco de la Provincia de Buenos Aires v. Frigorífico Swift de La Plata" de 1943¹⁷).

También se había decidido que no bastaba la existencia del lugar adquirido por la Nación, sino que era necesario que en él se instalara el establecimiento de utilidad nacional. No alcanzaba, en consecuencia,

¹⁷ Fallos 197:292.

el dominio, sino que se requería, además, la afectación (caso "Frigorífico Armour de La Plata v. Provincia de Buenos Aires" de 1929¹⁸).

Igualmente, había sostenido la Corte Suprema de Justicia que a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos, en nuestro país "no es indispensable la intervención de las legislaturas provinciales para que el Congreso ejerza su derecho de legislación exclusiva sobre los lugares adquiridos por compra o cesión a cualquiera de las provincias, para el establecimiento de fortalezas, arsenales u otros establecimientos de utilidad nacional" (casos "Frigorífico Armour de La Plata v. Provincia de Buenos Aires" y "Marconetti, Boglione y Cía. v. Municipalidad de Santa Fe", ambos de 1929¹⁹).

Sin embargo, la problemática más compleja era la que se había planteado acerca de la extensión que tenía esta jurisdicción federal y los efectos que generaba respecto de la jurisdicción provincial.

Hasta 1968, la jurisprudencia de la Corte Suprema había mostrado un criterio vacilante. En algunos casos sostuvo la concurrencia de atribuciones en el sentido de mantener subsistentes aquellas facultades de la provincia que no entorpecieran el cumplimiento de la finalidad del establecimiento de utilidad nacional (casos "Caminos y Construcciones Argentinas SA v. Provincia de Entre Ríos" de 1945; "Cardillo, José v. Marconetti Ltda." de 1958; "Quesada, Urbano Julio v. Martínez, Guillermo y Cía." de 1960; "Municipalidad de Santa Fe v. Marconetti Ltda." de 1964²⁰).

En otros casos —los más—, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió que las atribuciones otorgadas al gobierno federal por el entonces art. 67, inc. 27 de la Constitución Nacional eran exclusivas y excluyentes de cualquier otro poder, incluso del de las propias provincias donde el establecimiento de utilidad nacional se hallaba instalado (casos "Frigorífico Armour de La Plata v. Provincia de Buenos Aires" de 1929; "Frigorífico Armour de La Plata v. Provincia de Buenos Aires" de 1933 y "Provincia de Buenos Aires v. Frigorífico Swift de La Plata" de 1943²¹).

A partir de 1968, la Corte adoptó una postura más firme al entender que los lugares sometidos a la jurisdicción nacional quedaban virtualmente federalizados y, en consecuencia, sustraídos absolutamente de toda jurisdicción provincial (caso "Marconetti Ltda. SAIC" de 1968²²).

¹⁸ Fallos 155:104.

¹⁹ Fallos 155:104 y 154:312, respectivamente.

²⁰ Fallos 201:536, 240:311, 248:824 y 259:413, respectivamente.

²¹ Fallos 155:104, 168:96 y 197:292, respectivamente.

²² Fallos 271:186.

Siguiendo este criterio, sostuvo más tarde que “la cláusula del art. 67, inc. 27, de la Constitución nacional importa reservar al gobierno federal, de modo exclusivo y excluyente, la potestad de legislar, ejecutar y juzgar en los lugares adquiridos por compra o cesión en cualesquiera de las provincias, para instalar establecimientos de utilidad nacional; exclusividad que, consecuentemente, implica la negación del ejercicio simultáneo, en esos lugares, de análogas funciones provinciales” (caso “De Luna, Rosa v. International Air Catering Aeropuerto Ezeiza” de 1971²³).

En 1976 se inició una tercera etapa en la jurisprudencia de la Corte que retomó el criterio de concurrencia de jurisdicciones en la medida en que no se afectara la finalidad del establecimiento de utilidad nacional (caso “Brizuela, Pablo César v. Cía. Swift SA” de 1976²⁴).

Pese a que este último criterio era más respetuoso de las autonomías provinciales, entendíamos que el tema merecía un replanteo tanto en el plano constitucional como en el legislativo. En muchas ocasiones, esta facultad federal era utilizada abusivamente y en abierta contradicción con el principio de integridad territorial establecido en el art. 13 de la Constitución. Ello justifica las prevenciones que adoptaron algunas nuevas constituciones provinciales.

La reforma constitucional de 1994, con buen criterio, ha determinado que las provincias y los municipios, en estos casos, “conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines” (art. 75, inc. 30). Ello implica consagrar en el texto constitucional la última y mejor jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sin embargo, hubiésemos preferido que la conjugación del verbo “conservar” estuviera en tiempo presente y no en futuro. Esta diferencia podría dar lugar a que se interpretara la cláusula constitucional como una nueva disposición programática, lo cual podría frustrar en buena medida el sentido valioso de la reforma.

La Corte, empero, ha dado muestras de privilegiar el verdadero sentido de la norma constitucional al resolver el caso “Operadora de Estaciones de Servicios SA v. Municipalidad de Avellaneda” de 1998²⁵, aunque en él no realiza una cita expresa de ella.

²³ Fallos 281:407.

²⁴ Fallos 296:432.

²⁵ Fallos 321:1052.

XI. EL RÉGIMEN MUNICIPAL

a) Concepto

Los municipios son entidades naturales y necesarias que como tales han precedido a su creación legislativa. Han actuado, tradicionalmente, como verdaderos refugios del hombre al amparo de principios de asistencia recíproca y de solidaridad. Su finalidad es la realización del bien común en el ámbito local. En la actualidad presentan, en algunos casos, problemáticas complejas; en particular, las vinculadas a las grandes concentraciones humanas.

b) Sistemas de organización

Desde la perspectiva del ámbito geográfico o territorial en que se asientan los municipios, cabe distinguir diferentes sistemas de organización: el municipio-partido, el municipio-ciudad y el municipio-distrito.

En el sistema de organización del municipio-partido, el territorio provincial se divide en partidos, de manera que la superficie de todos ellos coincide con la superficie de la provincia; por ende, todo espacio territorial pertenece a un municipio.

En estos casos existe una ciudad principal o cabecera, donde tienen su asiento las autoridades municipales y otros centros de población, donde funcionan delegaciones municipales. Éstas son meras descentralizaciones administrativas del gobierno municipal y sus autoridades son elegidas por el intendente municipal. Es el sistema imperante en la provincia de Buenos Aires y, según entendemos, el menos aconsejable para que el municipio cumpla su función esencial.

Otra variante de organización territorial la constituye el municipio-ciudad. En este caso, el ámbito geográfico del municipio sólo comprende el ejido urbano o, en las variantes más amplias, el lugar hasta donde llegue la prestación efectiva de servicios públicos por el municipio.

Como lo expresa Zuccherino, ésta es la idea antitética con referencia a la tesis del municipio-partido y representa la de mayor pureza técnica²⁶. Creemos que es la que rescata en más alto grado la función del municipio como comunidad natural y necesaria. Es el sistema más difundido tanto en nuestro país como en el derecho comparado. En el orden local lo establecen, entre otras, las provincias de Córdoba, Chubut y Entre Ríos.

²⁶ ZUCCHERINO, Ricardo M., *Tratado de derecho federal estadual y municipal*, t. III, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 14.

El sistema del municipio-distrito constituye una variante intermedia de las anteriores. En la ciudad principal tiene su asiento el municipio y en los núcleos urbanos y rurales más importantes se instalan centros o juntas vecinales —generalmente llamadas “comisiones de fomento” o “comunas”— que son elegidas por los propios vecinos. Es el sistema que estableció la Constitución de Santa Fe de 1921.

c) Autonomía municipal

La referencia que hace la Constitución Nacional con respecto a los municipios es breve y escueta. El art. 5° requiere, entre las condiciones que las provincias necesitan para hacerse acreedoras de la garantía federal, el establecimiento de su propio “régimen municipal”.

Esta expresión de nuestra Ley Fundamental ha sido interpretada por la doctrina con alcances muy diversos. Algunos autores de singular prestigio han considerado que esa manifestación del constituyente sólo implicaba el reconocimiento de los municipios como entidades autárquicas, es decir, como meras descentralizaciones del gobierno provincial. Participan de este criterio, entre otros, Linares Quintana, César Enrique Romero y Bielsa²⁷.

Otros autores, igualmente importantes, han venido abogando por una interpretación más amplia. Entienden que la referencia del art. 5° es un virtual reconocimiento de los municipios autónomos, es decir, aquellos con capacidad para legislarse por sí mismos. Es el criterio que enseñan, entre otros, Bidart Campos, Bernard, Vanossi y Sagüés²⁸ y que compartimos.

Cabe acotar que la ciudad de La Plata es sede de una importante escuela de derecho municipal, iniciada en su oportunidad por el profesor Adolfo Korn Villafañe, que con atrevimiento intelectual sostuvo, hace ya más de 65 años, la doctrina de la república representativa municipal como expresión amplia de la autonomía comunal²⁹. Uno de sus más destacados discípulos, el profesor Tomás Diego Bernard,

²⁷ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Gobierno y administración de la República Argentina*, t. II, Tea, Buenos Aires, 1959, p. 64; ROMERO, César E., *Derecho constitucional*, t. I, Zavallía, Buenos Aires, 1975, p. 103; BIELSA, Rafael, *Principios de régimen municipal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, ps. 29/40.

²⁸ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. I, p. 165; BERNARD, Tomás D., *Vigencia de la república representativa municipal*, Instituto de Derecho Municipal y Urbanismo, Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1988, ps. 17 y ss.; VANOSI, Jorge R., *El municipio*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1984, p. 129; SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos...*, cit., t. I, p. 715.

²⁹ KORN VILLAFÑE, Adolfo, *Derecho público político*, edición del autor, Buenos Aires, 1941, ps. 49 y ss.

ha continuado con relevancia intelectual y honestidad académica la misma prédica³⁰.

En el derecho público provincial se observó, en una primera época, una clara tendencia a la autarquía. Era la posición que sustentaban las provincias históricas o preexistentes al Estado federal. Con la creación de las nuevas provincias comenzó a insinuarse firmemente el reconocimiento de la autonomía municipal que también se hizo ostensible en las reformas de algunas constituciones. Este criterio terminó por consolidarse a partir de 1986, cuando se inició un nuevo ciclo de ejercicio del poder constituyente provincial, abiertamente receptivo al criterio de la autonomía.

Al principio, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se inscribió decididamente en la doctrina de la autarquía. Así, en el caso “Municipalidad de La Plata v. Ferrocarril Sud” de 1911³¹, sostuvo que los municipios de las provincias “no son más que meras delegaciones de los mismos poderes provinciales, circunscritas a sus fines y límites administrativos”.

Esta doctrina judicial permaneció vigente durante 78 años, hasta que la propia Corte Suprema resolvió el caso “Rivademar, Ángela v. Municipalidad de Rosario” de 1989³², en el cual, por unanimidad de sus miembros, reconoció el carácter autónomo de los municipios. Al respecto sostuvo que mal se avienen con el concepto de autarquía diversos caracteres de los municipios. Para llegar a esta conclusión, la Corte hizo mención, entre otros, de estos argumentos: el origen constitucional de los municipios; su existencia como entes necesarios de derecho público, conforme al art. 33 del Código Civil; el carácter de legislación local que tienen las ordenanzas; el alcance de sus resoluciones; la existencia de una base sociológica; la elección popular de sus autoridades locales.

La reforma constitucional de 1994 terminó de consolidar este mismo criterio al establecer en el art. 123:

Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el art. 5 asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.

Entendemos que esta expresión del constituyente era necesaria; además es prudente, en cuanto reconoce la autonomía de los municipios, pero subordina su alcance y contenido a aspectos básicos que

³⁰ BERNARD, Tomás D., *Régimen municipal*, Depalma, Buenos Aires, 1976, ps. 89 y ss.

³¹ Fallos 114:282.

³² Fallos 312:326. El fallo ha sido comentado por BIANCHI, Alberto B., en LL 1989-C-47.

deberán ser objeto de reglamentación por cada provincia en su Constitución. Se afirmó la autonomía municipal y se lo hizo con respeto del federalismo.

La Corte Suprema de Justicia de La Nación más recientemente sostuvo que el art. 123 de la Constitución Nacional no confiere a los municipios el poder de reglar las materias que le son propias sin sujeción a límite alguno, les reconoce autonomía en los órdenes “institucional, político, administrativo, económico y financiero” e impone a las provincias la obligación de asegurarla, pero deja librado a la reglamentación que éstas realicen la determinación de su “alcance y contenido”³³.

Asimismo, en el caso “Cadegua SA v. Municipalidad de Junín” de 2004³⁴, refirió –con remisión al dictamen del procurador general– que “se admite un marco de autonomía municipal cuyos contornos deben ser delineados por las provincias, con el fin de coordinar el ejercicio de los poderes que éstas conservan (arts. 121, 122, 124 y 125 de la Constitución Nacional) con el mayor grado posible de atribuciones municipales en los ámbitos de actuación mencionados por el art. 123.

d) Los municipios de convención

Los municipios de convención son aquellos a los cuales se les reconoce un grado de autonomía tal, que les permite dictar sus propias cartas orgánicas o constituciones municipales. O sea, ejercen un poder constituyente de tercer grado, obviamente condicionado a lo estatuido en la Constitución Nacional y en la respectiva Constitución provincial.

Un primer antecedente histórico lo hallamos en la Constitución de Santa Fe de 1921, de efímera vigencia, que estuvo inspirada en el pensamiento de Lisandro de la Torre.

La primera manifestación perdurable de reconocimiento de la existencia de este poder constituyente vecinal advino con la sanción de las constituciones de las nuevas provincias (1956 a 1960); tales los casos de las Constituciones de Chubut (art. 207), Neuquén (art. 186) y Río Negro (art. 176), las tres de 1957 y la de Misiones, de 1958 (art. 170).

El principio rector en esta materia –como lo expresa Bernard– es que las cartas comunales constituyen, por definición, un ordenamiento normativo fundamental, que da basamento cierto al régimen político-económico según las necesidades y los requerimientos del orden local

³³ Fallos 325:1249 (2002).

³⁴ Fallos 327:4103.

y que sanciona el pueblo soberano, los vecindarios, como fuente de poder³⁵.

Fue la ciudad de Santiago del Estero la que dictó su primera Carta Orgánica en 1961, luego de la modificación de la Constitución provincial en 1960.

En el nuevo ciclo de ejercicio del poder constituyente de las provincias, iniciado después de 1983, prevalece netamente el reconocimiento de los municipios de carta o convención³⁶.

e) Régimen municipal de la ciudad de Buenos Aires

La ciudad de Buenos Aires ha adquirido, después de la reforma de 1994, un rango constitucional especial; ello, con independencia de su condición de Capital de la República.

La mención de la “ciudad de Buenos Aires”, que antes de la citada revisión constitucional no tenía cabida en el texto de nuestra Ley Fundamental, ahora aparece en numerosas cláusulas constitucionales: arts. 44, 45, 54, 75 (incs. 2° y 31), 99 (inc. 20), 124, 125 y 129 y disposiciones transitorias 4ª, 7ª y 15ª. Así como antes tenía un rango prominente en su condición de Capital de la República, ahora lo tiene por sí misma, con independencia de esa condición. Es más: ésta limita, mientras continúe siendo Capital, el ejercicio de algunas atribuciones constitucionalmente reconocidas.

El nuevo art. 129 establece, en su primera parte, lo siguiente:

La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea Capital de la Nación.

Ello implica reconocerle a la ciudad de Buenos Aires una situación institucional particular, que excede de la de los municipios de provincia referidos en el art. 5° de la Constitución, pero que no llega a ser, en nuestro criterio, la de una provincia más; al menos, hasta tanto retenga su rango de Capital.

En cuanto a su estatus jurídico, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que “no existe atisbo alguno en el texto de la

³⁵ BERNARD, Tomás D., *Régimen...*, cit., ps. 94 y ss.

³⁶ Así lo establecen las nuevas Constituciones de Catamarca de 1988 (art. 245), Córdoba de 1987–texto de 2001– (art. 182), Formosa de 1991 –texto de 2003– (art. 180), Jujuy de 1986 (art. 188), La Rioja de 1986 –texto de 2001– (art. 154), Río Negro de 1988 (art. 228), Salta de 1986 –texto de 1998– (art. 174), San Juan de 1986 (art. 241), San Luis de 1987 (art. 254), Santiago del Estero de 1986 –texto de 2005– (art. 207) y Tierra del Fuego de 1991 (art. 169).

Constitución Nacional que autorice a calificar a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como una provincia, pues siempre se la menciona como una entidad distinta y separada (arts. 44, 45, 54, 75, incs. 2, 30, 31, 124 y 125). No cabe equiparar el estatus jurídico especial del que goza la Ciudad Autónoma de Buenos Aires conforme con lo establecido en el art. 129 de la Constitución Nacional y en la cláusula transitoria séptima, con la autonomía provincial, que implica decidir con entera independencia de los Poderes de la Nación, sobre todo lo que se refiere a su régimen, su progreso y bienestar interno³⁷.

También ha expresado el mismo tribunal que la Ciudad de Buenos Aires no es un Estado interior ni federado como las provincias, que son las únicas que conforman la Nación Argentina en cualquiera de las denominaciones oficiales (art. 35 de la Constitución Nacional) en particular "Provincias Unidas del Río de la Plata" o, también "República Argentina" o "Confederación Argentina". Asimismo, agregó que "el régimen institucional de la Ciudad de Buenos Aires no es equiparable al de una provincia. En primer lugar, porque no se ha cumplido el procedimiento previsto en el art. 13 de la Constitución Nacional y, en segundo lugar, porque tal equiparación no estaba expresamente prevista en la ley 24.309, ya que en su núcleo de coincidencias básicas se estableció solamente que será dotada de un *status* constitucional especial, que le reconozca autonomía y facultades propias de legislación y jurisdicción³⁸.

Entendemos que en algunos aspectos, su condición se asimila a la de las provincias: tiene representación en el Senado (art. 54) y en la Cámara de Diputados (art. 45); participa en el régimen de coparticipación federal (art. 75, inc. 2°, 3° y 5° párrafo), y puede ser objeto de intervención federal (art. 75, inc. 31 y art. 99, inc. 20).

Tiene amplia autonomía que incluye, según el citado art. 129, "facultades propias de legislación y jurisdicción"; sin embargo, se halla limitada por una ley que "garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea Capital de la Nación" (art. 129, 2° párrafo). Además, recordemos que el art. 3° de la Constitución se refiere a la "federalización" del territorio de la ciudad capital.

También ha subsistido a la reforma de 1994 la cláusula según la cual le corresponde al Congreso "ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital de la Nación" (art. 75, inc. 30), aun cuando la disposición transitoria decimoquinta de la última reforma limita sus efectos "hasta tanto se constituyan los poderes que surjan del nuevo régimen de autonomía de la ciudad de Buenos Aires".

³⁷ Fallos 322:2856 (1999). Voto de los jueces Julio S. Nazareno y Antonio Boggiano.

³⁸ Fallos 326:1481 (2003). Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez.

Habrá que hallar, en consecuencia, tanto en la legislación que se dicte como en la Constitución material, un delicado equilibrio que permita el ejercicio de la autonomía sin afectar los intereses superiores del Estado federal; ello, porque estimamos que el constituyente reformador de 1994 no lo logró.

Los primeros pasos, en tal sentido, fueron preocupantes. El Congreso de la Nación sancionó la ley de garantías de los intereses del Estado Nacional 24.588³⁹, el 8 de noviembre de 1995, con evidente demora respecto del mandamiento constitucional establecido en la disposición transitoria 15^a, y aun con mayor rémora, la ley de convocatoria a elecciones para que los habitantes de la ciudad de Buenos Aires elijan a quienes van a dictar su estatuto local. Esta convocatoria fue efectuada por medio de la ley 24.620, del 28 de diciembre de 1995, que al mismo tiempo dio plazo hasta el 30 de junio de 1996 para que el presidente de la Nación convoque a elecciones a fin de elegir al jefe y vicejefe del gobierno local.

La secuencia legislativa no parece la más conveniente. Hubiera sido más congruente proceder a la convocatoria de estatuyentes primero y luego de haber sido aprobado el estatuto —que establece, entre otros aspectos, la estructura orgánica del gobierno autónomo local, incluyendo forma de elección y duración de los mandatos—, realizar la convocatoria para la elección de autoridades.

Las elecciones previstas por la ley 24.620 fueron realizadas el 30 de junio de 1996, consagrando como primer jefe de gobierno electo de la ciudad de Buenos Aires a Fernando de la Rúa, quien asumió sus funciones el 6 de agosto del mismo año y luego renunciaría a su cargo en 1999 para asumir la presidencia de la Nación, completando el mandato el entonces vicejefe de gobierno Enrique Olivera.

La Asamblea de Representantes —como fue denominada por la ley 24.620— se constituyó a partir del 19 de julio de 1996 y el 1 de octubre siguiente sancionó la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires⁴⁰.

³⁹ Ley que garantiza los intereses del Estado nacional en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires mientras ésta sea capital de la Nación.

⁴⁰ El Estatuto Organizativo de la Ciudad consta de un Preámbulo, un título preliminar el cual contiene dos capítulos; referidos el primero a los principios y el segundo a los límites y recursos. Asimismo, está dividido en dos libros: El primero de los Derechos, Garantías y Políticas Especiales y el segundo del Gobierno de la Ciudad. Cada libro está organizado en títulos y capítulos y al final de la Constitución se encuentran la cláusula derogatoria y las cláusulas transitorias.

CAPÍTULO VII
LAS RELACIONES
ENTRE EL ESTADO Y LA IGLESIA

I. ACOTACIÓN PRELIMINAR

El estudio de las relaciones entre el Estado y la Iglesia tiene especial significación, tanto desde el enfoque político y constitucional como desde el religioso; ello, porque la contingencia y la trascendencia están vinculadas y ambas deben servir al hombre. Lo abordaremos, principalmente, desde la primera perspectiva, sin que ello nos impida hacer algunas incursiones en el ámbito religioso, con particular referencia a la doctrina de la Iglesia Católica.

II. SISTEMAS

Las relaciones del poder temporal del Estado frente al orden espiritual o religioso adoptan, en las distintas constituciones, cuatro criterios básicos que pueden ser resumidos, con criterio pedagógico, en las siguientes posiciones: a) Estado sacral; b) Estado confesional; c) Estado laico; d) Estado antirreligioso.

a) Estado sacral

En esta forma de organización política los fines del Estado aparecen subordinados a los principios religiosos: el Estado pasa a convertirse en un instrumento de lo espiritual.

Constituyen ejemplos de sacralidad los antiguos Estados teocráticos (Egipto, Siria, Babilonia, Israel, etc.). En la actualidad, es un sistema casi impracticable; la excepción que confirmaría la regla sería un Estado como Irán, que podría ubicarse en este enfoque.

b) Estado confesional

En estos Estados, los fines políticos aparecen diferenciados de los espirituales aun cuando se recoge del fenómeno religioso institucionalizando su existencia y resolviendo favorablemente la relación del Estado con las comunidades religiosas, en especial con las más relevantes.

Estos Estados pueden no tener una religión oficial. Garantizan, en general, una amplia libertad de cultos pero privilegian en su tratamiento constitucional a determinada confesión. También reciben la denominación de "Estados seculares". Se pueden mencionar como ejemplos, entre otros, los siguientes: 1) confesionalidad católica: Argentina, España, Italia, Costa Rica, Colombia, Paraguay, Perú, Panamá; 2) confesionalidad anglicana: Inglaterra; 3) confesionalidad ortodoxa: Grecia; 4) confesionalidad luterana: Dinamarca, Finlandia, Noruega, Islandia, Suecia; 5) confesionalidad musulmana: Arabia Saudita, Argelia, Egipto, Irak, Jordania, Siria, Marruecos; 6) confesionalidad budista: Antigua Birmania (Myanmar), Camboya (Kampuchea).

c) Estado laico

Esta categoría manifiesta una postura neutral pero no necesariamente agnóstica. El Estado no tiene religión oficial ni privilegia en su tratamiento a ninguna confesión en particular. En ocasiones, este criterio va asociado al reconocimiento de una amplia libertad de cultos. Son Estados laicos, entre muchos otros, los Estados Unidos, Méjico y Uruguay.

d) Estado antirreligioso

En esta concepción, se parte del principio según el cual la religión constituye un obstáculo para el normal desarrollo de los fines políticos del Estado.

La Constitución de la Unión Soviética de 1936, que fue un claro exponente de esta posición, establecía en su art. 124:

Con el fin de asegurar a los ciudadanos la libertad de conciencia, la Iglesia está separada de la URSS y la enseñanza de la Iglesia. Se reconoce la libertad de practicar los cultos religiosos y la libertad de propaganda antirreligiosa para todos los ciudadanos.

Advirtamos que el sentido último de la norma es la limitación de la libertad de expresión religiosa.

III. NORMAS CONSTITUCIONALES

Nuestra Constitución Nacional resuelve el problema de la relación entre el Estado y la Iglesia asumiendo una postura confesional.

El Estado argentino no tiene religión oficial; así lo reconoce pacíficamente la doctrina constitucional, lo mismo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (caso "Villacampa, Ignacio v. Almos de Villacampa, María Angélica" de 1989¹, al remitirse al dictamen del procurador fiscal). Ello se completa con una amplia libertad de cultos.

Sin perjuicio de ello, en las disposiciones constitucionales se le reconoce al culto católico y consecuentemente a su Iglesia, preeminencia sobre las demás confesiones. Hay, pues, libertad de cultos, pero no igualdad de cultos. Este criterio deviene de diversas cláusulas constitucionales:

El Preámbulo formula una invocación a Dios, "fuente de toda razón y justicia".

Por el art. 2º de la Constitución, "el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano".

El art. 14 enuncia, entre los derechos de todos los habitantes, el "de profesar libremente su culto".

La mención de Dios es reiterada al establecer, en el art. 19, el principio de reserva, según el cual "las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados".

Conforme al art. 75, es atribución del Congreso "aprobar o desear [...] los concordatos con la Santa Sede" (inc. 22). Por la misma cláusula constitucional se estipula que esos concordatos "tienen jerarquía superior a las leyes".

La reforma constitucional de 1994 suprimió, entre los requisitos para desempeñar la presidencia y la vicepresidencia de la Nación, la exigencia de "pertenecer a la religión católica apostólica romana" (anterior art. 76) y, consecuentemente, el requerimiento de que el presidente y el vicepresidente prestaran, al tomar posesión de su cargo, juramento religioso, haciéndolo "por Dios Nuestro Señor y estos Santos Evangelios" y requiriendo que en caso de no cumplir con la promesa, "Dios y la Nación me lo demanden" (art. 80, anterior a la reforma).

Ahora, el actual art. 93 autoriza a agregar a la fórmula del juramento —que no es religiosa— la referencia expresa a las creencias de quien deba prestarlo. Estimamos que tal ha sido la intención de los

¹ Fallos 312:122.

constituyentes reformadores de 1994, aun cuando el texto de la citada cláusula exprese que al juramento se lo hará "respetando sus creencias religiosas". En nuestro criterio, después de la reforma, no se puede considerar como impedimento constitucional para el desempeño de esas funciones, no tener creencias religiosas.

Por último, entre las atribuciones del presidente de la República, el art. 99 establece que "concluye y firma [...] concordatos" (inc. 11).

IV. EL SOSTENIMIENTO

Acerca de los alcances del sostenimiento del culto católico, dispuesto por el art. 2° de la Constitución, han sido esbozados diferentes criterios interpretativos.

Una parte de la doctrina (Joaquín V. González, González Calderón²) entiende que el mandato constitucional tiene evidente naturaleza material. Equivale a la ayuda o el subsidio económico que el Estado debe prestarle a la Iglesia Católica. Se cita en apoyo de tal postura, generalmente, el debate de esta disposición en la Convención Constituyente de 1853.

Otros autores, en cambio, interpretan que el sostenimiento tiene un significado mucho más amplio que el económico (Bidart Campos, Bidegain y Ramella, entre otros³). Para Bidart Campos esta cláusula constitucional implica la idea de una unión moral entre la Iglesia y el Estado. En apoyo de este criterio, también se alega que sería poco probable que el constituyente hubiese establecido en el art. 2° un gasto para el Estado, cuando recién en el art. 4° se refiere a los recursos que forman el Tesoro nacional.

La Corte Suprema de Justicia ha tenido muy pocas oportunidades de pronunciarse sobre el tema, aunque parece haberse inclinado por el primer criterio (casos "Don Gabriel José Didier Desbarats" de 1928 y "Villacampa, Ignacio v. Almos de Villacampa, María Angélica" de 1989⁴). Antes de estos fallos había sostenido que "el art. 2° de la Constitución Nacional, al declarar que el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano, no impide que la Iglesia pueda

² GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina (1853-1860)*, 24ª ed., Estrada, Buenos Aires, 1951, p. 154; GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1943, p. 345.

³ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1986, p. 183; BIDEGAIN, Carlos M., *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 80; RAMELLA, Pablo A., *Derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 196.

⁴ Fallos 151:403 y 312:122, respectivamente.

ser sometida al pago de las contribuciones comunes sobre los bienes que posee o reciba como persona jurídica" (caso "Doña Rosa Melo de Cané" de 1911⁵).

Entendemos que ambos criterios son conciliables: nos parece que la norma constitucional es por sí misma clara y terminante en cuanto a la obligación que asume el Estado con relación al apoyo material. Ello no implica, desde luego, negar la vinculación moral de nuestro Estado con la Iglesia Católica; dicha vinculación se da porque los valores cristianos han nutrido a la filosofía política de nuestra Constitución.

En la práctica, el requisito del sostenimiento se cumple por medio del presupuesto de culto, que tiene una incidencia ínfima en el presupuesto general del Estado. Esos recursos constituyen una simple cooperación o ayuda parcial al mantenimiento material de la Iglesia.

En la actualidad, empero, se trata de establecer modalidades de financiamiento del culto basadas en el aporte de los propios fieles y que excluyan aportes discrecionales por parte del Estado que en ocasiones pueden llegar a resentir la necesaria autonomía de la Iglesia.

V. EL PATRONATO

El patronato constituye un privilegio de la autoridad civil que le permite participar en la designación de las más importantes autoridades eclesiásticas del país.

En 1508, el patronato les fue concedido a los reyes de Castilla y León por el papa Julio II mediante la bula *Universalis ecclesiae*. La Corona española lo siguió ejerciendo en América.

Producida la Revolución de Mayo de 1810 fue objeto de discusión la cuestión relativa a la sucesión del patronato. Quienes sostenían que la concesión del papa Julio II era de tipo personal hacia los reyes de España, afirmaban que al haber caducado el poder de España en nuestro territorio, había quedado abolido el patronato.

Otra posición, en cambio, consideraba que la concesión había sido hecha a España por medio de los reyes y, por tanto, siendo los patriotas continuadores de sus dominios, también les habían sucedido en el ejercicio del patronato.

Esta última postura fue la que prevaleció. Sancionada la Constitución en 1853, el patronato quedó subsistente y se atribuyó su ejercicio al Poder Ejecutivo (anterior art. 86, inc. 8°). Por lo demás, se atribuyó al Congreso de la Nación la facultad de arreglar el ejercicio

⁵ Fallos 115:111.

del patronato en toda la Nación (anterior art. 67, inc. 19). Ambas normas constitucionales fueron suprimidas por la reforma de 1994.

La modalidad de ejercicio del patronato estaba definida en la primera de las normas constitucionales citadas. El presidente participaba en la designación de los obispos para las iglesias catedrales haciendo la presentación de ellos ante la Santa Sede, previa propuesta en terna del Senado.

Esta forma de ejercicio del patronato fue modificada en 1966, luego de la firma del Concordato con la Iglesia Católica, como veremos en los párrafos siguientes. Dicho acuerdo ha adquirido explícito reconocimiento constitucional por la reforma de 1994.

VI. EL PASE

El pase, también llamado *exequatur*, era un medio de censura que el poder civil se reservaba respecto de las comunicaciones que la Santa Sede cursaba a las autoridades eclesiásticas de nuestro país.

Antes de la reforma de 1994, el art. 86, inc. 9° de la Constitución disponía que el presidente de la Nación “concede el pase o retiene los decretos de los concilios, las bulas, breves y rescriptos del Sumo Pontífice de Roma, con acuerdo de la Suprema Corte; requiriéndose de una ley cuando contienen disposiciones generales y permanentes”.

En relación con los fundamentos de esta disposición, la doctrina entendió que ella constituía una suerte de compensación ante el sostenimiento del culto estatuido en el art. 2°. Si bien originariamente se practicó con estrictez esta norma constitucional, con el tiempo adquirió mayor flexibilidad. El posterior auge de las comunicaciones transformó a dicha cláusula en inaplicable.

Esta institución fue definitivamente abolida por el acuerdo de 1966. La reforma constitucional de 1994 ratificó este mismo criterio, al derogar el entonces inc. 9° del art. 86 de la Constitución.

VII. LA ADMISIÓN DE ÓRDENES RELIGIOSAS

El art. 67, inc. 20 de nuestra Ley Fundamental, antes de la reforma de 1994, establecía que le correspondía al Congreso Nacional “admitir en el territorio de la Nación otras órdenes religiosas a más de las existentes”.

La normativa constitucional se refería –según nuestro entender y aun cuando no lo decía expresamente– a las órdenes religiosas de la Iglesia Católica, si bien la doctrina no era pacífica.

La expresión “orden religiosa”, según nuestra interpretación, debía ser entendida en armonía con las disposiciones del Código de Derecho Canónico.

Esta facultad del Congreso de la Nación quedó suprimida implícitamente en virtud del concordato de 1966 y explícitamente por la reforma constitucional de 1994, que derogó el anterior inc. 20 del art. 67 (actual art. 75) de la Constitución.

VIII. EL CONCORDATO DE 1966

a) Antecedentes

El 10 de octubre de 1966 se firmó un acuerdo entre la República Argentina y la Santa Sede que fue aprobado por nuestro país mediante la ley *de facto* 17.032, del 23 de noviembre de 1966 y definitivamente ratificado en enero de 1967. En representación del gobierno argentino lo suscribió el entonces ministro de Relaciones Exteriores y Culto, Dr. Nicanor Costa Méndez y en representación de la Santa Sede, el cardenal Humberto Mozzoni.

Este concordato, que introdujo claras modificaciones en el régimen constitucional vigente en cuanto a las relaciones entre el Estado y la Iglesia, si bien se consumó durante la presidencia *de facto* del general Juan Carlos Onganía, había tenido significativo adelanto en tratativas que había llevado a cabo el Dr. Miguel Ángel Zavala Ortiz, ministro de Relaciones Exteriores y Culto del gobierno constitucional del presidente Arturo H. Illia.

Eran importantes los argumentos, tanto en el aspecto religioso como en el político-constitucional, que justificaban la firma del acuerdo.

En el ámbito religioso, el Concilio Vaticano II había adecuado las enseñanzas tradicionales del papa León XIII, exteriorizadas por éste, principalmente en la encíclica *Immortale Dei*. En la concepción del Concilio Vaticano II, se consideraban legítimas a todas aquellas formas de organización del Estado que reconocieran y favorecieran la vida religiosa de los ciudadanos sin pretender dirigir los actos religiosos. Lo que se rechazaba era el Estado antirreligioso, porque, en estos casos, “se obra contra la voluntad de Dios y los sagrados derechos de la persona y de la familia de los pueblos cuando se usa la fuerza bajo cualquier forma a fin de eliminar o cohibir la religión”, según lo expresaba la declaración conciliar *Dignitatis humanae* (nro. 6).

Desde la perspectiva político-constitucional, luego del Concilio Vaticano II, algunas disposiciones de nuestra Ley Fundamental, que originariamente tenían el propósito de favorecer las relaciones con la Iglesia Católica, se habían vuelto inadecuadas y, en algunos casos, hasta contradictorias con la doctrina de ésta.

b) Contenidos

El acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina consta de una breve introducción y siete artículos. Nos limitaremos a reproducir algunos de sus aspectos más relevantes en el ámbito político y constitucional.

Por el art. I del concordato, el Estado argentino reconoce y garantiza a la Iglesia Católica el libre y pleno ejercicio de su poder espiritual, como también el libre y público ejercicio de su culto.

El art. III establece que el nombramiento de arzobispos y obispos es competencia de la Santa Sede, pero ésta, antes de disponerlos, tiene que comunicar reservadamente al gobierno argentino el nombre de la persona elegida para conocer si median objeciones de carácter político general en contra de ella. El gobierno debe contestar dentro de los treinta días, interpretándose su silencio como favorable a su designación.

Según el art. IV, se elimina el derecho de pase en favor del Poder Ejecutivo, reconociendo la prerrogativa de la Santa Sede de publicar en la República Argentina las disposiciones relativas al gobierno de la Iglesia y la de comunicar y mantener correspondencia libre con sus autoridades y fieles.

Por el art. V se estatuye que el Episcopado argentino puede llamar al país a las órdenes, congregaciones religiosas y sacerdotes que estime de utilidad para el cumplimiento de sus fines espirituales.

c) Constitucionalidad

El acuerdo o concordato de 1966 había hecho decaer, a partir de su ratificación, la vigencia de algunas disposiciones constitucionales como las contenidas en los anteriores arts. 67, incs. 19 y 20 y 86, incs. 8° y 9°. Esto había motivado dudas acerca de su constitucionalidad. El procedimiento empleado no había sido el previsto por el art. 30 para la reforma de la Constitución Nacional.

Bidart Campos entendía que el concordato era plenamente constitucional, porque la Constitución facultaba al Congreso de la Nación para "arreglar el ejercicio del patronato" (art. 67, inc. 19, *in fine*, antes

de la reforma). Sostenía, además, que las normas del art. 86, incs. 8° y 9° tenían carácter de provisorias y cesaban en su vigencia cuando se producía el acuerdo o concordato⁶.

La reforma constitucional de 1994 ha terminado definitivamente con esta situación al derogar las mencionadas cláusulas constitucionales y otorgarle al concordato jerarquía superior a las leyes.

IX. LA LIBERTAD RELIGIOSA

a) Concepto

La libertad de religión es un derecho natural fundamental por medio del cual el hombre alcanza el lugar de realización del más íntimo vínculo con Dios que es también el lugar de su más auténtica libertad.

En la libertad religiosa cabe distinguir tres aspectos esenciales: a) la libertad de conciencia; b) la libertad de expresión religiosa, y c) la libertad de cultos.

En materia religiosa, la libertad de conciencia o de creencias se vincula a la libertad de pensamiento. Ampara la libertad de creer o no creer y es el verdadero núcleo de la libertad. Donde se derrumba este derecho, se sigue, por lógica consecuencia, la pérdida de todas las demás libertades.

La libertad de expresión religiosa constituye un aspecto específico de la libertad de expresión en general. Tutela la posibilidad de manifestar o exteriorizar lo que cada uno piensa en materia religiosa.

La libertad de cultos se vincula al derecho que tiene cada uno de practicar su religión y, correlativamente, de no ser obligado a practicar una religión que no desea. Se vincula a los derechos de reunión y asociación.

La libertad de expresión religiosa supone la existencia de la libertad de conciencia. La libertad de culto implica, igualmente, la libertad de conciencia y la libertad de expresión religiosa.

b) Contenidos constitucionales

La Constitución Nacional sólo hace mención expresa de la libertad de cultos. No hay referencia explícita a la libertad de conciencia ni a la libertad de expresión religiosa.

⁶ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. I, p. 124. Coincide con esta opinión VANOSI, Jorge R., *Régimen constitucional de los tratados*, El Coloquio, Buenos Aires, 1969, ps. 265 y ss. En nuestro criterio, en cambio, fue alterada la Constitución. Ello, sin perjuicio de compartir la necesidad y los contenidos del concordato (ZIJLU, Adolfo G., "Las relaciones entre el Estado y la Iglesia", LL 1991-D-1291).

Ello no implica, desde luego, que estas últimas queden desamparadas. Ya dijimos que la libertad de cultos presupone la existencia de la libertad de conciencia y de la libertad de expresión religiosa.

Por lo demás, estas libertades tienen fundamento en la filosofía política de nuestra Constitución de raigambre iusnaturalista. También resultan atributos inescindibles del sistema republicano de gobierno que supone la existencia previa de la libertad de pensamiento y de la libertad de expresión, aun en materia religiosa.

Esta tutela constitucional se encuadra en la cláusula del art. 33 de nuestra Ley Fundamental, agregado por la Convención de 1860, según la cual:

Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Cabe agregar que la ley 23.592, sancionada el 3 de agosto de 1988 y conocida con el nombre de "Ley antidiscriminatoria", contempla como actos u omisiones discriminatorios, entre otros, aquellos realizados por motivos religiosos (art. 1°).

c) Jurisprudencia

La libertad religiosa ha motivado una profusa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Analizaremos algunos aspectos relevantes de ella.

Al resolver el caso "Agüero, Carlos Antonio v. Universidad Nacional de Córdoba" de 1949⁷, sostuvo que la exigencia de la Universidad Nacional de Córdoba en cuanto a que sus egresados prestaran juramento —si bien no se requería que fuese religioso— estaba en estricta congruencia con el orden institucional de la comunidad de la cual el actor era miembro.

En el caso "Glaser, Benjamín Abel", resuelto en 1966⁸, la Corte confirmó una decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso-Administrativo, la cual había entendido que correspondía otorgar la excepción del servicio militar al actor, por considerar que estaba amparado por las disposiciones del art. 41, inc. 7°, de la ley 12.913, modificada por el dec. 5044/1963, que exceptuaba de la conscripción a los seminaristas. El actor había probado ser alumno regular del Instituto Superior de Estudios Judaicos.

⁷ Fallos 214:139.

⁸ Fallos 265:336.

En otra oportunidad, acogió un amparo interpuesto por un habitante de nacionalidad uruguaya que había ingresado a nuestro país como turista en 1975 y aspiraba a la obtención de la radicación definitiva en la Argentina. Ella le había sido negada por haber declarado que pertenecía a la religión de los Testigos de Jehová, cuya actividad estaba prohibida por el dec. 1867/1976, todo lo cual implicaba la expulsión del país.

La Corte Suprema, siguiendo el dictamen de su procurador general, Dr. Mario Justo López sostuvo, amparándose en el principio de reserva establecido por el art. 19 de la Constitución Nacional, que "el decreto 1867/76, que prohíbe la actividad de la asociación religiosa Testigos de Jehová, en que se apoya la resolución de la Dirección de Migraciones, no convalida la expulsión del país [...] siendo que, en el caso, sólo ha mediado declaración acerca de la profesión de un culto, manifestación que en sí misma no entraña proselitismo ni anticipa necesariamente su conducta en el fuero externo" (caso "Carrizo Coito, Sergio v. Dirección Nacional de Migraciones" de 1980⁹).

En el caso "Lopardo, Fernando Gabriel, s/insubordinación" de 1982¹⁰, convalidó la pena de tres años de prisión mayor e inhabilitación absoluta perpetua que le había impuesto al actor el Consejo Supremo de la Fuerzas Armadas, por negarse a vestir el uniforme militar, al ser llamado a prestar el servicio militar obligatorio, alegando problemas de conciencia por el hecho de pertenecer a la asociación religiosa Testigos de Jehová.

En dicho fallo, afirmó la Corte Suprema que "la libertad de conciencia halla su límite en las exigencias razonables del justo orden público, del bien común de la sociedad toda, y en la protección de la existencia y de los legítimos derechos de la Nación misma, que inspiraron las disposiciones constitucionales".

En cambio, en el caso "Ascencio, José Hernán" de 1982¹¹, la Corte, por mayoría, admitió un amparo considerando irrazonable la exclusión de un niño de 10 años de la escuela primaria por negarse a honrar los símbolos patrios.

En el caso "Portillo, Alfredo s/infracción al art. 44 de la ley 17.531" de 1989¹², la Corte Suprema acogió parcialmente la pretensión del actor, que no se había presentado a prestar el servicio militar obligatorio invocando problemas de conciencia. Alegaba ser católico

⁹ Fallos 302:604.

¹⁰ Fallos 304:1524.

¹¹ Fallos 304:1293.

¹² Fallos 312:496.

y que el uso de armas en contra de otro ser humano violaba el quinto mandamiento bíblico.

Una sentencia anterior, de un tribunal militar, lo había condenado a prestar un año de servicio militar continuado, además del tiempo que le correspondía, por considerarlo desertor. Este pronunciamiento había sido confirmado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal.

El voto mayoritario de la Corte Suprema, suscripto por los jueces Fayt, Petracchi y Bacqué, entendió que la cuestión planteaba un dilema jurídico que no se resolvía con la mera remisión a la jurisprudencia que establece que todos los derechos son relativos. Asimismo –según este voto–, la obligación de armarse en defensa de la patria y de la Constitución es relativa, porque admite excepciones.

Recordaba una cita de la constitución pastoral *Gaudium et spes*, del Concilio Vaticano II, que afirma: “Parece equitativo que las leyes prevean humanitariamente el caso de quienes por objeciones de conciencia se niegan a emplear las armas, con tal que acepten otra forma de servir a la comunidad” (nro. 79).

La Corte, en definitiva, resolvió confirmar la sentencia apelada en cuanto le imponía la prestación de un año adicional de servicio militar, pero dispuso que dichos servicios debieran ser cumplidos sin el empleo de armas.

En disidencia e invocando argumentos distintos, votaron los jueces Cavallero y Belluscio, quienes se pronunciaron por el rechazo de las pretensiones de Portillo.

El fallo de la Corte provocó disímiles reacciones de la doctrina constitucional. Así, mientras Bidart Campos lo apoyó entusiastamente¹³, Padilla lo consideró pasible de serios reproches¹⁴.

Nos adherimos a la primera postura por entender que la Corte ensanchó el espacio de la libertad e interpretando cabalmente el significado de la libertad de religión, estableció un adecuado equilibrio entre los derechos y las obligaciones constitucionales.

En el caso “Bahamondez, Marcelo” de 1993¹⁵, la Corte Suprema resolvió considerar el planteamiento que había formulado el actor, quien se había negado a recibir transfusiones de sangre por considerar que ello era contrario a las creencias del culto de los Testigos de Jehová que profesaba.

¹³ BIDART CAMPOS, Germán J., “Un brillante e innovador fallo de la Corte Suprema acoge parcialmente la objeción de conciencia para los deberes militares”, ED 133-364.

¹⁴ PADILLA, Miguel M., “La objeción de conciencia como eximente del servicio militar con armas”, LL 1989-C-401.

¹⁵ Fallos 316:479.

Bahamondez había alegado que deseaba fervientemente vivir, pero que no estaba dispuesto a recibir un tratamiento médico contrario a sus más íntimas creencias religiosas.

Si bien la Corte estimó que el caso era abstracto (Bahamondez estaba ya recuperado, sin haber recibido la transfusión), con el voto mayoritario de sus miembros –principalmente, el de los jueces Barra y Fayt– consideró, con distintos fundamentos, que la posición del actor tenía acogida constitucional.

Entendemos que el caso “Bahamondez” marcó la continuación y profundización de la línea jurisprudencial iniciada por el caso “Portillo”.

Más recientemente la Corte ratificó el mismo criterio al resolver el caso “Albarracini Nieves, Jorge W.”¹⁶ del 1/6/2012, en circunstancias en que el actor había requerido autorización judicial para que se autorizase a los médicos tratantes de su hijo –mayor de edad– que se encontraba internado en una clínica en grave estado e inconsciente, a efectuarle transfusiones de sangre. En el caso el hijo del peticionante había firmado con anterioridad un documento, con rúbrica certificada por escribano público, en el cual manifestaba que en razón de pertenecer al culto “Testigos de Jehová” se negaba a recibir transfusiones de sangre aunque peligrara su vida. La Corte, confirmando el pronunciamiento de la anterior instancia, denegó la autorización.

d) El Pacto de San José de Costa Rica

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (llamada “Pacto de San José de Costa Rica”), ratificada por nuestro país en 1984 por ley 23.054, dedica el art. 12 a la libertad de conciencia y de religión.

Por medio de cuatro incisos, especifica los alcances de este derecho, expresando lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que

¹⁶ Fallos 335:799.

sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen el derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que está de acuerdo con sus propias convicciones.

En el ámbito de los tratados internacionales sobre derechos humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño también contiene importantes disposiciones relativas a la libertad religiosa (art. 14).

X. LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES Y LA IGLESIA CATÓLICA

El estudio de la problemática vinculada a las relaciones entre el Estado y la Iglesia en el derecho público provincial plantea, al inicio de la cuestión, un interrogante que es preciso despejar. Es el referido a la necesidad que tienen las constituciones provinciales de destinar normas al tratamiento del tema.

Conforme a un primer criterio interpretativo, en rigor, ello sería innecesario y en la generalidad de los casos, ineficaz. Siguiendo este criterio, la confesionalidad de nuestro Estado federal obligaría a todas las provincias, por constituir un principio básico de nuestra Constitución Nacional.

Recordemos que su art. 5° obliga a las provincias, al dictar sus constituciones, a respetar, entre otras condiciones, los "principios" de la Ley Fundamental nacional. Si la confesionalidad es un principio, la consecuencia debería ser su acatamiento por las constituciones provinciales, que no podrían restringirlo o cambiarlo por otro, porque ello implicaría la inconstitucionalidad de tales disposiciones.

La realidad, empero, muestra una tendencia distinta. Resulta difícil sustraerse de la consideración del tema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado cada vez que se ejerce el poder constituyente, sea éste originario o derivado. Las provincias han legislado en sus constituciones y lo han hecho en forma a veces disímil de la Constitución Nacional y, en ocasiones, de modo abiertamente contradictorio.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tampoco ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de tales normas.

Algunas provincias, siguiendo el precedente de la Constitución Nacional, adoptaron en sus constituciones criterios de confesionalidad muy claros. Tales son los casos de Buenos Aires (1994), Córdoba (1987 -texto actual de 2001-), Formosa (1991 -texto actual de 2003-), Jujuy (1986), Salta (1986 -texto actual de 1998-), Santa Fe

(1962), Catamarca (1988), Tucumán (1990 -texto actual de 2006-), La Rioja (1986 -texto actual de 2002-), Santiago del Estero (1986 -texto actual de 2005-) y San Luis (1987).

La Constitución de Córdoba es, a nuestro entender, la que ha logrado la mejor fórmula. En su art. 6° establece:

La Provincia de Córdoba, de acuerdo a su tradición cultural, reconoce y garantiza a la Iglesia Católica apostólica Romana el libre y público ejercicio de su culto. Las relaciones entre ésta y el Estado se basan en los principios de autonomía y cooperación. Igualmente garantiza a los demás cultos su libre y público ejercicio, sin más limitaciones que las que prescriben la moral, las buenas costumbres y el orden público.

Un criterio similar adoptó la Constitución de Formosa (art. 31).

La cláusula guarda armonía con las enseñanzas del Concilio Vaticano II y con el concordato de 1966.

Las Constituciones de Río Negro (1988) y Santa Cruz (1994 -texto actual de 1998-) invocan a Dios en su preámbulo y reconocen la tradición y los derechos, respectivamente, de la Iglesia Católica.

Las provincias geográficamente periféricas han adoptado, en general, formas de laicismo más o menos atenuado. Tales los casos de las Constituciones de Chubut (1994), Corrientes (1993), Mendoza (1965), Misiones (1958) y Tierra del Fuego (1991). En todas ellas se invoca a Dios en su preámbulo, sin otra referencia expresa al tema. Lo mismo sucede con la Constitución de La Pampa (1994).

Asumen formas laicas más estrictas las Constituciones del Chaco (1994), Entre Ríos (2008), Neuquén (1994) y San Juan (1986).

XI. LA DOCTRINA DE LA IGLESIA CATÓLICA RESPECTO DE SUS RELACIONES CON EL ESTADO

La Iglesia reconoce un fin sobrenatural que es la salvación y santificación de las almas. En la consecución de ese fin, Cristo instituyó y organizó la Iglesia como sociedad perfecta que está en posesión de los medios necesarios para el logro de sus propósitos.

Los problemas temporales los debe resolver otra sociedad perfecta, o sea, capaz de procurarse los medios para cumplir su finalidad. Esta institución natural es el Estado, al cual le compete el bien común temporal.

La Iglesia debe ser respetada y hasta secundada por el Estado en el ámbito de su fin sobrenatural y trascendente, con sus deberes y derechos, sin intromisión ni interferencia en su actividad y vida propia.

El Estado es el responsable del logro del bien común con los consiguientes deberes y derechos. Este ámbito de la actividad temporal debe ser respetado por la Iglesia.

Esta esencial distinción entre los poderes de Dios y del César tiene su expresión liminar en las Sagradas Escrituras (Mt. 22, 15-22; Mc. 12, 13-17; Lc. 20, 20-26). Esta enseñanza constante en el magisterio de la Iglesia ha sido desarrollada por medio de diversos documentos pontificios.

Iglesia y Estado son dos sociedades distintas, que han de colaborar sin confundirse, porque tienen un fin común que es servir al hombre. Debe haber, por tanto, distinción sin separación, colaboración sin confusión.

León XIII trató el tema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado y la libertad de cultos en la encíclica *Immortale Dei*. Sostuvo que "Dios ha repartido el gobierno del género humano entre dos poderes: el poder eclesiástico y el poder civil. El uno, puesto al frente de los intereses divinos; el otro, encargado de los intereses humanos. Ambas potestades son soberanas en su género [...]. Pero como el sujeto pasivo de ambos poderes soberanos es uno mismo, y como, por otra parte, puede suceder que un mismo asunto pertenezca, aunque bajo diferentes aspectos, a la competencia y jurisdicción de ambos poderes, es necesario que Dios, origen de uno y otro, haya establecido en su providencia un orden recto de composición entre ambos" (nro. 6).

El Concilio Vaticano II rescató los mismos principios que expresó con otros términos. Los resumiremos con la mención de las siguientes enseñanzas conciliares:

"La comunidad política nace para buscar el bien común, en el que encuentra su justificación plena y su sentido y del que deriva su legitimidad primigenia y propia. Es indispensable una autoridad que dirija la acción de todos hacia el bien común. Es, pues, evidente que la comunidad política y la autoridad pública se fundan en la naturaleza humana y, por lo mismo, pertenecen al orden previsto por Dios" (*Gaudium et spes*, nro. 74).

"La Iglesia, por razón de su misión y competencia, no se confunde en modo alguno con la comunidad política ni está ligada a sistema político alguno. La comunidad política y la Iglesia son independientes y autónomas cada una en su propio terreno" (*Gaudium et spes*, nro. 76).

"La comunidad política y la Iglesia, aunque por diverso título, están al servicio de la vocación personal y social del hombre. Este servicio lo realizarán con tanto mayor eficacia, para bien de todos, cuanto más sana y mejor sea la cooperación entre ellas, habida cuenta de las circunstancias de lugar y de tiempo" (*Gaudium et spes*, nro. 76).

La autonomía y la colaboración son, en definitiva, los dos grandes principios que deben fundamentar las relaciones entre la Iglesia y el Estado.

XII. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL PENSAMIENTO CATÓLICO

La doctrina católica tradicional, por medio de León XIII, sentó el principio que "si bien la Iglesia juzga ilícito que las diversas clases de culto divino gocen del mismo derecho que tiene la religión verdadera, no por esto, sin embargo, condena a los gobernantes que para conseguir un bien importante o para evitar un grave mal toleran pacientemente en la práctica la existencia de dichos cultos en el Estado" (*Immortale Dei*, nro. 18).

La unicidad de culto es, entonces, un bien ideal y, por tanto, deseable, en el pensamiento de León XIII, que debe ceder a la tolerancia religiosa cuando ello sea necesario para lograr el bien común.

El Concilio Vaticano II, mediante la declaración *Dignitatis humanae*, afirmó que la libertad religiosa debe ser reconocida como un derecho civil, cuyo ejercicio ha de estar sometido a ciertas normas reguladoras, las cuales, como parte del bien común, se hallan comprendidas en la noción de orden público (nro. 23).

También declaró que este derecho a la libertad religiosa se funda en la dignidad de la persona humana, tal como se conoce por la razón y la revelación (nro. 22).

Estas enseñanzas han sido recogidas y ampliadas en el Catecismo de la Iglesia Católica (nros. 2104 a 2109), al cual remitimos por razones de brevedad.

CAPÍTULO VIII
LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA,
LOS SISTEMAS ELECTORALES
Y LA DINÁMICA DEL PODER

I. LOS DERECHOS CIVILES, POLÍTICOS Y SOCIALES

La Constitución Nacional ha puesto especial énfasis en la protección de los derechos individuales; ello es una insoslayable consecuencia de la ideología que la anima.

También nuestro particular esmero en atribuir esos derechos al hombre sin que medie una concesión graciosa del Estado. La Constitución no otorga derechos; sólo se limita a reconocerlos, porque ellos están en la naturaleza misma del hombre.

Esos derechos, que en la época en que fue sancionada la Constitución eran denominados individuales o civiles, en nuestro tiempo reciben el nombre de derechos personales o humanos.

La Constitución protege una amplia gama de estos derechos. Muchos de ellos están expresamente mencionados, en especial, en el art. 14. Otros no están enunciados, pero surgen de la cláusula amplia, abierta y generosa del art. 33 de la Ley Fundamental.

El constitucionalismo social resaltó la importancia de consagrar la tutela de otros derechos; en particular, de aquellos que protegen a los sectores más desfavorecidos de la comunidad. Así, a los derechos personales se fueron agregando los derechos sociales. En nuestro país, estos nuevos derechos advinieron en virtud de diversas leyes que comenzaron a ser sancionadas a poco de iniciado el siglo XX. Luego recibirían consagración constitucional con la reforma de 1949 y, después de la derogación de ésta, por medio de la modificación constitucional de 1957.

Los derechos políticos son aquellos que vinculan especialmente al ciudadano con el Estado. Una de sus manifestaciones más importantes

es el derecho de elegir y ser elegido. En nuestro tiempo ha tomado también relevancia la participación política.

La Constitución originaria estableció el principio liminar según el cual el pueblo es el titular de la soberanía (Preámbulo y art. 33), pero sólo participa en la acción de gobierno eligiendo a sus representantes.

Se consagra el sistema representativo (art. 1º) y se advierte que el pueblo no gobierna ni delibera sino por medio de sus representantes (art. 22).

Había, en este aspecto, silencios importantes en nuestra Constitución. La Ley Fundamental no se refería originariamente a la democracia (recordemos que su primera mención apareció con el art. 14 nuevo, en 1957) y tampoco hacía referencia al pluralismo ni a la participación.

Estas omisiones, que eran expresas y motivadas y, por tanto, no atribuibles al circunstancial descuido del constituyente, hundían sus razones en la encarnadura ideológica que le sirvió de fundamento.

La reforma constitucional de 1994 amplió considerablemente esta perspectiva. Se reforzó el principio de soberanía popular (arts. 36 y 37); la opción por la forma democrática de gobierno se tornó más definida (arts. 36, 37, 38 y 75, incs. 19 y 24), y fueron reconocidos expresamente otros instrumentos de participación política (arts. 39, 40 y 77).

Además, después de la citada revisión constitucional, los derechos políticos gozan de tutela expresa. El art. 37 dispone, en tal sentido, que "esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia".

II. LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

La representación política es un concepto relativamente nuevo en la historia de las ideas políticas. Comenzó a difundirse a partir de la Revolución Francesa, a impulso de los desarrollos doctrinales del abate Emmanuel Sieyès, formulados en su conocida obra *¿Qué es el tercer Estado?*

Antes de ello, la representación era estamentaria, sectorial o funcional, lo cual significaba que cada corporación o sector social ejercía la representación de todos aquellos que estaban unidos por intereses comunes e integraban, en su conjunto, el poder del Estado.

La representación política se ha constituido, a partir de entonces, en un principio esencial de la democracia indirecta o representativa. El pueblo gobierna, pero lo hace por medio de sus representantes, que lo son de toda la sociedad, no de un estamento determinado de ella.

Si nos atenemos al resultado de una simple observación de los distintos regímenes políticos del mundo contemporáneo, tendríamos que concluir afirmando que la representación funcional ha sido netamente desplazada por la representación política. Ésta, superando la prueba de la historia, ha demostrado su incuestionable superioridad.

Ello no significa, empero, que los diversos sectores sociales y económicos han perdido toda relevancia en el poder del Estado, sino, más bien, que ahora la tienen en forma diferente, configurando la trama informal o menos visible de aquél, en subordinación aparente al poder político.

Desde la sanción de la Constitución de 1853, la República Argentina adoptó para su gobierno la forma representativa republicana con estructura federal y estableció el sistema presidencial, con un Congreso bicameral.

III. LOS SISTEMAS ELECTORALES

La expresión "sistemas electorales" designa al procedimiento o la técnica mediante los cuales son distribuidos y adjudicados los cargos electivos en relación con los resultados electorales.

Con respecto al principio de la representación política, los sistemas electorales aparecen como medios instrumentales u operativos de realización de la democracia indirecta o representativa.

No se debe pensar, sin embargo, que estas técnicas son irrelevantes o accesorias. En la realidad política, su adecuada instrumentación permite lograr una muestra más o menos exacta de la voluntad popular y compatibilizar a ésta con las exigencias propias de un gobierno sólido y estable. Su manipulación con fines menores servirá, por el contrario, para desfigurar el principio de soberanía popular.

La adopción de determinado sistema electoral es relevante en el esquema de la representación política, aunque corresponde advertir que la realización de ésta no depende exclusivamente de los sistemas electorales. A menudo influyen, además, factores aún más complejos, como la educación, los comportamientos sociales, los partidos políticos, etcétera.

La preferencia por un sistema electoral no puede ser un simple acto de voluntarismo legislativo; tampoco es un hecho políticamente ingenuo. Toda búsqueda de un sistema electoral perfecto es infructuosa y cualquier solución que se logre no dejará de beneficiar a unos y perjudicar a otros. En este camino, habrá que privilegiar el interés general, procurando el mejor equilibrio posible entre las distintas fuerzas políticas; todo ello, a partir de un adecuado conocimiento de la realidad.

Aún así, siempre está latente la posibilidad de que el sistema electoral sea manipulado o violado en su aplicación, convirtiéndose en un artificio electoralista, sobre todo si la conducta social no muestra la firmeza y la convicción necesarias para preservar el principio de la representación.

IV. CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES

Los sistemas electorales suelen ser clasificados tanto desde el criterio de la distribución territorial como desde la perspectiva de la organización política.

Según la distribución territorial, hay tres variantes principales: a) los sistemas de distrito único; b) los sistemas de circunscripciones uninominales; c) los sistemas de circunscripciones plurinominales.

En los sistemas de distrito único no hay división territorial del Estado a los efectos electorales. Cada elector vota por tantos candidatos como cargos electivos haya que cubrir.

En nuestro país, en el orden federal sólo tiene aplicación, después de la reforma de 1994, en la elección de presidente y vicepresidente. En el derecho público provincial es utilizada para elegir a gobernadores y vicegobernadores. En algunos casos, también para la elección de legisladores.

En el sistema de circunscripciones uninominales, el territorio del Estado es dividido en tantas circunscripciones territoriales como cantidad de cargos a cubrir haya. En nuestro país, en el orden federal, fue aplicado en el año 1904 y entre 1952-1954; en todos los casos, para elegir diputados nacionales.

En el sistema de circunscripciones plurinominales al territorio del Estado se lo divide en distritos, circunscripciones o regiones electorales. En cada uno de ellos, el elector elige un número determinado de cargos electivos votando por una lista que contiene igual o menor cantidad de candidatos que las vacantes a cubrir. Es el sistema que se aplica en nuestro país para elegir diputados nacionales. En el derecho público provincial es frecuentemente utilizado para la cobertura de funciones legislativas.

Según la organización política cabe distinguir: a) los sistemas mayoritarios; b) los sistemas minoritarios, y c) los sistemas de representación proporcional.

En los sistemas mayoritarios, la lista que obtiene mayor cantidad de sufragios cubre la totalidad de cargos electivos que correspondan a un distrito o circunscripción. Así ocurrió en nuestro país durante el período 1857-1912 (excepto en el año 1904) para la elección de

diputados nacionales. En la actualidad carece de aplicación, tanto en el orden federal como en el provincial, para cubrir cargos electivos legislativos.

Este sistema reconoce, en su aplicación, dos variantes principales: en algunos casos basta con la mayoría relativa; en otros se requiere la mayoría absoluta, para lo cual se prevé, generalmente, una segunda vuelta o *ballottage*. Esta última variante es la prevista por la Constitución de Francia de 1958, después de la reforma de 1962, para elegir al presidente. En nuestro país, la exigencia de mayorías calificadas, con eventual realización de una segunda vuelta electoral, ha sido incorporada por la reforma de 1994 para la elección de presidente y vicepresidente de la Nación (arts. 94 a 98).

En el derecho público provincial, las Constituciones del Chaco de 1994 (art. 133), Corrientes de 1993 (arts. 108 y 109) y Tierra del Fuego de 1991 (art. 203) establecen el sistema mayoritario, con eventual segunda vuelta, para la elección de gobernador y vicegobernador.

En los sistemas minoritarios se procura otorgar alguna representación a la oposición. Hay, al respecto, infinidad de variantes: en algunos casos, únicamente se asigna representación a una sola minoría; en otros, a varias.

En nuestro país, la Ley Sáenz Peña, de 1912, estableció el sistema del tercio excluido o de lista incompleta para la elección de electores de presidente y vicepresidente y de diputados nacionales. Mediante esta variante, el partido político que obtenía más votos cubría los dos tercios de los cargos y el que obtenía el segundo lugar, el tercio restante. En algunas provincias se siguen aplicando sistemas de este tipo, especialmente combinados con variantes de representación proporcional.

Los sistemas de representación proporcional son aquellos que tienden a lograr una representación política que sea el más exacto reflejo de la voluntad popular. Se los emplea para la cobertura de cargos electivos que correspondan a órganos colegiados. Su primer gran impulsor fue el inglés Thomas Hare en 1859. La idea tuvo después notable difusión merced al pensamiento de John Stuart Mill, en su obra *El gobierno representativo*.

Hay diversas variantes matemáticas en su aplicación. Una de las más usuales es la creada por el belga Víctor D'Hont en 1878, que fue puesta en práctica por primera vez en Bélgica en 1899. El procedimiento consiste en dividir la cantidad de votos de cada lista de candidatos por 1, 2, 3 y así sucesivamente, hasta llegar al número de cargos a cubrir. Luego, los cocientes así obtenidos son colocados en forma decreciente. La cifra que en dicha escala ocupa el lugar que corresponde a la cantidad de cargos a cubrir recibe el nombre de "cifra repartidora".

Luego, ésta distribuye los cargos a cubrir según la cantidad de veces que se halla contenida en el número de votos obtenidos por cada lista. Esta modalidad fue aplicada en nuestro país para la elección de convencionales constituyentes en 1957 y, a partir de 1963 y hasta 1994, para la elección de electores de presidente y vicepresidente —excepto durante la vigencia de la enmienda constitucional de 1972— y para diputados nacionales.

Una variante matemática más elemental es la del cociente. En este caso, se divide el número total de votos válidos emitidos por el número de cargos a cubrir. El resultado recibe la denominación de “cociente electoral” y se lo aplica como divisor del número de votos que obtuvo cada lista de candidatos. Esta técnica presenta el inconveniente que deja restos en las divisiones y para resolverlo se recurre a distintas soluciones. Es aplicado en la provincia de Buenos Aires.

En nuestro país, a modo de síntesis, puede señalarse que en las elecciones nacionales el sistema electoral varía de acuerdo con la categoría de cargo, coexistiendo de este modo tres fórmulas diferentes: sistema mayoritario con eventual segunda vuelta electoral (presidente-vicepresidente), sistema mayoritario con lista incompleta (senadores) y sistema de representación proporcional (diputados) como más adelante se desarrollará.

V. EL RÉGIMEN ELECTORAL EN LA CONSTITUCIÓN

La Constitución Nacional contiene apenas diez normas que se refieren al régimen electoral (arts. 37, 45, 51, 54, 62 y 94 a 98), cinco de las cuales están referidas a la elección del presidente y el vicepresidente (arts. 94 a 98). Hay, por otra parte, dos normas constitucionales que sólo contienen disposiciones complementarias o accesorias (arts. 51 y 62). Una de ellas, además, carece ya de tiempo de aplicación (art. 51).

El análisis constitucional se limitará, en consecuencia, a estudiar las normas principales que hacen referencia a los principios jurídico-políticos del sufragio, a la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres, a la elección de los legisladores nacionales y al bloque de disposiciones relativas al procedimiento de elección del presidente y el vicepresidente.

a) Los principios jurídico-políticos del sufragio

El sufragio es un derecho público funcional. Constituye por un lado el ejercicio de una función pública y por otro un derecho subjetivo

del elector. Comprende el derecho de elegir (sufragio activo) y el de ser elegido (sufragio pasivo)¹.

Este derecho y la función pública de votar se encuentran contemplados en la Constitución Nacional (art. 37) y su ejercicio está reglamentado por el Código Electoral Nacional (arts. 12 a 14 y 85).

El nuevo art. 37 de la Constitución, incorporado por la reforma de 1994, establece al final del primer párrafo: “El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio”.

La reforma, en este caso, ha reconocido jerarquía constitucional a principios fuertemente arraigados en el sistema democrático de nuestro país, que habían tenido inserción legislativa a partir de 1912, en virtud de la Ley Sáenz Peña (8871).

El carácter universal del sufragio implica que todos los ciudadanos tienen derecho a votar, con las únicas y razonables exclusiones que formule la ley.

El carácter igualitario del sufragio excluye la posibilidad de aplicar cualquier sistema que otorgue más valor al voto de un elector que al de otro. Queda así constitucionalmente prohibido el voto calificado. No obstante ello, advertimos que de ser interpretado rigurosamente este principio, podría utilizárselo para cuestionar la constitucionalidad del sistema actualmente vigente para la elección de diputados nacionales. Ello, teniendo en consideración que el número de votos necesarios para elegir un diputado nacional varía sustancialmente entre las provincias según tengan más o menos población. Esa pretensión sería, según creemos, inconveniente para el federalismo.

El secreto del sufragio se explica por sí mismo y tiende a evitar que el elector sea presionado antes, durante o después de emitido aquél. Quien vota tiene el derecho de guardar en su conciencia el sentido de su preferencia electoral.

La obligatoriedad del voto no es un principio sustancial del sistema democrático y convierte a aquél en un deber jurídico. La conveniencia de tal obligatoriedad ha sido motivo de frecuente controversia. En general, la mayoría de las opiniones coinciden en sostener que ella suele ser necesaria en los países con menor cultura democrática y el voto facultativo, en aquellos otros más consolidados institucionalmente.

Entendemos que estos principios jurídico-políticos sobre el sufragio obligan incluso a las provincias, en virtud del art. 5° de la Constitución Nacional.

¹ El pueblo, como titular de la soberanía, es la fuente originaria de todos los poderes. Estos poderes cumplen funciones confiadas a órganos elegidos por medio del sufragio e investidos de autoridad en virtud de la representación que se les atribuye. Esto hace que el sufragio adquiera carácter funcional, ejercido en interés no del ciudadano individualmente considerado sino de la comunidad política, a través del cuerpo electoral (conf. CSJN, Fallos 310:819).

b) La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres

El último párrafo del art. 37 de nuestra Ley Fundamental establece:

La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.

La participación política de la mujer, especialmente en el desempeño de cargos públicos electivos, refleja una situación de notoria disparidad con relación a los hombres. Ello, a pesar de que en muchos países, como el nuestro, las leyes han reconocido desde hace ya tiempo el derecho de las mujeres a elegir y ser elegidas.

Estas razones motivaron que en distintos foros internacionales y en muchos países fueran impulsadas propuestas tendientes a garantizarle mayor participación a la mujer en todos los niveles, tanto en los partidos políticos como en el gobierno. En la mayoría de los casos, los propios partidos políticos modificaron su reglamentación orgánica, estableciendo cupos o porcentajes de distinta índole. En otros —los menos—, estas exigencias fueron incorporadas a la legislación electoral general (Argentina, Filipinas, Nepal, Angola, entre otros)².

En nuestro país, el tema fue motivo de polémica en ocasión del tratamiento de la ley 24.012, denominada “Ley de cupos” o “Ley del treinta por ciento”. Dicha norma, sancionada en 1991, generó controversias entre quienes celebraron su sanción como un paso importante para que la mujer adquiriera mayor participación política y quienes entendieron que planteaba una discriminación negativa y arbitraria.

La realidad indica que los primeros resultados han sido positivos con relación al logro de la finalidad que inspiró a la ley. Cuando ésta fue sancionada, la Cámara de Diputados apenas contaba con catorce mujeres sobre un total de doscientos cincuenta y siete miembros (5,44%).

La primera manifestación de esa tendencia favorable se reflejó en los comicios de 1993, de renovación parcial de la Cámara de Diputados de la Nación, que pasó a tener treinta y cuatro diputadas, representando el 13,2% del total.

Otro ejemplo, en el mismo sentido, fue la Convención Constituyente reunida en Santa Fe y Paraná en 1994: sobre un total de trescientos cinco convencionales que la integraron, ochenta fueron mujeres, lo cual representó el 26,22% del total. Este hecho, si bien es elocuente

² Conf. SURBALLE, Rossana, “Cupo femenino: entre la ley y las costumbres”, *Diario La Prensa*, 28/9/1993.

en el sentido del aumento de la participación femenina, también pone de resalto el aspecto negativo en el cumplimiento de la ley. Según la ley 24.012, sobre un total de trescientos cinco cargos electivos, el 30% debería haber correspondido a mujeres (o sea, noventa y uno); empero, sólo accedieron a ellos ochenta y uno (26,55%) y luego, la renuncia de una convencional electa por la Capital Federal disminuyó este número a ochenta.

Las elecciones de renovación parcial de la Cámara de Diputados de la Nación efectuadas en 1995 permitieron ampliar a sesenta y tres el número de diputadas, elevando el porcentaje al 24,51%.

En la actualidad, empero, se advierte un significativo logro en el cumplimiento de los fines tenidos en cuenta al sancionar la disposición constitucional. En el año 2007 el porcentaje de representación femenina se ha elevado al 43%, contando así con treinta y una legisladoras. En la Cámara de Diputados el mismo porcentual se ha elevado al 35% contando con noventa y una legisladoras.

Cabe destacar asimismo, que a nivel nacional, en las elecciones generales de octubre de 2007 resultó electa una mujer en el Poder Ejecutivo³.

El constituyente exige, además —ampliando el criterio de la ley 24.012—, que las medidas de acción positiva que se adopten, en este aspecto, estén garantizadas “en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”.

Completando la norma constitucional, la segunda disposición transitoria de la Constitución preceptúa:

Las acciones positivas a que alude el art. 37 en su último párrafo no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución y durarán lo que la ley determine.

Esta disposición asegura, en consecuencia, la vigencia de la ley 24.012, otorgándole implícitamente jerarquía constitucional, al menos, mientras no sea modificada. Si así sucede, la revisión no podrá ser menos favorable para la participación femenina que el régimen legal actual.

En las elecciones de octubre de 2011 a nivel nacional la máxima autoridad ejecutiva volvió a recaer en la presidenta Cristina Fernández de Kirchner y asimismo, fueron elegidas dos mujeres a los cargos máximos del ejecutivo provincial en Tierra del Fuego (por un segundo mandato) y en Catamarca por primera vez fue elegida una gobernadora mujer.

³ Fue electa la fórmula Cristina Fernández de Kirchner - Julio C. Cobos, de la Alianza Frente para la Victoria, por el período 2007-2011.

En cuanto al Poder Legislativo nacional, datos estadísticos revelan que la Cámara de Senadores quedó compuesta con un 36,11% de mujeres, mientras que la Cámara de Diputados quedó compuesta por un 33,85% de legisladoras de género femenino, lo que significa en términos absolutos que nueve mujeres fueron electas senadoras, las cuales se suman a los dos tercios elegidos en elecciones anteriores; a la vez que cuarenta y una mujeres fueron electas diputadas, las cuales se sumaron a las elegidas en 2009.

Sin embargo a nivel de los gobiernos locales, el acceso de las mujeres al máximo cargo es mucho menor, con un porcentaje casi marginal. De una selección de trescientos sesenta municipios de todo el país, las intendentas mujeres electas en la última elección celebrada en ese distrito apenas representan el 5,3% del total. De esos trescientos sesenta municipios, ciento treinta y cinco pertenecen a la provincia de Buenos Aires, cuyos ejecutivos locales son en un 4,4% son ocupados por mujeres (seis municipios de los ciento treinta y cinco)⁴.

c) La elección de los diputados nacionales

La Constitución establece en el art. 45, primera parte:

La Cámara de Diputados, se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios.

Esta norma proporciona tres pautas esenciales para la elección de los diputados nacionales, la cual deber ser: a) directa; b) distrital, y c) a simple pluralidad de sufragios.

“Directa” significa que se trata de una elección de primer grado, que no hay intermediarios ni compromisarios entre la voluntad popular y el representante.

“Distrital” implica que el territorio del país es dividido en circunscripciones o secciones electorales coincidentes con los límites de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires y la Capital Federal, en caso de traslado. Esta especificación pareciera convertir en ficción la expresión de los arts. 44 y 49 que se refieren a los “diputados de la Nación”. En cuanto al origen de su representación, los diputados son representantes del pueblo de su provincia, de la ciudad de Buenos Aires o de la Capital Federal, en caso de traslado. También se sostiene

⁴ Fuente: Consultoría Integral en Gestión Pública: “Análisis de género de las Elecciones 2011 (www.eges.com.ar/observatorio/representacion.doc).

ne que son, en definitiva, representantes de sus respectivos partidos políticos.

La expresión “a simple pluralidad de sufragios” ha generado problemas de interpretación. Esta referencia, según González Calderón, no puede tener otro sentido que aludir al sistema electoral de mayoría. Todos los candidatos –opina este autor– que obtengan más votos que otros serán quienes consigan la representación⁵. Según este particular criterio, la representación de la minoría deviene inconstitucional.

Otros prestigiosos autores, como Linares Quintana, Fayt, Sánchez Viamonte y Rivarola⁶, entre otros, consideran que el único mandato constitucional derivado de esta expresión del actual art. 45 es, precisamente, impedir que para la elección de diputados nacionales se exija la mayoría absoluta de votos.

Cabe afirmar que la Constitución exhibe, en esta norma, principios operativos suficientemente elásticos como para dar cabida a cualquiera de los sistemas electorales conocidos en la medida en que éstos no requieran la mayoría calificada de votos. Éste es el criterio que ha prevalecido en la doctrina constitucional y que compartimos.

Como conclusión, puede señalarse que para la elección de diputados nacionales el sistema electoral que se aplica es el de representación proporcional. El número de diputados de cada distrito electoral se determina según su población. El escrutinio de cada elección se practica por lista. Los cargos a cubrir se asignan según el orden de cada lista, previa aplicación de la fórmula D’Hont (analizada en el punto IV de este capítulo, al cual nos remitimos).

d) La elección de los senadores nacionales

El art. 54 de la Constitución, conforme a las modificaciones efectuadas por la reforma de 1994, dispone:

El Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos. Cada senador tiene un voto.

⁵ GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1943, ps. 491 y 500.

⁶ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. VII, 1ª ed., Alfa, Buenos Aires, 1953, p. 83; FAYT, Carlos S., *Sufragio y representación política*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963, ps. 77/8; SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de derecho constitucional*, Kapelusz, Buenos Aires, 1956, ps. 212/3; RIVAROLA, Rodolfo, *Diccionario manual de instrucción cívica y derecho constitucional*, voz “Pluralidad de sufragios”, Imprenta Coni, Buenos Aires, 1934, p. 471.

Antes de la citada reforma, los senadores nacionales por las provincias eran elegidos por sus respectivas legislaturas a pluralidad de sufragios y los de la Capital Federal, en la forma prescripta para la elección del presidente de la Nación. La elección era, en estos casos, indirecta o de segundo grado.

La adopción del procedimiento de elección directa ya había sido consagrada por las reformas constitucionales de 1949 (art. 47) y 1972 (art. 46). Esta última también había previsto la designación de un tercer senador por la minoría (art. 46). Ambas innovaciones –según creemos– mejoran el sistema anterior que venía exhibiendo notorias dificultades.

Sin embargo, no nos parece congruente la referencia que hace el art. 54 a la forma de distribución de las vacantes. Dice la citada norma, al respecto, que le corresponden “dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos”. Esta expresión incluye dos principios que se contradicen con los contenidos en el art. 37, introducido también por la reforma. Ellos son: a) la competencia exclusiva de los partidos políticos para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos y b) la pertenencia de las bancas a los partidos políticos. Procurando una interpretación armónica del texto constitucional, pensamos que debería considerárselas como excepciones al principio general.

La elección directa de los senadores nacionales, sin embargo, recién tuvo plena aplicación desde el año 2001. Ello es así porque según la cuarta disposición transitoria, también incorporada por la reforma de 1994, “en ocasión de renovarse un tercio del Senado en 1995, por finalización de los mandatos de todos los senadores elegidos en 1986, será designado un tercer senador por distrito por cada Legislatura”. Esto implica que tenemos tres senadores por provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires desde el 10 de diciembre de 1995. La designación, empero, siguió correspondiendo a las legislaturas locales hasta el año 2001, en que entró en vigor la designación por voto popular directo.

En el caso de la ciudad de Buenos Aires hubo elección directa en 1995, pero en 1998 se aplicó la elección indirecta a cargo del órgano legislativo de la ciudad. Así lo establecía la disposición transitoria antes citada⁷.

⁷ Conf. ZIULU, Adolfo G., “El Senado de la Nación en la reforma constitucional”, en *Comentarios a la reforma constitucional*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1995, ps. 65 y ss., y “Consolidación democrática y patologías electorales”, *Diario La Prensa*, 11/4/1993, p. 11.

En la actualidad, entonces, los senadores son elegidos por sistema mayoritario por lista incompleta. Se eligen tres senadores por provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en forma directa y conjunta. Las listas se integran por dos candidatos de distinto sexo. Corresponden dos bancas al partido o alianza que obtenga el mayor número de votos y una al partido que le siga en número de votos.

e) La elección del presidente y del vicepresidente

La Constitución Nacional estableció originariamente la modalidad de la elección indirecta o de segundo grado para presidente y vicepresidente siguiendo el modelo norteamericano.

Las razones que llevaron a la adopción de un sistema complejo, mediante colegios electorales integrados por electores o compromisarios, resultan coherentes con los fines que inspiraron a nuestra Constitución en este tema. Ellos aparecen, también, muy claramente expuestos, con relación a la Constitución norteamericana, en las páginas de *El federalista*, obra cumbre del constitucionalismo mediante la cual Hamilton, Madison y Jay abogaron por la aprobación de la Constitución de los Estados Unidos de 1787.

Fundamentando las bondades de este complicado sistema indirecto, Hamilton, en la citada obra, explicaba que era conveniente que la elección inmediata fuera hecha por los hombres más capaces de analizar las cualidades que es necesario tener para ser presidente. Un pequeño grupo –agregaba– de personas escogidas por los demás ciudadanos cuenta con más probabilidades de tener el criterio necesario para esa elección⁸.

La prevención de los constituyentes norteamericanos trasladada a los nuestros, en el sentido de excluir la participación directa del pueblo en la elección de presidente y vicepresidente, al menos en nuestro país, estimamos que no mostró resultados favorables. Ello justifica, a nuestro entender, la modificación del procedimiento dispuesta por la reforma constitucional de 1994.

El actual art. 94 de la Constitución establece:

El presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el pueblo, en doble vuelta, según lo establece esta Constitución. A este fin el territorio nacional conformará un distrito único.

La elección, en consecuencia, es por distrito único, directa y por mayoría calificada de votos. Este último carácter surge de lo esta-

⁸ HAMILTON, Alexander - MADISON, James - JAY, John, *El federalista*, Imprenta del Siglo, Buenos Aires, 1868, ps. 551 y ss.

blecido en los arts. 97 y 98, que para la proclamación de la fórmula presidencial en la primera vuelta electoral exigen que obtenga "más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos" (art. 97) o que "hubiere obtenido el cuarenta por ciento por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que le sigue en número de votos" (art. 98).

No obstante lo expresado por el constituyente en el art. 94, no siempre será necesaria la realización de una segunda vuelta electoral. Habrá que recurrir a ésta en los casos en que no sean obtenidas en la primera vuelta las mayorías requeridas en los arts. 97 y 98.

El art. 96 dispone:

La segunda vuelta electoral, si correspondiere, se realizará entre las dos fórmulas de candidatos más votadas, dentro de los treinta días de celebrada la anterior.

VI. LOS SISTEMAS ELECTORALES APLICADOS EN LA ARGENTINA

En nuestro país, la primera ley nacional de elecciones (la 140) de la Confederación Argentina fue dictada en 1857. La norma estableció el sistema de mayoría relativa de lista plural o completa; la lista que obtenía simple mayoría se adjudicaba la totalidad de las representaciones.

Este sistema, con algunas variantes, mantuvo su vigencia hasta 1912, con excepción del lapso comprendido entre 1903 y 1904. Rigió, en consecuencia, durante aproximadamente 54 años de nuestra vida institucional.

En 1902 se sancionó la ley 4161 que estableció el sistema uninominal por circunscripciones, derogando las leyes vigentes y tuvo aplicación en 1904, durante la presidencia de Roca. Esta innovación permitió la elección de Alfredo Palacios como primer diputado socialista.

En 1905 fueron dictadas las leyes 4578 y 4719 que restablecieron el sistema de lista completa, el cual regiría hasta 1912.

En dicho año, el Congreso de la Nación sancionó la ley 8871 que estableció, por primera vez en nuestro país, el voto universal, secreto y obligatorio. La iniciativa había tenido origen en un proyecto enviado por Roque Sáenz Peña; de allí que la norma sea recordada con el nombre del citado presidente. El trámite parlamentario de la ley fue dificultoso y se prolongó durante seis meses.

La Ley Sáenz Peña instauró el sistema electoral minoritario de lista incompleta o del tercio excluido, según el cual la mayoría obtenía las dos terceras partes de los cargos a cubrir y la minoría, el tercio restante.

En 1951, durante la primera presidencia de Perón, el Congreso de la Nación dictó la polémica ley 14.032, sustituyendo el sistema de lista incompleta por el de circunscripciones uninominales. En realidad, la modificación del sistema electoral no tenía por objeto mejorar la representación sino asegurarle al oficialismo una mayoría importante en la Cámara de Diputados.

Durante el gobierno *de facto* de la "Revolución Libertadora" se dictó el dec. 3838 convocando a elección de constituyentes nacionales, para lo cual sería de aplicación el sistema de representación proporcional, con la variante matemática creada por el belga Víctor D'Hont.

No obstante esta experiencia, en las elecciones generales para restablecer el orden democrático, llevadas a cabo en 1958, se optó por el sistema de lista incompleta; así, Arturo Frondizi llegó al poder. Depuesto éste por el golpe militar del 29 de marzo de 1962, las elecciones generales del 7 de julio de 1963 fueron realizadas mediante el sistema de representación proporcional, aplicando la variante D'Hont. En los actos electorales posteriores se siguió utilizando idéntico criterio.

VII. LOS PARTIDOS POLÍTICOS

a) Concepto

Los partidos políticos son agrupamientos sociales constituidos con el deliberado propósito de alcanzar el ejercicio del poder. Por lo general, tienen su fundamento expreso o implícito en determinados contenidos ideológicos o programas de acción y disponen de una organización propia, mediante la cual pretenden representar múltiples intereses de la comunidad.

Tienen su primera justificación en el espíritu gregario de la persona humana y constituyen una de las más relevantes manifestaciones del ejercicio de los derechos de asociación y de reunión. Su raigambre sociológica halla sustento en una disposición constante del hombre, tendiente a la conformación de grupos por medio de los cuales pueda lograr acuerdos acerca de determinadas finalidades sociales y sobre los medios a utilizar para alcanzarlas.

Uno de los rasgos esenciales que caracterizan a los partidos políticos y los diferencian de otros grupos sociales es su vocación explícita

por alcanzar el ejercicio efectivo del poder en el Estado; tratan de conquistar el poder y de ejercerlo. Los grupos de presión, en cambio, procuran influir sobre quienes ostentan el poder pero no se proponen ejercerlo; prefieren permanecer fuera de él para luchar por la consecución de sus propios objetivos.

Tradicionalmente, los partidos políticos han sido considerados como portadores de ideales. Un partido es una agrupación instituida para promover la defensa, difusión y ejecución de un plan general de acción basado en postulados ideológicos explícitos o implícitos. Con relación a esta característica, en la teoría política contemporánea se plantea una cuestión que ha dividido las opiniones de los autores. Así, mientras algunos sostienen que tener un ideal político es esencial para su propia existencia, otros consideran que ese sustento puede faltar. Incluso, se ha hecho referencia a los partidos "sin ideología", citando como ejemplos, los casos de los partidos Demócrata y Republicano, en los Estados Unidos y Nacional y Colorado, en el Uruguay. No obstante estas opiniones, consideramos que los partidos políticos no pueden prescindir de ciertos postulados ideológicos o programas de acción.

Resulta, en cambio, de mayor interés indagar con respecto a la sustantividad de esos contenidos doctrinales. En la época de formación de los partidos políticos se admitía, sin dificultades, que el programa desempeñaba un papel fundamental. Así lo consideraban tanto los pensadores liberales como los marxistas.

En las últimas décadas, empero, ha ido cobrando más importancia la organización partidaria en desmedro de sus contenidos doctrinales. Este proceso coincide con otro fenómeno firmemente vinculado a esta cuestión que ha sido denominado "pragmatismo", "desideologización" y hasta "fin de las ideologías". Pensamos que estas expresiones traducen conceptos extremos que no se compadecen con la realidad. Lo expuesto no impide aceptar que se ha producido un creciente proceso de relativización de las ideologías y, consecuentemente, de flexibilización de los contenidos programáticos de los partidos políticos. Los cambios sociales y económicos se suceden ahora a un ritmo inimaginable en el momento de la creación de muchos partidos. Y ello los obliga a adecuar permanentemente sus fundamentos programáticos que siguen siendo de vital importancia.

A partir de los estudios de Maurice Duverger, se ha puesto especial énfasis en la importancia de la organización como elemento configurativo de los partidos políticos. Estos, contemporáneamente —dice el autor francés—, se definen menos por su programa o la clase de sus adherentes y más por la naturaleza de su organización: un partido político es una comunidad dotada de una estructura particular. La

atención parece haberse volcado más preponderantemente al estudio del "aparato" o la "maquinaria" partidaria que permite reconocer la verdadera anatomía de un partido. Este cambio de perspectiva ha posibilitado desnudar la vida interior de los partidos, dándole al ciudadano la oportunidad de comprobar el grado de compatibilidad o de escisión entre sus postulados ideológicos y su real aplicación, lo cual proporciona un indicio importante con respecto a su comportamiento futuro en caso de ejercicio efectivo del poder⁹.

Desde otra perspectiva, la teoría política ha inquirido acerca del carácter natural o artificial de las organizaciones políticas. Burdeau sostiene que son naturales cuando surgen espontáneamente y resultan necesarias, pero son artificiales cuando tratan de encauzar las energías de la sociedad¹⁰.

Los partidos políticos pretenden representar, en general, distintos intereses de la comunidad. Así, tienden a ofrecerle a la opinión pública propuestas homogéneas que evidencian un plan abarcativo que procura dar respuesta a diversas realidades sociales. Generalmente, balancean exigencias, a veces contradictorias, tratando de equilibrar los intereses particulares y los generales con arreglo a su propia ideología.

Mientras los grupos de presión concentran sus reclamos —y también su clientela— a partir de un interés específico, el partido político aspira a ofrecer un compromiso totalizador, propiciando el equilibrio entre sectores diversificados por medio de un programa general que se sitúa, como tal, en un plano de generalidad distinto.

b) Origen y evolución histórica

Los partidos políticos constituyen instrumentos fundamentales en los regímenes democráticos contemporáneos. Incluso, en la mayor parte de los regímenes no democráticos se han convertido en un elemento esencial para su funcionamiento. Su aparición en el tiempo es relativamente reciente: se puede afirmar que no han existido partidos estructurados y estables hasta el siglo XIX. Antes había únicamente formas embrionarias de ellos: grupos parlamentarios, clubes, facciones organizadas, clientelas personales.

Si bien la palabra "partido" deriva etimológicamente de "parte" y la sociedad ha estado, secularmente, dividida en partes en convivencia conflictiva, éstas se articulaban, políticamente, en entidades que se deslindarían de los modernos partidos. Aunque la voz tenga amplia

⁹ Conf. DUVERGER, Maurice, *Introducción a la política*, Ariel, Barcelona, s/d., ps. 134 y ss.

¹⁰ Conf. BURDEAU, Georges, *Método de la ciencia política*, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 415.

tradición histórica y se la utilice, por lo común, para significar objetos distintos, lo que hoy se puede designar como "partido político" surgió merced al profundo cambio ocurrido con la transformación del Estado liberal. Sólo entonces aparecieron los partidos que en el siglo XX se han transformado en uno de los mecanismos esenciales de comunicación entre la sociedad y el Estado. Los partidos tienen, pues, un origen reciente, el siglo XIX y un área de aparición delimitada a los países dotados de sistema liberal: los Estados Unidos y Europa Occidental.

El estudio sistemático de los partidos políticos recién advino a la ciencia política a fines del siglo XIX. Precisamente en 1894, el irlandés James Bryce dio a conocer su obra *Los partidos políticos* en los Estados Unidos. En ella, el autor manifestaba que no había podido consultar ningún tratado acerca de "esa inmensa y complicada máquina política que funciona paralela a la Constitución" y que hasta entonces "ningún americano ha intentado describir el sistema de los partidos en su país"¹¹. Con anterioridad a esta obra de Bryce, sólo cabe hacer mención de los antecedentes referidos a estudios parciales que no representan un tratamiento científico del tema. En esta categoría, merecen ser recordados los aportes de David Hume en su obra *Ensayo sobre los partidos*, publicada en 1760; la definición de partidos políticos dada por Benjamin Constant en 1816 y las referencias comentadas por Alexis de Tocqueville en su libro *La democracia en América*, en 1835 y 1840.

Después de la obra de Bryce se sucedieron estudios importantes sobre esta materia. Cabe citar la obra de Ostrogorski titulada *La democracia y la organización de los partidos políticos*, aparecida entre 1902 y 1903. Algunos años después, en 1911, Robert Michels publicó su difundida *Sociología de los partidos políticos en la democracia moderna*.

Más recientemente, la obra de Georges Burdeau, *Tratado de ciencia política*, aparecida en 1949 y la de Maurice Duverger, *Los partidos políticos*, cuya primera edición es de 1951, han realizado aportes sustanciales. Más cercanamente aún, destacamos los estudios efectuados por Pier Luigi Zampetti y Giovanni Sartori.

c) Institucionalización de los partidos políticos

Los partidos políticos no deben su existencia a un reconocimiento constitucional explícito ni han surgido o surgen como consecuencia de

¹¹ Citado por LÓPEZ, Mario J., *Partidos políticos*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1968, p. 14.

meras regulaciones de la ley. Su origen es más profundo y complejo: son genuinas creaciones sociales, fruto del derecho espontáneo.

Los propios constituyentes norteamericanos tuvieron una actitud de prevención y desconfianza respecto de ellos. No debe llamarnos demasiado la atención el hecho de que los partidos políticos, que iban a tener un desenvolvimiento notable en la democracia de los Estados Unidos, hayan sido estudiados, en una primera época, por destacados investigadores extranjeros (Bryce, Tocqueville, Ostrogorski, Max Weber, Robert Michels).

Durante muchos años, las constituciones guardaron silencio sobre estas instituciones que estaban destinadas a convertirse, con el transcurrir del tiempo, en pilares insustituibles del sistema democrático.

Uno de los primeros intentos de llevar el reconocimiento de los partidos a la Constitución se produjo con motivo de la sanción de la Constitución alemana de Weimar, en 1919. En oportunidad de la discusión de su contenido se consideró el tema de su inclusión. Finalmente, sin embargo, el reconocimiento sólo tuvo lugar en forma indirecta y precaria. Su art. 124 establecía que "toda asociación puede adquirir personalidad jurídica conforme a las prescripciones del derecho civil. Esa personalidad no puede serle negada por el hecho de perseguir un fin político, social o religioso".

La Constitución de Bonn (ex Alemania Occidental), de 1949, fue una de las primeras leyes fundamentales que adoptó una postura claramente receptiva. Su art. 21 estatúa:

- 1) Los partidos colaboran en la formación de la voluntad política del pueblo. Su creación es libre. Su organización interna debe responder a los principios democráticos. Los partidos deben dar cuenta públicamente de la procedencia de sus recursos.
- 2) Los partidos que por sus fines o por la actitud de sus adherentes tiendan a desvirtuar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal, son inconstitucionales. Sobre la inconstitucionalidad decidirá la Corte Constitucional Federal.
- 3) La reglamentación se hará por leyes federales.

La Constitución de Italia de 1947 también adoptó un criterio receptivo. En su art. 49 determina:

Todos los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente en partidos políticos para concurrir con método democrático a determinar la política nacional.

No obstante, el art. 18, segunda parte, especifica:

Están prohibidas las asociaciones secretas y aquellas que persigan, aunque sea indirectamente, finalidades políticas mediante organizaciones de carácter militar.

Esta norma se completa con la disposición transitoria XII de esa Constitución, según la cual:

Queda prohibida la reorganización, bajo cualesquiera formas, del disuelto partido fascista.

La Constitución de España de 1978 establece en su art. 6º:

Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumentos fundamentales para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

La Constitución del Uruguay de 1966 ha sido una de las que ha brindado más cabal reconocimiento y protección institucional a los partidos políticos (arts. 77 y concs.). También la Constitución de Méjico de 1917 (arts. 9º y 35) y la del Brasil de 1967 (especialmente en el art. 152).

Nuestra Constitución, siguiendo los moldes tradicionales del constitucionalismo liberal, guardó silencio sobre el tema hasta la reforma de 1994. Los partidos políticos estaban en nuestra Constitución material, pero no en la formal. Su reconocimiento se hallaba fundamentado en el derecho a asociarse con fines útiles que asegura el art. 14 de ella.

La reforma constitucional de 1994 incorporó en nuestra Ley Fundamental el nuevo art. 38, estableciendo:

Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático.

Ello implica un reconocimiento que la Constitución tenía que hacer en forma explícita a los partidos políticos, considerando que en varias etapas de la historia reciente fueron objeto de ataques que llevaron, incluso, a la suspensión de sus actividades.

También expresa la nueva norma constitucional:

Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas.

El control ideológico que se admite es mínimo y sólo deviene exigible, en este sentido, el respeto de la Constitución. Son resguardados, además, principios sustanciales del sistema democrático (democracia interna, representación de las minorías) y se establece la competencia de los partidos políticos para la postulación de candidatos. Ésta, sin

embargo, no tiene carácter exclusivo; ello significa que se podría admitir la existencia de candidatos no propuestos por los partidos políticos.

En su última parte, el art. 38 dispone:

El Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes. Los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio.

Como se advierte, el constituyente estableció el aporte del Estado para el sostenimiento de los partidos políticos, pero no en forma integral. Los partidos políticos no deben ser financiados únicamente por el Estado; éste sí debe contribuir a su sostenimiento. El aporte del Estado no es, en consecuencia, exclusivo ni excluyente.

La exigencia acerca de la publicidad del origen y el destino de los fondos de los partidos políticos constituye un requerimiento sustancial, que de ser efectivamente aplicado contribuirá a la transparencia de estas instituciones y, por ende, a su jerarquización.

d) Régimen legal

La reglamentación legal de los partidos políticos en nuestro país muestra las contradicciones propias que caracterizaron a la vida institucional de la República.

La primera expresión legislativa apareció recién en 1931, cuando el gobierno *de facto* del general Uriburu pretendió limitar el reconocimiento de la personería de los partidos políticos al cumplimiento de determinados requisitos. También durante el gobierno *de facto* iniciado por el general Ramírez (1943-1946) fueron emitidas varias normas reglamentarias que dispusieron desde la disolución de los partidos políticos hasta el dictado de un estatuto (dec. 11.976/1945). Esta norma fue objeto de diversas modificaciones durante el mismo gobierno (decs. 17.426/1945, 17.427/1945, 17.428/1945, 23.924/1945) que finalmente optó por producir su derogación (dec. 25.562/1945).

Durante la presidencia del general Perón se sancionó la ley 13.645 que constituyó el régimen legal de los partidos políticos y mantuvo su vigencia hasta 1956. El 16 de octubre de ese año, el gobierno *de facto* de la "Revolución Libertadora" dictó el dec.-ley 19.044/1956 que estableció un nuevo estatuto de los partidos políticos.

Luego de la caída del presidente Frondizi, el gobierno *de facto* que llevó a la presidencia a José María Guido promulgó diversas normas con el propósito de modificar el régimen legal vigente. La última de ellas fue el dec. 7162/1962, que pasó a constituirse en el nuevo estatuto de los partidos políticos. En ese mismo año fue modificado por el

dec. 8162/1962 y posteriormente derogado por el dec. 12.530/1962, que a su vez instituyó un nuevo régimen jurídico.

Durante la presidencia de Arturo Illia, el Congreso de la Nación sancionó la ley 16.652, que reguló integralmente la constitución y el funcionamiento de los partidos políticos. El nuevo texto legal mantuvo su vigencia poco más de un año, porque un nuevo gobierno *de facto* –llamado “Revolución Argentina”– lo derogó, mediante el dec.-ley 17.014/1966. Ese mismo gobierno, que designó como presidente al general Onganía, había dispuesto con anterioridad la prohibición de toda actividad política en el país por el dec.-ley 16.894/1966 y la disolución de los partidos políticos, en virtud del dec. 6/1966. En este oscuro período de nuestra vida institucional, los partidos políticos fueron objeto de una virtual persecución. Así, se llegó a crear una comisión liquidadora de sus bienes (dec.-ley 16.910/1966), los cuales fueron entregados al Consejo Nacional de Educación (decs. 3297/1966 y 4333/1966).

En 1971, el mismo gobierno *de facto* de la Revolución Argentina, muy deteriorado en el ejercicio del poder, procuró una salida democrática. Así, se dictó el dec.-ley 19.102/1971, que pasó a constituirse en la nueva ley orgánica de los partidos políticos. También se dispuso la restitución de los bienes a los partidos políticos privados de ellos (dec.-ley 19.109/1971).

Ya en un nuevo período constitucional, el Congreso de la Nación sancionó en 1975 la ley 21.018, que derogó el dec.-ley 19.102 y dispuso el restablecimiento de la vigencia de la ley 16.652.

Producido el golpe militar del 24 de marzo de 1976, el Acta del Proceso de Reorganización Nacional suspendió tanto la actividad política como la de los partidos políticos (art. 7°). Pocos días después también prohibió las actividades de cinco organizaciones políticas, clausuró sus locales y bloqueó sus bienes y cuentas bancarias (dec.-ley 21.269/1976). El dec. 6/1976 ratificó la suspensión de la actividad de los partidos políticos. También fueron dictadas otras normas igualmente restrictivas, que incluso llevaron a establecer un régimen represivo contra quienes realizaran cualquier actividad política (dec.-ley 21.323/1976). Esta última norma fue derogada por el dec.-ley 22.617/1982. El mismo gobierno *de facto* dictó el dec.-ley 22.627/1982, que estableció un nuevo régimen orgánico de los partidos políticos.

Producida la restauración del sistema democrático, el Congreso de la Nación sancionó, en 1985, la ley 23.298, denominada “Ley orgánica de los partidos políticos”, que sustituyó a la anteriormente vigente. La norma consta de setenta y ocho artículos y establece que “los partidos políticos son instrumentos necesarios para la formulación y

realización de la política nacional. Les incumbe, en forma exclusiva, la nominación de candidatos para cargos públicos electivos” (art. 2°).

Antes de la reforma constitucional de 1994, en el fallo “Antonio Jesús Ríos”, donde un ciudadano pretendió oficializar su candidatura a diputado nacional, en carácter independiente e individual, la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó su pretensión basándose en que “el elector dispone, como ciudadano, de la libre afiliación y participación en cualesquiera de los diversos partidos políticos existentes en su distrito y en el ámbito nacional y de la posibilidad de formar un nuevo partido, como medio de acceder a los cargos públicos”¹².

Quince años después, en la causa “Padilla, Miguel M.” quien pretendía ser candidato a diputado nacional por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en forma independiente, la Cámara Nacional Electoral centrando la cuestión en la interpretación del art. 38 incorporado por la reforma del 94, mantuvo el criterio de la Corte Suprema en el caso “Ríos” y entendió que la exclusividad que la ley confiere a los partidos políticos para la postulación de candidatos no contraría la Constitución Nacional, ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos (causa 3054/2002¹³). En igual sentido, se pronunció el mismo tribunal en la causa 3074/2002.

La ley 23.298 impone tres condiciones sustanciales para la existencia de los partidos políticos: a) un grupo de ciudadanos unidos por un vínculo político permanente; b) organización estable y funcionamiento democrático regulado por la carta orgánica, y c) reconocimiento judicial de su personería jurídico-política (art. 3°).

La ley 23.476, sancionada en 1986, introdujo modificaciones en los arts. 5° y 10 de la ley 23.298.

En el año 2009 se sancionó la ley 26.571 denominada “Ley de democratización de la representación política, la transparencia y la

¹² Entendió la Corte que no es inconstitucional el art. 2° de la ley *de facto* 22.627, en cuanto establece la exclusividad en la nominación de candidatos para ejercer cargos públicos que detengan los partidos políticos. Ello es así, toda vez que tal disposición resulta una reglamentación razonable del derecho a ser elegido, en concordancia con lo establecido por los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional, el elector tiene abierta la posibilidad de afiliarse a cualquiera de los partidos políticos existentes y de participar en la selección de candidatos, así como la de constituir un nuevo partido que posibilite su acceso al cargo público al que aspira (conf. Fallos 310:819, caso “Ríos Antonio Jesús”, voto del juez Enrique Santiago Petracchi [1987]).

¹³ Sostuvo el fallo de la Cámara que “encontrar en los partidos políticos un medio para evitar la dispersión de las voluntades que aparejaría la falta de representatividad de quienes resultaren elegidos –a pesar de que pudieran existir otros modos de articular las reglas del juego electoral y la integración armónica de los mecanismos de designación– es una clara opción de política legislativa cuya oportunidad, mérito o conveniencia no le corresponde a un tribunal de justicia evaluar” (Cámara Nacional Electoral, causa “Padilla, Miguel M. s/inconstitucionalidad del art. 2° de la ley 23.298” [expte. 3531/01 CNE] registro Fallo 3054/2002 del 24/9/2002).

al¹⁴ que regula el sistema de partidos políticos, la designación de candidaturas a cargos electivos, las campañas electorales y otros aspectos de la legislación electoral.

Se modificó el sistema de selección de los candidatos a cargos públicos electivos nacionales. Sin embargo, la postulación de los precandidatos en el nuevo régimen legal también se encuentra reservada a los partidos políticos. En efecto, el art. 21 prescribe que “la designación de los precandidatos es exclusiva de las agrupaciones políticas, debiendo respetar las respectivas cartas orgánicas, los requisitos establecidos en la Constitución Nacional, la Ley Orgánica de los Partidos Políticos 23.298, el Código Electoral Nacional y la presente ley” (conf. art. 21 de la ley 26.571).

En definitiva, los partidos políticos son, en nuestro sistema jurídico, los únicos habilitados por la legislación para postular candidatos a cargos públicos electivos —art. 2º, ley 23.298— y art. 21 de la ley 26.571.

Por otra parte, con motivo de la sanción de la ley 26.571, el método de internas cerradas o abiertas según lo dispusieran los propios partidos políticos, en las que votaban los afiliados y los independientes, según el caso, siempre de manera voluntaria, fue reemplazado por una elección a la que deben concurrir todos los ciudadanos en forma obligatoria mediante el sistema de elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias¹⁵. A diferencia de las elecciones internas partidarias, en las primarias la selección de candidatos no queda ya reservada exclusivamente a las preferencias de los afiliados a un partido político, sino que se amplía a las de todos los ciudadanos inscriptos en el padrón electoral nacional.

¹⁴ Ley 26.571, sancionada el 2/12/2009 y promulgada por dec. 2004/2009 del 11/12/2009 con la observación de los arts. 107 y 108 (BO 31800, 15/12/2009).

¹⁵ El art. 29 de la ley 23.298 —en su actual redacción— establece que “para la designación de candidatos a cargos electivos nacionales se aplicará el sistema de elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias, en todo el territorio de la Nación, para un mismo día y para todos los partidos políticos, de conformidad con lo establecido en la ley respectiva”. En consonancia con ello, el art. 19 de la ley 26.571 dispone que “todas las agrupaciones políticas procederán en forma obligatoria a seleccionar sus candidatos a cargos públicos electivos nacionales [...] mediante elecciones primarias, en forma simultánea, en todo el territorio nacional, en un solo acto electivo, con voto secreto y obligatorio, aun en aquellos casos en que se presentare una sola lista”.

El 14 de agosto de 2011 se celebraron las primeras elecciones primarias mediante las cuales se eligieron, en todo el país, los precandidatos a presidente y vicepresidente de la Nación y diputados nacionales de las agrupaciones políticas que deseaban participar en la elección general. En algunas provincias se eligieron también candidatos a senadores nacionales y en otras la elección comprendió, asimismo, la selección de candidatos para categorías provinciales y municipales (v. gr., gobernador y vicegobernador, legisladores provinciales, intendentes, concejales y consejeros escolares, entre otros). El 23 de octubre de 2011 se llevó a cabo la elección general.

Asimismo, los precandidatos que se presenten en las elecciones primarias sólo pueden hacerlo en las de una (1) sola agrupación política y para una (1) sola categoría de cargos electivos (art. 22, ley 26.571); podrán intervenir en la elección general quienes hayan resultado electos en las primarias (art. 45, ley 26.571).

VIII. LOS GRUPOS DE INTERÉS

La expresión “grupos de interés” es de origen europeo —más precisamente, inglés— y fue introducida en el léxico político antes de que se conociera la referencia a los “grupos de presión”. Aparecida esta última, algunos autores comenzaron a emplearla casi como sinónimo y en la actualidad se puede sostener que la difusión de ella prácticamente ha eclipsado el uso de la primera.

Pensamos, sin embargo, que su empleo es necesario todavía y que corresponde diferenciarla adecuadamente de la locución “grupos de presión”.

Los grupos de interés son aquellos que instalados en la legalidad formal y fuera de la estructura política, postulan y promueven la defensa de sus propios fines específicos. El término “interés” comprende, en estos casos, tanto la defensa de sus contenidos materiales como la de los inmateriales.

El motivo aglutinante de estos grupos debe buscárase en la defensa de sus propios intereses. No se proponen influir en el gobierno o ante la opinión pública, pero lo harán si ello es necesario para la obtención de sus finalidades.

Constituyen ejemplos de grupos de interés, las asociaciones religiosas, académicas, profesionales, empresarias, obreras, etc. Su objetivo es tutelar sus intereses, siempre vinculados a la propia actividad que los nuclea. Si fuere necesario, pretenderán ejercer influencia ante el poder o la opinión pública y en ciertos casos asumirán las características propias de los grupos de presión.

IX. LOS GRUPOS DE PRESIÓN

La locución “grupos de presión” es de origen norteamericano y comenzó a utilizarse y difundirse a comienzos del presente siglo. Al igual que los grupos de interés, actúan en la legalidad formal y tienen como objetivo supremo la defensa de sus propios intereses.

En los grupos de presión se agrega la voluntad específica de influir sobre la acción de gobierno. Son habitualmente fuerzas organizadas,

vinculadas a intereses económicos, sociales o espirituales que pretendan ejercer influencia sobre el gobierno en favor del grupo.

Algunos autores —como Bidart Campos— prefieren utilizar la frase “factores de presión”, porque entienden que esta influencia pueden ejercerla no sólo los grupos, sino también las personas en forma individual¹⁶.

En la mayoría de los casos, los grupos de presión tienen una organización y, por tanto, autoridades y cuerpos orgánicos que los dirigen. Sus integrantes se caracterizan por no desempeñar, en la generalidad de los casos, funciones públicas y se aglutinan en torno de la defensa de sus intereses propios. Éste es el rasgo que otorga cohesión al grupo.

Los grupos de presión, a diferencia de los partidos políticos, no se proponen alcanzar el ejercicio del poder, pero desarrollan actividad política en cuanto pretenden influir en las decisiones de las autoridades públicas en salvaguarda de sus intereses.

Constituyen ejemplos de grupos de presión, las organizaciones empresariales, obreras y profesionales. Advertimos que los ejemplos coinciden en varios casos con los grupos de interés; todos ellos lo son en definitiva. La diferencia aparece en cuanto ejercen presión sobre el poder. Todos los grupos de presión son, en general, grupos de interés, pero hay grupos de interés que no son necesariamente grupos de presión.

Si bien los grupos de presión se sitúan fuera del poder, ejercen una importante influencia dentro de él. Todo medio que sea útil para la consecución de sus propios fines es empleado por los grupos de presión; tratan de persuadir a la opinión pública acerca de la legitimidad de sus reclamos utilizando los medios de comunicación social; ejercen presión ante los funcionarios públicos; crean y subvencionan fundaciones y centros de estudio y difusión. Con el mismo propósito realizan, en ocasiones, aportes económicos a los partidos políticos en oportunidad de las campañas electorales.

X. REGLAMENTACIÓN DE LA INTERFERENCIA

La interferencia de los grupos de presión frente al poder ha sido objeto de reglamentación en algunos países. En los Estados Unidos su actividad está reglada por ley desde 1946: se permite el ejercicio de la influencia frente al poder a cambio del pago de los correspondientes

¹⁶ BIDART CAMPOS, Germán J., *Grupos de presión y factores de poder*, Peña Lillo, Buenos Aires, 1962, ps. 44 y ss.

honorarios. Quienes ejercen esta actividad deben inscribirse en un registro, tienen sus propias oficinas y pueden ser investigados con respecto al origen de sus ingresos.

Esta actividad es designada con la palabra inglesa *lobby*, que significa “salón o pasillo” y que en el Congreso de los Estados Unidos identifica el lugar físico donde generalmente se conversa y se trata de persuadir a los legisladores intentando influir en el proceso de formación y sanción de las leyes.

En nuestro país también se ejerce esta actividad, pero no con carácter formal; tampoco hay reglamentación alguna. En la mayoría de los casos la despliegan los grupos de presión en defensa de sus intereses específicos.

XI. LOS GRUPOS DE TENSIÓN

Los grupos de tensión son aquellos que en defensa de sus propios intereses actúan en la ilegalidad formal, perturbando el orden público, fomentando la resistencia frente a las autoridades, creando convulsiones sociales.

La característica propia de estos grupos es su enfrentamiento —generalmente, abierto— con el poder. Despliegan, frente al poder político, el poder social.

Existen grupos de tensión que lo son por su naturaleza y, a veces, desde su propio origen. En otros casos, en cambio, suele suceder que grupos de interés o de presión intensifican de tal modo su oposición a las autoridades políticas, que pasan a utilizar procedimientos manifiestamente ilegales (actos de violencia, atentados, realización de huelgas pese a la declaración de ilegalidad, etc.).

XII. LOS FACTORES DE PODER

La expresión “factores de poder” fue utilizada hace más de un siglo por Ferdinand Lassalle, en su recordada referencia a las constituciones reales o materiales, para designar a las fuerzas reales y efectivas que existen en una comunidad política.

Los factores de poder son, generalmente, grupos o formaciones sociales, aunque pueden ser también personas individuales. Se caracterizan por tener un interés general con respecto a la política global del gobierno y por gozar de una relevancia tal, que hace que éste los tenga en consideración al adoptar ciertas decisiones políticas. Ellos constituyen centros de poder no estatales, pero de indudable trascendencia.

Se diferencian de los partidos políticos en que no procuran lograr el ejercicio formal del poder. La distinción con los grupos de interés o de presión resulta, en cambio, más sutil. Ellos son grupos sociales de esa naturaleza, pero con una gravitación tal, que influyen permanentemente en las decisiones del poder. Esto no significa que el gobierno deba adoptar decisiones siempre favorables a estos factores de poder. Basta, para caracterizarlos como tales, que deban ser tenidos en cuenta en el momento de la decisión política, sea ésta favorable o adversa a sus intereses específicos.

Los factores de poder pueden hallarse dentro o fuera de las estructuras estatales. Así, pueden revestir esta configuración las fuerzas armadas, las organizaciones sindicales más importantes, las entidades empresariales más gravitantes, las asociaciones de productores agropecuarios.

XIII. LOS CONSEJOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

Hemos afirmado, en párrafos anteriores, que la representación política ha demostrado su incuestionable superioridad respecto de la representación funcional, estamentaria o corporativa.

Resulta difícil, en la actualidad, asistir a reclamos que postulen la regresión lisa y llana al régimen de representación corporativa que tan duro revés sufrió después de la Segunda Guerra Mundial. Aun los regímenes que subsistieron a este embate —como el falangismo español o el gobierno de Oliveira Salazar en Portugal— se fueron extinguiendo lánguidamente, para dar paso a la representación política. Esto no debe hacernos pensar, empero, que el sistema de la representación funcional carece de adeptos. Sus sostenedores se han aferrado a otros medios más sutiles.

Algunos han advertido las fisuras que presentan los actuales sistemas de representación política y, aprovechando sus grietas, han introducido el poder estamentario en las entrañas mismas del régimen representativo, para lo cual suelen insertarse en sus instituciones más importantes (partidos políticos, burocracia estatal, etc.).

Otros han postulado la creación de organismos estamentarios formalmente insertados en las instituciones representativas y, generalmente, subordinados a ellas. Esta variante ha tenido concreción por medio de los consejos económicos y sociales. En apoyo de esta solución, se sostiene que siempre es preferible que los estamentos económicos y sociales más relevantes tengan una inserción efectiva en el gobierno para evitar que desde fuera de él conspiren contra el propio sistema.

Los consejos económicos y sociales comenzaron a difundirse después de la Primera Guerra Mundial y paralelamente al constitucionalismo social. Fueron contemplados en la Constitución alemana de Weimar (1919), la Constitución de Checoslovaquia (1920), las constituciones francesas de la IV y la V república (1946 y 1958, respectivamente), la Constitución de Italia (1947) y, más recientemente, la Constitución de España (1978).

En nuestro país, la idea de establecer un consejo económico y social tiene sus primeros antecedentes en 1912. Por aquel entonces, el diputado Saavedra Lamas presentó un proyecto para crear el Consejo Nacional de la Agricultura, Industria y Comercio. La iniciativa no tuvo sanción parlamentaria.

En 1964, el presidente Arturo Illia elevó al Congreso de la Nación un proyecto de ley tendiente a la creación de un consejo económico y social de carácter consultivo. La iniciativa tampoco recibió tratamiento legislativo.

Durante el gobierno *de facto* del general Alejandro A. Lanusse se dictó el dec.-ley 19.569/1972 que creó el Consejo Nacional Económico y Social. Este órgano tenía facultades consultivas y actuaba en relación directa con el Poder Ejecutivo. Estaba integrado por un presidente, un vicepresidente y un secretario general, designados por aquél y cuarenta consejeros, de los cuales veinte representaban a los trabajadores organizados y los otros veinte, a los empresarios de los sectores industrial, comercial y agropecuario.

La difícil situación política de aquel momento, la evidente falta de credibilidad del propio gobierno y el hecho de que no fuesen designados los representantes sindicales impidieron la vigencia del Consejo.

En el derecho público provincial, los primeros antecedentes los ubicamos en la Constitución de Neuquén de 1957 (arts. 249 y 252) y en la de Catamarca de 1965 (arts. 11 y 160, inc. 3°), así como en Córdoba, donde fue creado por ley en 1969.

Más recientemente, algunas provincias han otorgado acogida constitucional a órganos de esta especie; así la Constitución de Córdoba de 1987 (art. 125), la de Formosa de 1991 (art. 152), la de La Rioja de 1986 (art. 153), la de Salta de 1986 (art. 75) y la de Tierra del Fuego de 1991 (art. 75).

La ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional en 1993, habilitó, entre las cuestiones comprendidas en la revisión de nuestra Ley Fundamental, la "creación de un consejo económico y social con carácter consultivo" (art. 3°, inc. Lj).

Si bien el tema tuvo despacho favorable en la Comisión de participación política de la Convención Constituyente, finalmente no fue considerado por su plenario.

*

CAPÍTULO IX
LOS RECURSOS ECONÓMICOS
DEL ESTADO

I. IMPORTANCIA DEL TEMA

Sería incompleto el estudio del derecho constitucional o de la ciencia política en general, si no hiciéramos una incursión, aunque breve y somera, en las finanzas públicas.

Tal vez, por nuestra afición jurídica, se podría pensar que la economía y las finanzas no son temas que nos conciernen, que además resultan complejos y deben ser reservados a los especialistas. Sin perjuicio de reconocer las dificultades que su abordaje presenta, creemos necesario su tratamiento.

En su *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina; según su Constitución de 1853*, Alberdi sostenía: "La Constitución federal argentina contiene un sistema completo de política económica, en cuanto garantiza, por disposiciones terminantes, la libre acción del trabajo, del capital y de la tierra, como principales agentes de la producción; ratifica la ley natural de equilibrio que preside el fenómeno de la distribución de la riqueza, y encierra en límites discretos y justos los actos que tienen relación con el fenómeno de los consumos públicos"¹.

La política, el derecho y la economía presentan múltiples relaciones y mantienen una comunicación indispensable. Fueron razones de índole política, pero también especialmente económicas, las que postergaron por mucho tiempo la organización nacional. El federalismo, tan enfáticamente declamado por la Constitución, pudo ser formalmente alcanzado, en gran medida, tras la resolución del difícil problema de la distribución de los recursos económicos. No puede ha-

¹ ALBERDI, Juan B., *Obras escogidas*, t. IV, Luz del Día, Buenos Aires, 1954, p. 1.

ber autonomía política sin autonomía económica. Vivimos en un país federal que concentra el 80% de la producción de su riqueza —como expresa Frías— en tan solo el 20% de su territorio y que ha construido, al amparo de ese principio de descentralización, una de las grandes megalópolis del mundo².

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de La Nación, que “no es posible soslayar que el cumplimiento de las funciones del Estado, que es deber suyo atender, origina ‘gastos’, cuya provisión expresamente se contempla en el art. 4° de la Constitución Nacional. En este sentido, la importancia de la renta pública para la existencia de la Nación ya fue advertida por Alexander Hamilton al sostener que ‘El dinero está considerado, con razón, como principio vital del cuerpo político, y como tal sostiene su vida y movimiento y lo capacita para cumplir sus funciones más esenciales. Por consiguiente, una facultad perfecta de allegarse con normalidad y suficiencia los fondos necesarios, hasta donde los recursos de la comunidad lo permitan, debe ser considerada como un elemento componente indispensable en toda Constitución’ (confr. Hamilton, Alexander; Madison, James; Jay, John; ‘El federalista’, XXX, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 119). La relevancia de la cuestión tampoco escapó a Juan Bautista Alberdi para quien ‘el Tesoro y el gobierno son dos hechos correlativos que se suponen mutuamente. El país que no puede costear su gobierno, no puede existir como Nación independiente, porque no es más el gobierno que el ejercicio de su soberanía por sí mismo. No poder costear su gobierno, es exactamente no tener medios de ejercer su soberanía; es decir, no poder existir independiente, no poder ser libre. Todo país que proclama su independencia a la faz de las naciones, y asume el ejercicio de su propia soberanía, admite la condición de estos hechos, que es tener un gobierno costeadado por él, y tenerlo a todo trance, es decir, sin limitación de medios para costearlo y sostenerlo; por la razón arriba dicha, de que el gobierno es la condición que hace existir el doble hecho de la independencia nacional y el ejercicio de la soberanía delegada en sus poderes públicos. Desconocer este deber, es hollar el juramento de ser independientes y libres, es abdicar la libertad y entregar el gobierno del país al extranjero, o a cualquiera que tenga dinero para costearlo. Tasar, limitar de un modo irrevocable la extensión de los sacrificios exigidos por el interés bien entendido de la independencia nacional, es aproximarse de aquel extremo vergonzoso’ (confr. ‘Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853’, en

² Conf. FRÍAS, Pedro J., “Estamos en paz con Buenos Aires”, *Diario La Nación*, Buenos Aires, 17/7/1991.

‘Organización de la Confederación Argentina’, El Ateneo, Madrid, 1913, pág. 211)”³.

Nos proponemos desentrañar, en esta incursión por las finanzas públicas algunos de sus grandes principios en líneas generales y conforme al propósito que inspira a esta obra. No se trata de invadir el ámbito de especialistas de otras ramas relevantes del quehacer humanístico sino de requerir su apoyo interdisciplinario.

Sugerimos, por ello, una lectura especialmente crítica de este tema, sumamente importante, con la esperanza de que su comprensión no resulte compleja.

II. LOS RECURSOS ECONÓMICOS DEL ESTADO

Los recursos económicos del Estado son los aportes de índole económica y financiera que éste se halla habilitado a percibir para sufragar sus gastos y cumplir su finalidad. Son, en consecuencia, todos aquellos valores económicos que el Estado puede incorporar a su Tesoro o caja.

El “recurso” se diferencia del “ingreso”: en tanto que éste se refiere a lo efectivamente incorporado a la caja del Estado, aquél es más genérico y también comprende lo que el Estado podría potencialmente incorporar a su Tesoro.

Los recursos económicos estatales no tienen como única finalidad costear los gastos del Estado en cuanto a su administración, sino que serán, conforme a su utilización, un instrumento de relevancia en el desarrollo de la política económica.

La Constitución específica, en el art. 4°, cómo se forma el Tesoro nacional: éste puede ser definido, sencillamente, como la “caja” donde ingresan y son depositados los recursos económicos obtenidos.

Dispone la citada norma constitucional:

El gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional.

Esta cláusula constitucional es producto de las reformas de 1860 y 1866. Tiene su fuente más inmediata en el art. 8° del Proyecto de

³ Cita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* “Administración Federal de Ingresos Públicos v. Intercorp SRL s/ejecución fiscal”, del 15/6/2010; Fallos 333:935.

Constitución para la Confederación Argentina de Alberdi, aun cuando éste era mucho más escueto y sólo mencionaba los impuestos. También resulta innegable la influencia de la Constitución de los Estados Unidos, cuyo art. I, sección 8, cláusula 1, le otorga al Congreso norteamericano la más amplia concesión de atribuciones fiscales.

Según el art. 4° de la Constitución Nacional, configuran recursos económicos del Estado: a) los derechos de importación y exportación; b) la venta o locación de tierras de propiedad nacional; c) la renta de correos; d) las demás contribuciones que imponga el Congreso; e) los empréstitos y las operaciones de crédito. Haremos, a continuación, un breve análisis de estos recursos.

a) Los derechos de importación y exportación

Los derechos de importación son los aranceles o tarifas que el Estado percibe como consecuencia del ingreso de mercadería extranjera a nuestro país. Los derechos de exportación son aquellos que gravan la salida de mercadería del territorio nacional. Ambos participan de la naturaleza del impuesto.

Los derechos de importación y exportación constituyen un ingreso relevante para las arcas del Estado, pero son, además, instrumentos de gravitación en el diseño de la política económica. Así, conforme sean establecidos estos impuestos, se podrá alentar determinadas exportaciones o importaciones, crear una economía abierta o cerrada, controlar la balanza comercial, etcétera.

Las denominadas retenciones, que representan un gravamen que el Estado aplica sobre las exportaciones, suelen fundarse en fines recaudatorios y de control de precios internos; para el control de la presión inflacionaria o para protección de industrias nacientes, así como para capturar rentas excedentes debido a la mejora de los términos de intercambio y para distribuir más equitativamente el ingreso.

Las retenciones, como parte de los llamados derechos de exportación, son exclusivas de la Nación, no son un recurso coparticipable. La recaudación obtenida por las retenciones sobre las exportaciones le corresponde en su totalidad al gobierno nacional.

En 2008, el Ministro de Economía de la Nación dictó la cuestionada res. 125/2008 –ya derogada– mediante la cual se establecía un nuevo sistema de retenciones móviles a la exportación de productos agropecuarios que se encontraba sujeto a su aumento o disminución según la evolución de los precios internacionales; medida que motivara cortes de rutas y manifestaciones en contra por parte del sector afectado.

La imposición de retenciones tiene un efecto negativo sobre las exportaciones, disminuyendo el precio percibido por los exportadores y la rentabilidad del sector.

La derogada res. 125 en definitiva, creaba un impuesto nacional en ejercicio de la competencia delegada en el art. 75, inc. 1° de la Constitución Nacional, que como tal debió haber sido fruto de una ley del Congreso⁴.

b) La venta o locación de tierras de propiedad nacional

El Estado federal tiene bienes, que conforme a su naturaleza pueden pertenecer al dominio público o al privado. Los primeros no son pasibles de apropiación privada; por tanto, no podrían ser enajenados por el Estado. Los bienes del dominio privado, en cambio, pueden, en general, ser vendidos y locados (es decir, alquilados). Ello también constituye un recurso económico, según lo especifica el art. 4° de la Constitución.

En consonancia con esta disposición, el art. 75, inc. 5°, establece que corresponde al Congreso “disponer del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional”.

Desde la perspectiva del ingreso, su importancia es relativa. Se trata, en principio, de un recurso no renovable –en especial la venta– que con el tiempo, si es utilizado con reiteración, puede producir la descapitalización del Estado.

En ocasiones, la propiedad de éste sobre tales bienes puede producirle también pesadas cargas si es ineficaz en su administración.

En la década de 1990, ha tenido lugar en nuestro país la venta de numerosos bienes del Estado como consecuencia del proceso de privatización, especialmente relevante en el ámbito de las empresas de servicios públicos. Tales, los casos de la electricidad que estaba a cargo de la empresa Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires (SEGBA); del gas a cargo de Gas del Estado; de los teléfonos en manos de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL); de los combustibles con la estatal Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF), o del transporte aerocomercial, en manos de la empresa Aerolíneas Argentinas, entre otros.

⁴ El 17 de julio de 2008 se llevó a cabo una sesión histórica en la Cámara de Senadores de la Nación, que se extendió por más de 18 horas, en la que se debatió el proyecto de ley que contaba con media sanción de la Cámara de Diputados y por el cual se pretendía ratificar la res. 125 que establecía la movilidad de las retenciones a las exportaciones del sector agropecuario. Dicha sesión, es recordada por el “voto no positivo” del entonces vicepresidente de la Nación, Julio Cobos. La votación terminó empatada en treinta y seis votos a favor y en contra, por lo cual Cobos debió desempatar en su rol de presidente de la Cámara Alta, que ocupaba como vicepresidente de la República. Cobos votó en contra de la sanción de dicha ley, en contraposición con la postura sostenida por el partido gobernante que integraba.

El proceso privatizador comenzó con la primera presidencia de Carlos Saúl Menem (1989-1995)⁵, continuó con su segundo mandato (1995-1999) y se mantuvo durante el gobierno de Fernando De la Rúa (1999-2001).

Luego, con la llegada a la presidencia de Néstor Kirchner (2003-2007), mediante dec. 311/2003 con la misión de llevar a cabo el proceso de renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuesta por la Ley de Emergencia 25.561, se crea la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos como continuadora del proceso de Renegociación de los contratos de obras y servicios públicos, desarrollado a través de la ex Comisión de Renegociación de contratos de obras y servicios públicos –creada durante la presidencia provisional de Eduardo Duhalde (2002-2003)–, prosiguiendo los trámites que se hallaren en curso en el ámbito de la mencionada Comisión.

En los últimos años, se ha procurado la reestatización de algunas empresas de servicios públicos. En el año 2008, durante la primera presidencia de Cristina Fernández de Kirchner (2007-2011) se produce el rescate accionario de Aerolíneas Argentinas⁶.

El 3 de mayo del año 2012, durante el segundo mandato de Fernández de Kirchner, a los efectos del recupero del control de Yacimientos Petrolíferos Fiscales se sanciona la ley 26.741 por la cual se declara de interés público nacional el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos y, asimismo, se declara de utilidad pública y sujeto a expropiación el 51% del patrimonio de YPF SA y Repsol YPF Gas SA⁷.

⁵ El 17 de agosto de 1989 se sanciona la ley de Emergencia Económica (ley 23.696) –promulgada por dec. 562 del 18/8/1989– mediante la cual se declaró en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económica financiera de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, entidades autárquicas, empresas y sociedades del Estado, obras sociales del sector público, bancos y entidades financieras oficiales, nacionales y/o municipales y todo otro ente en que el Estado Nacional o sus entes descentralizados tengan participación total o mayoritaria de capital o en la formación de las decisiones societarias, abriendo así las puertas al ingreso de capitales privados principalmente extranjeros.

⁶ Mediante ley 26.412 (sancionada el 18/9/2008, promulgada por dec. 1533/2008) se dispuso que para garantizar el servicio público de transporte aerocomercial de pasajeros, correo y carga, el Estado Nacional procederá al rescate de las empresas Aerolíneas Argentinas SA y Austral Líneas Aéreas –Cielos del Sur SA– y de sus empresas controladas. Tres meses más tarde, en fecha 17 de diciembre de 2008, con la sanción de la ley 26.466 (promulgada por dec. 2182/2008 de fecha 22/12/2008) se declaró de utilidad pública y sujetas a expropiación las acciones de las empresas Aerolíneas Argentinas Sociedad Anónima y Austral Líneas Aéreas Cielos del Sur Sociedad Anónima y de sus empresas controladas. En fecha 30/12/2008, mediante dec. 2347/2008 se designó como organismo expropiante al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.

⁷ Ley 26.741 promulgada en fecha 4 de mayo de 2012 mediante dec. 660/2012.

c) La renta de correos

El art. 4º menciona, entre los recursos que conforman el Tesoro nacional, la “renta de correos”. Ello es consecuencia de la facultad que tiene el Congreso para “arreglar y establecer los correos generales de la Nación” (art. 75, inc. 14).

La referencia a las ganancias que el Estado podría obtener como consecuencia de la prestación del servicio postal ha quedado desvirtuada en la práctica.

El servicio público de correos ha sido tradicionalmente deficitario; ello no significa que deba descalificársele. Los servicios públicos, en general, no tienen como propósito obtener rentas para las arcas del Estado, sino, más bien, satisfacer necesidades primordiales de la población.

La importancia del servicio postal y sus posibilidades de desarrollo, en la época de sanción de nuestra Ley Fundamental, hicieron pensar a nuestros constituyentes que además de eficiente sería rentable; ello no siempre se cumplió en la realidad⁸.

d) Las demás contribuciones impuestas por el Congreso

Es en esta categoría de recursos donde reside una de las claves de todo el sistema económico y financiero del Estado. El término “contribución” es sinónimo de “tributo”, como expresión de la capacidad que se le atribuye al Estado para exigirles prestaciones económicas a sus habitantes por medio de los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales. En la doctrina constitucional, Bielsa⁹ se enrola en esta posición, en tanto que Bidart Campos y Bianchi¹⁰ entienden que contribuciones son sólo los impuestos.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha inclinado, en los últimos años, por el primer criterio (caso “Estado nacional v. Arenera El Libertador SRL” de 1991¹¹).

⁸ El 19 de noviembre de 2003, por medio del dec. 1075/2003, se rescinde el contrato de concesión suscripto entre el Estado Nacional y la empresa Correo Argentino SA, por el cual se concedió el servicio oficial de correos e instruye al Ministro de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios para que, dentro del plazo de ciento ochenta (180) días, proceda a llamar a Licitación Pública Nacional e Internacional a fin de volver a privatizar el servicio público postal. La empresa volvió –temporalmente– a la órbita estatal como Correo Oficial de la República Argentina SA (dec. 721/2004), manteniendo la denominación comercial de Correo Argentino. Si bien en la práctica está sujeta a privatización, el llamado a licitación ya ha sido prorrogado varias veces con lo cual aún no se ha concretado.

⁹ BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1954, p. 462.

¹⁰ Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho constitucional del poder*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1967, p. 312; BIANCHI, Alberto B. - MIHURA ESTRADA, Ricardo, “El peaje: de la ley de Concesión de Obra Pública a la Ley de Convertibilidad”, LL 1991-E-1280.

¹¹ Fallos 314:595.

Lo expuesto no implica desconocer que los impuestos constituyen una verdadera columna vertebral de las finanzas del Estado, tanto en relación con la cobertura de sus gastos como en cuanto a su política global.

Como se podrá apreciar, el art. 4° requiere que esas contribuciones sean impuestas por el Congreso, siguiendo un tradicional principio que ya estaba reflejado en la Carta Magna inglesa de 1215.

e) Los empréstitos y las operaciones de crédito

Dentro de esta categoría de recursos destinados a allegar fondos al Estado podemos distinguir: a) los empréstitos, que son préstamos de origen interno o externo, generalmente pagaderos a largo o mediano plazo; b) los anticipos o bonos de Tesorería, que tienden a satisfacer necesidades económicas concretas e inmediatas, y c) los procedimientos monetarios, que incluyen la emisión de moneda.

Con respecto a los empréstitos, la doctrina tradicional los consideraba una herramienta para los procesos económicos de emergencia; por tanto, su utilización importaba recurrir a un instituto extraordinario. La doctrina más moderna, en cambio, se ha inclinado por sostener la utilización de los empréstitos como medios ordinarios y casi habituales de financiamiento, que deben ser necesariamente empleados con extrema prudencia y en consonancia con las posibilidades de ahorro interno que tenga el Estado.

En muchos casos, las constituciones exigen, para su aprobación, mayorías legislativas calificadas. No fue éste el criterio que establecieron nuestros constituyentes: el art. 75, inc. 4°, se limita a señalar que le corresponde al Congreso “contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación”.

f) Otros recursos

El art. 4° de la Constitución no es una norma cerrada que sólo permite las clases de ingresos allí especificadas. Una de esas categorías, incluso, es lo bastante flexible como para admitir interpretaciones amplias (“las demás contribuciones”). Hay otras que son, además, consecuencia de la función relevante que el Estado ha ido adquiriendo en el campo económico y social.

La emisión monetaria —derivada de la atribución otorgada al Congreso por el art. 75, incs. 6° y 11— constituye un recurso de evidente magnitud económica y financiera. Su uso discrecional y sin respaldo suficiente es promotor primario de la inflación.

Las utilidades que pueden aportar al Estado las empresas que éste administra, aunque no son un medio habitual de ingresos, configuran también recursos posibles. La concesión de servicios o la explotación de juegos importan, asimismo, ingresos.

Tampoco está vedado por la Constitución que el Estado reciba de sus habitantes liberalidades o que en ejercicio de las facultades conferidas a sus poderes constituidos sean aplicadas sanciones pecuniarias.

Una especie particular, en esta mención amplia de los otros recursos no previstos especialmente en el art. 4° de la Constitución, es la de los denominados “ingresos parafiscales”. Se trata de contribuciones exigidas obligatoriamente con fines de solidaridad social (aportes previsionales, a cajas de subsidios, a colegios profesionales, etc.). Esta recaudación adquiere una importancia económica muy apreciable y en no pocas ocasiones se la ha utilizado como herramienta relevante de la política económica.

III. IMPUESTOS, TASAS Y CONTRIBUCIONES

El art. 4° de la Constitución, al enunciar los recursos que componen el Tesoro nacional, menciona “las demás contribuciones”. El término “contribución” debe ser entendido, en este aspecto, como sinónimo de “tributo”.

La contribución o tributo es la carga o prestación económica, generalmente en dinero, exigida coactivamente por el Estado a sus habitantes con la finalidad de satisfacer el bienestar general. Es ésta una cualidad esencial del poder del Estado que halla fundamento —como lo expresa Joaquín V. González— en la propia necesidad de crear un gobierno, porque ésta incluye la de proveer a su sostenimiento¹².

Dentro del género amplio de las contribuciones o tributos están los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales, también llamadas “contribuciones de mejoras”.

Los impuestos son los tributos más típicos. Puede definírseles como las prestaciones económicas exigidas coactivamente por el Estado para satisfacer necesidades de índole general, sin que medie contraprestación determinada por parte de éste.

Procurando no repetir las características generales de todo tributo, Villegas prefiere definir al impuesto como “el tributo exigido por el Estado a quienes se hallan en las situaciones consideradas por la ley

¹² GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina (1853-1860)*, 24ª ed., Estrada, Buenos Aires, 1951, p. 431.

como hechos imponibles, siendo estos hechos imponibles ajenos a toda actividad estatal relativa al obligado"¹³.

Tradicionalmente, se ha sostenido que la característica peculiar del impuesto es la de carecer de una asignación a finalidad determinada. El impuesto, una vez pagado, engrosa los recursos del Tesoro de la Nación y le corresponde al gobierno de turno, conforme a las pautas previstas por la Constitución, utilizar esos fondos con arreglo a su plan de gobierno reflejado en el presupuesto de la Nación. En realidad, cuando pagamos el impuesto inmobiliario o el impuesto a las ganancias, no sabemos si ese dinero va a ser empleado específicamente para salud, educación, pago de beneficios sociales, gastos de mantenimiento de la estructura estatal, etcétera.

Sin embargo, advertimos que en los últimos años, en especial, se han difundido nuevas formas de imposición con destinos específicos. Las categorías teóricas son, muchas veces, desbordadas por la realidad y generan la necesidad de nuevos desarrollos. El propio inc. 2° del art. 75 (tras la reforma de 1994), luego de referirse a los impuestos, dispone:

Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables [1° párrafo, *in fine*].

Las tasas son las prestaciones económicas coactivamente requeridas por el Estado como contraprestación de servicios públicos de afectación obligatoria. Se diferencian del impuesto en cuanto en éstos no media la contraprestación de un servicio público (al menos, determinado).

Este concepto genera una consecuencia jurídica importante: si no se ha verificado la prestación del servicio público, no corresponde que se requiera el pago de la tasa.

Así, generalmente constituyen tasas las prestaciones económicas requeridas en concepto de pago de servicios sanitarios o alumbrado, barrido y limpieza de calles. En estos casos, la ley determina que la sola afectación del inmueble del contribuyente a dichos servicios implica la obligación del pago de éstos.

En cambio, hay otros servicios públicos que no requieren "tasas", sino simplemente "tarifas" o "precios". Son los que podemos caracterizar como de afectación facultativa. Es el caso de la electricidad, el gas, el teléfono, etc. Se paga el servicio si el propio interesado lo requiere.

¹³ VILLEGAS, Héctor B., *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, 5ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 72.

La naturaleza de estos servicios públicos es contractual, tipificación de la cual pueden carecer las tasas.

La doctrina enseña, también, otros criterios para diferenciar a las "tasas" de los "precios" o "tarifas". Uno de los más difundidos considera que los "precios" dejan un margen de utilidad, no así las tasas. Entendemos que la realidad ha superado definitivamente esta concepción. Hay tasas que representan un verdadero poder impositivo encubierto y otras que están sujetas a la prestación por concesión a empresas privadas, las cuales, como es lógico, tienen como fin esencial la obtención de ganancias.

Las contribuciones especiales o contribuciones de mejoras presentan una primera dificultad por su propia denominación. Las "contribuciones" son el género y comprenden a los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales o de mejoras. Estas son, igualmente, prestaciones económicas, por lo general en dinero, requeridas compulsivamente por el Estado como consecuencia del mayor valor adquirido por los bienes de los habitantes, a quienes se les exige el pago por haber sido beneficiados económicamente por la realización de una obra pública. Sería el caso del productor agropecuario beneficiado por la construcción de una ruta o por la erección de un dique en zonas de sequía. En el ámbito urbano se las suele utilizar, junto a otras formas diversas de financiamiento, en los casos de obras de pavimentación y otros servicios públicos.

IV. IMPUESTOS DIRECTOS E INDIRECTOS

Esta clasificación es la que tiene mayor importancia en nuestro régimen constitucional. También plantea una dificultad que deriva del criterio a establecer para diferenciar estas categorías.

En la teoría financiera se enseña que en tanto que los impuestos directos gravan una manifestación inmediata de riqueza, los impuestos indirectos recaerían sobre expresiones mediatas de ella. También se sostiene que en tanto que los impuestos directos admiten la elaboración de listas de contribuyentes, los indirectos no. Esta situación disímil se debe a que los impuestos indirectos gravan, por lo general, actos transitorios o accidentales.

Entendemos que el mejor criterio de distinción y el más útil a nuestra finalidad, es el de fundarlo en la posibilidad de la traslación del impuesto. Para comprender adecuadamente esta cuestión es preciso recordar que en toda relación tributaria existen dos sujetos: el Estado, o sujeto activo, y el contribuyente, o sujeto pasivo. Éste puede ser *de iure* (de derecho), cuando la ley le asigna la obligación como respon-

sable del pago del impuesto o *de facto* (de hecho), cuando es el que efectivamente paga el impuesto.

Hay algunos impuestos en los cuales la figura del contribuyente de hecho y la del de derecho recaen en una misma y única persona (impuestos inmobiliario, a las ganancias, etc.). Otros impuestos, en cambio, presentan una situación diferente, en que es posible distinguir un contribuyente *de iure* de uno *de facto*. El primero está obligado por la ley a ingresar el impuesto; el segundo es quien en realidad lo paga efectivamente (impuestos a la importación y a la exportación, al valor agregado, a las bebidas alcohólicas y a los cigarrillos, etc.). En estos casos se produce un desplazamiento o traslación del impuesto del contribuyente de derecho al contribuyente de hecho. Si hay traslación, el impuesto es indirecto; si no la hay, será directo.

Corresponde aclarar que es importante, a los efectos de esta distinción, que la traslación tenga origen legal y no meramente convencional. Es la propia ley la que debe autorizar la traslación del tributo. En la Constitución Nacional, esta clasificación aparece consagrada en el inc. 2º del art. 75.

V. IMPUESTOS EXTERNOS E INTERNOS

Los impuestos externos son aquellos que gravan el comercio internacional. Los impuestos internos son los que el Estado percibe como consecuencia de hechos imponible propios de la actividad interna del país.

Esta clasificación es, en general, cuestionada por la doctrina más moderna, pero la señalamos porque tiene arraigo constitucional. Si bien nuestra Ley Fundamental no utiliza las expresiones “impuestos externos” e “impuestos internos”, implícitamente la ha tenido en consideración, sometiendo a unos a un tratamiento diferente que a los otros.

Los impuestos externos referidos por la Constitución son los derechos a la importación y exportación (arts. 4º y 75, inc. 1º); los demás son internos.

VI. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA IMPOSICIÓN

Se denomina “principios constitucionales de la imposición” al conjunto de pautas básicas e interrelacionadas consagradas por la Constitución con el propósito de establecer ciertas y determinadas exigencias para el ejercicio, por parte del Estado, de su poder de imposición.

Joaquín V. González, en su *Manual de la Constitución*, afirmaba: “Teniendo por efecto apropiarse para el gobierno de una porción de la fortuna o patrimonio del individuo, este poder ha sido en todo tiempo, y es siempre, el más peligroso para la libertad civil y política, por lo mismo que es discrecional, amplio e indeterminado en sus especies. Fácilmente puede convertirse en arma de la tiranía cuando la Constitución no lo limita, y los particulares perjudicados por el abuso no se apresuran a evitarlo o a pedir reparación”¹⁴.

Ha sostenido el Máximo Tribunal de la República que “no resulta admisible que a la hora de establecer procedimientos destinados a garantizar la normal y expedita percepción de la renta pública se recurra a instrumentos que quebrantan el orden constitucional”¹⁵.

Los principios constitucionales de la imposición están expresamente previstos con esa finalidad de proteger a los habitantes frente al poder del Estado. Entre estas pautas básicas, cabe reconocer en la Constitución los principios jurídico-impositivos de legalidad, igualdad, no confiscatoriedad y razonabilidad.

a) Legalidad

El principio de legalidad es uno de los postulados básicos del constitucionalismo liberal que ha superado la prueba de la historia. Está claramente enunciado por la Constitución, en la segunda parte del art. 19:

Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

¹⁴ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución...*, cit., ps. 431/2.

¹⁵ Fallos 333:935, caso “Administración Federal de Ingresos Públicos v. Intercorp SRL s/ejecución fiscal”, del 15/6/2010. En dicho precedente, la AFIP promovió la ejecución fiscal contra la empresa Intercorp SRL por sumas correspondientes a saldos de sus declaraciones juradas del impuesto al valor agregado, del impuesto a las ganancias y de aportes al Sistema Único de la Seguridad Social. El juzgado Federal n. 1 de Salta declaró la inconstitucionalidad del inc. 5º, art. 18 de la ley 25.239, en tanto sustituyó el texto del art. 92 de la ley 11.683 (norma que otorgaba facultades a la Administración Federal de Ingresos Públicos para disponer embargos y otras medidas cautelares en el marco de una ejecución fiscal sin orden judicial previa, con el solo recaudo de informar al juez asignado a la causa) y, en consecuencia, decretó la nulidad de todos los actos procesales de la causa. La Cámara Federal de Salta hizo lugar al recurso presentado por la AFIP, revocó lo resuelto en la instancia anterior y rechazó el planteo de inconstitucionalidad. Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó parcialmente la sentencia de la Cámara Federal de Salta y declaró la inconstitucionalidad del inc. 5º del art. 18 de la ley 25.239 (sustitutivo del art. 92 de la ley 11.683). El Máximo Tribunal de la República sostuvo que “el esquema diseñado en el precepto, al permitir que el agente fiscal pueda, por sí y sin necesidad de esperar siquiera la conformidad del juez, disponer embargos, inhibiciones o cualquier otra medida sobre bienes y cuentas del deudor, ha introducido una sustancial modificación del rol del magistrado en el proceso, quien pasa a ser un mero espectador que simplemente es informado de las medidas que una de las partes adopta sobre el patrimonio de su contraria”.

En materia impositiva, este principio adquiere características especiales que potencian aún más su existencia. El art. 4° de la Constitución se refiere a “las demás contribuciones [...] que imponga el Congreso General”. El art. 17 –norma tuitiva del derecho de propiedad– preceptúa:

Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4.

De estas pautas constitucionales se infiere muy claramente que en nuestro ordenamiento jurídico no puede haber impuesto sin ley que lo establezca.

La palabra “ley” ha de entenderse en su significado formal y material. Debe ser ley emanada del Congreso, conforme lo expresan los arts. 4° y 17.

Es necesario que el Estado prescriba claramente los gravámenes para que los contribuyentes puedan fácilmente ajustar sus respectivas conductas en materia tributaria¹⁶.

El poder administrador no puede recaudar ninguna contribución que no haya sido creada por acto legislativo formal¹⁷. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de La Nación ha establecido categóricamente que los principios y preceptos constitucionales prohíben a otro Poder que el Legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas¹⁸ y, concordemente con ello, ha afirmado reiteradamente que ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones¹⁹.

Asimismo, ha sostenido que razones de necesidad y urgencia no pueden justificar que el Poder Ejecutivo establezca cargas tributarias en abierta violación al principio de legalidad, criterio que ha sido ratificado por lo establecido en el art. 99, inc. 3° de la Constitución Nacional, tras la reforma del año 1994²⁰.

¹⁶ Conf. Fallos 312:912; 316:1115; 321:153 y 330:3994.

¹⁷ Conf. Fallos 318:1154, caso “Video Club Dreams” del 6/6/1995. Se sostuvo en el fallo que el principio de reserva de la ley tributaria, de rango constitucional y propio del Estado de derecho, únicamente admite que una norma jurídica con la naturaleza de ley formal tipifique el hecho que se considera imponible y que constituirá la posterior causa de la obligación tributaria, por más que se motive la resolución adoptada en genéricas pautas de políticas fijadas por las autoridades económicas y la existencia de un estado de calamidad económica interna (disidencia parcial del juez Eduardo Moliné O’Connor).

¹⁸ Fallos 155:290; 248:482; 303:245; 312:912, 321:366; 326:4251, entre otros.

¹⁹ Fallos 316:2329; 331:831.

²⁰ Fallos 334:763, caso “Austral Cielos del Sur SA v. DGI” del 23/6/2011.

Esta exigencia se ve reforzada, en nuestro orden constitucional, por un requisito adicional de importancia. El art. 52 de la Constitución expresa:

A la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas.

Ello es consecuencia de un secular principio que postula que quien debe pagar un tributo tiene que aceptar previamente esa imposición. Dado que nuestro sistema de gobierno es de democracia indirecta, la voluntad es expresada por el Congreso; y en primer término, por el órgano más representativo de la voluntad popular, que es la Cámara de Diputados.

La cláusula constitucional admite al menos dos interpretaciones. La “iniciativa” de la Cámara de Diputados puede consistir en que el proyecto tenga origen en ella –y no en el Senado o en el Poder Ejecutivo–, o bien se puede entender que en todos los casos debe ser ella la primera en cuanto al tratamiento del proyecto de impuesto. En este caso, el proyecto podría tener origen en la propia Cámara de Diputados o ser enviado allí por el Poder Ejecutivo.

Más allá de las distintas interpretaciones doctrinales, en la práctica parlamentaria ha prevalecido netamente el último de los criterios comentados.

b) Igualdad

La igualdad es un principio constitucional establecido con alcance general en el art. 16 de nuestra Ley Suprema. Esa norma le ha prestado atención especialísima a la aplicación de ese principio en la relación tributaria, al proclamar, en su última parte, que “la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

La igualdad, en materia impositiva, debe ser entendida no como identidad sino como proporcionalidad. Respetará el principio de igualdad aquel impuesto que tenga en consideración la capacidad tributaria del contribuyente y sea proporcional a su riqueza. Tal es el criterio que fluye, además, del art. 4° de la Constitución, al referirse “a las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General”.

A su vez, el art. 75, inc. 2°, al tratar sobre las contribuciones directas que podrá eventualmente establecer el Congreso de la Nación, exige que ellas sean “proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación”.

Es doctrina del Máximo Tribunal de la República, que el principio de igualdad, escrito en el art. 16 de la Constitución, no se propone

sancionar, en materia de impuestos, un sistema determinado ni una regla férrea por la cual todos los habitantes o propietarios del Estado deban contribuir con una cuota igual al sostenimiento del gobierno sino, solamente establecer que en condiciones análogas, se impongan gravámenes idénticos a los contribuyentes²¹.

El citado art. 16 no priva al legislador de la facultad de crear, en las leyes impositivas locales, categorías especiales de contribuyentes afectados con impuestos distintos, siempre que dichas categorías no sean arbitrarias o formadas para hostilizar a determinadas personas o clases²².

La garantía de la igualdad en las cargas públicas no impide que la legislación considere de manera diferente situaciones que estima diversas, de forma tal que, de no mediar discriminaciones arbitrarias, se creen categorías de contribuyentes sujetos a tasas diferentes. Si bien todo impuesto tiene que responder a una capacidad contributiva, la determinación de las diversas categorías de contribuyentes puede hacerse por motivos distintos de la sola medida de su capacidad económica²³.

En el caso "Cafés La Virginia SA v. Dirección General Impositiva" (1995), la Corte Suprema declaró que el principio de igualdad no exige que deban gravarse por igual a todas las industrias, cualquiera que sea su clase, pues la igualdad como base del impuesto y de las cargas públicas —prevista en el art. 16 de la Constitución Nacional— sólo se refiere a las cosas iguales y del mismo género, razón por la cual no puede aplicarse a industrias de distinta clase²⁴.

Más recientemente, el Máximo Tribunal sostuvo que la garantía de la igualdad importa, en lo relativo a impuestos, establecer que, en condiciones análogas, deberán imponerse gravámenes idénticos a los contribuyentes²⁵.

También es doctrina judicial de la Corte que no resulta objetable que el legislador, al establecer un tributo —en el caso, impuesto a la ganancia mínima presunta—, utilice la técnica de las presunciones, aunque su uso debe ser limitado a aquellos casos en que existan circunstancias especialísimas que lo justifiquen, siendo dicha problemática el resultado de la tensión entre el principio de justicia tributaria y el de capacidad contributiva²⁶.

²¹ Fallos 105:273; 117:22; 132:198; 150:112; 151:359, entre muchos otros.

²² Fallos 147:402.

²³ Fallos 314:1293.

²⁴ Fallos 320:1166.

²⁵ "Droguería del Sud SA v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", 20/12/2005.

²⁶ Conf. Fallos 333:993, caso "Hermitage SA v. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/proceso de conocimiento" del 5/6/2010.

c) No confiscatoriedad

La Constitución Nacional no explicita de manera directa este principio. Lo hace indirectamente al referirse a la propiedad privada. En tal sentido, ha sido referenciado por la jurisprudencia de la Corte, que históricamente ha sostenido que "el impuesto, aunque creado por ley, no debe afectar sustancialmente al derecho de propiedad... Los impuestos son confiscatorios, no sólo cuando absorben una parte considerable del rédito o del capital, sino también cuando gravan un capital expresa o implícitamente protegido en su integridad por una garantía constitucional, como es una suma fijada como indemnización en caso de expropiación"²⁷.

La Constitución ha establecido, en resguardo del derecho de propiedad, la abolición de la confiscación del Código Penal con carácter intangible (art. 17).

Si la confiscación no puede ser aplicada como pena, con más razón deviene prohibida por otros medios. Uno de ellos, fácilmente accesible al Estado, sería la imposición. Si se ejerce una presión impositiva tal que el contribuyente acaba perdiendo sus bienes, los cuales pasan al Estado, se configura la misma circunstancia que ha querido evitar el art. 17 de la Constitución.

Tanto la doctrina de los autores como la jurisprudencia han admitido la existencia de este principio jurídico-tributario.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es conteste en afirmar que para que exista confiscatoriedad debe producirse una absorción por parte del Estado de una porción sustancial de la renta o el capital²⁸.

d) Razonabilidad

El principio de razonabilidad tiene su primera manifestación en el Preámbulo de la Constitución en cuanto establece, entre los fines del Estado, el de "afianzar la justicia".

El art. 28 lo enuncia expresando:

Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

En materia tributaria, el art. 4° exige que las contribuciones que imponga el Congreso de la Nación sean equitativas. Ello quiere sig-

²⁷ Fallos 242:73 (1958).

²⁸ Fallos 314:1293; 318:676; 322:3255; 328:4252; 332:1571 y 333:631.

nificar que en ejercicio de su facultad de imposición, el poder público no puede prescindir de un mínimo de justicia. A ello alude la razonabilidad. Lo contrario –y, por tanto, lo inconstitucional– sería lo manifiestamente injusto, lo arbitrario.

Este principio cobra especial importancia en su relación con el postulado de igualdad. Para asegurar la aplicación de éste, el legislador realiza, habitualmente, una categorización de los contribuyentes a los efectos de someter al mismo tratamiento tributario a quienes están en similares condiciones. Ello es constitucional y así lo ha declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación (caso “Claypole, Delia Bonorino Ezeiza de y otros v. Provincia de Buenos Aires” de 1948²⁹, entre muchos otros). La distinción en categorías, empero, debe ser hecha con criterio de razonabilidad.

La Corte Suprema de Justicia de La Nación, en el caso “Hermitage SA”³⁰ sostuvo: “El Título V, artículo 6° de la ley 25.063 –que instituyó el impuesto a la ganancia mínima presunta– y el art. 13 de dicha norma –al fijar el modo de imposición de dicho tributo, sin tener en cuenta el pasivo de los sujetos comprendidos por la norma y desentendiéndose de la existencia de utilidades efectivas–, resultan inconstitucionales, pues el medio utilizado por el legislador para la realización del fin que procura, no respeta el principio de razonabilidad de la ley”.

VII. DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS COMPETENCIAS TRIBUTARIAS

La distribución del poder tributario en un Estado federal plantea situaciones de difícil resolución. Hay que armonizar convenientemente las atribuciones del poder central con las de los Estados miembros o provincias y también con las de los municipios o comunas.

Para comprender nuestro régimen constitucional de competencias tributarias es preciso diferenciar con claridad las distintas categorías de impuestos que antes hemos estudiado. Así, se legisla de manera diversa si los impuestos son directos o indirectos. En este último caso, habrá que diferenciar, además, entre los externos y los internos.

La Constitución de 1853 se ocupó de asegurar el poder de imposición federal aceptando de manera imprecisa el ejercicio de la potestad tributaria de las provincias. Sin este acogimiento, por lo demás, la autonomía de las provincias carecería de sustento económico y, por ende,

²⁹ Fallos 210:284.

³⁰ Fallos 333:993 (2010).

de viabilidad política. No se pronunció explícitamente, en cambio, con respecto al tema en el ámbito municipal, aunque cabía concluir que si se interpretaba el art. 5° como reconocimiento de su autonomía, ésta debía tener por consecuencia la aceptación de su poder de imposición.

La reforma constitucional de 1994 convalidó este último criterio en lo referido a los municipios de las provincias, aunque el alcance de su autonomía queda sujeto a las reglas que establezcan ellas mismas (art. 123). También le reconoció autonomía condicionada a la ciudad de Buenos Aires (art. 129).

Con relación a los impuestos directos, se los ha considerado, en principio, de competencia provincial aun cuando la Constitución no lo dice expresamente. Ello es consecuencia de la interpretación del art. 75, inc. 2°, que establece que es facultad del Congreso “imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan”. Si en circunstancias excepcionales la atribución le es conferida al Congreso, se entiende que ordinariamente les corresponde a las provincias; y por excepción –en virtud del art. 75, inc. 2°–, al Estado federal.

Respecto de los impuestos indirectos, habrá que considerar separadamente la distribución de competencias según sean externos o internos.

Nuestra Ley Fundamental preceptúa con claridad que no hay aduanas interiores y las exteriores son exclusivamente federales (conf. arts. 4°, 9°, 10, 11, 12, 75, inc. 1° y 126). Le incumbe al Congreso establecer los derechos de importación y exportación (arts. 4°, 9° y 75, inc. 1°). Los impuestos indirectos externos son, por tanto, exclusivamente federales.

Los impuestos indirectos internos no tenían prevista, con anterioridad a la reforma de 1994, una regulación específica. Ello provocó dudas y situaciones conflictivas entre el Estado federal y las provincias que se reflejaron en diferentes interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación dirimió la cuestión al resolver el caso “SA Mataldi, Simón, Ltda. v. Provincia de Buenos Aires” de 1927³¹, admitiendo que el Estado federal puede establecer impuestos indirectos por tiempo indeterminado, junto con los provinciales de la misma naturaleza. A esta conclusión llegó haciendo una interpretación armónica de los arts. 4° y 67, inc. 2° (actual art. 75, inc. 2°, modificado). Estos impuestos indirectos internos son, entonces,

³¹ Fallos 149:260.

de naturaleza concurrente y pueden ser fijados tanto por el Estado federal como por las provincias, conjunta o alternativamente.

La reforma de 1994 procuró reflejar en el texto constitucional este mismo criterio estableciendo, en el inc. 2° del art. 75, que le corresponde al Congreso de la Nación "imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias". Si bien la intención del constituyente está clara, en el sentido de adoptar la interpretación que ya se venía aplicando desde 1927, nos parece que debió ser más preciso, diciendo "contribuciones indirectas internas". Más allá de las críticas que en la doctrina tributaria se le efectúa a la clasificación entre impuestos internos y externos, no nos cabe duda de que los impuestos a la importación y exportación —de muy precisa regulación constitucional— también son indirectos, porque están sujetos a traslación.

En definitiva, en nuestro régimen constitucional los impuestos directos son de competencia provincial; como excepción, pueden ser establecidos por el Congreso por tiempo determinado y en los casos autorizados por el art. 75, inc. 2° de la Constitución.

Los impuestos indirectos externos son de competencia exclusiva del Estado federal, en tanto que los indirectos internos son de competencia concurrente entre el Estado federal y las provincias.

En la práctica, sin embargo, se ha producido una evidente distorsión de estos principios. El gobierno federal ha abusado de los impuestos directos alegando un permanente estado de necesidad. Por ejemplo, el impuesto a los réditos —ahora llamado "a las ganancias"— fue creado como impuesto nacional en 1932, mediante la ley 11.586, por un período de diez años y aún subsiste en tal carácter.

Los impuestos indirectos externos han sido exclusivamente federales y los internos fueron objeto de diversos regímenes que en general no beneficiaron a las provincias. Paralelamente a ello se fue generando un sistema de coparticipación que analizaremos en el punto siguiente.

VIII. LA COPARTICIPACIÓN

a) Concepto

La palabra "coparticipación" alude a la acción de participar, a la vez, con otro, en alguna cosa. En materia tributaria se ha utilizado esta denominación para referirse al régimen de colaboración acordado entre el Estado federal y las provincias en virtud de leyes-convenio por medio de las cuales las provincias delegan en el poder central el ejercicio de determinadas facultades impositivas, con la condición de

participar en un sistema de reparto de los impuestos incluidos en ese régimen.

b) Antecedentes

El sistema tiene su primer antecedente en la ley-convenio 12.139 que estableció un régimen de unificación de impuestos internos al consumo, cuya aplicación comenzó en 1935 y que las provincias aceptaron. En 1954, el sistema caducó ante la denuncia formulada por la provincia de Corrientes con respecto al régimen de la ley 12.139. Luego fueron sancionadas las leyes 14.390 y 14.788 que estuvieron en vigencia hasta 1972.

La coparticipación cobró notoria importancia a partir de la sanción de la ley 20.221 que unificó los distintos regímenes de participación tributaria. Dicha ley rigió hasta 1984, cuando caducó su vigencia formal, pero prolongó sus efectos por medio de convenios transitorios con las provincias hasta 1988 en que comenzó a regir la ley 23.548.

c) Constitucionalidad

El sistema de coparticipación federal de impuestos había generado dudas acerca de su compatibilización con la Constitución antes de la reforma de 1994. En la doctrina, Giuliani Fonrouge, Casás, Spisso y García Belsunce³² se habían pronunciado por la constitucionalidad. En cambio, Bielsa, Linares Quintana, Frías, Ekmekdjian, Villegas, Galli y Jarach³³ entendieron, con distintos matices, que era inconstitucional.

Bidart Campos, en posición que compartimos, sostenía que el régimen de participación, en lo referido a los impuestos indirectos internos, era constitucional por cuanto se trataba de facultades con-

³² GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *Derecho financiero*, t. I, 5ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 302 y nota 111, p. 310; CASÁS, José O., *Presión fiscal e inconstitucionalidad*, Depalma, Buenos Aires, 1992, ps. 127/9 y 142/3; SPISSO, Rodolfo R., *Derecho constitucional tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1991, ps. 152 y ss.; GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., *Estudios de derecho constitucional tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 34/5, quien afirma que "la atribución de crear tributos solamente le pertenece al Estado (Nación o provincias), que no puede delegarse porque equivale a delegar el poder. Lo delegable es la facultad para ejercer el relativo poder, pero siempre revocable, temporal, modificable".

³³ BIELSA, Rafael, *Compendio de derecho público. Derecho fiscal*, t. III, Roque Depalma (distribuidor), Buenos Aires, 1952, p. 315; LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. IV, Alfa, Buenos Aires, 1953, p. 413; FRÍAS, Pedro J., *El comportamiento federal en la Argentina*, Eudeba, Buenos Aires, 1970, ps. 63/5; EKMEKDJIAN, Miguel A., *Manual de la Constitución argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 317; VILLEGAS, Héctor B., *Curso de finanzas...*, cit., p. 221; GALLI, Guillermo P., *Régimen financiero de la Constitución*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 46; JARACH, Dino, *Curso superior de derecho tributario*, Liceo Profesional Cima, Buenos Aires, 1969, ps. 31/2.

currentes que las partes podían legítimamente regular para facilitar su ejercicio. En cambio, la coparticipación en materia de impuestos directos era inconstitucional, porque implicaba la delegación de competencias de las provincias hacia el poder central³⁴. La reforma de 1994, sin embargo, le ha otorgado jerarquía constitucional a la coparticipación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación no se expidió sobre este tema después del dictado de la ley 23.548. Un antecedente, sin embargo, parece inclinarse por la constitucionalidad del sistema: vigente la ley 12.956 de coparticipación de los impuestos a las ventas, a las ganancias eventuales y a los beneficios extraordinarios, en sentencia del 21 de noviembre de 1958 en la causa "Madariaga Anchorena, Carlos Juan, s/demanda de inconstitucionalidad"³⁵, el Alto Tribunal consideró que la referida ley-convenio era constitucional, y que las provincias no se habían desprendido de sus poderes impositivos, sino que sólo los habían limitado.

d) El inc. 2° del art. 75 de la Constitución

Una de las cuestiones que generó mayores discusiones en la Convención Constituyente de 1994 fue la de la coparticipación impositiva. La ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma, había incluido la habilitación del tema como última mención del apart. a) del art. 3°.

En el desarrollo de la Convención se reflejó una doble puja distributiva que venía manifestándose en la realidad. La primera de ellas, de muy antigua data, es la que permanentemente se ha dado entre el Estado federal y las provincias. La segunda, de origen más reciente y que es consecuencia de la falta de solidaridad de los sistemas de coparticipación, es la que divide a las provincias más ricas de las menos favorecidas.

La reforma, finalmente, incorporó la coparticipación a la Constitución formal. La última parte del primer párrafo del inc. 2° del art. 75 aclara:

Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables.

Esto implica que las contribuciones indirectas internas que las provincias convienen en unificar con el poder central, así como los

³⁴ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1986, ps. 385/6.

³⁵ Fallos 242:280.

impuestos directos por tiempo determinado que establezca el Congreso por razones de emergencia, deben ser objeto de reparto, salvo que tengan prevista una asignación total o parcialmente específica.

La cuestión cubrió en alguna medida las diferentes expectativas y conformó medianamente los divergentes y opuestos intereses. Se trataba de luchar por mayores recursos económicos y en esas condiciones, la técnica constitucional quedó relegada; todo ello en el marco de fuertes presiones. Alberdi nos enseñó que las constituciones son el resultado de una gran transacción política y que cambiar el régimen tributario es casi tan difícil como cambiar de lengua o de religión.

Desde la perspectiva constitucional, no parece aconsejable que sean legitimadas las atribuciones del gobierno federal para establecer impuestos directos en caso de emergencia y por tiempo determinado, convalidándolo con el reparto de una porción de esos recursos a las provincias³⁶.

El tercer párrafo de la misma cláusula constitucional dispone:

La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; ser equitativa, solidaria y dar prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

Este texto constitucional recoge un conjunto de buenos deseos que mucho nos gustaría ver adecuadamente reflejados en el sistema de distribución de los recursos del Estado. Sabemos que algo se avanzó, pero también que falta mucho por realizar.

Pedro J. Frías postula que la relación entre la Nación y las provincias debe estar fundada en dos grandes principios: la subsidiariedad y la solidaridad. El primero, porque es el criterio democratizador que asigna responsabilidades, con preferencia por la unidad social menor: las personas antes que el Estado; el municipio antes que las provincias y éstas antes que la Nación. Es el principio rector de la Unión Europea y genera un proceso de descentralización que acerca obras y servicios a todos los habitantes.

³⁶ Acota al respecto Dalla Vía, en opinión que compartimos: "Haber incluido la coparticipación [...] equivale [...] a un equívoco blanqueo, cual es el de llevar a la norma una práctica originada en un desvío. Esa actitud de sociologismo constitucional se ha verificado también en otros temas como el de los decretos de necesidad y urgencia donde en vez de ensayarse nuevas fórmulas que pusieran fin a un problema de incumplimientos formales de la Constitución, se optó por el argumento más simple de incluirlos en el texto. Creemos que ese equívoco provoca muy serias dificultades para instrumentar las reformas debido al difícil contexto en que han quedado incluidas" (DALLA VÍA, Alberto, *Derecho constitucional económico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 587).

El principio de solidaridad atañe a la corresponsabilidad de cada jurisdicción con todas las otras. Por solidaridad se tiende a la igualdad de oportunidades y se reconoce —dice Frías— que hay que aspirar a la homogénea calidad de los servicios³⁷.

Pensamos que tanto la subsidiariedad como la solidaridad están expresadas en este segundo párrafo del inc. 2° del art. 75. Tenemos la finalidad, el programa; falta transitar el difícil camino de su realización.

La misma norma constitucional establece, en su 4° párrafo, lo siguiente:

La ley-convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y ser aprobada por las provincias.

La exigencia de mayoría calificada y el reconocimiento de la iniciativa del Senado en el tratamiento de la ley de coparticipación nos parecen medidas adecuadas para salvaguardar, de alguna manera, los intereses de las provincias. Se podrá objetar que existe el peligro de que el Senado se convierta en un ámbito de negociación de intereses locales. Es cierto; pero lo preferimos: que se haga a la luz pública y no detrás de las instituciones representativas.

Si nos parece objetable la mención final del referido párrafo cuando expresa que la ley-convenio “será aprobada por las provincias”. Entendemos que el constituyente quiso decir que será necesaria la aprobación de las provincias para que pueda ser aplicada. Si nos atuviéramos a una interpretación literal del texto constitucional, se estaría infringiendo un serio agravio al federalismo.

El inc. 2° del art. 75 sigue expresando en su quinto párrafo:

No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso.

Ello completa la realización de los principios de subsidiariedad y solidaridad.

Por último, la misma cláusula constitucional establece en su último párrafo:

Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determine la ley, la que debe asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires en su composición.

³⁷ FRÍAS, Pedro J., “La coparticipación tan temida”, *Diario La Nación*, 26/6/1994, Buenos Aires.

Este ente federal tiene sus antecedentes en la ley 23.548 (arts. 10 a 14). Debiera conformarse a nuestro entender, como lo afirma Pérez Hualde, como un órgano de control independiente de los otros tres poderes, dentro de la división tripartita tradicional y con la finalidad de fiscalizar al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo y a las provincias en la materia atribuida por el constituyente³⁸.

Cabe acotar que en virtud de lo dispuesto por la sexta disposición transitoria de la reforma constitucional de 1994, el régimen de coparticipación vigente se prolongaría hasta “antes de la finalización del año 1996”, momento en que se debió establecer uno nuevo, aplicando las pautas acordadas en la Constitución. El mandato del constituyente, empero, no ha sido cumplido.

También en esa oportunidad se debió haber reglamentado el organismo fiscal federal previsto en el inc. 2° del art. 75. Un conjunto de previsiones contenidas en la misma norma transitoria les brindan a las provincias garantías de intangibilidad del sistema vigente hasta la fecha indicada.

Se aclara igualmente:

La presente cláusula no afecta los reclamos administrativos o judiciales en trámite originados por diferencias por distribución de competencias, servicios, funciones o recursos entre la Nación y las provincias.

IX. LA CIRCULACIÓN TERRITORIAL Y LA CIRCULACIÓN ECONÓMICA

Ha sido propósito expreso del constituyente originario prohibir toda aduana interior. Era ésta también la opinión de Alberdi y es el criterio seguido por la Constitución de los Estados Unidos (art. I, sección 9, 6° párrafo, *in fine*).

El art. 9° de nuestra Ley Suprema lo manifiesta con claridad al preceptuar:

En todo el territorio de la Nación no habrá más aduanas que las nacionales, en las cuales regirán las tarifas que sancione el Congreso.

Esta disposición es, además, concordante con el inc. 1° del art. 75. El art. 10 ratifica esta misma concepción política y económica al establecer:

En el interior de la República es libre de derechos la circulación de los efectos de producción o fabricación nacional, así como la de

³⁸ PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Coparticipación federal de impuestos*, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 104.

los géneros y mercancías de todas clases, despachadas en las aduanas exteriores.

Siguiendo idéntico criterio, el art. 11 de la Constitución dispone:

Los artículos de producción o fabricación nacional o extranjera, así como los ganados de toda especie, que pasen por el territorio de una provincia a otra, serán libres de los derechos llamados de tránsito, siéndolo también los carruajes, buques o bestias en que se trasporten; y ningún otro derecho podrá imponérseles en adelante, cualquiera que sea su denominación, por el hecho de transitar el territorio.

Es tan enfático el mandamiento constitucional, que incluso considera necesario precisar que no sólo no se podrá cobrar derechos de tránsito o circulación, sino tampoco ningún otro, cualquiera que sea su nombre. Esta última expresión ha hecho dudar acerca de la constitucionalidad del peaje.

El art. 12 se refiere a la libertad fluvial, prohibiendo del mismo modo los derechos de tránsito o la concesión de preferencias legales o reglamentarias a un puerto sobre otro.

Interpretando este conjunto de normas constitucionales, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha distinguido dos situaciones: la circulación territorial y la circulación económica.

La circulación territorial o geográfica tiene que ver con el mero tránsito de bienes de una provincia a otra. La imposición, en tales casos, está prohibida por la Constitución (ejemplo: se traslada azúcar desde Tucumán a Buenos Aires, pasando por Córdoba; esta provincia no puede gravar el paso).

En cambio, la circulación económica implica que los bienes salen del circuito comercial de la provincia o se incorporan a él, siendo, por tanto, objeto de intercambio. Esta situación puede ser gravada sin infringir la prohibición constitucional (ejemplo: una provincia que grava la salida de su territorio de materia prima que habitualmente elabora en él, con el propósito de defender su industria).

El sistema adoptado por la Constitución Nacional en materia de circulación territorial y de comercio interprovincial y exterior consiste en hacer un solo territorio para un solo pueblo³⁹.

La explicación de los principios constitucionales relativos a la prohibición de aduanas interiores y de afectar el comercio interprovincial debe buscarse en nuestra propia tradición. Las aduanas interiores y los impuestos respectivos, al tránsito, a la extracción y a la introducción tenían por objeto defender la producción local frente a

³⁹ Fallos 149:137, caso "The South American Stores Gath y Chaves v. Provincia de Buenos Aires" de 1927.

la competencia de las otras provincias y crear recursos para el erario. Es inconstitucional el gravamen provincial con fines económicos de protección o de preferencia a fin de controlar la circulación económica⁴⁰.

"La libre circulación significa que los productos nacionales no pueden ser gravados por el solo hecho de atravesar el suelo de una provincia, pero no que las mercaderías al salir de una provincia quedarán exentas de impuesto"⁴¹.

Los arts. 9° y 10 de la Constitución Nacional han sido inspirados por el evento de que se crearan aduanas interiores por las provincias o por el Congreso para coexistir con las exteriores y tiene por objeto hacer imposible todo derecho de importación o exportación, fuera de los cobrados por las aduanas nacionales. El art. 11 de la Constitución Nacional no se refiere a los derechos de importación sino de tránsito, que presuponen que los artículos, mercaderías o ganados lleguen de una provincia a través del territorio de otra⁴².

Las provincias no pueden afectar el comercio o la libre circulación de mercaderías (arts. 9° a 11 de la Constitución Nacional) eventualidad invalidante que se produce cuando el gravamen establecido por las autoridades locales funciona de hecho como un derecho aduanero, afectando la entrada, tránsito y salida de un producto o cuando las mercaderías son gravadas en forma diferencial en razón de su destino⁴³.

X. EL PEAJE

El peaje o derecho de tránsito es la prestación económica que se exige coactivamente a los usuarios para transitar por un camino, carretera, puente, túnel o canal navegable u otra vía similar de comunicación.

Sus antecedentes son remotos: algunos historiadores lo ubican en las civilizaciones antiguas, como las de Egipto, Persia, Grecia y Roma. En ésta adquirió difusión en tiempos de la república, por medio

⁴⁰ Fallos 178:308 de 1937.

⁴¹ Fallos 178:9, caso "Bressani, Carlos H. y otros v. Prov. de Mendoza" (1937). En este caso, se impugnaba el art. 2° de la ley 866 de la provincia de Mendoza que establecía un impuesto a las uvas que se cosecharan en la provincia, impuesto del que estaban exentas aquellas que se vinificaran dentro del territorio provincial. A criterio del Máximo Tribunal, el distingo establecido en la ley en tanto discriminaba según el origen o destino de la mercadería, contrariaba la Constitución.

⁴² Fallos 188:27 (1940).

⁴³ Fallos 298:341 (1977) y 316:1962 (1993).

del *portorium* (suma que se cobraba en la entrada de los caminos) y el *telonium* (cobrada a la entrada de los puentes). Durante la Edad Media, el peaje funcionó como una virtual aduana interior —muchas veces, bajo la denominación de “portazgo”— y, consiguientemente, como una importante fuente de recursos para los monarcas o señores feudales. Su difusión fue tal que llegó a convertirse en un medio de obstaculización del tránsito, que fue preciso regular. Sin embargo, terminó, por aquella época, en el descrédito y después, en su transitoria y virtual extinción.

En tiempos modernos, el peaje reapareció, no como medio de recaudar recursos para el gobierno obstaculizando el tránsito, sino —conforme a Villegas— como manera de facilitararlo e impulsarlo, utilizando los fondos recaudados mediante él para la construcción y conservación de las vías de comunicación⁴⁴. Inglaterra mejoró sustancialmente su red vial, mediante este sistema, a partir del siglo XVII. El auge del ferrocarril, en particular desde 1840 en adelante, hizo decrecer su importancia. En los Estados Unidos fue propulsor de un notorio mejoramiento de los caminos, especialmente en los períodos 1780-1840 y 1940-1957. También fue muy utilizado en Francia y en Italia. En nuestra época su aplicación se ha generalizado y grandes obras públicas, sobre todo viales, han sido posibles mediante el sistema de peaje (la Autostrada del Sole, en Italia; las autopistas Río de Janeiro-San Pablo y San Pablo-Santos, en el Brasil; la autovía Esterel-Costa Azul, en Francia, etc.).

En nuestro país, uno de los emprendimientos más importantes llevados a cabo mediante este sistema es el Túnel Subfluvial “Hernandarias” que une las ciudades de Santa Fe y Paraná. En los últimos años y pese a las fuertes críticas que despertó en sectores de la población, su uso se ha hecho frecuente, ya sea para construir rutas o autopistas o para asegurar su conservación y procurar su mejoramiento. La aplicación del peaje le ha permitido al Estado transferir estas funciones a empresas privadas mediante concesiones a largo plazo⁴⁵.

⁴⁴ VILLEGAS, Héctor B., *Curso de finanzas...*, cit., p. 109.

⁴⁵ En la provincia de Buenos Aires, la ley 6972 (BO 15.315 del 22/12/1964) texto actualizado con las modificaciones introducidas por ley 10.857, instituye el sistema de financiación de obras públicas, mediante la imposición de tasas de peaje; disponiendo que la fijación de las tasas correspondientes debe guardar relación con los costos totales de la obra y su mantenimiento y, asimismo, que el peaje no debe vulnerar la garantía constitucional de transitar libremente. Asimismo, el dec.-ley 9254 (BO 9/2/1979) en su art. 1º, dispone que el Poder Ejecutivo provincial podrá otorgar concesiones de obra pública por un término fijo a sociedades privadas o mixtas o a entes públicos, para la construcción, conservación y/o explotación de obras públicas mediante el cobro de tarifas o peaje.

La ley Nacional de Tránsito 24.449 (BO 10/2/1995) establece que el concesionario vial tiene atribuido por la autoridad estatal la construcción y/o el mantenimiento y/o explotación, la

La naturaleza jurídica del sistema es controvertida. Algunos autores entienden que es una tasa (Bielsa, Ahumada, De Juano⁴⁶); otros, que se trata de una contribución especial (Giuliani Fonrouge, Villegas⁴⁷) o, simplemente, de un precio que se paga por un servicio público (Valdés Costa⁴⁸).

El peaje ha planteado dudas acerca de su constitucionalidad. Siempre despertó desconfianza ante la posibilidad de que se convirtiera en una virtual aduana interna y en un medio más de recaudar fondos por parte del Estado. Alberdi, en sus *Bases...*, le asignaba al gobierno federal la facultad de reglar el peaje y por tanto lo reconocía, pero se oponía a que cada provincia pudiera regular su propio peaje⁴⁹.

La circulación territorial no puede ser gravada, conforme a lo previsto en los arts. 9º, 10, 11 y 12 de la Constitución; ello abarca tanto el traslado de personas como el de mercaderías o vehículos de cualquier especie. Así lo ha reconocido abundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (caso “SATIA v. Provincia de Buenos Aires” de 1940⁵⁰, entre muchos otros).

La doctrina constitucional, en general, ha admitido al peaje como compatible con la Constitución cuando reúne ciertos requisitos. Cabe citar, entre ellos: a) que el monto que se pague sea razonable; b) que su producto sea utilizado con exclusividad para la construcción o la conservación de la obra; c) que sea establecido por ley, y d) que haya una vía alternativa accesible no afectada al cobro del peaje.

Bianchi considera que según cuál sea la naturaleza del peaje, éste será constitucional o no. Si funciona como un impuesto, su inconstitucionalidad será irremediable; si lo hace como una tasa, respetando marcos de razonabilidad, será constitucional⁵¹.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de expedirse en el caso “Estado nacional. Ministerio de Economía. Secretaría de Intereses Marítimos v. Arenera El Libertador SRL y/u otro

custodia, la administración y recuperación económica de la vía mediante el régimen de pago de peaje u otro sistema de prestación (art. 5º, inc. m)).

⁴⁶ BIELSA, Rafael, *Estudios sobre derecho público*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1951, p. 352; AHUMADA, Guillermo, *Tratado de finanzas públicas*, t. I, Assandri, Córdoba, 1948, p. 195; De Juano, Manuel, *Curso de finanzas y derecho tributario*, t. II, Molachino, Rosario, 1964, p. 677.

⁴⁷ GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *Derecho financiero*, cit., t. II, p. 1019; VILLEGAS, Héctor B., *Curso de finanzas...*, cit., p. 111.

⁴⁸ Citado por VILLEGAS, Héctor B., *Curso de finanzas...*, cit., p. 111.

⁴⁹ ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Sopena Argentina, Buenos Aires, 1957, cap. XXIII, ps. 133/4.

⁵⁰ Fallos 125:333.

⁵¹ BIANCHI, Alberto B. - MIHURA ESTRADA, Ricardo, “El peaje...”, cit.

bq. Fortuna” de 1989⁵², sosteniendo que si el producto del peaje no constituye un impuesto y se lo destina a solventar los gastos de construcción o mantenimiento, es constitucional. También exigió que haya una vía alternativa, aunque aclarando que no es necesario que ésta ofrezca las mismas condiciones que aquella en la cual se cobra peaje.

En el caso “Estado nacional v. Arenera El Libertador SRL” de 1991⁵³, la Corte modificó parcialmente su criterio al entender que el peaje está comprendido en el concepto de “las demás contribuciones” referido en el art. 4° de la Constitución. No es inconstitucional, no requiere que haya una vía alternativa y puede producir ganancia para el concesionario. Basta, a juicio de la Corte Suprema, que sus características “lo aproximen a las tasas y lo alejen decisivamente de los impuestos, y se corresponda siempre a la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio o realización de una obra”. Esta interpretación —creemos— ha convertido al peaje en una contribución más, que en ocasiones actúa como virtual gravamen a la circulación territorial.

Más recientemente, en el año 2006, el Tribunal cimero sostuvo que el concepto por el cual el usuario abona la suma de dinero preestablecida —denominada peaje—, a cambio de la prestación del servicio, reviste la entidad de un precio, pues se encuentra gravado con el IVA⁵⁴.

XI. EL PRESUPUESTO NACIONAL

a) Concepto

El presupuesto consiste, en su acepción más simple y formal, en un plan descriptivo de la actividad financiera del Estado que es aprobado por ley para un período determinado de tiempo. Contiene, básicamente, el cálculo previo de los ingresos o recursos y de los egresos o gastos.

Si bien se expresa como una compleja formulación de cuentas, su significado es más profundo. El presupuesto es la ecuación económica de la Nación. En virtud de él es posible conocer cuántos recursos demanda el Estado para mantenerse, cuántos fondos le insume mantener en ejercicio el funcionamiento de la Nación y, en definitiva, cuánto le cuesta a la Nación mantener el Estado.

⁵² Fallos 312:1098.

⁵³ Fallos 314:595.

⁵⁴ Fallos 329:646 y 329:695 (voto del juez E. Raúl Zaffaroni).

El presupuesto es un instrumento de excepcional gravitación en relación con la previsibilidad de la actividad financiera del Estado, aunque su importancia contemporánea es cada vez mayor también, en los aspectos económicos, sociales y políticos.

b) Antecedentes

La atribución del Poder Legislativo de autorizar por ley la imposición de tributos, así como la realización de erogaciones y su posterior control, se halla íntimamente vinculada a la génesis misma del órgano deliberativo. En el derecho anglosajón se la conoce con la denominación de “el poder de la bolsa” (*the power of the purse*).

En sus comienzos las reuniones del Parlamento tuvieron por único objeto dar su consentimiento a las contribuciones pedidas por el rey. En ese sentido —explica Bidegain—, “el principio de que los ciudadanos no están obligados a contribuir al sostenimiento del gobierno sin su previo consentimiento, expresado por medio de sus representantes, y de que ni un solo peso del Tesoro público podrá ser gastado sin autorización, es uno de los pilares sobre los que se asienta la organización de los Estados democráticos, desde que se impuso su reconocimiento a Juan sin Tierra, en 1215”⁵⁵.

El antecedente más remoto en esta materia suele hallárselo en el *Bill of Rights* (Carta de Derechos) impuesto por el Parlamento inglés, en 1688, a Guillermo de Orange. Pensamos, sin embargo, que este precedente no difiere mayormente de la Carta Magna.

La Constitución de los Estados Unidos, sancionada en Filadelfia en 1787, le otorga al Congreso norteamericano un amplio abanico de atribuciones fiscales. El art. I, sección 8, cláusula 1ª, expresa lo siguiente:

El Congreso tendrá la facultad de imponer y recaudar contribuciones, derechos, impuestos y sisas para pagar las deudas y atender a la defensa común y el bienestar general de los Estados Unidos.

c) Naturaleza del presupuesto

Se suele aludir al presupuesto nominándolo como “ley de leyes”, en referencia a su innegable importancia política, financiera, económica y social. De él dependen la vida material del gobierno y la satisfacción de las necesidades públicas a su cargo. Es innegable

⁵⁵ BIDEGAIN, Carlos M., *El Congreso de los Estados Unidos de América*, Depalma (distribuidor), Buenos Aires, 1950, p. 190.

su importancia, que sería redundante destacar. Pese a ello, creemos, como expresaba Alberdi, que “la ley de las leyes” sigue siendo la Constitución⁵⁶.

Algunos autores consideran que la Ley de Presupuesto es un acto administrativo librado a la iniciativa del Poder Ejecutivo, que se ubicaría, por su naturaleza jurídica, entre las leyes meramente formales, es decir, aquellas que recorren todo el proceso de formación y sanción, pero carecen de contenido sustancial, general y permanente. Es la posición que sustentan, entre otros, Sánchez Viamonte y Bielsa⁵⁷.

No compartimos este criterio de definir al presupuesto como mero acto administrativo o ley formal, como lo han descripto, también, en el derecho comparado, Mayer, Jéze y Duguít⁵⁸.

Por el contrario, entendemos que al sancionar la Ley de Presupuesto, el Congreso ejerce con plenitud sus funciones legislativas. Su misión no se limita a la aprobación o el rechazo de un proyecto elevado por el Poder Ejecutivo; puede introducirle las modificaciones que crea convenientes o necesarias. Ningún obstáculo constitucional había tampoco –al menos antes de la reforma de 1994– para que el propio Poder Legislativo elaborara el proyecto respectivo; estos inconvenientes son reconocibles, en cambio, en el plano de las posibilidades técnicas y también en la iniciativa política.

d) Normas constitucionales

La Constitución Nacional, tras su reforma en 1994, estatuye en el art. 75, inc. 8°, la facultad del Congreso de la Nación para “fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2 de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión”. En el presupuesto debe estar incluido expresamente el régimen de coparticipación federal de impuestos.

Antes de dicha reforma, el tema aparecía regulado en el inc. 7° del art. 67 de modo muy escueto. Disponía ese precepto constitucional que

⁵⁶ ALBERDI, Juan B., *Obras escogidas*, cit., t. IV, p. 52.

⁵⁷ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de derecho constitucional*, Kapelusz, Buenos Aires, 1956, p. 269; BIELSA, Rafael, *Compendio de derecho público, administrativo y fiscal*, s/ed., Buenos Aires, 1952, afirma allí que el presupuesto es, por una parte, ley formal por su sanción (p. 253) y, por la otra, ley material por su vínculo constituyente fiscal (p. 256).

⁵⁸ MAYER, Otto, *Derecho administrativo alemán*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1950, ps. 185 y ss.; JÉZE, Gastón, *Principios generales del derecho administrativo*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1948, ps. 65/6, donde sostiene que el presupuesto es “un acto jurídico complejo: es un *pot-pourri* de actos jurídicos”; DUGUIT, Léon, *Manual de derecho constitucional*, Francisco Beltrán, Madrid, s/d., p. 442.

era facultad del Congreso “fijar anualmente el presupuesto de gastos de administración de la Nación, y aprobar o desechar la cuenta de inversión”. Este texto derivaba de la Constitución de 1853.

Es evidente que nuestros constituyentes se apartaron, en este aspecto, del modelo de la Constitución de los Estados Unidos, con la cual esa redacción presentaba significativas diferencias.

Nuestra Constitución originaria sólo hacía referencia al presupuesto de gastos pero nada establecía con respecto al cálculo previo de los recursos. Se entendía, sin embargo, que aquella cláusula constitucional del viejo art. 67, inc. 7°, debía ser interpretada con criterio amplio y dinámico y era comprensiva tanto de los ingresos como de los egresos de los recursos públicos. Tampoco determinaba –como lo hace el texto norteamericano– a qué debían ser destinados los recursos económicos del Estado.

Estos aspectos –creemos– han sido mejorados con la reforma de 1994. Ahora, la norma constitucional aclara que la atribución del Congreso es fijar anualmente “el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración nacional”, aun cuando nos parece que esta última mención es restringida y debería considerársela comprensiva de todo el sector público y no sólo del poder administrador.

La reciente reforma también le ha fijado al gasto público una orientación que estaba implícita en la anterior norma constitucional. En su distribución, en primer lugar, habrá que respetar las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2° del art. 75, que ya fueron objeto de análisis en un punto anterior y se lo hará “en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas”.

e) Periodicidad

La norma constitucional –tanto antes como después de la reforma de 1994– consagra el principio de anualidad del presupuesto, de gran raigambre en el derecho anglosajón.

En el derecho comparado hay criterios diversos acerca del período de tiempo que el presupuesto debe abarcar. Algunos países se inclinan por la anualidad; otros, por los presupuestos plurianuales (es decir, por varios años), y otros, por los presupuestos cíclicos. En estos últimos, se hace coincidir la duración del presupuesto con los ciclos económicos.

Cabe destacar, respecto de este principio, que tanto la reforma constitucional de 1949 como la reforma temporaria de 1972 se habían inclinado por el presupuesto plurianual. La Constitución de 1949 establecía que el presupuesto podía ser hecho por un año o por períodos superiores hasta un máximo de tres, a propuesta del presidente (art. 68, inc. 7°).

La reforma de 1972 dejaba subsistente el criterio de anualidad como regla general, pero permitía que “a iniciativa del Poder Ejecutivo el presupuesto podrá comprender ejercicios de más de un año de duración, pero en ningún caso exceder el período del mandato del presidente de la Nación en ejercicio” (agregado al entonces art. 67, inc. 7°).

El año financiero, en nuestro país, coincide con el año calendario; es decir que comienza el 1 de enero y termina el 31 de diciembre.

f) Trámite

En cuanto al trámite de la Ley de Presupuesto, la preparación del proyecto está habitualmente a cargo del Poder Ejecutivo. Ello no deriva de una exigencia constitucional expresa, que sí estaba contenida en la reforma temporaria de 1972 (art. 67, inc. 7°), sino de una exigencia legal, prevista en la ley 24.156. En la práctica, por lo demás, ocurre que es el Poder Ejecutivo quien, por medio de su Ministerio de Economía, se halla en mejores condiciones técnicas de elaborar esta iniciativa que es, por otro lado, un fiel reflejo del plan de gobierno. De ahí que no veíamos obstáculo alguno para que se incluyera en la reciente reforma una cláusula similar a la mencionada del año 1972.

La reforma constitucional de 1994 dispuso que le corresponde al jefe de Gabinete de Ministros “enviar al Congreso los proyectos de Ley de Ministerios y de Presupuesto Nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo” (art. 100, inc. 6°). Interpretamos que el constituyente quiso adoptar el mismo criterio que el utilizado en la reforma temporaria de 1972, pero la ambigüedad de la cláusula frustró la intención.

La Constitución vigente aclara, además, que el proyecto de Ley de Presupuesto no podrá ser objeto de iniciativa popular (art. 39).

El proyecto de Ley de Presupuesto, conforme a lo determinado por el art. 26 de la ley 24.156, debe ser remitido a la Cámara de Diputados antes del 15 de septiembre del año anterior al que regirá. En este aspecto, en los últimos años se ha podido observar un laudable cumplimiento de estos plazos. Los antecedentes registran considerables demoras en la remisión del presupuesto al Congreso de la Nación.

El proceso de tratamiento del proyecto de Ley de Presupuesto, a pesar de las particularidades que presenta, no difiere, en general, del que es común para las leyes ordinarias. Nuestro ordenamiento constitucional no requiere mayorías calificadas para su aprobación ni siquiera en los casos en que se trate de empréstitos.

Dado que el presupuesto contiene un cálculo de recursos, corresponde que la iniciativa de su tratamiento pertenezca a la Cámara

de Diputados (art. 52, CN). Así lo reconoce también la ley 24.156 (art. 26).

Al considerar el proyecto de Ley de Presupuesto, el Congreso —como dijimos antes— ejerce en plenitud sus atribuciones constitucionales. No se limita a aceptar o rechazar el proyecto, sino que puede introducirle todas las modificaciones que considere pertinentes. Teniendo en cuenta la relevancia de esta función, es de buena práctica parlamentaria requerir del Ministerio de Economía y de las demás dependencias públicas involucradas toda la información que se estime necesaria para aprobar, modificar o desechar la iniciativa.

Sancionada la Ley de Presupuesto por el Congreso, pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación o veto. En este último caso, si no es total, podrá ser de aplicación la promulgación parcial si se dan las circunstancias requeridas por el art. 80 de la Constitución.

Por estar comprometidos principios sustanciales de la Constitución y la materia tributaria, es inconstitucional recurrir al dictado de un decreto de necesidad y urgencia para aprobar el presupuesto (art. 99; inc. 3°, CN).

XII. EL CONTROL DE LA CUENTA DE INVERSIÓN

Si el poder del Congreso se limitara a la discusión y sanción de la Ley de Presupuesto, sería insuficiente e ineficaz para controlar el uso de la hacienda pública. Por eso, constituye una regla, generalmente aceptada, que así como el Poder Legislativo debe aprobar el presupuesto, luego tiene que ejercer el control político de su ejecución. En definitiva, debe determinar, con respecto a los fondos públicos, cómo se los gasta y luego, asegurarse de que se los ha invertido conforme al criterio establecido en la Ley de Presupuesto.

Es éste también el criterio seguido por nuestra Ley Fundamental. El inc. 8° del art. 75 de la Constitución Nacional termina señalando que está a cargo del Congreso de la Nación “aprobar o desechar la cuenta de inversión”.

Este control de la cuenta general del ejercicio —a eso llama “cuenta de inversión” la norma constitucional— es, por sobre todas las cosas, un control político. No se ha de limitar, en consecuencia, a una verificación legal ni técnica: no es ésta la función del Congreso; para el ejercicio de ella podrá haber otros órganos especializados.

A los fines de cumplir este requerimiento constitucional, el Poder Legislativo dictó varias leyes reglamentarias estableciendo procedimientos más o menos diversos. El resultado, en todos los casos, distó de ser satisfactorio.

En algunas oportunidades, el Poder Ejecutivo ni siquiera le remitió las cuentas, frustrando anticipadamente su facultad de control (p. ej., en los ejercicios de 1865, 1867 a 1877 y 1901 a 1904). En otros casos, la remisión fue tardía y las cuentas llegaron al Congreso después de varios años de terminado el ejercicio. Otras nunca fueron revisadas (cuentas de los ejercicios de 1925 a 1943) y las que llegaron en término tuvieron una larga demora en las cámaras⁵⁹.

Cuando el Congreso consideró necesario formular alguna observación, lo hizo por medio de una ley, la cual pasó al Poder Ejecutivo y éste la vetó parcialmente (ley 13.635, correspondiente a la cuenta del ejercicio de 1944).

Esta verificación tan necesaria no tuvo lugar, en la práctica, al menos en forma eficaz y oportuna. Entendemos que tales deficiencias no pueden ser atribuidas a la norma constitucional ni a las leyes reglamentarias, sino más bien a factores políticos de la realidad, que fueron desjerarquizando la función del Congreso, sustrayéndolo del esencial control de la ejecución del gasto público.

En el año 1992, la ley 24.156 introdujo profundas reformas en cuanto a este tema suprimiendo algunos órganos de control (Tribunal de Cuentas de la Nación) y creando otros. En adelante, esas funciones serán cumplidas por la Sindicatura General de la Nación, que estará a cargo del control interno del Poder Ejecutivo y de la Auditoría General de la Nación, que ejercerá el control externo. A este último organismo la reforma constitucional de 1994 le ha asignado funciones de asistencia técnica del Congreso, así como intervención necesaria en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de fondos públicos. Algunas de las características de este nuevo órgano constitucional serán objeto de consideración en el punto siguiente, al cual remitimos.

XIII. LA AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La reforma constitucional de 1994 creó, como organismo de control externo del sector público y de asistencia técnica del Congreso, la Auditoría General de la Nación (art. 85).

El nuevo órgano constitucional tiene sus antecedentes más inmediatos en las disposiciones de la ley 24.156, de 1992, denominada "de administración financiera y de los sistemas de control del sector público nacional", por cuyo art. 116 fue creada la Auditoría General

⁵⁹ Conf. PADILLA, Miguel M., "Un mecanismo de control parlamentario: el examen de aprobación de la cuenta de inversión", LL 1985-A-826.

de la Nación, es decir, el órgano que ahora adquirió jerarquía constitucional.

Esta misma ley, derivada de un proyecto del Poder Ejecutivo y que fue objeto de promulgación parcial por éste, derogó disposiciones de la Ley de Contabilidad (dec.-ley 23.354, ratificado por ley 14.467) y suprimió el Tribunal de Cuentas de la Nación, eliminando el juicio de cuentas y el juicio administrativo de responsabilidad, a cargo de ese órgano⁶⁰.

La naturaleza del órgano establecido por el art. 85 de la Constitución, creado por ley en el año 1992, aparece, a nuestro entender, poco clara. La propia ley 24.156 había calificado a la Auditoría General de la Nación como "ente [...] con personería jurídica propia, e independencia funcional".

La cláusula constitucional le ha otorgado ahora el carácter de "organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional". Algunos autores lo han calificado, en sus primeros comentarios sobre la reforma de 1994, como órgano extrapoder (Sabsay)⁶¹; otros, como órgano burocrático y desconcentrado del Congreso, sin personalidad jurídica, pero con competencias atribuidas y radicadas establemente en su ámbito, con exclusividad (Dromi)⁶².

Entendemos que se ha obrado con apresuramiento al incorporar en la Constitución Nacional a este organismo que presenta una sustancia difusa y que en su corta vida legal anterior no había superado la etapa fundacional. Hubiese sido preferible, a nuestro entender, reconocerle jerarquía constitucional al Tribunal de Cuentas de la Nación y dejar que el Congreso, por sí solo, efectuara el control político del presupuesto.

Pese a que el art. 85 de la Constitución expresa que la Auditoría General de la Nación tiene autonomía funcional, estimamos que sólo se puede esperar, en el mejor de los casos, que tenga cierto grado de autarquía.

La forma de su composición no está prevista en el texto constitucional, el cual la delega a la ley reglamentaria que se deberá dictar, sin que se establezca plazo alguno para ello. La vigente ley 24.156 puede servir transitoriamente como marco legal de referencia; pero correspondería que el Congreso, al menos, la adecuase a los nuevos

⁶⁰ A partir del 1 de enero de 1993, en virtud de lo dispuesto por dec. PEN 2660/1992 (29/12/1992) se efectivizó la disolución y liquidación de la Sindicatura General de Empresas Públicas y del Tribunal de Cuentas de la Nación.

⁶¹ SABSAY, Daniel A. - ONAINDIA, José M., *La Constitución de los argentinos*, Errepar, Buenos Aires, 1994, p. 257.

⁶² DROMI, Roberto - MENEM, Eduardo, *La Constitución reformada*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 295.

requerimientos constitucionales que tienen algunas diferencias con los contenidos de la norma actualmente en vigor⁶³.

De acuerdo con las Normas de Funcionamiento (art. 1º) la Auditoría General de La Nación funcionará en jurisdicción del Congreso de la Nación. Sus relaciones con el Poder Legislativo nacional se efectuarán a través de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas de la Administración, que tendrá a su cargo el control de las actividades del organismo.

La ley reglamentaria que tiene que sancionar el Congreso requiere, para su aprobación, el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara.

El criterio de exigir mayoría calificada debe ser avalado; pero advertimos que la intención no aparece plenamente corroborada en el texto constitucional, al no aclarar si esa mayoría absoluta es de los miembros totales (creemos que así debería serlo) o de los presentes, en cuyo caso será la mayoría corriente para aprobar las leyes ordinarias. Llama la atención que el constituyente reformador de 1994, en otros casos, aclaró si la mayoría debe ser de los presentes o de la totalidad de los miembros: arts. 39, 40, 53, 75 (incs. 2º, 3º, 22 y 23), 77, 79, 81, 86, 99 (incs. 3º y 4º), 101, 114⁶⁴.

Con respecto a las funciones de la Auditoría General de la Nación, el art. 85 de la Constitución le asigna la de ejercer “el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la Administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue”. Además, “intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos”.

Acerca de las funciones enunciadas, creemos que el constituyente ha tenido en cuenta, de modo primordial, los aspectos inherentes al control de las empresas privadas y ha orientado al organismo hacia la aplicación de la teoría general de sistemas como, por otra parte, lo dice expresamente la Exposición de Motivos que acompañó al proyecto de la ley 24.156. Enseñaba Duverger, al respecto, que “para los particulares y para las empresas privadas los presupuestos son únicamente actos económicos; para el Estado y las colectividades públicas, los

⁶³ Conf. ley 24.156. “La Auditoría General de la Nación estará a cargo de siete (7) miembros designados cada uno como Auditor General, los que deberán ser de nacionalidad argentina, con título universitario en el área de Ciencias Económicas o Derecho, con probada especialización en administración financiera y control. Durarán ocho (8) años en su función y podrán ser reelegidos” (art. 121).

⁶⁴ Por dec. 1344/2007 del PEN (4/10/2007) se aprobó el Reglamento de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional 24.156. Sin embargo, no ha reglamentado lo atinente a la Auditoría General de la Nación.

presupuestos son además actos jurídicos, actos creadores de derechos y obligaciones”⁶⁵.

La decisión de gastar en el ámbito público no se rige por los mismos principios que en la actividad privada: mientras que en ésta se la toma en consideración de costos o de incrementos de capital, en aquél responde siempre al criterio político de valor⁶⁶.

Nos parece igualmente cuestionable la postura del constituyente al dejar libradas las facultades de este órgano de control a “las demás funciones que la ley le otorgue”.

En resumen, pensamos que la nueva norma constitucional no jerarquiza las atribuciones que el Congreso debe necesariamente tener en el control de la hacienda pública y que están muy claramente indicadas en la expresión final del inc. 8º del art. 75, en cuanto le asigna la facultad de “aprobar o desechar la cuenta de inversión”.

La norma constitucional dispone que “el presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso”.

La composición actual de la Auditoría General de la Nación es de siete miembros con el cargo de auditores generales que son designados por resoluciones de las dos cámaras del Congreso, correspondiendo tres al Senado y tres a la Cámara de Diputados. El séptimo auditor es nombrado por resolución conjunta de los presidentes de ambas Cámaras y es el presidente del organismo.

⁶⁵ DUVERGER, Maurice, *Instituciones financieras*, Bosch, Barcelona, 1960, p. 224.

⁶⁶ Conf. LICCIARDO, Cayetano, “Análisis crítico de la ley de administración financiera y de control del sector público nacional”, comunicación a la Academia Nacional de Ciencias Económicas, 16/12/1992.

CAPÍTULO X
DECLARACIONES, DERECHOS
Y GARANTÍAS

I. DECLARACIONES, DERECHOS Y GARANTÍAS

a) **Caracterización general**

La parte dogmática de la Constitución es la que exhibe con mayor transparencia la ideología que la inspira, al describir su sistema de creencias y valores. Es allí donde aparecen reflejados los grandes principios que dan vida a toda la organización política de la sociedad. Por esta razón, caracterizada doctrina constitucional se refiere a ella nominándola como “derecho constitucional de la libertad”.

Según Bidart Campos, el constitucionalismo liberal, iniciado a fines del siglo XVIII, dio la característica fundamental a esta parte de la Constitución al proponer y perseguir como fin del Estado y de su organización constitucional, la defensa de los derechos y las libertades del hombre. Limitar al Estado y dar seguridad al individuo frente a él fueron las dos características de esa organización. Desde entonces, las constituciones que han adoptado este lineamiento resuelven aquel estatus de los hombres mediante el reconocimiento de sus derechos, el cual da contenido a la parte dogmática con la declaración, *bill* o catálogo de derechos individuales¹.

b) **Antecedentes**

La Constitución Nacional, las Constituciones argentinas anteriores a 1853, los ensayos de organización frustrados, los estatutos y

¹ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1986, p. 209.

los reglamentos, así como la doctrina de los publicistas, representan antecedentes valiosos en favor de las declaraciones, derechos y garantías constitucionales.

La Constitución norteamericana de 1787 recibió, en su momento, severas críticas por carecer de una declaración de derechos. Hamilton creía que ésta era cosa superflua y aun perjudicial. Ello trajo como consecuencia el agregado, en 1791, de diez enmiendas que constituyen una verdadera declaración de derechos y garantías, y que derrumbaron el argumento expuesto por Hamilton en *El federalista*, cuando ponía en duda la eficacia práctica de las declaraciones constitucionales de derechos².

c) Conceptos

Las declaraciones son afirmaciones solemnes del constituyente acerca de la caracterización del Estado, la forma de gobierno, las relaciones con la Iglesia, los principios fundamentales, la protección del orden constitucional, etcétera.

Los derechos son prerrogativas o facultades reconocidas a la persona. Uno de los aportes sustanciales del constitucionalismo es no concebir los derechos fundamentales como una concesión del poder público, sino limitarse a reconocerlos como existentes en todo hombre por su sola condición de tal. En los últimos tiempos ha tenido difusión la enunciación de dichas prerrogativas bajo la denominación de derechos humanos.

Las garantías son instrumentos y procedimientos que aseguran los medios para hacer efectivo el goce de los derechos. En su acepción más estricta, el hábeas corpus, el hábeas data y el amparo representan garantías constitucionales básicas.

II. LA IGUALDAD

a) Concepto

La igualdad es un principio que emana de la naturaleza misma del hombre y que tiene su fundamento en su identidad de origen y destino. Se presenta como una relación en virtud de la cual cabe reconocer a todos los hombres sus derechos fundamentales y su plena dignidad, evitando discriminaciones arbitrarias.

² HAMILTON, Alexander - MADISON, James - JAY, John, *El federalista*, Imprenta del Siglo, Buenos Aires, 1868, p. 690, nro. LXXXIV.

La igualdad —como acota Bobbio— es un concepto emotivamente positivo, porque es algo que se desea; está íntimamente vinculada a la justicia³.

Hay una vocación natural del hombre por la igualdad. La naturaleza jurídica de ésta, sin embargo, ha sido presentada de manera diferente por las diversas ideologías y, aun en la actualidad, resulta difícil de precisar.

Algunos autores prefieren referirse al “derecho a la igualdad” (Sagüés, Quiroga Lavié⁴); otros, simplemente hablan de la “igualdad” (González Calderón, Bidart Campos⁵); algunos hacen mención del “principio de igualdad” (Joaquín V. González, Bielsa, Ramella, Nino, Zarini⁶). Badeni sostiene que la igualdad “es un valor jerárquicamente inferior a la libertad”⁷. Padilla, en cambio, estima que significa una condición indispensable para el ejercicio de los distintos derechos individuales⁸.

Pensamos que la igualdad constituye un principio liminar y no un derecho. La igualdad no es, por sí misma, un derecho, sino una condición necesaria que permite la armonización y el equilibrio en el goce de todos los derechos. En todo caso, podríamos referirnos al derecho que tiene el hombre a no ser arbitrariamente discriminado.

La dificultad en cuanto a su definición se vincula a su propia indeterminación. No basta saber que somos iguales: es necesario, además, saber en qué somos iguales, y entre quiénes lo somos.

Por eso, en tanto que el constitucionalismo clásico exaltaba las declaraciones solemnes que proclamaban la igualdad, en la actualidad se procura evitar en forma concreta situaciones injustas de discriminación.

³ Conf. BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, ps. 53 y 56 y ss.

⁴ SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, t. II, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 183; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “Sobre la interpretación constitucional”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, nro. 31, 1973, p. 199.

⁵ GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1943, p. 279; BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., p. 258.

⁶ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina (1853-1860)*, 24ª ed., Estrada, Buenos Aires, 1951, p. 120; BIELSA, Rafael, *Democracia y república* (obra póstuma), Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 21. Conf. RAMELLA, Pablo A., *Derecho constitucional*, Depalma (distribuidor), Buenos Aires, 1982, ps. 311 y ss. Si bien el autor no se detiene especialmente en el análisis de la naturaleza jurídica, las expresiones reproducidas en ps. 311 y 314 nos permiten interpretar que compartía esta posición. NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 411; ZARINI, Helio J., *Constitución argentina*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 384.

⁷ BADENI, Gregorio, *Derecho constitucional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 241.

⁸ PADILLA, Miguel M., *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 152.

Se ha discutido desde antiguo si la igualdad es una condición innata del hombre o si constituye, más bien, una aspiración de éste para superar la desigualdad de naturaleza. Son muchos y variados los pensadores que han hecho referencia a esta cuestión.

El Concilio Vaticano II ha destacado: "Todos los hombres, dotados de alma racional y creados a imagen de Dios, tienen la misma naturaleza y el mismo origen, y además, redimidos por Cristo, gozan de la misma vocación y destino divino; por eso, la igualdad fundamental entre todos debe ser más y más reconocida" (*Gaudium et spes*, nro. 29).

Ello no significa, desde luego, reconocer que todos los hombres son absolutamente iguales. El mismo documento conciliar expresa: "Los hombres no son todos iguales en razón de su diversa capacidad física y de sus energías intelectuales y morales diferentes. Sin embargo, todo tipo de discriminación en los derechos fundamentales de la persona, sea social, sea cultural, sea por el sexo, por la raza, por el color, por la condición social, por la lengua o por la religión, debe ser suprimido, en cuanto contrario al designio de Dios" (nro. 29).

b) Antecedentes constitucionales

En el derecho patrio, uno de los primeros antecedentes del principio de igualdad lo hallamos en el decreto de supresión de honores, dictado por la Primera Junta de gobierno el 6 de diciembre de 1810. Sus disposiciones, empero, tenían un alcance limitado a las funciones de gobierno.

Otro antecedente relevante y de alcance más amplio lo configura el Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica, presentado ante la Asamblea de 1813. El art. 8° de dicha iniciativa preceptuaba:

La igualdad consiste en que la ley, bien sea preceptiva, penal o aflictiva, es igual para todos y asiste igualmente al poderoso que al miserable, para la conservación de los derechos que cada uno disfruta.

Esta fórmula tuvo gran arraigo constitucional. La repitieron, con ligeras variantes, el Estatuto Provisional de 1815 (sec. I, cap. I, art. 1°), el Reglamento Provisorio de 1817 (sec. 1ª, cap. I, arts. 1° y 2°), la Constitución de 1819 (art. 110) y la Constitución de 1826 (art. 160).

En cambio, Alberdi, en su Proyecto de Constitución, propiciaba esta cláusula: "La ley no reconoce diferencia de clase ni persona: No hay prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay fueros personales; no hay privilegios, ni títulos de nobleza. Todos son admisibles en los empleos. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas

públicas. La ley civil no reconoce diferencia de extranjeros y nacionales" (art. 17).

La Constitución de los Estados Unidos incorporó recién en 1868 una referencia explícita al principio de igualdad, al consagrar en la enmienda XIV que "ningún Estado [...] podrá negar a persona alguna bajo su jurisdicción la igual protección de las leyes".

c) Normas constitucionales

Nuestra Constitución originaria destinó dos normas específicas al principio de igualdad: los arts. 15 y 16. El primero de ellos se refiere a la abolición de la esclavitud y será analizado más adelante. El art. 16 representa la cláusula básica del principio de igualdad en nuestro sistema constitucional.

Expresa este último artículo:

La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

La norma, evidentemente inspirada en el Proyecto de Constitución de Alberdi, consagra, en uno de sus contenidos más sustanciales, que "todos sus habitantes son iguales ante la ley". El constituyente, con sabiduría, se apartó de cualquier forma declamatoria más amplia de la igualdad. La única que reconoce es la igualdad ante la ley. Sería utópico pensar en una igualdad absoluta.

Una primera aproximación conceptual permitiría pensar que la cláusula constitucional establece la necesidad de que todos los habitantes están sujetos a las mismas leyes. Este razonamiento, empero, contrasta con una simple observación de la realidad: los argentinos no están sujetos a las mismas leyes que los extranjeros; los mayores tampoco respecto de los menores; ni los trabajadores con referencia a los estudiantes; ni quienes tienen más riqueza respecto de quienes no la tienen, etcétera.

Nos hallamos, en consecuencia, frente a un principio indeterminado y ambiguo, ante el cual prevalece la relatividad. La igualdad no es un concepto absoluto y habrá de interpretársela según las diferentes circunstancias.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado el carácter no absoluto del principio del art. 16 y su compatibilidad con discriminaciones razonables o no arbitrarias. Así ha expresado que dicha norma no constituye una regla absoluta que obligue al legislador a cerrar

los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que pueden presentarse a su consideración. Lo que impide el mandato constitucional es hacer distinciones arbitrarias, inspiradas en propósitos manifiestos de hostilidad contra determinadas clases o personas⁹.

También el mismo tribunal ha manifestado que “no es, pues, la nivelación absoluta de los hombres lo que se ha proclamado, aspiración quimérica y contraria a la naturaleza humana, sino su igualdad relativa, propiciada por una legislación tendiente a la protección en lo posible de las desigualdades naturales” (caso “Don Eugenio Díaz Vélez v. La Provincia de Buenos Aires” de 1928)¹⁰.

El Máximo Tribunal federal puntualizó, asimismo, el alcance del principio en relación al bien común. Así, sostuvo que “la arbitrariedad sólo podría provenir de la sinrazón de la particularidad de la norma, como ocurre cuando trata a algunos o a alguno de un modo especial distinto al que establece la legislación vigente para la generalidad que se halle en la misma situación y las mismas circunstancias [...] Las discriminaciones legales no deben considerarse sólo desde el punto de vista de los derechos e intereses individuales alcanzados por ellas sino también en vista del interés general o bien común¹¹.”

Asimismo, ha declarado que la sola discriminación legal no basta para invalidar constitucionalmente la norma respectiva. En efecto, la legislación especial es válida si el criterio de distinción no es arbitrario, es decir, si obedece a fines propios de la competencia del Congreso y la potestad legislativa ha sido ejercida de modo conducente al objeto perseguido y de manera que no adolezca de iniquidad manifiesta¹².

Aun así, este mandamiento constitucional puede ser objeto de diversas interpretaciones. Se podría considerar que sólo obliga al legislador, quien al hacer la ley debe respetarlo. Cabría también sostener que abarca al juez quien, al aplicar la ley al caso concreto, debe subordinarse a este principio.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha definido la igualdad en el caso “Nuevo Banco Italiano v. Municipalidad de la Capital” de 1944¹³, como el igual tratamiento de los iguales en iguales circunstancias.

Pese a la evidente tautología de la definición, la Corte nos anticipa que la igualdad ante la ley sólo existe frente a quienes son iguales y en circunstancias también iguales.

⁹ Fallos 150:89.

¹⁰ Fallos 151:359.

¹¹ Fallos 224:810.

¹² Fallos 250:410.

¹³ Fallos 200:424.

La adopción de este criterio obliga al legislador a formular clasificaciones entre quienes se hallan en similares condiciones a los efectos de ser sometidos a las mismas leyes. Así lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de la Corte¹⁴.

El criterio con el cual el legislador efectúe las clasificaciones deberá respetar el principio de razonabilidad (art. 28, CN).

Nuestra Constitución Nacional consagra expresamente en su art. 20 que los extranjeros gozan en el territorio de la Nación “de todos los derechos civiles del ciudadano”.

En 1988 la Corte Suprema, en el caso “Repetto”, declaró la inconstitucionalidad de las normas que exigían a una profesora de educación preescolar que era ciudadana norteamericana, tener la ciudadanía argentina para ejercer su profesión¹⁵.

El referido caso fue resuelto por unanimidad, aunque a través de votos con diversos fundamentos. En efecto, los jueces Caballero y Belluscio invocaron el art. 20 de la Constitución y sostuvieron que “en cuanto al ejercicio de los derechos civiles y, especialmente, al desempeño de sus profesiones, dentro de la República los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos por expresa prescripción constitucional, de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con la antes transcripta prescripción constitucional” (considerando 4º). Los jueces Petracchi y Bacqué, con fundamento en el mismo artículo, sostuvieron que toda norma discriminatoria entre nacionales y extranjeros respecto a los derechos reconocidos en nuestra Ley Fundamental, es merecedora de una presunción de inconstitucionalidad; por lo tanto, quien afirme que la distinción entre unos y otros es legítima, debe justificar la existencia de un “interés estatal urgente” o un “interés estatal insoslayable”, sin que sea suficiente que esa distinción sea “razonable”. Por su parte, el juez Fayt basó su voto en la falta de razonabilidad de las normas cuestionadas por la actora.

En el año 2004, la Corte Suprema de Justicia de la Nación acogió favorablemente una acción planteada por un juez de primera instancia de la provincia de Buenos Aires, tendiente a que se declarase inconstitucional el art. 177 de la Constitución local en cuanto exige para ser juez de Cámara haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo; tras considerar que dicho precepto viola el

¹⁴ Casos “Guardian Assurance Company Limited v. Gobierno nacional” de 1927, Fallos 150:89; “Antonio Ferré y Hnos. v. Provincia de Tucumán” de 1943, Fallos 196:337; “Claypole, Delia Bonorino Ezeyza de y otros v. Provincia de Buenos Aires” de 1948, Fallos 210:284; “Zarich, Domingo v. Diario La Capital” de 1958, Fallos 240:122, entre muchos otros.

¹⁵ Fallos 311:2272, caso “Repetto, Inés M. v. Provincia de Buenos Aires” (1988).

principio constitucional de igualdad ante la ley; toda vez que excede las limitaciones que prescribe para ejercer idénticos cargos en el orden nacional, a los que aspira el recurrente. En el caso, no se acreditó la razonabilidad de imponer tal discriminación a los jueces de cámara, cuando no está contemplada para acceder a la magistratura de primera instancia¹⁶.

Más recientemente, en un caso planteado por una abogada de nacionalidad alemana –residente en el país en forma permanente desde el año 1983– quien habiéndose presentado como postulante en un concurso para la selección de secretarios de primera instancia del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires se la había rechazado por no ser argentina nativa o naturalizada, la Corte sostuvo que “la igualdad establecida por el art. 16 de la Constitución Nacional no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros” y declaró la inconstitucionalidad de las normas reglamentarias cuestionadas por la actora. El Alto Tribunal, si bien sostuvo que en el caso no estaba en juego la garantía del art. 20 de la Constitución Nacional porque no se encontraba comprometido ningún derecho civil de la peticionante, aplicó el art. 16 en cuanto establece la igualdad ante la ley de todos los habitantes de la Nación y la admisibilidad en los empleos públicos sin otra condición que la idoneidad¹⁷.

La reforma constitucional de 1994 ha introducido otras referencias con relación a la igualdad constitucional. En el art. 37 se dispone que “el sufragio es [...] igual” (1^{er} párrafo) y se consagra “la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios” (2^o párrafo). Asimismo, ha integrado a su texto las disposiciones de tratados de derechos humanos, con lo cual el principio de igualdad se ve completado por disposiciones que califican de discriminatorios y arbitrarios actos o normas que establezcan diferencias por motivos de raza o color, sexo, entre otras¹⁸.

Según el art. 75, inc. 2^o, la distribución de los fondos coparticipables entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires “será

¹⁶ Fallos 327:5118, “Hooft, Pedro C. F. v. Provincia de Buenos Aires” (2004).

¹⁷ Fallos 329:2986, “Gottschau, Evelyn P. v. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (2006).

¹⁸ La igualdad ante la ley surge del art. 16 de la Constitución Nacional; de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II); de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 7^o); de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 24); del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 26); de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 15) –conf. CSJN, Fallos 323:2659 (2000)–. Asimismo, cabe agregar a la “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial” ratificada por la Argentina por ley 17.722 y que adquirió jerarquía constitucional con la reforma de 1994.

equitativa, solidaria y dar prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional” (3^{er} párrafo).

El mismo art. 75 se refiere a la igualdad de oportunidades en los incs. 19 y 23. En el primero de ellos faculta al Congreso para “sancionar leyes de organización y de base de la educación [...] que aseguren [...] la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna” (3^{er} párrafo). Por el segundo, se le atribuye la facultad de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (1^{er} párrafo).

Por último, la misma norma constitucional establece, en el inc. 24, que le corresponde al Congreso “aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad”.

Se advierte en estas nuevas cláusulas constitucionales una referencia frecuente a la igualdad de oportunidades. Este concepto fue especialmente difundido por el constitucionalismo social y complementa con eficacia el principio de igualdad ante la ley, que por sí solo es insuficiente en muchas ocasiones, para remover los obstáculos que impiden la real y efectiva vigencia de la igualdad.

Como se ha visto, si bien por un lado pueden establecerse diferencias legales basadas en ciertas categorías tales como la nacionalidad extranjera (art. 20, CN), el sexo (art. 37), la edad o discapacidad de las personas (art. 75, inc. 23), éstas deben responder al principio de razonabilidad (art. 28) y estar justificadas en el interés general.

El art. 16 de la Constitución Nacional no resulta conculcado por el hecho de que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, en tanto la discriminación, aun cuando su fundamento sea opinable, no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas¹⁹. La diferencia de trato debe sustentarse en la relación entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida²⁰.

En ese sentido, la Corte de Justicia de la Nación también sostuvo que para que la garantía de igualdad ante la ley se vea vulnerada, es necesario que la norma legal establezca distinciones irrazonables o

¹⁹ Fallos 311:1042 (1988).

²⁰ Fallos 330:3853 (2007).

inspiradas en fines de ilegítima persecución, indebido favor, privilegio o inferioridad personal²¹.

d) Los títulos de nobleza

El art. 16 de la Constitución dispone:

La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella [...] títulos de nobleza.

Esta norma constitucional es una consecuencia de la preeminencia de las ideas republicanas en la Constitución de 1853 y representa, además, la ratificación de una política nacional que ya había tenido otras manifestaciones importantes en el mismo sentido.

La Asamblea de 1813, por ley del 21 de mayo de ese año, dispuso la extinción de los títulos de condes, barones y marqueses en todo el ámbito de las Provincias Unidas del Río de la Plata y por ley del 13 de agosto siguiente, prohibió la fundación de mayorazgos y las mejoras de herencia, salvo que estuvieran inspiradas en una finalidad religiosa o motivos de piedad.

La propia Asamblea de 1813, por ley del 26 de octubre de ese año, estableció la prohibición de usar, en las fachadas y parajes públicos armas, jeroglíficos y distinciones de nobleza que destacaran a ciertas familias y las diferenciarian de las demás.

Se puede afirmar, en consecuencia, que la Constitución de 1853 se limitó a recoger, en este aspecto, un principio que desde hacía tiempo se hallaba arraigado en los usos y costumbres y también en las leyes.

e) Los fueros

La palabra "fuero", etimológicamente, proviene del término latino *forum*, que significa "tribunal". Sin embargo, con relación a nuestra materia reconoce una variedad de acepciones. Así, se les dio el nombre de "fueros" a algunas compilaciones de leyes y ordenanzas de la Edad Media (Fuero Juzgo, Fuero de Aragón, etc.).

La Constitución, sin embargo, la emplea, en el art. 16 con un significado distinto y preciso, para hacer referencia al privilegio que pueden tener determinadas personas para ser juzgadas por sus pares o iguales.

Estos fueros pueden ser personales, si el privilegio es concedido en toda circunstancia por el mero estado o situación individual (p. ej.: un militar siempre será juzgado por militares), funcional o de cau-

²¹ Fallos 330:5032 (2007).

sa, si la prerrogativa sólo es aplicable con respecto al juzgamiento de los actos propios de una función (p. ej.: un militar sólo será juzgado por militares si se juzga un hecho relativo al cumplimiento de su función).

En el caso "Contienda de competencia entre el juez federal de la Capital y el Consejo de Oficiales Generales, en la causa criminal contra el coronel Mariano Espina por rebelión" de 1893²², la Corte desestimó la probable inconstitucionalidad del fuero militar sosteniendo que la abolición de los fueros personales, dispuesta por la Constitución, "no ha arrebatado a los tribunales militares la facultad necesaria de conocer y de juzgar todas las infracciones de las leyes que rigen al Ejército y a la Armada de la Nación". El mismo criterio fue ratificado en el caso "Pedro V. Mórtola" de 1926²³.

Como señala Spisso²⁴, desde antigua data la doctrina de la Corte Suprema de la Nación reconoció la constitucionalidad de los tribunales militares, sobre la base del art. 67, inc. 23 -actual art. 75, inc. 27- de la Constitución, que faculta al Congreso a dictar normas para la organización y gobierno de las fuerzas armadas (CSJN, Fallos 4:225, 27:111, 52:211, 54:577, 101:354, 147:45, 148:157, 149:175, 236:588 y 241:342, entre otros). Los consideró conforme a las exigencias de orden y disciplina propios del ámbito militar y sostuvo que no importaban un fuero personal, no afectaban la igualdad ante la ley (art. 16), no constituían una comisión especial, ni comprometían la garantía del juez natural (art. 18) y no vulneraban la prohibición de ejercer funciones judiciales establecidas para el Poder Ejecutivo (art. 95, actual 109 de la CN).

Esa orientación de la doctrina judicial de la Corte Suprema sobre la constitucionalidad de los tribunales militares se mantuvo luego de la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁵. El mismo criterio siguió pronunciamientos posteriores a la reforma constitucional de 1994 que le otorgó jerarquía constitucional a dicho tratado²⁶.

En el año 2007, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver en el caso "López Ramón", declaró la invalidez de los tribunales castrenses²⁷.

²² Fallos 54:577.

²³ Fallos 147:45.

²⁴ SPISSE, Rodolfo R., "El juzgamiento de delitos militares y su proyección en materia penal tributaria", LL 2008-C-220.

²⁵ Fallos 307:671, 1457 y 1590; 308:1960 y 1966; 314:813; 315:620 y 1811; 316:237.

²⁶ Fallos 320:2581; 323:2035; 324:3467, entre otros.

²⁷ Fallos 330:399. Se sostuvo en el fallo que "...los tribunales militares no pueden considerarse *jurisdicción* en sentido constitucional ni internacional, sino que constituyen tribunales

En la actualidad, empero, la situación descripta ha perdido virtualidad con la sanción de la ley 26.394 (BO 29/8/2008)²⁸, que derogó el Código de Justicia Militar (ley 14.029 y sus modificatorias).

El art. 16 de la Constitución declara que “no hay en ella fueros personales”. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que el constituyente sólo pretendió abolir los fueros personales, dejando subsistentes los fueros funcionales o de causa.

En efecto, nuestra Ley Fundamental concede ciertas inmunidades a los miembros integrantes del Congreso a fin de garantizar su libertad de expresión y a que no se coarte con el arresto el normal ejercicio de sus funciones (arts. 68 y 69, CN).

Es preciso destacar que esta inmunidad no tiene carácter personal, lo cual implicaría una prerrogativa o fuero que enfrentaría los principios de su exclusión y de igualdad ante la ley, consagrados en el art. 16 de la Constitución Nacional. Este privilegio es como se mencionara *supra* absolutamente funcional²⁹.

Respecto de las autoridades de los otros poderes del Estado (presidente, vicepresidente y jueces), no cabe hablar de que gozan de inmunidades sino de lo que la doctrina llama “garantía de un antejuicio”³⁰.

Hasta el año 2000, en que el Congreso nacional sancionó la ley 25.320 (Régimen de Inmunidades para Legisladores, Funcionarios y Magistrados); el régimen procesal penal establecido para los funcionarios públicos estaba integrado por las disposiciones de la Constitución Nacional y por los arts. 189, 190 y 191 del Código Procesal Penal de la Nación. En virtud de la integración de dichas normas,

administrativos incompetentes para aplicar penas. No hay argumento alguno que permita que funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo y sometidos a sus órdenes, apliquen leyes penales; sólo pueden actuar en estado de necesidad y en los estrictos límites que para ésta marca el propio Código Penal” (voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni).

²⁸ La nueva ley suprimió los consejos de guerra permanente y dispuso que los delitos cometidos por los militares, en actos del servicio, sean juzgados por los tribunales nacionales o federales según corresponda.

²⁹ La inmunidad de opinión se limita a las opiniones o discursos vertidos durante la sesión legislativa; no comprende a los emitidos fuera del ejercicio de sus funciones; con la inmunidad de arresto, lo que se tiende a evitar es que los legisladores puedan ser impedidos de concurrir a las sesiones, preservándose así no a la persona sino el desempeño de su mandato de legislador.

Cabe agregar que la Constitución, asimismo, establece que el Defensor del Pueblo de la Nación goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores (art. 86) y que los miembros del Ministerio Público de la Nación también gozan de inmunidades funcionales (art. 120).

³⁰ En efecto, respecto del presidente, el vicepresidente, el jefe de gabinete de ministros, los ministros y los miembros de la Corte Suprema de Justicia, se prevé que para que puedan ser juzgados penalmente previamente deben ser sometidos a juicio político (arts. 53, 59 y 60, CN). En cuanto a los jueces de tribunales inferiores se estableció un procedimiento para su remoción mediante el denominado “Jurado de Enjuiciamiento” integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal (arts. 114 y 115, CN).

ante la inminencia de llamar a indagatoria al funcionario o, en su caso, la procedencia de dictar una medida restrictiva de la libertad, era necesario que el juez solicitara el correspondiente desafuero o juicio de destitución al órgano competente, pero si esto no prosperaba, el magistrado no podía avanzar en la investigación, lo que derivaba en el archivo de las actuaciones.

La situación varió a partir de la sanción de la citada ley 25.320 que derogó los arts. 189, 190 y 191 del Código Procesal Penal de la Nación, con lo cual la inmunidad procesal se encuentra ahora casi extinguida, quedando subsistente sólo la inmunidad de arresto, no habiendo obstáculos para el accionar de la justicia, que podrá disponer la indagatoria del imputado que ya no será considerada medida restrictiva de la libertad.

En caso de que el juez considerase necesario dictar una medida restrictiva de la libertad contra el funcionario, deberá requerir el desafuero, remoción o juicio político al órgano competente, sin que la negativa de esto paralice la continuación del proceso. No obstante ello, no podrá concretarse la detención hasta que cese la correspondiente inmunidad³¹.

f) La idoneidad

La idoneidad es la aptitud, capacidad o suficiencia para realizar determinada tarea. El art. 16 de la Constitución establece que todos los habitantes de la República “son admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”.

Esta idoneidad, en algunos casos, aparece determinada por la propia Constitución. Así, para ser electo a la presidencia o vicepresidencia de la República se requiere ser argentino nativo o por opción y las demás condiciones para ser elegido senador (art. 89). Para desempeñarse como diputado es necesario tener 25 años de edad como mínimo, cuatro años de ciudadanía en ejercicio y ser natural de la provincia que lo elija o con dos años de residencia inmediata en ella (art. 48). Además, los arts. 55 y 111 establecen los requisitos exigidos para ser elegido senador y para desempeñarse como miembro de la Corte Suprema de Justicia, respectivamente.

En principio, cuando las condiciones de idoneidad están determinadas en la Constitución no pueden ser modificadas por el legislador (caso “Bianchi, Alejandro y Cía. SA v. Fisco nacional” de 1960³²). En

³¹ Ley 25.320 (BO 13/9/2000).

³² Fallos 248:398.

dicho pronunciamiento se sostuvo que las calidades de los miembros de la Corte Suprema se hallan establecidas en la Constitución Nacional, configurando, por tanto, una materia sustraída por el poder constituyente de la competencia del Poder Legislativo.

En otros casos, las condiciones de idoneidad son reglamentadas por leyes o decretos.

La disposición constitucional está claramente dirigida a privilegiar el acceso a las funciones y los empleos públicos de las personas más capaces. Sin embargo, ateniéndonos a una simple observación de la realidad, debemos convenir en que actualmente la regla constitucional es insuficiente y no se la cumple.

Habría que establecer, junto con la declaración que formula el constituyente —según entendemos—, la exigencia de modalidades operativas que aseguren un sistema de selección de empleados y funcionarios públicos que garantice iguales oportunidades de acceso, la elección de los mejores y la publicidad del procedimiento de selección, para resguardar su control³³.

g) La abolición de la esclavitud

Al ser sancionada la Constitución de 1853 había todavía esclavos en nuestro país, si bien en número reducido en virtud de resoluciones adoptadas en los primeros años de vida independiente. Una manifestación de ello es la expresión del constituyente que se refiere, en el art. 15, a “los pocos que hoy existen”.

Así, el 25 de mayo de 1811, al cumplirse el primer aniversario de la Revolución de Mayo, se había resuelto manumitir una cantidad de esclavos.

El Triunvirato, por decreto del 15 de mayo de 1812, prohibió la introducción de esclavos en nuestro territorio.

La Asamblea de 1813, por decreto del 2 de febrero de ese año, resolvió declarar y considerar libres a todos los niños que hubiesen nacido en las Provincias Unidas del Río de la Plata desde el 31 de enero de 1813 (fecha de la instalación de la Asamblea) en adelante. Dicha medida es conocida como “libertad de vientres”.

Dos días después, la propia Asamblea declaró que serían libres todos los esclavos que fuesen introducidos en el país por el solo hecho de pisar el territorio de las Provincias Unidas. Sin embargo, por decreto

³³ En el derecho público provincial, la Constitución del Neuquén de 1957 establece en su art. 59: “Los empleados públicos, provinciales y municipales, serán designados por concurso de antecedentes y oposición, previa prueba de suficiencia”. También lo exigen, entre otras, las Constituciones del Chubut (art. 67), Jujuy (art. 61, inc. 1º) y Río Negro (art. 51), aunque en las dos últimas los casos de aplicación quedan a determinación de la ley reglamentaria.

del 21 de enero de 1814, se aclaró que esa disposición era aplicable respecto de aquellos esclavos que se pretendiera introducir por vía del comercio o la venta, pero no amparaba a aquellos que hubiesen fugado de su país de residencia.

La Constitución de 1853, inspirada en el claro propósito de terminar definitivamente con esta afrenta a la dignidad humana que es la esclavitud, dispuso:

En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen, de que serán responsables los que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice.

La reforma constitucional de 1860 agregó la parte final del art. 15, que mantiene su vigencia, estableciendo:

Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República.

La cláusula constitucional de 1853 determinó que una ley especial debía regular las indemnizaciones que el Estado tenía que otorgar a aquellos que perdieran a sus esclavos como consecuencia de la aplicación de dicha norma de la Constitución.

Esa manifestación del constituyente fue objeto de severos y justos cuestionamientos, por entender que había fijado un precio a la libertad del hombre agraviando, así, los principios fundamentales que inspiraron la filosofía política de la Constitución. Refiriéndose a ella, Linares Quintana dijo: “Teóricamente considerada, [la prescripción] constituye un caso de responsabilidad del Estado constituyente”³⁴. El Congreso de la Nación nunca dictó la referida ley.

La Convención Constituyente de 1949, con buen criterio, actualizó y mejoró esta cláusula constitucional estableciendo:

En la Nación Argentina no hay esclavos. Los que de cualquier modo se introduzcan, quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República [art. 27].

³⁴ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Gobierno y administración de la República Argentina*, t. II, Tea, Buenos Aires, 1959, p. 221.

III. EL DERECHO DE PROPIEDAD

a) Concepto

El derecho constitucional de propiedad ampara el uso y la disposición de todos los bienes, materiales e inmateriales, que pueden integrar el patrimonio de una persona.

El derecho de propiedad plantea una ardua polémica, tanto desde la perspectiva filosófica como desde la política y la jurídica.

El constitucionalismo liberal, que nos legó los primeros grandes modelos de constituciones a fines del siglo XVIII, exaltó la tutela de este derecho, al cual ubicó como preferente, otorgándole un marco de protección excepcional superior a cualquier otro derecho individual. El liberalismo político de aquella época, inspirador de esos modelos constitucionales, consideró que la libertad y la propiedad privada representaban la base esencial de la nueva democracia. Su resguardo era la preocupación dominante que exhibían los textos constitucionales de la época.

Para el marxismo, en cambio, la propiedad aparece como una institución social históricamente condicionada. Cada sociedad se caracterizó por el predominio de ciertas formas de propiedad que condicionaron económicamente la vida social. En el capitalismo —se sostiene— predominan la propiedad privada de los medios de producción, el antagonismo de clase entre capitalistas y proletarios y un virtual despojo de los trabajadores.

Marx proclamó la necesidad de establecer la propiedad social o colectiva de los medios de producción eliminando la propiedad privada de ellos. A tal fin, consideraba necesaria la lucha de clases que debía concluir con la victoria del proletariado. Pretendía, así, abolir la explotación y aunar a los hombres para un trabajo común en interés de la sociedad.

b) Normas constitucionales

La Constitución Nacional se refiere expresamente a este derecho en los arts. 14 y 17. Por el primero de ellos se asegura a todos los habitantes el derecho de “usar y disponer de su propiedad”.

El art. 17 dispone:

La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4. Ningún servicio personal es exigible, sino

en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

La cláusula constitucional recoge fielmente los postulados del liberalismo clásico. El carácter de “inviolable”, que se le asigna al derecho de propiedad, sólo puede ser interpretado como manifestación de esos postulados ideológicos. De lo contrario, sería incomprensible que el constituyente ni siquiera haya hecho mención expresa del derecho a la vida y sin embargo, considere al derecho de propiedad como el único al cual se le asigna el carácter de “inviolable”, que sólo les atribuye, además —en el marco de las garantías constitucionales— a la defensa en juicio de la persona y de los derechos, al domicilio y a la correspondencia epistolar y los papeles privados (art. 18).

Lo expuesto no supone una crítica a la inviolabilidad del derecho de propiedad, sino a que ese carácter le sea atribuido en exclusividad. Aspiramos a que la Constitución asegure, en todo caso, la inviolabilidad de todos los derechos naturales del hombre.

La Convención Americana de Derechos Humanos dispone en el art. 21 que “toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes” y que “la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social” (inc. 1°). Asimismo, agrega que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley” (inc. 2°).

c) Alcance

La propiedad constitucional, conforme lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, debe ser interpretada con alcance amplio y comprende “todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad” (caso “Don Pedro Emilio Bourdieu v. Municipalidad de la Capital Federal” de 1925³⁵).

Como se puede advertir, el concepto constitucional de “propiedad” resulta mucho más amplio que el proveniente del derecho privado. Para el Código Civil, el dominio o propiedad es el “derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona” (art. 2506).

La propiedad constitucional, en cambio, no sólo comprende las cosas (art. 2311, CCiv.), sino también los bienes.

³⁵ Fallos 145:307.

En el citado fallo "Bourdieu", la Corte aclaró que forman parte del derecho de propiedad los derechos derivados de una concesión de uso sobre un bien público (en el caso, se trataba del derecho a una sepultura), los derechos que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado en favor de particulares, empresas de ferrocarriles, luz eléctrica, explotación de canales, etc. También expresó la Corte, en el mismo fallo, que el derecho de propiedad "protege con igual fuerza y eficacia, tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones".

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han ido reconociéndole nuevos alcances al derecho constitucional de propiedad. Así, cabe incluir en él, además de los ya citados: la tutela de los derechos adquiridos e ingresados en el patrimonio; la propiedad intelectual, industrial y comercial; las etapas ya cumplidas del proceso judicial; el derecho a obtener el beneficio previsional conforme a la legislación vigente al cese del servicio, etcétera.

d) Limitaciones

Pese a su carácter de inviolable, la propiedad no implica un derecho absoluto. Como los demás, está sujeto a las leyes que reglamenten su ejercicio. El propio art. 17 menciona los casos de privación de la propiedad por sentencia judicial y por expropiación.

Hay, además, otras importantes limitaciones, que son consecuencia de sendas leyes. Por ejemplo, si nos remitimos al Código Civil, es dable mencionar el art. 2639, que restringe los derechos de los propietarios limítrofes de los ríos o canales que sirven a la comunicación por agua (camino de sirga), así como el art. 2646, que les limita a los ribereños el derecho de construcción de diques más allá del medio del río o arroyo. Cabe aclarar que esta disposición es de aplicación cuando dicha construcción obedece al interés privado.

Por otra parte, el art. 2611 del Código Civil dispone que "las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo". Estas limitaciones pueden adoptar diferentes modalidades. Así, podemos incluir —sin pretender que sea una enunciación taxativa—: a) las disposiciones municipales referidas a seguridad y estética de las construcciones, como, por ejemplo, las que determinan la altura, alineación, estilo, etc.; b) el señalamiento de pautas para el establecimiento y funcionamiento de industrias y actividades peligrosas, insalubres, etc.; c) las leyes de ferrocarriles que restringen el uso de los inmuebles linderos a las vías; d) las disposiciones normativas que rigen el tendido de conductores de energía y de

telecomunicaciones; e) las leyes de aeronavegación que impiden, por ejemplo, determinadas edificaciones en ciertos lugares.

Otra limitación con respecto al derecho de propiedad surge de las servidumbres, definidas por Vélez Sarsfield en el art. 2970 y explicadas en la nota sobre el art. 2971 del Código Civil.

También la ocupación temporánea, prevista por los arts. 57 a 70 de la ley 21.499, de expropiaciones, configura una limitación que en algunos casos lesiona, según nuestro entender, el derecho de propiedad.

e) La función social

El reconocimiento de la función social constituye una de las limitaciones más relevantes en cuanto al uso y la disposición de la propiedad. Uno de los aportes sustanciales, en esta nueva concepción, fue efectuado por el constitucionalismo social que tuvo sus primeras expresiones en las Constituciones de Méjico de 1917 y de Weimar de 1919. En esta última se enuncia el principio según el cual "la propiedad entraña obligaciones" (art. 153). Esta nueva concepción ideológica, que enriqueció notablemente al constitucionalismo liberal, ratificó la necesaria vigencia del derecho de propiedad como garantía efectiva del pleno desarrollo de la persona. Pero este derecho ya no constituye una prerrogativa incondicionada y absoluta y, por tanto, no puede ejercérselo en detrimento del bien común. Es el derecho a vivir de todos, antes que el derecho a vivir muy bien de algunos. Se configura así el concepto de función social de la propiedad.

La Constitución de España de 1978, siguiendo estos lineamientos doctrinales, dispone en su art. 33 que

- 1) Se reconoce el derecho de propiedad privada y a la herencia.
- 2) La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

Siguiendo este mismo criterio, la Constitución Nacional, reformada en 1949, había innovado profundamente en esta cuestión al preceptuar en su art. 38:

La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo e intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva³⁶.

³⁶ En el derecho público provincial, la función social de la propiedad es reconocida, en la actualidad, por la mayoría de los textos constitucionales locales: Catamarca (art. 50), Córdoba

f) La Doctrina Social de la Iglesia y la propiedad

La Doctrina Social de la Iglesia ha reivindicado permanentemente el carácter de derecho natural que tiene la propiedad privada. Tanto en la encíclica *Rerum novarum*, de León XIII, como en la *Quadragesimo anno*, de Pío XI, queda de manifiesto el carácter natural de este derecho, fundado en la naturaleza humana y no en una concesión del Estado.

También la Iglesia ha insistido en el destino comunitario y universal de los bienes. El Concilio Vaticano II ha expresado: "Sean las que sean las formas de la propiedad, adaptadas a las instituciones legítimas de los pueblos, según las circunstancias diversas y variables, jamás debe perderse este destino universal de los bienes. Por lo cual, el hombre, al usarlos, no debe tener las cosas exteriores que legítimamente posee como exclusivamente suyas, sino también como comunes, en el sentido de que no le aprovechen a él solamente, sino también a los demás" (*Gaudium et spes*, nro. 69).

El papa Juan Pablo II, al presentar esta realidad en su discurso inaugural del 28 de enero de 1979 en la Conferencia de Puebla, recordó "la enseñanza de la Iglesia, según la cual sobre toda propiedad privada grava una hipoteca social".

La propiedad, para la doctrina católica, es un derecho natural del hombre, que consiste, básicamente, en un poder de gestión y administración que si bien no excluye el dominio, no lo hace absoluto ni ilimitado. Debe ser fuente de libertad para todos, no de dominación ni privilegios.

IV. LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La propiedad intelectual es aquella que recae sobre obras, inventos o descubrimientos, ya sea que provengan del ámbito intelectual, artístico, comercial o industrial.

El art. 17 de la Constitución prevé:

Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley.

Esta disposición constitucional evidencia una clara distinción entre el derecho de propiedad en general —que es perpetuo— y la propiedad intelectual, que es temporaria.

(art. 67), Chaco (art. 40), Chubut (art. 24), Formosa (art. 45), Jujuy (art. 36), La Pampa (art. 33), La Rioja (art. 60), Misiones (art. 51), Río Negro (art. 90), Salta (art. 75), San Juan (art. 111), San Luis (art. 35), Santa Fe (art. 15), Santiago del Estero (art. 16) y Tierra del Fuego (art. 14, inc. 13).

La conveniencia de tal diferenciación está en controversia. Algunos prestigiosos autores sostienen la necesidad de establecer el carácter perpetuo de la propiedad intelectual (Alberdi, Estrada, Padilla y González Calderón³⁷, entre otros).

González Calderón comenta en su *Curso de derecho constitucional*: "Es absurdo, completamente absurdo, que el Estado asegure la perpetuidad del derecho de propiedad al que adquirió una finca con el dinero ganado en una jugada de lotería o de ruleta, y limite ese derecho para las obras de la inteligencia y de las más nobles energías".

Los antecedentes constitucionales, sin embargo, aplicaban el mismo criterio de la Constitución vigente y limitaban en el tiempo el derecho de propiedad intelectual (Constitución de los Estados Unidos, art. I, sección 8, cláusula 8.7; Constitución de 1819, art. 44; Constitución de 1826, art. 57). También otros destacados autores comparten dicha posición (J. V. González, Bielsa y Bidart Campos³⁸, entre otros). Se sostiene, en apoyo de esta postura, que la propiedad intelectual no es sólo fruto de la actividad de su autor, inventor o descubridor, sino que éstos aprovechan el aporte anterior de la sociedad. También, que sería injusto que tales obras de la inteligencia fueran sustraídas de la consideración pública por la sola voluntad de su autor.

En nuestro país, la propiedad científica, literaria y artística se halla legislada por las leyes 11.723 y 22.195, que determinan la titularidad de ella para su autor durante toda su vida y para sus herederos, por cincuenta años más, a partir de la muerte de aquél.

La propiedad industrial y comercial se halla regulada por las leyes 111 y 22.362. Esta última establece el plazo de diez años para la vigencia de las marcas registradas, aunque admite su renovación indefinida bajo ciertas condiciones.

³⁷ ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, cap. XXXI, Sopena Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 222, quien así lo manifiesta, además, en el art. 18 de su Proyecto de Constitución. ESTRADA, José M., *Curso de derecho constitucional*, Compañía Sudamericana de Billetes de Banco, Buenos Aires, 1901, p. 203. El carácter perpetuo es aceptado para el caso de la propiedad artística; en cambio, para los casos de invenciones hace prevalecer el carácter temporáneo (p. 207). PADILLA, Miguel M., *Lecciones...*, cit., t. II, p. 160; GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso...*, cit., p. 426.

³⁸ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual...*, cit., p. 148; BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1954, p. 284; BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. I, p. 331.

V. LA EXPROPIACIÓN

a) Concepto

La expropiación implica el apoderamiento, por parte del Estado, de bienes determinados de una persona física o jurídica previa declaración de utilidad pública y el pago de una indemnización.

Es una de las más antiguas limitaciones reconocidas al ejercicio del derecho de propiedad frente a los intereses de la comunidad.

Su naturaleza jurídica ha sido controvertida. Algunos autores entienden que se trata de una compraventa forzosa. Otros se inclinan por reconocer en ella a una institución de derecho público.

Descartamos la primera hipótesis por considerar que el concepto de compraventa forzosa lleva ínsita una evidente contradicción: uno de los elementos fundamentales que caracterizan a toda convención o contrato es el acuerdo de voluntades, que en este caso no existe.

b) Requisitos constitucionales

La Constitución Nacional, en el art. 17, prevé la expropiación como una de las formas coactivas de privación de la propiedad (la otra es mediante "sentencia fundada en ley").

Expresa la norma constitucional:

La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada.

Son, pues, dos los requisitos constitucionales requeridos para que proceda la expropiación: a) causa de utilidad pública calificada por ley y b) indemnización previa.

c) La declaración de utilidad pública

La utilidad pública es un concepto amplio que se aplica a aquello que produce provecho o puede servir para la realización del bien común. La ley federal de expropiaciones 21.499, de 1977, la define en el art. 1° como aquella que "comprende todos los casos en que se procure la satisfacción del bien común, sea éste de naturaleza material o espiritual". Como se podrá advertir, la definición del legislador es tan amplia como la expresión constitucional que se pretende definir.

La Constitución requiere que la declaración de utilidad pública sea efectuada por ley. Entendemos que este último término hace clara referencia a la necesidad de una ley en sentido formal y material. Es

ella, además, una cuestión privativa de los poderes políticos que en principio no puede ser objeto de revisión judicial.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en una primera etapa, consideró que la calificación de utilidad pública efectuada por el Congreso, por su naturaleza política, era irrevisable judicialmente. Fue el criterio seguido en el caso "El procurador fiscal de la provincia de Santa Fe v. Don Estevan Señorans y don Pascual Rosas" de 1868³⁹.

A partir de 1888 el criterio jurisprudencial de la Corte registró una variante de importancia. La tesis de la no judicialidad continuó prevaleciendo como principio general, pero se comenzó a admitir excepciones cuando el Congreso "claramente exceda los límites de su atribución constitucional" (caso "La Municipalidad de la Capital v. Elortondo, Isabel A." de 1888⁴⁰). Se puede decir que el criterio establecido a partir de este fallo fue el de la revisión judicial de la declaración de utilidad pública, aunque ella sólo sería descalificada en caso de manifiesta arbitrariedad.

En la jurisprudencia posterior de la Corte se puso el acento, en algunos fallos, en la no judicialidad de la decisión del Congreso de la Nación⁴¹. En otros pronunciamientos, en cambio, se evidenció más la posibilidad de revisión si "median supuestos de gravedad o arbitrariedad extremas"⁴².

Cabe acotar que nuestro país, al ratificar en 1984 la Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, formuló una importante reserva sobre esta cuestión⁴³.

d) La indemnización

La indemnización es la prestación económica que el Estado debe satisfacerle al expropiado como compensación por la pérdida del bien objeto de la expropiación. La Constitución exige que esta indemniza-

³⁹ Fallos 6:67.

⁴⁰ Fallos 33:162.

⁴¹ Casos "Don Carlos Casado v. Don José Mario Bombal" de 1900, Fallos 85:327; "Don Jorge Gibbs v. Provincia de Mendoza" de 1901, Fallos 93:219, y "Corporación de Transportes de la Ciudad de Buenos Aires v. José B. Sánchez y otros" de 1948, Fallos 210:1153.

⁴² Casos "Gobierno de la Nación v. Ingenio y Refinería San Martín del Tabaca! SA" de 1947, Fallos 209:390, y "Fisco nacional v. Ferrario, Jorge J." de 1961, Fallos 251:246, entre otros.

⁴³ Dispone la citada reserva: "El gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un tribunal internacional cuestiones inherentes a la política económica del gobierno. Tampoco considera revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de utilidad pública e interés social, ni lo que éstos entiendan por indemnización justa".

ción debe ser "previa". Entendemos que tal previsión constitucional significa que el pago efectivo de la reparación económica deber ser efectuado antes de la desposesión del bien expropiado. Sin embargo, la Corte ha considerado que se satisface el carácter previo de la indemnización con el pago de ella antes de la transferencia de la propiedad.

Tanto la doctrina constitucional como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación estiman que además de ser "previa", la indemnización tiene que ser "justa"⁴⁴. Ello es una exigencia de los principios fundamentales sobre los cuales se asienta nuestro ordenamiento constitucional. Este requerimiento, además, se halla expresamente previsto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 21, inc. 2°).

En el caso "Provincia de Santa Fe v. Carlos Aurelio Nicchi" de 1967⁴⁵, la Corte Suprema sostuvo que la indemnización "es justa cuando restituye al propietario el mismo valor económico de que se lo priva y cubre, además, los daños y perjuicios que son consecuencia directa e inmediata de la expropiación".

"Sostiene la Corte que "aun en supuestos de leyes de emergencia, fundadas en el poder de policía del Estado, la propiedad está garantizada, en los supuestos expropiatorios, por los principios fundamentales que la tutelan (art. 17 de la Constitución Nacional) y que exigen, para que pueda privarse de ella, una justa indemnización"⁴⁶.

El art. 10 de la ley 21.499 establece los alcances de la indemnización. Así, configuran rubros indemnizables el valor objetivo del bien, los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación, la depreciación monetaria y los intereses. En cambio, no son indemnizadas las circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutar.

Según el art. 11 de la misma ley, "no se indemnizarán las mejoras realizadas en el bien con posterioridad al acto que lo declaró afectado a expropiación, salvo las mejoras necesarias".

e) Sujetos de la expropiación

En la relación expropiatoria cabe distinguir dos sujetos: el expropiante y el expropiado. El primero de ellos es siempre el Estado, que

⁴⁴ Casos "Fisco de la Provincia de Buenos Aires v. Bonabello, Ricardo" de 1971, Fallos 281:354, y "Calmejane de Pineau de Montpeiroux, Andrea" de 1977, Fallos 298:154.

⁴⁵ Fallos 268:112.

⁴⁶ Fallos 327:2264.

promueve la declaración de utilidad pública y procura la propiedad del bien para satisfacerla.

El expropiado puede ser, en cambio, una persona física o jurídica y, en este último caso, pública o privada. Si bien en la generalidad de los casos son expropiados bienes pertenecientes a particulares, la ley 21.499 (como se verá en el punto siguiente) prevé la expropiación de bienes del dominio público.

Aunque el Estado es, por naturaleza, el titular de la relación expropiatoria, el art. 2° de la ley 21.499 establece, además, que "los particulares, sean personas de existencia visible o jurídica, podrán actuar como expropiantes cuando estuvieren autorizados por la ley o por acto administrativo fundado en ley". En este caso, el Estado sigue siendo el expropiante, pero delega el ejercicio de su facultad en particulares, que obran por cuenta de él.

Esta expropiación es denominada "indirecta", para diferenciarla de aquella más frecuente, en que el Estado ejerce sin delegación su facultad expropiatoria, y que se denomina "directa".

f) Objetos expropiables

El art. 4° de la ley 21.499 dispone:

Pueden ser objeto de expropiación todos los bienes convenientes o necesarios para la satisfacción de la utilidad pública, cualquiera sea su naturaleza jurídica, pertenezcan al dominio público o al dominio privado.

La norma transcripta autoriza la expropiación de bienes que pertenezcan al dominio público provincial. Si bien este último término no figura en la cláusula comentada, entendemos que no sería posible la expropiación de un bien perteneciente al dominio público federal, puesto que el objetivo de la expropiación es, precisamente, el traspaso del bien al Estado.

Esta atribución no ha sido reglada por la Constitución y, de ejercerla abusivamente, creemos que lesionaría el federalismo. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido esta facultad del Congreso de la Nación en el caso "Compañía General de Ferrocarriles de la Provincia de Buenos Aires v. Doña Gregoria M. Bustos de Silva" de 1908⁴⁷, al rechazar un pedido de inconstitucionalidad del art. 1° de la ley 189, sobre la base de que dicha disposición legal no violaba el dominio eminente que sobre sus respectivos territorios corresponde a las provincias.

⁴⁷ Fallos 108:240.

No obstante la autorización amplia conferida por el art. 4° de la ley 21.499, consideramos que no todos los bienes son expropiables. En principio, cabe excluir de esta posibilidad a aquellos vinculados a derechos personalísimos y, en general, los derechos adquiridos, los diversos contenidos del proceso judicial, las jubilaciones y pensiones, el salario mínimo vital y móvil, etcétera.

Asimismo, cabe agregar que los bienes objeto de expropiación deben ser de titularidad del sujeto expropiado⁴⁸.

Respecto del dinero argentino, cabe descartarlo, porque la indemnización debe ser pagada, en principio, en dinero y no sería concebible propiciar un canje de esa especie por medio de la expropiación. Únicamente sería procedente —como acota Sagüés— si el expropiado prestara conformidad a recibir la indemnización en otra especie de valor, en virtud del art. 12 de la ley 21.499⁴⁹.

g) Procedimiento

La ley 21.499 prevé para la expropiación un procedimiento en el cual cabe diferenciar tres etapas.

La primera de ellas tiene lugar en el Congreso de la Nación, cuando éste declara la utilidad pública en cumplimiento del requisito previsto en el art. 17 de la Constitución. Al hacerlo, deberá especificar los bienes determinados que serán objeto de la expropiación o también podrá hacer una referencia genérica “a los bienes que sean necesarios para la construcción de una obra o la ejecución de un plan o proyecto” (art. 5°, ley 21.499). En todos los casos habrá que cumplir los demás requerimientos que fija dicha norma.

La segunda etapa es la de avenimiento, en la cual el expropiante puede adquirirle al expropiado el bien dentro de los valores máximos que determine el Tribunal de Tasaciones (art. 13, ley cit.). La misma norma específica que “tratándose de inmuebles, el valor máximo estimado será incrementado automáticamente, y por todo concepto, en un diez por ciento”.

La tercera etapa la constituye el proceso judicial, por medio del juicio de expropiación. Si no hay acuerdo entre las partes acerca del precio del bien, le incumbe al expropiante iniciar la acción judicial de expropiación (art. 18, ley 21.499), cuyo objetivo será determinar el valor del bien. Iniciado el proceso judicial, el expropiante podrá depositar el importe fijado por el Tribunal de Tasaciones, en cuyo caso el juez deberá otorgarle la posesión del bien (art. 22, ley cit.).

⁴⁸ Fallos 330:2639.

⁴⁹ SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos...*, cit., t. II, p. 244.

El juez, previo dictamen de peritos, determinar en la sentencia el monto de la indemnización, “teniendo en cuenta el valor del bien al tiempo de la desposesión” (art. 20, ley 21.499). Producido el pago de ella se transferirá la propiedad al expropiante.

h) La expropiación irregular

Se denomina expropiación irregular o inversa al proceso judicial, promovido por el expropiado, que tiene por finalidad obligar al expropiante a consumir la expropiación cuya declaración de utilidad pública se ha dispuesto.

Son requisitos indispensables para que ella proceda: a) que haya mediado declaración de utilidad pública; b) que el expropiante no pague la indemnización ni promueva el respectivo juicio de expropiación, y c) que se den los supuestos previstos en la ley, que enuncian, en general, una actitud activa por parte del expropiante que restringe o dificulta la explotación del bien declarado de utilidad pública.

El art. 51 de la ley 21.499 prevé tres supuestos:

a) Cuando existiendo una ley que declara de utilidad pública un bien, el Estado lo toma sin haber cumplido con el pago de la respectiva indemnización; b) cuando, con motivo de la ley de declaración de utilidad pública, de hecho, una cosa mueble o inmueble resulta indisponible por evidente dificultad o impedimento para disponer de ella en condiciones normales; c) cuando el Estado imponga al derecho del titular de un bien o cosa una indebida restricción o limitación, que importen una lesión a su derecho de propiedad.

La Corte Suprema ha expresado que a los efectos de la procedencia de la expropiación inversa, los actos de turbación del derecho al dominio “no comprenden solamente los casos de pérdida de la posesión *stricto sensu*, sino que abarcan restricciones, limitaciones o menoscabos esenciales al derecho de propiedad del titular” (caso “Compañía Azucarera Tucumana SA v. Estado nacional” de 1989⁵⁰).

i) El abandono de la expropiación

El abandono de la expropiación es una institución jurídica que procura otorgar certeza al proceso de expropiación cuando la utilidad pública ha sido declarada pero el expropiante mantiene una actitud indiferente ante ella, no realizando acción alguna tendiente al cumplimiento de la expropiación.

⁵⁰ Fallos 312:1725.

Media, respecto de la expropiación inversa o irregular, una diferencia esencial. En ésta hay, en principio, una conducta activa del expropiante; en cambio, en el abandono se asume un comportamiento pasivo.

El art. 33 de la ley 21.499 establece:

Se tendrá por abandonada la expropiación –salvo disposición expresa de ley especial– si el expropiante no promueve el juicio dentro de los dos años de vigencia de la ley que la autorice, cuando se trate de llevarla a cabo sobre bienes individualmente determinados; de cinco años, cuando se trate de bienes comprendidos dentro de una zona determinada; y de diez años, cuando se trate de bienes comprendidos en una enumeración genérica.

El abandono de la expropiación se configura por el mero transcurso del tiempo y no requiere ninguna acción administrativa ni judicial. Sin embargo, nada impide –pensamos– que el expropiado recurra a esta última vía para obtener certeza acerca de la situación jurídica de un bien de su propiedad, solicitando, si correspondiere, la remoción de las constancias registrales indicativas de la declaración de utilidad pública.

Producido efectivamente el abandono de la expropiación, la declaración de utilidad pública carece de toda virtualidad. Si el expropiante persistiera en el logro de la finalidad que impulsó a aquélla, deberá sancionar otra ley, comenzando así un nuevo proceso expropiatorio.

En el caso “Cerde, Gabriel C. y otros v. Estado nacional” de 1982⁵¹, la Corte sostuvo: “Una razonable interpretación puede llevar, asimismo, a sostener que la configuración del abandono exige, no sólo que no haya promovido el expropiante el respectivo juicio durante el lapso indicado, sino también que no haya mediado un comportamiento o conducta de aquél tendiente a concretar indebidamente los efectos de la expropiación, habida cuenta [de] que tal conducta desvirtuaría la presunción de abandono”.

El mismo art. 33 de la ley 21.499 excluye la aplicación de este instituto cuando “las leyes orgánicas de las municipalidades autoricen a éstas a expropiar la porción de los inmuebles afectados a rectificaciones o ensanches de calles y ochavas, en virtud de las ordenanzas respectivas”.

Esta disposición de la ley 21.499, a nuestro entender, podría ser considerada inconstitucional, en cuanto invade facultades reservadas a las provincias y a los municipios.

⁵¹ Fallos 304:1484.

j) La retrocesión

La acción de retrocesión es un proceso judicial que tiende a revertir una expropiación plenamente consumada. Se trata de obtener, en definitiva, la devolución del bien expropiado.

Fue introducida en nuestro país por la ley 189. En cambio, la ignoró la ley de expropiaciones 13.264.

La ley 21.499 la regula para el caso de dos supuestos específicos: a) cuando al bien expropiado se le dé un destino distinto del previsto por la ley que declaró la utilidad pública y b) cuando no se otorgue destino alguno al bien en un lapso de dos años a partir del momento en que la expropiación quedó perfeccionada (art. 35, ley cit.).

Además del soporte legal que le brinda la ley 21.499, la retrocesión halla fundamento en elementales razones de justicia. De no aceptársela, la expropiación se podría convertir en una institución arbitraria, porque fácilmente podrían ser burladas las disposiciones constitucionales.

El cambio de destino del bien deber ser claro. El art. 36 de la ley 21.499 estatuye a ese respecto:

Se entenderá que no hubo cambio de destino cuando el acordado al bien mantenga conexidad, interdependencia o correlación con el específicamente previsto por la ley. Tampoco se considerará que medió cambio de destino si a una parte del bien expropiado se le asignare uno complementario o que tiende a integrar y facilitar el previsto por la ley.

La misma finalidad que persigue la acción judicial de retrocesión puede logrársela mediante la vía administrativa e incluso, merced a un acuerdo entre expropiante y expropiado (art. 38). En la realidad, empero, casi siempre será necesario recurrir a la acción de retrocesión.

A más de los requisitos indicados para la procedencia de la acción de retrocesión, debe mediar el reintegro del monto de la indemnización con la actualización que corresponda, que el expropiado deberá satisfacer, conforme lo exige el art. 42 de la ley 21.499, “dentro del plazo que fije la sentencia”.

Si el expropiante hubiera cedido el bien a un tercero, la acción de retrocesión procederá contra ambos (art. 46, ley cit.).

La acción de retrocesión debe ser radicada ante el mismo juez que entendió en el juicio de expropiación (art. 44, ley 21.499) o ante el juez que tendría que haber entendido si el juicio de expropiación hubiera sido realizado, de no haber mediado avenimiento (art. 43, ley cit.).

La acción de retrocesión prescribe a los tres años a partir del momento en que la expropiación quedó perfeccionada (art. 50).

VI. LA CONFISCACIÓN

La confiscación implica el apoderamiento, por parte del Estado, de todos los bienes de una persona sin mediar declaración de utilidad pública ni indemnización de ninguna especie.

Antiguamente, la confiscación constituía una pena accesoria para los delitos más graves. Es por ello que el constituyente de 1853 declaró en el art. 17:

La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino.

La expresión “para siempre” parece implicar un mandato de intangibilidad que obligaría, incluso, a constituyentes futuros.

La confiscación, como pena patrimonial accesoria, ha desaparecido del Código Penal como consecuencia de la lógica evolución que se ha venido registrando en la defensa de elementales principios y garantías que acompañan al reconocimiento de la libertad y la dignidad de la persona.

Persiste, sin embargo, el peligro de que ella pueda ser utilizada por medio de nuevas formas jurídicas, tal vez más sutiles, pero igualmente agravantes de dicha dignidad. Por eso justificamos que la referida cláusula constitucional haya sido interpretada en sentido amplio como tutela de toda otra forma de despojo patrimonial y arbitrario. Así, por ejemplo, se ha consolidado, en materia tributaria, el principio de no confiscatoriedad (ver cap. IX).

La confiscación debe también ser diferenciada de otras instituciones jurídicas con las cuales guarda alguna analogía. Tal es el caso del decomiso y la requisición.

El decomiso importa la pérdida de bienes determinados en carácter de pena por haber infringido la ley. Así, por ejemplo, las normas procesales prevén el decomiso de los instrumentos utilizados para delinquir. Las normas de policía sanitaria también autorizan el decomiso de la mercadería que no se halla en condiciones aptas para el consumo.

La confiscación de bienes como sanción está excluida del sistema de la Constitución y esa prohibición también alcanza a la competencia tributaria del Estado.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Candy SA”, ha sostenido que “el poder estatal de crear impuestos no es omnímodo e ilimitado, pues tiene un natural valladar en los preceptos constitucionales que requieren que las contribuciones sean razonables en cuanto no han de menoscabar con exceso el derecho de propiedad del contribuyente que debe soportarlas”.

En el mismo fallo se expresó que, “para que la confiscatoriedad exista, debe producirse una absorción por parte del Estado de una porción sustancial de la renta o el capital en razón de las cambiantes circunstancias del país –e incluso bajo las mismas circunstancias– la diversa relación de determinadas especies de impuestos con el bienestar general, derivada de la clase de riqueza o actividad gravada, entre otros factores, puede justificar que la determinación del límite varíe en más o en menos, límite que no es absoluto sino relativo, variable en el tiempo y susceptible de diferenciaciones en un mismo tiempo”⁵².

En materia previsional, nuestra Corte ha señalado que el art. 14 bis de la Constitución Nacional consagra el derecho a obtener los beneficios de la seguridad social con carácter integral e irrenunciable y garantiza la movilidad de las jubilaciones y pensiones dejando abierta a una razonable reglamentación la forma de hacerla efectiva, motivo por el cual el Tribunal ha rechazado enfáticamente las disposiciones que establecían un congelamiento absoluto de las prestaciones por un término incierto⁵³.

Con el mismo criterio ha considerado inconstitucionales aquellas normas que pudieran alterar, modificar o herir de modo sustancial su contenido económico, aunque ha admitido paralelamente la validez de las leyes que introducían para el futuro quitas en los haberes por razones de interés general, siempre que dichas normas no fueran confiscatorias o arbitrariamente desproporcionadas⁵⁴.

La Corte ha sostenido históricamente que los beneficios jubilatorios, una vez acordados legítimamente, tienen el carácter de derecho adquirido. Después de dictado y firme el acto administrativo que otor-

⁵² Fallos 332:1571, caso “Candy SA v. AFIP s/acción de amparo” del 3/7/2009. En esta causa, la empresa actora había cuestionado el impuesto a las ganancias del ejercicio 2002 por la falta de aplicación del mecanismo del ajuste por inflación, considerando que el resultado impositivo al que arribaba sin aquél resultaba lesivo para su patrimonio al devenir confiscatorio. El Máximo Tribunal de la República entendió que si bien el mero cotejo entre la liquidación de la ganancia neta sujeta al tributo efectuada sin el ajuste por inflación y el importe que resulta de aplicar a tal fin el referido mecanismo no es apto para acreditar una afectación al derecho de propiedad, ello no debe entenderse como excluyente de la posibilidad de que se configure un supuesto de confiscatoriedad si entre una y otra suma se presenta una desproporción de magnitud tal que permita extraer razonablemente la conclusión de que la ganancia neta determinada, según las normas vigentes, no es adecuadamente representativa de la renta, enriquecimiento o beneficio que la ley del impuesto a las ganancias pretende gravar. Asimismo, concluyó que “la prohibición de utilizar el mecanismo de ajuste del título VI de la ley del impuesto a las ganancias resulta inaplicable al caso de autos en la medida en que la alícuota efectiva a ingresar de acuerdo con esos parámetros insume una sustancial porción de las rentas obtenidas por el actor –según cabe tener por acreditado con la pericia contable– y excede cualquier límite razonable de imposición, configurándose así un supuesto de confiscatoriedad” (considerando 15).

⁵³ Fallos 293:551, 295:674 y 297:146.

⁵⁴ Fallos 266:279; 306:1694; 308:885, 915, 1788 y 1848; 310:991 y 1955 y 2274; 311:515 y 1474; 312:1061 y 1987; 313:636.

ga la jubilación los ampara la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional⁵⁵.

A partir de tal doctrina judicial el mismo tribunal sostuvo que los elementos constitutivos del estatus jubilatorio, resultante de la situación del agente al momento del cese, deben ser mantenidos para evitar que se opere en los hechos una retrogradación por obra de modificaciones reglamentarias que alteren las condiciones existentes al conceder el beneficio⁵⁶. Agregó que deben ser descalificados aquellos criterios de movilidad que importen un desequilibrio en la razonable proporcionalidad que debe existir entre la situación de jubilado y la que resultaría de seguir el beneficiario en actividad, en grado tal que pudiera ser confiscatorio, violando la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional⁵⁷.

En numerosos pronunciamientos la Corte consideró en la materia diversos porcentajes a partir de los cuales las diferencias habidas entre el haber efectivamente percibido y aquel que correspondía recibir fueron declaradas confiscatorias e irrazonables⁵⁸.

En el reconocido fallo "Sánchez" sostuvo que "las jubilaciones y pensiones acordadas constituyen verdaderos derechos que se incorporan al patrimonio y no pueden ser desconocidos, suprimidos ni alterados -salvo por causas sobrevinientes previstas previamente en la ley-, sino sólo reducido o rebajado su monto para el futuro, cuando median para ello razones de orden público o de beneficio general y en tanto la reducción no resulte confiscatoria o arbitrariamente desproporcionada"⁵⁹.

Asimismo, señaló que deben ser descalificados aquellos criterios de movilidad que importen un desequilibrio en la razonable proporcionalidad que debe existir entre la situación de jubilado y la que resultaría de seguir el beneficiario en actividad, en grado tal que pudiera ser confiscatorio, violando la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional⁶⁰.

⁵⁵ Fallos 261:47 y 284:65.

⁵⁶ Fallos 311:530.

⁵⁷ Fallos 295:674.

⁵⁸ Fallos 303:1155; 305:1213; 310:991; 311:530.

⁵⁹ Fallos 328:1602, caso "Sánchez, María del Carmen v. ANSeS s/ reajustes varios" del 17/5/2005. La actora reclamó el reajuste de su prestación previsional. Tanto el juez de primera instancia como la Cámara, al confirmar el fallo apelado, aplicaron la doctrina fijada en el precedente "Chocobar", frente a este pronunciamiento presentó recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema, argumentando que la Ley de Convertibilidad 23.928 resulta confiscatoria al no aplicarse la pauta de movilidad de la ley 18.037 (régimen general para los trabajadores dependientes). La Corte, por mayoría, se apartó de la doctrina sentada en el precedente citado, revocó la sentencia e hizo lugar al reclamo.

⁶⁰ Fallos 328:1602, voto del juez Juan Carlos Maqueda.

Más recientemente, el Máximo Tribunal federal, en la causa "Pellegrini, Américo v. ANSeS s/reajustes varios"⁶¹, descalificó el sistema de quitas impuesto por el fuero de la seguridad social en materia de reajustes previsionales al considerar que las diferencias retroactivas de haberes adeudados como consecuencia de una correcta aplicación del régimen legal (art. 53, ley 18.037) debían ser pagadas en su integridad.

Al respecto sostuvo que "toda quita, ya sea del 10%, del 15% u otro por ciento, reduce indebidamente su prestación, tergiversa la solución normativa y desnaturaliza el principio de solidaridad".

VII. LA REQUISICIÓN POR CUERPOS ARMADOS

El art. 17 de la Constitución, en su última parte, dispone:

Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

La requisición se refiere a la apropiación compulsiva de bienes o servicios. El auxilio implica la exigencia de cooperación con la autoridad.

Se discute si esta cláusula admite o no excepciones. Para quienes participan del primer criterio, decaería la aplicación de esta disposición constitucional en caso de guerra o de grave amenaza.

La ley de defensa nacional 23.554 admite las requisiciones de servicios y de bienes en caso de guerra o ante su inminencia.

El art. 34 de la mencionada ley prevé la requisición de servicios o de bienes, convocatorias y sus excepciones, especificando que los habitantes de la Nación y las personas de existencia ideal con asiento en el país tienen la obligación, limitada a las necesidades de la defensa nacional, de proporcionar la información, facilitar los bienes y prestar los servicios que les sean requeridos por autoridad competente. Dicha obligación, según el art. 35 de la ley 23.554, será "carga pública irrenunciable", y si tal aporte implicara gastos o prestación de servicios, se determinará por vía administrativa la indemnización o remuneración correspondiente y en ningún caso se podrá reconocer el lucro cesante.

También se prevé sanciones en caso de incumplimiento de la ley (arts. 36 y 37, ley cit.).

⁶¹ Fallos 329:5525 del 28/11/2006.

CAPÍTULO XI
LOS DERECHOS PERSONALES

I. EL DERECHO A LA VIDA

a) Consideraciones generales

El derecho a la vida protege todo el ciclo vital del hombre sobre la Tierra, el cual se inicia con la concepción y termina con la muerte.

La Constitución Nacional no hace referencia expresa al derecho a la vida. No obstante ello, no cabe duda alguna en cuanto a su acogida constitucional como derecho implícito, en virtud del art. 33 de nuestra Ley Fundamental. Tiene expresado la Corte Suprema de Justicia que “el derecho a la vida más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Ley Fundamental, es una prerrogativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él” (caso “Reynoso, Nilda Noemí” de 2006¹).

Hay, por lo demás, una valoración superlativa y explícita del constituyente con respecto a la vida en el art. 29 al disponer:

El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna.

La omisión del constituyente de consignar entre los derechos enumerados el derecho a la vida no es justificable y tiene fundamento en el sustrato ideológico de nuestra Constitución, que privilegia más intensamente otros derechos, como el de propiedad, al cual se le asigna el carácter de inviolable (art. 17).

¹ Fallos 329:1638 (remisión al dictamen de la Procuración General). En el mismo sentido puede verse el precedente anterior derivado del caso “Asociación Benghalensis v. Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo” de 2000 (Fallos 323:1339).

Esta omisión no puede ser justificada con el argumento de la longevidad de nuestra Ley Fundamental. Antes de ella había documentos constitucionales que ya lo consignaban en forma expresa, como el decreto de Seguridad Individual, sancionado por el Triunvirato el 23 de noviembre de 1811, que en su preámbulo disponía:

Todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida.

También lo habían contemplado la Constitución de 1819 (art. 109) y la de 1826 (art. 159).

Al no mencionar explícitamente la Constitución el derecho a la vida, tampoco resuelve en forma expresa la cuestión relativa al momento en que comienza a ser protegido, lo cual genera una grave laguna.

Según nuestro punto de vista, este derecho debe ser reconocido a partir del momento de la concepción, pues entendemos que ello es una consecuencia de los principios y valores que conforman la filosofía política de nuestra Constitución. No se puede poner en duda que el respeto de la dignidad humana representa una de las finalidades superiores de ella.

Lo cierto es, empero, que nuestra Ley Suprema no lo dice expresamente. Ese hueco constitucional no puede ser suplido con la categórica referencia del art. 63 del Código Civil, vigente desde 1871, según el cual "son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno". Se trata de una ley ordinaria, que puede ser derogada o suplantada por otra ley.

La reforma constitucional de 1994 agregó al texto de nuestra Ley Fundamental el nuevo inc. 23 del art. 75, en cuyo párrafo final se dispone que es atribución del Congreso "dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".

Esta cláusula constitucional ha sido entendida, en sus primeras interpretaciones, de muy diferentes maneras. Para algunos, esa disposición implica una definición concluyente en cuanto a que el momento de inicio de la vida es la propia concepción; para otros, se trata de una mención general que poco aporta a la dilucidación del tema.

Por nuestra parte, pensamos que la norma constitucional es ambigua² y que una definición tan relevante como la referida al inicio de

² En el mismo sentido señala Gelli: "La redacción de la segunda disposición contenida en el art. 75, inc. 23, no es la más adecuada técnicamente pues parece referida al niño emba-

la vida humana no puede ser incorporada a la Constitución en forma tangencial y difusa. De todas maneras y pese a sus imperfecciones, ella guarda armonía con los principios fundamentales de aquélla³.

El Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 4.1, proporciona, en cambio, mayor precisión al afirmar:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Esta norma, en su largo proceso de elaboración, fue objeto de críticas, tanto por quienes preferían que se omitiese toda referencia al momento de inicio de la vida, como por quienes sostenían que la definición de aquélla debía ser más categórica y no estar precedida de la frase "en general".

Hubiésemos preferido una posición más rotunda del Pacto, pero ello no desmerece este aporte sustancial a nuestro derecho constitucional. Entendemos que el art. 4.1 de la Convención marca un criterio inequívoco en el sentido de propender a que los Estados americanos defiendan la vida desde la concepción⁴.

La ley 23.849, que aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño —la cual tiene jerarquía constitucional en virtud del art. 75, inc. 22 de la Constitución—, estableció, con relación al art. 1° de ese documento, que "la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido [de] que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad". Consideramos que esta disposición representa una de las manifestaciones normativas más claras y concluyentes, que indican con precisión el alcance del derecho a la vida en nuestro sistema constitucional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que el derecho a la vida es el "primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, que obviamente resulta reco-

razado, ni este término condice con los empleados por el art. 70 del Código Civil acerca del momento en que comienza la vida humana, ni con los usados en el art. 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto reconoce la protección legal a la vida, en general, a partir del momento de la concepción" (GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 523).

³ En sentido diferente se pronuncia BARRA, Rodolfo C., *La protección constitucional del derecho a la vida*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 77, quien considera que "la reforma de 1994 [...] decidió incorporar de manera expresa y en el mismo texto constitucional, el reconocimiento de la intangibilidad de la vida desde la concepción".

⁴ Así, también, lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al afirmar que "los tratados que tienen jerarquía constitucional contienen cláusulas específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción" (caso "Portal de Belén —Asociación sin fines de lucro— v. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo" del 5/3/2002, Fallos 325:292).

nocido y garantizado por la Constitución nacional y las leyes” (caso “Saguir y Dib, Claudia Graciela” de 1980⁵).

En el caso “Cisilotto, María del Carmen Baricalla de v. Estado nacional”, resuelto en 1987⁶, la Corte volvió a recordar que “el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana, que resulta reconocido y garantizado por la Constitución nacional”.

Más recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ratificado este mismo criterio en los casos “Campodónico de Bevilacqua, Ana Karina”⁷ de 2000; “Monteserin, Marcelino”⁸ de 2001; “Portal de Belén”⁹ de 2002; “Barria, Mercedes Clelia”¹⁰ de 2006 y “Floreancig, Andrea Cristina”¹¹ de 2006.

Hemos señalado, en esta misma obra, que nuestra Ley Fundamental no admite derechos absolutos. El art. 14 establece el principio rector según el cual los derechos reconocidos están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio.

El derecho a la vida, por su especial jerarquía, plantea el interrogante acerca de la posibilidad de su reglamentación.

Padilla sostiene que el ejercicio del derecho a la vida, por su propia naturaleza, no admite limitaciones, no es pasible de reglamentación alguna: o tiene vigencia total o no existe¹². Discrepamos de tan autorizada opinión. El derecho a la vida no escapa al principio de la relatividad de los derechos. Lo que sí se debe tener en cuenta es que a mayor jerarquía de ellos, menor será el margen reservado a la limitación reglamentaria razonable.

b) El aborto

La palabra “aborto” deriva del latín y significa “nacido antes de tiempo”. Con este término se hace alusión a un ser que no logra nacer vivo porque, por alguna causa, al interrumpirse su desarrollo, muere en el útero de su madre.

El aborto puede ser espontáneo o provocado. En el primer caso se produce a pesar de que no media la intención de hacerlo (caídas,

⁵ Fallos 302:1284.

⁶ Fallos 310:112.

⁷ Fallos 323:3229.

⁸ Fallos 324:3569.

⁹ Fallos 325:292.

¹⁰ Fallos 329:4447.

¹¹ Fallos 329:2552.

¹² Conf. PADILLA, Miguel M., *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 12.

golpes, intoxicaciones, enfermedades, etc.). En el aborto provocado, en cambio, alguien toma con plena conciencia la decisión de interrumpir la vida intrauterina y procede a matar al feto en desarrollo.

La Constitución no hace referencia alguna al tema, aun cuando ya adelantamos nuestra opinión acerca del momento de inicio de la vida humana, lo cual traería aparejada la implícita condena del aborto.

El Código Penal, vigente desde 1922, de modo coherente con la definición de “persona” que formula el Código Civil, reprime el aborto por considerarlo un delito contra la vida (arts. 85 a 88). Sin embargo, incluye dos excepciones en cuanto declara no punibles el llamado “aborto terapéutico” y el que proviene de un embarazo que ha sido consecuencia de una violación o un atentado al pudor contra una mujer idiota o demente (art. 86). Estos casos plantean dudas acerca de su compatibilidad con la Constitución Nacional; por tanto, es de lamentar que ella no contenga una definición clara y categórica acerca del derecho a la vida.

El Pacto de San José de Costa Rica postula un criterio contrario al aborto, si bien no lo prohíbe expresamente. A más del reconocimiento, como principio general, de que el derecho a la vida comienza en el momento de la concepción (art. 4.1), también establece que la pena de muerte no se podrá imponer “a las mujeres en estado de gravidez” (art. 4.5). Es evidente el propósito del Pacto en este aspecto, en cuanto a evitar que la pena de muerte se extienda a la persona por nacer.

El Catecismo de la Iglesia Católica expresa con notable claridad: “La vida humana debe ser respetada y protegida de manera absoluta desde el momento de la concepción. Desde el primer momento de su existencia, el ser humano debe ver reconocidos sus derechos de persona, entre los cuales está el derecho inviolable de todo ser inocente a la vida” (nro. 2270).

En la encíclica *Evangelium vitae* del 25 de marzo de 1995, el papa Juan Pablo II afirmó, en el mismo sentido, que “el aborto directo, es decir, querido como fin o como medio, es siempre un desorden moral grave, en cuanto eliminación de un ser humano inocente” (nro. 62).

En los Estados Unidos, la Corte Suprema resolvió, en enero de 1973, el caso “Roe v. Wade”, en el cual declaró ilegal una ley del estado de Texas que con la excepción del supuesto en que el aborto era necesario para salvar la vida de la madre, lo consideraba un delito. La Corte norteamericana fundamentó su decisión en el reconocimiento de un derecho a la intimidad protegido por la Constitución y que incluye la decisión de interrumpir el embarazo. Entre los fundamentos expuestos en el citado fallo judicial se expresó que el interés del Estado en la protección de la vida potencial no llega a ser lo bastante compulsivo

como para justificar una prohibición del aborto antes del momento en que “el feto se vuelva viable”.

Sin embargo, en la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de los Estados Unidos se advierte –como dice Bianchi– una tendencia a atenuar los efectos de esta solución. No se puede decir que haya sido derogada la doctrina del caso “Roe v. Wade”, pero se le ha ido imponiendo progresivamente algunos límites¹³.

El aborto, en suma, genera respetables sentimientos humanos y religiosos ante los cuales debe prevalecer una solución inspirada en la necesidad de salvaguardar los principios y valores esenciales de la persona. La dignidad del hombre implica, necesariamente, el reconocimiento pleno de la garantía de la vida.

Un interesante caso jurisprudencial se presentó cuando una mujer, en avanzado estado de gravidez, solicitó a la justicia que se autorizara a las autoridades del Hospital Materno Infantil “Ramón Sardá” de la ciudad de Buenos Aires a efectuar las prácticas médicas necesarias para anticipar el parto o interrumpir el embarazo en atención a que el feto no poseía calota craneana ni desarrollo de la masa encefálica, careciendo de posibilidades de vida extrauterina o, en su caso, de que ésta se pueda extender por más de doce horas; enfermedad conocida con la denominación de “anencefalia”. Sostenía la actora que la prosecución del embarazo en estas condiciones implicaba un verdadero e inútil tormento, afectando su salud mental.

La petición de amparo había sido rechazada en la justicia de primera instancia y aceptada en segunda instancia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación finalmente autorizó la inducción del nacimiento una vez llegado el momento del embarazo que asegurara la posibilidad vital de un alumbramiento del niño con plenas posibilidades de vivir; imponiendo a los médicos que intervenirían en la operación el cumplimiento estricto de todas las reglas del arte de la medicina con el mayor respeto hacia la vida embrionaria.

Corresponde destacar que el Máximo Tribunal de la República sostuvo en el fallo que “no se trata de un caso de aborto, ni de aborto eugenésico, ni de una suerte de eutanasia, ni de un ser que no es –para excluir la protección de la vida– persona, ni de la libertad de procreación para fundar la interrupción de su vida”¹⁴.

Más recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación trató el caso de una joven embarazada de 15 años que había sido víc-

¹³ BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 1992, p. 488.

¹⁴ Fallos 324:5, “T. S. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo” del 11/1/2001. La Corte hizo una distinción entre inducir el parto por diagnóstico de anencefalia y la figura del aborto. Votaron en disidencia los jueces Julio S. Nazareno, Enrique S. Petracchi y Antonio Boggiano.

tima de una violación y que al alegar graves trastornos psicológicos derivados de ese hecho, había abortado, previa autorización que para ello le había otorgado el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut¹⁵. Pese a que la cuestión era abstracta, la Corte entendió necesario formular una nueva interpretación del art. 86, inc. 2° del Código Penal y al hacerlo consideró que “no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación con independencia de la capacidad mental de su víctima”. El fallo, finalmente, resuelve “exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, de los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual”.

También exhorta “al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente”:

Entendemos que esta intervención de la Corte va más allá de sus atribuciones. En nuestro sistema constitucional la aplicación e interpretación de las leyes comunes –el Código Penal lo es– está reservada a las provincias (art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional). Si bien el Máximo Tribunal federal sólo exhorta, ello lesiona las autonomías provinciales.

Tampoco parece posible que en adelante en situaciones similares no se recurra a la justicia. Le corresponde al Poder Judicial de cada provincia hacer aplicación de la norma penal. Mientras no exista una certeza jurídica en la interpretación que deba hacerse de la ley, la recurrencia a los estrados judiciales se seguirá repitiendo.

c) La eutanasia

El término “eutanasia” proviene de las voces griegas *eu* (bien) y *thanatos* (muerte), significando, primariamente, buena muerte, muerte apacible, sin sufrimientos.

En la actualidad se emplea esta denominación para referirse al acto voluntario de facilitar la muerte sin dolor por cuestiones de supuesta piedad, ya sea para evitar duros sufrimientos o un futuro doloroso a una vida humana con graves discapacidades. Es, en definitiva, toda acción u omisión que por su naturaleza y en la intención causa la muerte con el fin de eliminar cualquier dolor.

¹⁵ Fallos 335:197, caso “F. A. L. s/medida autosatisfactiva” del 13/3/2012.

Durante el nazismo tuvo pleno desarrollo la tesis de quienes sostenían que había seres humanos sin valor vital y que por tanto debían ser suprimidos, ya que al no poder curarse implicaban una grave carga económica para la sociedad. A su amparo, en 1933 se dictó en Alemania la "Ley para la prevención de las enfermedades hereditarias", por la cual se dispuso la esterilización obligatoria de personas con antecedentes de discapacidades físicas o psíquicas. En 1939, esta ley había causado la esterilización de trescientos setenta y cinco mil seres humanos.

El nazismo también propició el sacrificio de personas con discapacidades físicas y psíquicas no recuperables, el cual abarcó el aniquilamiento de doscientos cincuenta mil individuos—incluso también alemanes— en siete años.

La eutanasia guarda extremo paralelismo con el aborto: ambos constituyen formas de desprecio por la vida humana. Por ello, no sorprende que quienes promueven el aborto, en general, también alienten la eutanasia. La legislación que autoriza la eutanasia casi siempre está precedida por la legislación permisiva del aborto. Cuando no se reconoce el valor de la persona, en primer lugar se elimina la vida naciente y en un segundo momento se termina eliminando al anciano y al enfermo, a quienes se desprecia.

A menudo, sus partidarios hacen referencia a un llamado "derecho a la muerte" que en verdad no es tal. La muerte es el último episodio de la vida terrena, por lo cual, en realidad, corresponde reclamar que se respete nuestra dignidad hasta que ella sobrevenga, así como el derecho a que no nos impidan aceptar con dignidad y responsabilidad la llegada de la muerte inminente y a vivir de tal manera que podamos prepararnos para asumirla.

La Iglesia Católica condena la eutanasia activa directa, es decir, la posibilidad de que se dé muerte a una persona por piedad. También subraya el valor cristiano del dolor y la posibilidad de que el creyente pueda asumirlo voluntariamente.

Es lícito, según esta doctrina, el uso de calmantes aun cuando su efecto secundario sea el de abreviar indirectamente la vida. También condena el encarnizamiento terapéutico que constituye un tecnicismo abusivo que agravia la dignidad humana.

En la Declaración sobre la Eutanasia, dada el 5 de mayo de 1980 por la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, se hace la distinción entre los medios terapéuticos proporcionados y los desproporcionados: los primeros deben ser utilizados; los segundos quedan a criterio del propio enfermo o de sus familiares, si éste no pudiere expresarlo.

En la encíclica *Evangelium vitae* de 1995, el papa Juan Pablo II sostuvo, con referencia a la eutanasia, que "estamos aquí ante uno de los síntomas más alarmantes de la cultura de la muerte; que avanza sobre todo en las sociedades del bienestar, caracterizadas por una mentalidad eficientista que presenta el creciente número de personas ancianas y debilitadas como algo demasiado gravoso e insoportable" (nro. 64).

En el año 2012 se sancionó la ley 26.742 que fue difundida con el equívoco epígrafe de "ley de muerte digna". La norma establece un conjunto de derechos en su relación con los profesionales e instituciones de salud¹⁶.

d) La pena de muerte

La posibilidad de imponer la pena de muerte a quienes cometan los delitos más graves es un tema arduamente discutido. Sus partidarios consideran que ella tiene un efecto ejemplificador para la sociedad e importa, en tales casos, la realización de la justicia.

En contra de tal postura se sostiene que el carácter intimidatorio es prácticamente nulo, pues sólo se afecta la sensibilidad moral del hombre honesto y normal, pero no la del que delinque. Señala Camus, en este sentido, que el miedo a la muerte está por debajo de la pasión, la venganza y el dolor¹⁷.

La irreparabilidad de la pena de muerte es otro argumento decisivo para sostener su iniquidad. Su aplicación ignora tanto la posible falibilidad del juez como el carácter recuperable del hombre, privando a éste de la posibilidad de la conversión.

La Constitución, en el art. 18, se limita a señalar que queda abolida "para siempre la pena de muerte por causas políticas", con lo cual deja abierta la posibilidad de que el legislador la establezca por otros motivos que no sean políticos (ver, sobre el particular, el cap. XIII).

Siguiendo este criterio, la pena de muerte ha formado parte del Código de Justicia Militar y en ocasiones, también, del Código Penal. En 1970 había sido establecida por la ley 18.701 durante la presidencia *de facto* del teniente general Juan Carlos Onganía.

¹⁶ En su art. 1º establece que "[...] el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias y desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable".

¹⁷ Conf. CAMUS, Albert, *La pena de muerte*, Emecé, Buenos Aires, 1960, p. 117.

El 17 de marzo de 1971, durante la gestión del también presidente *de facto*, general de brigada Roberto Marcelo Levingston, la pena máxima quedó incorporada al Código Penal mediante la ley 18.953.

El 28 de diciembre de 1972, el gobierno *de facto* del teniente general Alejandro Agustín Lanusse eliminó la pena capital del Código Penal por medio de la ley 20.043.

El 25 de junio de 1976, el presidente *de facto*, teniente general Jorge Rafael Videla, dictó la ley 21.338 mediante la cual la pena de muerte fue incluida nuevamente en el Código Penal para los casos de secuestros seguidos de muerte.

El 9 de agosto de 1984, el Congreso de la Nación, durante la presidencia del Dr. Raúl Alfonsín, sancionó la ley 23.077, la cual, entre otros aspectos, eliminó la pena de muerte del Código Penal.

Cabe acotar, como dato significativo, que durante la vigencia legal de la pena de muerte en el país (1970-1972 y 1976-1984) no se dictó ninguna sentencia definitiva ordenando su aplicación.

En 1984 nuestro país ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica"), cuyo art. 4º, si bien no prohíbe terminantemente la pena de muerte, exhibe un claro criterio abolicionista.

Así, se establece:

En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente [art. 4.2].

De igual modo, se estipula que "no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido" (art. 4.3) y que "en ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos" (art. 4.4).

Siguiendo el mismo criterio se establece que "no se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez" (art. 4.5) y que "toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente" (art. 4.6).

Al momento de ratificar nuestro país la citada Convención Americana sobre Derechos Humanos se hallaba vigente la pena de muerte

prevista en el Código de Justicia Militar. Ésta, en consecuencia, no infringe el Pacto en la medida en que sean respetadas las demás disposiciones de él. En cambio, habiendo sido eliminada la pena de muerte del Código Penal por la ley 23.077, ella no podrá ser restablecida por otros motivos que los previstos en el Código de Justicia Militar.

Sin embargo, en el año 1990 el presidente Carlos S. Menem envió al Congreso de la Nación un proyecto de ley propiciando su inclusión en el Código Penal. La iniciativa generó justificadas críticas y el Congreso no trató el proyecto.

Entendemos que las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica son, en ese aspecto, claras y terminantes e impiden el restablecimiento de la pena de muerte en nuestro país. Por lo demás, nos adherimos al criterio negativo en cuanto a su admisión, por considerar que la pena capital es inútil, innecesaria e injusta.

En el año 2008 se concretó la eliminación del último vestigio que quedaba en el ordenamiento jurídico argentino que contemplaba la pena de muerte, mediante la sanción de la ley 26.394 (BO 29/8/2008) por la cual se derogó el Código de Justicia Militar y todas las normas, resoluciones y disposiciones de carácter interno que lo reglamentaran.

Cabe señalar que la permanencia de la pena capital en el ordenamiento jurídico militar, como se reseñara *supra*, aunque no se aplicara, implicaba de alguna manera que no pudiera cumplirse completamente la cláusula de abolición progresiva e irreversible prevista en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por otra parte, la decisión del gobierno argentino de derogar el Código de Justicia Militar y reformar el sistema de justicia militar a fin de adecuarlo a los estándares internacionales de derechos humanos aplicables a la materia, en consonancia con los tratados de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional, debe ser analizada a la luz de los compromisos asumidos por el Estado argentino en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como parte de un proceso de solución amistosa en dos casos que llegaron a aquella instancia y por lo que se denunciaba a nuestro país a raíz de las características fuertemente inquisitivas del procedimiento por el cual eran juzgados los militares¹⁸.

¹⁸ El 14 de agosto de 2006, en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Estado argentino y los peticionantes de los casos "Rodolfo Correa Belisio v. Argentina" y "Argüelles y otros v. Argentina", firmaron el Acuerdo de Solución Amistosa que estableció la responsabilidad de la República Argentina sobre el caso. Uno de los puntos del acuerdo de solución amistosa fue el compromiso que asumió el Estado nacional de impulsar la reforma integral del sistema de administración de justicia penal en el ámbito castrense. A ello se sumó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la inconstitucionalidad del Código de Justicia Militar en el denominado caso "López, Ramón". Conf. RIAL, Juan, *La justicia*

e) La fertilización asistida

La reproducción asistida es el proceso que permite la fertilización mediante técnicas que incluyen la manipulación de los gametos de uno o ambos sexos, cuya finalidad es la obtención de un embarazo.

Las técnicas de fertilización asistida son utilizadas en aquellos casos en que ambos cónyuges o alguno de ellos, carecen de aptitud para la procreación y no se puede obtener el embarazo mediante los tratamientos ordinarios aplicados en los casos de esterilidad¹⁹.

Las técnicas existentes y más usadas en la actualidad son: inseminación intrauterina (IIU), fertilización *in vitro* (FIV) e inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI). En ocasiones también se recurre a las madres subrogantes que alquilan sus vientres.

La aplicación de estos procedimientos ha llevado a una verdadera manipulación genética del ser humano que genera la virtual industrialización de la reproducción. Así, se ha llegado a la clonación a partir de embriones conservados en bancos y al descarte abortivo de embriones. También, a extraerles una célula para averiguar el sexo y aniquilarlos si no responden al deseo de sus padres.

No se trata, desde luego, de desconocer los extraordinarios avances logrados en el campo científico ni de despreciar el progreso, sino de buscar caminos más acordes con la dignidad humana.

La doctrina de la Iglesia aparece claramente desarrollada en el discurso pronunciado por Pío XII en el Congreso Mundial de la Fertilidad y la Esterilidad del 19 de mayo de 1956; en la encíclica *Humanae vitae* de Pablo VI, del 25 de julio de 1968 y en la instrucción *Donum vitae* del 22 de febrero de 1987. También, en la encíclica *Evangelium vitae* del 25 de marzo de 1995.

En esos documentos son aceptadas las acciones terapéuticas tendientes a lograr la corrección de los defectos de la naturaleza o una ayuda a ésta. En cambio, se rechaza la reproducción asistida en cuanto las técnicas utilizadas impliquen la separación de la sexualidad natural y la procreación o la pérdida de vidas humanas o, en suma, que la persona humana que es el embrión sea tratada como mera cosa, desconociendo su inmanente dignidad.

En nuestro país, en el año 2013, obtuvo sanción legislativa la ley 26.862 que obliga a las obras sociales y a las entidades de medicina

militar: entre la reforma y la permanencia, Buenos Aires, Resdal, 2010, ps. 111 y ss. (<http://www.resdal.org/justicia/libro-justicia-militar-final.pdf>).

¹⁹ A la reproducción asistida se la viene practicando hace ya muchos años, pero adquirió gran difusión a partir del nacimiento de Louise Brown, llamada "el bebé de probeta", el 25 de julio de 1978 en la clínica Oldham de Londres, como consecuencia de la fecundación *in vitro* (es decir, en una probeta).

prepaga a brindar a sus afiliados la cobertura integral e interdisciplinaria de las distintas prácticas y procedimientos necesarios para efectuar tratamientos de reproducción medicamente asistida.

Algunas provincias reconociendo expresamente a la infertilidad humana como enfermedad, habían legislado con anterioridad acerca del acceso a los tratamientos en lo que respecta a la cobertura de las distintas técnicas de fecundación asistida por parte de las obras sociales y empresas de medicina prepaga²⁰.

Sin embargo, entendemos que la problemática de una ley de reproducción asistida es mucho más compleja y no debe circunscribirse al plano meramente económico. Hace falta una legislación que regule los distintos procedimientos y prácticas y que no sólo contemple los intereses de la pareja y de los profesionales, sino también cuestiones de bioética (v. gr., ovodonación, criopreservación de embriones, entre otros).

II. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

El derecho a la integridad física constituye una virtual prolongación del derecho a la vida. Tan íntima es su relación que a veces se discute si aquél tiene identidad propia.

Con respecto a su configuración han sido esbozados criterios diversos. Desde una perspectiva amplia –sostiene García Morillo–, es el derecho que tiene toda persona a no ser sometida contra su deseo a tratamientos que puedan anular, modificar o herir su voluntad, ideas, pensamientos o sentimientos²¹. Así entendemos, lo concibió la Corte Suprema al hacer referencia a él en el caso "Ponzetti de Balbín, Indalia v. Editorial Atlántida SA" de 1984²². En esa oportunidad, la Corte lo relacionó especialmente con el derecho a la intimidad, en particular en los votos de los jueces Carrió y Fayt, quienes sostuvieron que "el derecho a la privacidad comprende [...] la integridad corporal".

Desde una perspectiva más estrecha, pero también más precisa, el derecho a la integridad personal es aquel que tutela la protección del cuerpo en todas sus partes, poniéndolo al amparo de mutilaciones de todo orden (torturas, vejaciones, amputaciones quirúrgicas, etc.). Las mismas razones que fundamentan el derecho a la vida fundan igualmente la necesidad de tutelar la integridad personal. Ésta no se

²⁰ Es el caso de las provincias de Buenos Aires (ley 14.208 del 2/12/2010) y Santa Cruz (ley 3225 del 7/7/2011).

²¹ Citado por ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de derecho constitucional*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1992, p. 280.

²² Fallos 306:1892.

agota, desde luego, en la tutela del cuerpo humano, sino que abarca también su protección moral y psíquica.

La Constitución Nacional no hace referencia directa al derecho a la integridad personal, mas ello no impide considerarlo un derecho implícito, en virtud del art. 33. Sin embargo, hay alusiones expresas a algunos de sus contenidos particulares, como en el caso de la abolición perpetua de toda especie de tormento y de los azotes y la exigencia de que las cárceles sean sanas y limpias, "para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas", ambas enunciadas en el art. 18.

El Pacto de San José de Costa Rica titula como "Derecho a la integridad personal" su art. 5°. Los supuestos allí contemplados permiten deducir que la integridad está referida a sus aspectos físico, psíquico y moral (art. 5.1). Se pone especial énfasis en la protección de la integridad frente a las torturas y los tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5.2). Además, están contempladas diversas previsiones destinadas al respeto de este derecho en el caso de cumplimiento de penas privativas de la libertad (arts. 5.2 a 6).

III. EL DERECHO A LA SALUD

La salud se vincula, en sentido positivo, con el estado en que la persona puede ejercer con normalidad todas sus funciones naturales. En sentido negativo, en cambio, vinculamos a la salud con la ausencia de enfermedades.

El derecho a la salud constituye una derivación del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal; todos ellos están íntimamente imbricados.

Intentando una diferenciación, podemos señalar que el derecho a la salud presenta una connotación social más acentuada que los otros derechos mencionados de los cuales deriva.

Su génesis, en el ámbito del derecho público, está vinculada al constitucionalismo social y, por ende, a la obligación del Estado de contribuir activamente al resguardo de la salud pública.

No debe extrañar, en consecuencia, que la Constitución Nacional no haga mención expresa de este derecho.

Ello no ha impedido su elaboración jurisprudencial. La Corte Suprema, en el añejo caso "Los saladeristas Podestá Bertram, Anderson, Ferrer y otros v. la Provincia de Buenos Aires" de 1887²³, dijo que "ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que

²³ Fallos 31:273.

haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria".

El mismo Tribunal, en un caso en que se reclamaba el suministro de crotoxina, consideró que "el fundamento legal de la demanda no es otro que el derecho a la vida en cuanto comprensivo de la salud" (caso "Cisilotto, María del Carmen Baricalla v. Estado nacional" de 1987²⁴).

En el año 2006, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en novedosos pronunciamientos, hizo lugar a sendas medidas cautelares en causas en que los progenitores de hijos menores de edad, que se encontraban en estado de desnutrición, reclamaban al Estado nacional, a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de Quilmes la inmediata provisión de los nutrientes necesarios para asegurar una dieta alimentaria y la realización de controles sanitarios periódicos (casos "Rodríguez, Karina Verónica s/amparo" y "Esquivel, Roberto s/amparo"²⁵).

El derecho a la salud merece una relevante protección en el ámbito de los tratados internacionales. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone, en su art. 25, que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que "toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad" (art. XI).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos refiere explícitamente a la protección de la salud en los artículos 12.3, 18.3, 19.3.b., 21 y 22.2.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) luego de establecer que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida", refiere específicamente a la protección de la salud en los arts. 12.3, 13.3, 15, 16.2 y 22.2.

²⁴ Fallos 310:112.

²⁵ Fallos 329:553 y 329:548, respectivamente. Ambos casos habían llegado a la Corte luego que la justicia de primera instancia se había declarado incompetente por estar demandada la Provincia de Buenos Aires. La Corte no aceptó su competencia originaria y exclusiva, empero dictó la medida cautelar. En dichos pronunciamientos votaron en disidencias las juezas Elena Highton de Nolasco y Carmen Argibay.

La Convención sobre los Derechos del Niño, después de expresar que “los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna [...]” (art. 2.1), dispone que “los Estados parte reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios” (art. 24).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce que “se debe conceder a la familia, que es elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles [...]” (art. 10.1) y que “los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (art. 12.1).

En la misma convención internacional se establece igualmente que es obligación de los Estados partes “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad” (art. 12.2.d).

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales estatuye en su art. 10 que “toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.

Esta importancia de los tratados internacionales sobre derechos humanos, jerarquizados por el constituyente reformador de 1994 en relación al derecho a la salud, ha sido reconocida expresamente en diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁶.

Las constituciones provinciales reformadas a partir de 1986 contienen referencias explícitas a este derecho²⁷.

IV. EL DERECHO AL MATRIMONIO

Su reconocimiento constitucional es implícito (art. 33). Como todo derecho constitucional, puede ser razonablemente reglamentado.

²⁶ Casos “Monteserín, Marcelino v. Estado Nacional” de 2001, Fallos 324:3569; “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta v. Estado Nacional s/amparo” de 2003, Fallos 326:4931; “Orlando, Susana Beatriz v. Provincia de Buenos Aires y otros s/amparo” de 2005, Fallos 328:1708; “Reynoso, Nilda Noemí v. INSSJP s/amparo” de 2006, Fallos 329:1638; “Ledesma, Luis v. Provincia de Santiago del Estero s/daños y perjuicios” de 2006, “Fallos” 329:2737.

²⁷ Cabe citar en tal sentido, entre otras, las Constituciones de Salta de 1998 (art. 41), Córdoba de 2001 (art. 19, inc. 1º), Tierra del Fuego de 1991 (art. 14, inc. 2º) y Buenos Aires de 1994 (art. 36, inc. 8º).

El reconocimiento del derecho al matrimonio implica tanto la libertad de casarse como la de formar una familia y, consecuentemente, recibir la protección del Estado.

También tiene consecuencias relevantes en el orden del derecho positivo que se traducen, generalmente, en el reconocimiento de la igualdad jurídica de los cónyuges, la protección prioritaria frente a las uniones de hecho, el régimen jurídico del matrimonio y la protección de los derechos de los hijos.

El Pacto de San José de Costa Rica dedica el art. 17 a la “Protección de la familia”, a la cual considera “elemento natural y fundamental de la sociedad” que debe ser “protegida por la sociedad y el Estado” (art. 17.1).

Además, regula aspectos específicos de la institución matrimonial (art. 17.3 y 4), y el reconocimiento de iguales derechos a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Tradicionalmente, el matrimonio fue definido como una institución natural que une al hombre y a la mujer en un proyecto común de vida, que procura el bien de los cónyuges y la generación y educación de los hijos.

Sin embargo, en estos tiempos, la acepción del matrimonio, al menos en nuestro ordenamiento positivo, ha cambiado sustancialmente.

En efecto, el Congreso de la Nación ha sancionado el 14/6/2010 la ley 26.618, mediante la cual se establece un nuevo régimen de matrimonio civil que amplía el concepto de matrimonio contenido en el ordenamiento jurídico argentino, extendiéndolo al formado por dos personas del mismo sexo que pasa a ser un matrimonio legalmente constituido y equiparado jurídicamente a los matrimonios tradicionales.

La aceptación legislativa del matrimonio entre personas de igual sexo produce una modificación sustancial en las bases del derecho privado argentino ya que cambia una institución básica del derecho civil, lo que genera interrogantes al intérprete, obliga a repensar conceptos y exige reflexionar sobre la validez de ciertos principios²⁸.

V. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

a) Aspectos generales

La intimidad constituye uno de los atributos de la personalidad de más alto rango. Ella es esencial para la persona e inseparable de su

²⁸ Para una ampliación del tema ver MEDINA, Graciela, “Ley de matrimonio homosexual. Modificación de paradigmas”, publicado en *La Ley*, Suplemento Especial, Matrimonio Civil, 2010 (agosto), p. 81.

condición humana. Su desconocimiento implica aniquilar la existencia física y moral de aquélla como individuo y como ser social.

El derecho a la intimidad, como tal, no se halla incluido entre los derechos enumerados en la Constitución Nacional. Empero, su existencia implícita está fuera de toda duda si nos atenemos a lo estatuido en los arts. 19 y 33 de la Ley Fundamental²⁹.

Se trata, sin duda, de uno de los derechos que ha tenido mayor desarrollo en los últimos años. Tal difusión tiene fundamento en la disponibilidad cada día más amplia de medios técnicos —algunas veces, extremadamente sofisticados— que permiten ensayar nuevas formas y procedimientos de intrusión en la privacidad.

Este derecho puede ser definido mediante el conocido aforismo acuñado por Cooley, en el siglo anterior, según el cual es el derecho del hombre a “ser dejado a solas”. Es el derecho personalísimo, por tanto, que permite sustraer a la persona de la arbitraria difusión de hechos de su vida privada.

En el caso “Ponzetti de Balbín, Indalia v. Editorial Atlántida SA”, resuelto en 1984³⁰, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “el derecho a la privacidad e intimidad protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, relaciones familiares [...] y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona, ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento”.

Ampliando este criterio sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Vázquez Ferrá, Evelin Karina” de 2003, que “corresponde considerar comprendido en el ámbito de intimidad tanto a la autonomía psicológica y moral cuanto a la relación de pareja, al trato con los hijos, al descanso, al respeto a sí mismos, como seres humanos. El sistema de creencias y valores sobre los cuales se estructura la conciencia humana se intersecciona con sentimientos de discreción y de pudor amurallados como zona de reserva de la vida personal y familiar”³¹.

La prohibición de inmiscuirse en la vida privada de una persona en áreas o actividades no destinadas a ser difundidas no sólo alcanza a

²⁹ Data del año 1975 la primera expresión legislativa explícita resguardando el derecho a la intimidad. La ley 21.173, que incorporó en el Código Civil el art. 1071 bis, reglamentó el ejercicio de importantes aspectos de este derecho personal.

³⁰ Fallos 306:1892.

³¹ Fallos 326:3758. La expresión transcrita corresponde al voto del juez Adolfo R. Vázquez. El mismo criterio había expuesto el citado magistrado al fundar su disidencia en la causa “Maradona, Diego Armando s/lesiones, agresión, daño y amenazas reiteradas” de 2002 (Fallos 325:2520).

los poderes públicos sino también a los particulares (caso “Roviralta, Huberto v. Editorial Tres Puntos SA” de 2004³²).

Más recientemente la Corte ha expresado que el derecho a la privacidad comprende no sólo el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen, de modo que nadie pueda inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (caso “Sciammaro, Liliana E. v. Diario ‘El Sol’ s/daños y perjuicios” de 2007³³).

Este derecho ha recibido, también, explícito amparo en virtud de las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, cuyo art. 11.2 dispone:

Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

Además:

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques [art. 11.3].

b) El uso de estupefacientes y el derecho a la intimidad

La ley 20.771, sancionada en 1974, estableció en su art. 6° que la tenencia de estupefacientes, aunque estén destinados a uso personal, será reprimida con pena de prisión y multa.

En doctrina se discutió acerca de la eventual aplicación de la pena prevista por la citada norma en los casos en que se comprobara que el uso de la droga era exclusivamente personal. Desde cierta perspectiva se sostenía que ello constituía una violación del derecho a la intimidad. Otros autores, en cambio, avalaron plenamente el criterio establecido por la ley.

En una primera etapa, la Corte declaró la constitucionalidad de la citada disposición legal y descartó, en consecuencia, que ella afectara el derecho a la intimidad (caso “Colavini, Ariel Omar” de 1978³⁴).

³² Fallos 327:789.

³³ Fallos 330:3685.

³⁴ Fallos 300:254.

Posteriormente, nuestro Máximo Tribunal declaró la inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771, en cuanto penaba la tenencia de droga para uso exclusivamente personal en el caso "Bazterrica, Gustavo Mario" de 1986³⁵. Igual posición se adoptó en el caso "Calbo, Alejandro Carlos" del mismo año³⁶.

Este criterio de la Corte, ya ampliada en su integración, fue modificado en el caso "Montalvo, Ernesto Alfredo s/infracción ley 20.771" de 1990³⁷, en el cual rechazó un planteo de inconstitucionalidad del art. 14 de la ley 23.737, que sigue un criterio similar al del art. 6° de la ley 20.771.

El fallo puso el acento en la protección de la salud pública de la población y recordó que el art. 19 de la Constitución sólo protege aquellas acciones privadas que "de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a terceros".

En el año 2009, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver en el caso "Arriola"³⁸, vuelve al criterio sustentado en "Bazterrica" remitiéndose, en especial, al voto del juez Petracchi, dejando de lado el precedente "Montalvo". En consecuencia, declara la inconstitucionalidad del art. 14, 2° párrafo de la ley 23.737, en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros. Ello porque considera que en tales condiciones, conculca el art. 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales.

c) La intimidad de las personalidades públicas

Si bien no pueden haber dudas acerca del derecho que tiene toda persona a resguardar su intimidad, no existe la misma convicción cuando se trata de establecer si ese ámbito de privacidad es igual para toda persona o si hay algunas que por su notoriedad pública lo tienen visiblemente reducido.

Creemos, en este aspecto, que el derecho a la privacidad es natural de la persona y, por tanto, les corresponde a todos. Ello no excluye, empero, que deba ser apreciado de distinta manera. Así, quien ostenta una imagen conocida por la opinión pública está, evidentemente, más

³⁵ Fallos 308:1392.

³⁶ Fallos 308:1468.

³⁷ Fallos 313:1333.

³⁸ Fallos 332:1963, caso "Arriola, Sebastián" del 25/8/2009.

expuesto a ser invadido en su privacidad. Además, estas personalidades públicas tienen, por lo general, un acceso más fácil a los medios de comunicación social para replicar tales hechos. Y si se trata de funcionarios públicos, las condiciones de su vida personal interesan legítimamente a los gobernados. Tampoco es ajena a esta cuestión la voluntad que la persona presuntamente agraviada en su intimidad haya tenido en cuanto a resguardar o facilitar su divulgación. También se deberá tener en consideración la naturaleza propia de la actividad que ha llevado a la persona a ser conocida públicamente.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha admitido distintos ámbitos de protección. Tratándose de personas públicamente conocidas, la tutela es más restringida. Así surge del ya citado caso "Ponzetti de Balbín, Indalia v. Editorial Atlántida SA" de 1984³⁹, en el cual se consideró de importancia la actitud asumida por el ofendido en el sentido de no haber facilitado la intrusión en la privacidad. En el mismo fallo se expresó "que en casos de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general" (considerando 9°).

La distinción también aparece claramente reflejada en los casos "Costa, Héctor Rubén v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" de 1987 y "Vago, Jorge Antonio v. Ediciones La Urraca SA y otros" de 1991⁴⁰.

Las personas públicas tienen también derecho a gozar de su intimidad. Sin embargo, este derecho presenta la particularidad de que su ámbito de protección es variable y queda determinado, en definitiva, por la conducta de cada persona. Si ésta ha facilitado la intromisión en su intimidad, la tutela se debilita y puede llegar a desaparecer. No todas las personas gozan del mismo ámbito de protección.

En el caso "Menem, Carlos Saúl" de 2001, la Corte expresó que "en el caso de personas célebres cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad, y siempre que lo justifique el interés general. Pero este avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión"⁴¹.

³⁹ Fallos 306:1892.

⁴⁰ Fallos 310:508 y 314:1517, respectivamente.

⁴¹ Fallos 324:2895 "Menem, Carlos Saúl v. Editorial Perfil SA s/daños y perjuicios" del 25/9/2001.

En relación con esta causa, que llegó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴², el tribunal internacional, con fecha 29/11/2011, sostuvo que “no se viola el derecho a la intimidad de los funcionarios cuando la prensa da a conocer aspectos de su vida personal que son de interés público”.

En otro caso, respecto de la conducta observada –en privado– por un embajador, la Corte Suprema de Justicia de La Nación, entendió que el ámbito de privacidad protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional no comprende exclusivamente las conductas que los individuos desarrollan en sus domicilios privados, sino que también alcanza a las que, de modo reservado, con la intención de no exhibirse, y sin que tengan trascendencia pública ni provoquen escándalo, aquéllos llevan a cabo fuera del recinto de aquél, pues lo contrario significaría tanto como aceptar que la más fundamental de las libertades personales sólo está constitucionalmente protegida en la medida en que se la ejerza en el reducido espacio del ámbito domiciliario y debido a la circunstancia incidental de que los individuos no pueden ser vigilados mientras permanezcan en él (caso “Spinosa Melo, Oscar Federico v. Estado Nacional s/empleo público” de 2006⁴³).

Ha de reconocerse un menor grado de protección de la intimidad respecto de quienes desempeñan una función pública y respecto de hechos o actividades que estén en relación con ella, máxime cuando existan indicios previos de posibles abusos o acusaciones de corrupción⁴⁴.

Un caso peculiar se presentó en España, como consecuencia de la muerte del conocido torero Francisco Rivera Pérez, ocurrida después de ser mortalmente herido por un toro en la plaza de Pozoblanco, el 26 de septiembre de 1984.

Los detalles de la corrida, incluyendo el momento del accidente y los inmediatamente posteriores, su traslado a un hospital y su agonía en éste, fueron difundidos por los medios de comunicación, los cuales adquirieron los derechos a una empresa que sin el consentimiento del interesado ni de sus familiares había filmado todas esas escenas.

⁴² Caso “Fontevecchia y D’Amico v. Argentina”, 29/11/2011. La Corte Interamericana ratificó que los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica.

⁴³ Fallos 329:3617.

⁴⁴ Sostuvo la Corte en la res. 2013/2004 al resolver la avocación presentada por dos magistrados de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata que “Atendiendo al menor grado de protección del ámbito de intimidad a que obliga el ejercicio voluntario de la función pública y, más todavía, de la función judicial; el grado de protección de que goza el común de los habitantes del país, en cuanto a la privacidad de las comunicaciones, no puede trasladarse automáticamente a las que efectúan funcionarios y empleados en el ámbito de su desempeño administrativo cuando existen indicios previos de posibles abusos, cuya corroboración razonablemente requiera el examen de los registros de llamadas efectuadas o recibidas por los funcionarios y empleados sobre los que recaen serias sospechas” (Fallos 327:5279).

La esposa del torero solicitó una reparación económica de 300.000 dólares por invasión de la intimidad. El reclamo fue parcialmente acogido en las instancias inferiores. Llevado el caso al Tribunal Supremo, éste decidió que no era viable la indemnización, tras considerar que los usos sociales y la actividad desarrollada por el torero lo exponían al riesgo natural de ésta y a la consiguiente publicidad que forma parte del espectáculo.

VI. EL DERECHO AL HONOR

El honor está relacionado con la estima, el aprecio y la reputación de que cada persona goza en la comunidad donde vive y desarrolla sus actividades. Se vincula a la protección de la imagen que el individuo tiene en la sociedad.

Algunos autores, sin embargo, entienden que este derecho tiene sustantividad propia; otros, en cambio, lo ubican dentro del derecho a la intimidad.

El derecho al honor es un derecho personalísimo y, por tanto, referible a las personas individualmente consideradas; por consiguiente, no es atribuible a las personas jurídicas.

La Constitución Nacional no menciona expresamente el derecho al honor como tal, aunque sí se refiere al “honor” en el art. 29, ubicándolo, junto a la vida y la fortuna, entre los bienes que no pueden quedar a merced de gobierno o persona alguna.

Se trata, en consecuencia, de un derecho implícito que halla pleno fundamento en el art. 33 de la Constitución Nacional.

La Corte Suprema de Justicia así lo ha considerado en varios fallos. En el referido caso “Ponzetti de Balbín” lo vinculó al derecho a la intimidad. También ha hecho referencia a él, entre otros, en los casos “Campillay, Julio César v. La Razón, Crónica y Diario Popular” de 1986; “Costa, Héctor Rubén v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” de 1987 y “Servini de Cubría, María Romilda s/ amparo” de 1992⁴⁵. En este último fallo hicieron mención del honor los votos de los jueces Levene, Boggiano, Belluscio, Barra y Petracchi (los tres últimos, en disidencia parcial).

El Pacto de San José de Costa Rica parece haberse inclinado por el criterio que considera la protección del honor como parte integrante del derecho a la intimidad. En su art. 11.1 establece:

Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

⁴⁵ Fallos 308:789, 310:508 y 315:1943, respectivamente.

Según el art. 11.2 del mismo Pacto, “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver, el 2 de mayo de 2008, el caso “Kimel v. Argentina”, sostuvo que las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático.

No obstante, la Corte dejó establecido que el derecho al honor de todas las personas es materia de protección y que los funcionarios públicos se encuentran “amparados por la protección que les brinda el artículo 11 convencional que consagra el derecho a la honra” (párr. 71) ya que “la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención” (párr. 71). El distinto umbral de protección no es sinónimo de ausencia de límites para quien comunica por un medio masivo, ni la carencia de derechos para dichos personajes públicos. El derecho al honor es uno, vigente para todos, por lo cual en ejercicio de la libertad de expresión no se deben emplear frases injuriosas, insultos o insinuaciones insidiosas y vejaciones.

El derecho al honor debe ser, pues, materia de protección. En particular, el denominado “honor objetivo” que tiene que ver con el valor que los demás le asignan a la persona en cuestión en tanto se afecte la buena reputación o la buena fama de que goza una persona en el entorno social en el que le corresponde desenvolverse. En ese orden de ideas, dentro del marco jurídico de la vigencia del derecho al honor, la libertad de expresión como derecho fundamental no sustenta ni legítima frases y términos manifiestamente injuriosos y que vayan más allá del legítimo ejercicio del derecho a opinar o el ejercicio de la crítica⁴⁶.

VII. EL DERECHO AL NOMBRE

El derecho al nombre supone, desde un enfoque meramente formal, la prerrogativa que tiene cada persona de ser reconocida ante los demás mediante la utilización de un nombre y apellido.

En un aspecto más sustancial, el acogimiento del derecho al nombre implica el reconocimiento de un atributo natural inherente a la

⁴⁶ Voto concurrente razonado del juez Diego García Sayán en el caso “Kimel v. Argentina”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2/5/2008.

personalidad. Cada persona es un ser único e irrepetible y como tal debe ser tratado y considerado.

Representa también un deber, en cuanto atañe a la organización social; es exigible por el poder público y no puede ser objeto de renuncia.

La Constitución Nacional no lo menciona en forma explícita, pero su reconocimiento implícito es una consecuencia insoslayable del art. 33 de ella.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación le ha otorgado categoría constitucional. En el caso “Stegemann, Oscar Antonio” de 1989⁴⁷, se manifestó que el derecho al nombre tiene categoría constitucional (voto en disidencia del juez Fayt).

En el orden nacional, la ley 18.248, complementaria del Código Civil, reglamenta el ejercicio de este derecho. Cabe mencionar en lo que respecta al uso del apellido, que la ley de matrimonio civil 26.618 introdujo algunas modificaciones a la primera mencionada⁴⁸.

El Pacto de San José de Costa Rica establece:

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario [art. 18].

En el año 2012 el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.743, conocida como Ley de Identidad de Género, que permite a las personas adaptar su documentación personal a la identidad sexual que sienten como propia y garantiza el acceso a intervenciones quirúrgicas totales y parciales sin requerir autorización judicial⁴⁹.

VIII. EL DERECHO A LA IDENTIDAD

El derecho a la identidad es comprensivo de la facultad que le asiste a toda persona de conocer su propia historia. Encontrarse con su propia génesis, con sus raíces, es un derecho natural y, por tanto, inherente a la propia dignidad del hombre.

Si bien este derecho no aparece expresamente consagrado en la Constitución Nacional, entendemos que su acogida es indiscutible en virtud de lo dispuesto en el art. 33.

⁴⁷ Fallos 312:1121.

⁴⁸ La ley 26.618 sustituyó los arts. 4º, 8º, 9º y 10 de la ley 18.248.

⁴⁹ La ley prevé que se podrán modificar los datos de nombre y sexo registrado en el documento nacional de identidad sin trámite judicial, cuando los que dispusiera no coincidan con su identidad de género autopercebida.

Cabe acotar que el inc. 17 del art. 75 de la Constitución formula un reconocimiento relevante, que también brinda sustento a la conclusión anterior, al disponer que es atribución del Congreso de la Nación, en relación con los pueblos indígenas argentinos, “garantizar el respeto a su identidad”.

El art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por ley 23.849 establece:

El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

El art. 8° de la misma Convención obliga a los Estados a “respetar el derecho del niño a preservar su identidad”.

En un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se sostuvo que “el derecho de conocer la identidad de origen opera en [...] nivel [...] de rango constitucional [...] y revela el derecho de todo individuo a conocer su verdad personal, su irrepetible historia, que no le puede ser amputada o escamoteada” (disidencia del juez Petracchi, en el caso “Muller, Jorge s/denuncia” de 1990⁵⁰).

IX. EL DERECHO A LA NACIONALIDAD

Este derecho ampara la necesidad de que toda persona tenga una nacionalidad y le sea reconocida como atributo inherente a su condición de tal. En virtud de él, no pueden existir personas apátridas, es decir, privadas de su nacionalidad.

La nacionalidad es un rasgo indeleble de la personalidad humana, que no puede ser borrado por causa alguna. Sólo se admite que se pueda perder la nacionalidad como consecuencia del simultáneo reconocimiento de otra.

Este derecho ampara el reconocimiento de una nacionalidad, pero no más. La doble o múltiple nacionalidad es siempre de excepción y proviene de tratados internacionales (ver, sobre el particular, el cap. V).

Si bien nuestra Constitución hace referencia a la nacionalidad —lo cual adelanta su acogida—, no reconoce explícitamente un derecho a la nacionalidad.

Como en el caso de los demás derechos no enumerados inherentes a la personalidad, cabe reconocer su carácter implícito en virtud del art. 33.

⁵⁰ Fallos 313:1113.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece en el art. 20.1: “Toda persona tiene derecho a una nacionalidad” y en el art. 20.3: “A nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla”.

Prevé, asimismo, una solución para las personas que hayan sido privadas injustamente de su nacionalidad, disponiendo:

Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra [art. 20.2].

X. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA

Este derecho ha sido analizado en oportunidad de desarrollar el capítulo VII, referente a las relaciones entre la Iglesia y el Estado, al cual remitimos.

XI. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO

El derecho aquí tratado ampara la posibilidad de que cada persona, en su interioridad, elabore sus ideas conforme a sus propias e íntimas convicciones. Parecería hallarse, en principio, fuera del alcance del legislador por estar referido a un hecho que ocurre en la interioridad del hombre.

No obstante ello, todavía subsiste en el poder público la tentación de tener injerencia en la intimidad personal.

Durante el año 1967, la ley *de facto* 17.401 estableció severas penalidades con respecto a las personas “calificadas como comunistas”. La propia ley facultó a la Secretaría de Informaciones del Estado para efectuar dicha calificación (art. 2°), cuyo trámite era, además, secreto (art. 3°).

La libertad de pensamiento no constituye un derecho explícito en la Constitución Nacional. Su reconocimiento deriva tanto de los fines y principios de ésta como de su art. 33.

Su desconocimiento, además, sería claramente violatorio del art. 19 de nuestra Ley Fundamental, en cuanto establece:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.

El Pacto de San José de Costa Rica dispone que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento” (art. 13.1).

XII. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El derecho a la libertad de expresión ampara la manifestación del pensamiento, cualquiera que sea el medio empleado. Tanto la palabra oral como la escrita, la imagen, el gesto y la actitud están protegidos por esta libertad.

La libertad de expresión constituyó uno de los primeros y más relevantes logros del constitucionalismo clásico, cuyo contenido más sustancial fue la prohibición de la censura previa.

Se trata de una libertad preferente o fundante, porque su ausencia genera, como inmediata consecuencia, el derrumbe de otros derechos (libertad religiosa; libertad de cátedra, de enseñar y aprender; derecho a la información; libertad de prensa; libertad de imprenta; etc.).

La Constitución Nacional tampoco la contempla explícitamente, aunque las mismas razones que fundamentan la libertad de pensamiento justifican su resguardo constitucional.

No se puede concebir la existencia de un régimen republicano de gobierno sin libertad de pensamiento y de expresión. Además de constituir la libertad de expresión una facultad natural de la persona, que halla sustento, por ende, en la encarnadura ideológica de nuestra Constitución, es también uno de los derechos no enumerados que conforme al art. 33 “nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

En fallo reciente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó que la libertad de expresión, si bien no puede ser sometida a la censura previa, en modo alguno se trata de un derecho absoluto porque la propia Convención (art. 13.2) prevé la posibilidad de imponer responsabilidades ulteriores cuando su ejercicio se torna abusivo. Sin embargo, las restricciones que acarrearán las responsabilidades ulteriores, tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión. En otras palabras, las responsabilidades ulteriores no pueden convertirse en mecanismos directos o indirectos de censura o en restricciones arbitrarias para la libertad de expresión⁵¹.

⁵¹ Caso “Kimel v. Argentina”, sentencia del 2/5/2008. En el caso un juez federal promovió querrela contra el autor de un libro acusándolo por el delito de calumnias e injurias, en subsidio. Ello por considerar que ciertas expresiones vertidas en la obra implicaban atribuirle la comisión de los delitos de violación de los deberes de funcionario público y encubrimiento. La Corte Suprema, por mayoría, revocó por arbitrario el pronunciamiento de la Cámara que había absuelto al autor y dejado sin efecto la indemnización por daño moral. En consecuencia, la Corte confirmó parcialmente la sentencia condenatoria y consideró que se configuró el delito de calumnias. Presentada la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ésta la terminó derivando a la Corte Interamericana. El tribunal internacional resolvió que el Estado argentino violó el derecho a la libertad de expresión –arts. 13.1 y 13.2 de la Conven-

XIII. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE IMPRENTA

Este derecho ampara la expresión del pensamiento por vía de medios gráficos. Están comprendidas en su ámbito las manifestaciones formuladas en libros, periódicos, folletos, afiches, volantes, gráficos o cualquier otro tipo de impreso.

La expresión “libertad de imprenta” tiene sentido histórico y es poco utilizada en la actualidad. Esta virtual *désuétude* se debe tanto a la amplitud que se le asigna a los conceptos “libertad de expresión” y “libertad de prensa” como a la tendencia de la legislación contemporánea a no hacer distinciones según los medios utilizados para la expresión de las ideas. Por lo demás, el auge que han adquirido otros medios de comunicación social, como la radio, la televisión, el video, etc., ha eclipsado su consideración pormenorizada.

Esta libertad ha sido expresamente acogida por la Constitución en el art. 32 que establece:

El Congreso Federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

El artículo citado permite distinguir dos aspectos claramente diferenciados en sus dos partes.

El primero de ellos tiene el sentido de un mandato categórico, dirigido al Congreso de la Nación para que no restrinja la libertad de imprenta. Si nos atenemos al principio según el cual toda reglamentación genera algún grado de limitación en el ejercicio del derecho, deberíamos concluir que la cláusula constitucional le prohíbe al Congreso legislar en esta materia. Así surge, al menos, de una interpretación literal e histórica de la norma constitucional. Es, además, la posición que ha sustentado Joaquín V. González⁵².

Esta conclusión se ha visto atenuada por la doctrina posterior y por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Bidart Campos opina que el Congreso Nacional puede legislar sobre esta materia y dictar una ley general de prensa para todo el país, con la sola prohibición de restricciones arbitrarias⁵³.

Sagüés interpreta que la libertad de imprenta –y, consecuentemente, de prensa– es un derecho especialmente protegido o reforzado por la Constitución y que “toda limitación debe ser apreciada con

ción Americana, en relación con la obligación general contemplada en el art. 1.1– y ordenó la reparación incluyendo la adecuación del derecho interno a la Convención.

⁵² GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina (1853-1860)*, 24ª ed., Estrada, Buenos Aires, 1951, p. 172.

⁵³ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1986, p. 278.

susplicacia y criterio riguroso, ya que debe pasar por el doble filtro de los arts. 28 y 32 de la Constitución nacional”⁵⁴.

Por su parte, Badeni considera que tanto el Congreso de la Nación como las legislaturas provinciales están habilitados para sancionar leyes reglamentarias generales que comprendan, eventualmente, a la libertad de imprenta en igual medida que a otras libertades, pero que no pueden sancionar normas específicas que regulen con exclusividad la libertad de imprenta⁵⁵.

La Corte Suprema también ha formulado una interpretación dinámica de la cláusula constitucional mediante una elaboración jurisprudencial que pasó por diferentes etapas.

En la primera época prevaleció una interpretación gramatical de la cláusula constitucional, según la cual le estaba absolutamente vedado al Congreso de la Nación legislar sobre libertad de imprenta, facultad que sí les correspondía a las provincias. Fue la doctrina judicial que surgió del caso “Eliseo Acevedo” de 1886⁵⁶, en donde la Corte sostuvo que “son las leyes locales las que deben definir los delitos de imprenta”⁵⁷. Este criterio prohibía, incluso, aplicar las normas del Código Penal a los delitos cometidos por medio de la prensa.

A partir de 1932, la Corte desarrolló una interpretación más dinámica de la primera parte del art. 32, sosteniendo que no cabía interpretar que los constituyentes hubiesen creado un gobierno nacional dotado de suficientes poderes y luego lo hubieran “entregado inermes y sin defensa a los ataques delictivos y disolventes de la prensa”. Sostuvo el Alto Tribunal que “el Congreso de la Nación no ha sido expresamente privado por el art. 32, ni por otro alguno, de la facultad de dictar leyes que, sin restringir la libertad de prensa, castiguen las publicaciones tendientes a aconsejar o excitar la acción que perturbe la seguridad del gobierno nacional u obstaculice el ejercicio eficiente de sus poderes legales” (caso “Ministerio fiscal de Santa Fe v. Editor responsable del diario La Provincia” de 1932⁵⁸).

A partir de 1970, la Corte Suprema de Justicia amplió esta jurisprudencia siguiendo el dictamen del procurador general, quien consi-

⁵⁴ SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, t. II, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 136.

⁵⁵ Conf. BADENI, Gregorio, *Derecho constitucional. Libertades y garantías*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, ps. 298 y ss.

⁵⁶ Fallos 30:112.

⁵⁷ Esta postura fue reiterada en numerosos pronunciamientos posteriores; entre ellos, los casos “Don Diego Saborido v. Juan G. Kaiser, por calumnias e injurias” de 1916 (Fallos 124:161); “Scotto, Jos, Arturo s/desacato” de 1919 (Fallos 129:146); “Don Carlos M. Segovia v. Don Gregorio Orellana” de 1918 (Fallos 128:175).

⁵⁸ Fallos 167:121.

deró que “los delitos cometidos por medio de la prensa y tipificados en el Código Penal tienen preeminencia con relación a la disposición contenida en la primera parte del art. 32 de la Constitución nacional” (caso “Ramos, Raúl Alberto v. Batalla, Eduardo s/injurias” de 1970⁵⁹). Se le reconoció al Congreso, en consecuencia, la facultad de dictar leyes que sin restringir la libertad de imprenta, castiguen los abusos cometidos en el ejercicio de ella siempre que las normas sancionatorias estén dispuestas en virtud de delitos comunes y con total prescindencia del medio empleado para cometerlos.

Entre el caso “Ministerio fiscal de Santa Fe v. Diario La Provincia” y el caso “Ramos v. Batalla” hay, por tanto, una diferencia cuantitativa. En el primero, la Corte aceptó la facultad sancionatoria del Congreso de la Nación con relación a la libertad de imprenta, por excepción y cuando se “perturbe la seguridad del gobierno nacional u obstaculice el ejercicio eficiente de sus poderes legales”. En el caso “Ramos v. Batalla”, ese criterio se generalizó, y fue aceptada sin dificultad la potestad del Congreso para sancionar normas que castiguen eventualmente los abusos cometidos por la prensa. Tanto en uno como en otro caso se requiere que esas normas deriven de delitos comunes y con prescindencia del medio empleado. En el primero, las normas del Código Penal sólo podían ser aplicadas por excepción, cuando se pretendía sancionar a la prensa; en el segundo, son plenamente aplicables, sin que corresponda hacer diferencia según el medio de comisión. En ambos casos se ratifica la prohibición para el Congreso de restringir la libertad de imprenta⁶⁰.

En nuestro criterio, la redacción de la primera parte del art. 32 es demasiado rígida, por lo cual queda peligrosamente expuesta a las interpretaciones amplias que buscan su adecuación a la realidad, en ocasiones, interesadamente.

Abogamos por el dictado de reglas más precisas, elaboradas participativamente con la intervención de todos los sectores involucrados y que estén inspiradas en los grandes fines que animan a la Constitución. Rescatamos, empero, la especial importancia que le otorga la norma a la libertad de imprenta y que obliga al intérprete a ser exigente en esta materia.

⁵⁹ Fallos 278:62.

⁶⁰ En el caso “Emisiones Platenses SA s/acción de amparo” de 1997 (Fallos 320:1191), sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “el art. 32 de la Constitución nacional sólo dispone un deber de abstención por parte del Congreso de dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta, mas no establece un derecho explícito o implícito de los medios de prensa a recibir fondos del gobierno estatal, provincial o comunal, ni se impone actividad concreta al Poder Legislativo para promover su desarrollo, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con las disposiciones que resultan del art. 75, incs. 11 y 16”.

En este orden de cosas, cabe mencionar la diversidad de opiniones suscitadas a partir de la reciente sanción por parte del Congreso nacional de la ley 26.736 que declara de interés público la fabricación, comercialización y distribución de pasta celulosa y papel para diarios y establece un nuevo marco regulatorio para la actividad⁶¹.

La segunda parte del art. 32 plantea también difíciles problemas de interpretación. Dispone la citada cláusula constitucional:

El Congreso Federal no dictará leyes que [...] establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

Si hacemos una primera exégesis de la norma constitucional, parece clara la voluntad del constituyente de evitar la intervención de la justicia federal en causas concernientes a la libertad de imprenta. Como no sería sensato que esos casos quedaran privados de jurisdicción, deberían ser resueltos por la justicia de cada provincia. Éste ha sido, por lo demás, el propósito del constituyente.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia cabe distinguir tres etapas en cuanto a la interpretación de esta cláusula.

En la primera, que comenzó con el caso "El fiscal general de la Nación v. El Dr. Manuel G. Argerich" de 1864⁶², la Corte interpretó literalmente el citado texto del art. 32 y consideró que los tribunales federales eran incompetentes para entender en cualquier causa que versara sobre libertad de imprenta aun cuando se tratara de agravios inferidos a una autoridad federal.

Se registró en esta etapa, que se prolongó hasta 1932, una sola excepción: la derivada del caso "Procurador fiscal v. Don Benjamín Calvete" de 1864⁶³, en el cual la Corte aceptó la competencia federal en un caso de injurias vertidas por la prensa que afectaban a un legislador nacional.

La segunda etapa se inició con el caso "Ministerio fiscal de Santa Fe v. Editor responsable del diario La Provincia" de 1932⁶⁴, en el

⁶¹ Quienes avalan la constitucionalidad de la ley 26.736 (BO 28/12/2011) sostienen que el art. 32 no le impide al Congreso legislar sobre la actividad de la prensa, sino que le prohíbe sancionar leyes "restrictivas" de la libertad de imprenta. Analizan a la ley dentro del marco de competencias del Congreso que se le atribuyen en diversos incisos del art. 75 de la CN tales como la facultad de reglar el comercio interjurisdiccional (inc. 13), la promoción de la industria y el desarrollo tecnológico (incs. 18, 19); así como en las atribuciones del Congreso para la reglamentación de los derechos (arts. 14, 19, 28, CN) y en materia de defensa de la competencia y control de los monopolios (art. 42, CN). Por su parte quienes acusan la inconstitucionalidad de la nueva ley lo hacen invocando el art. 32 de la CN entendiendo que le está vedado al Poder Legislativo federal legislar sobre la materia por resultar violatorio de la libertad de prensa.

⁶² Fallos 1:130.

⁶³ Fallos 1:297.

⁶⁴ Fallos 167:121.

cual la Corte juzgó que el art. 32, en su última parte, no impedía la actuación de la justicia federal en los casos de "delitos cometidos por medio de la prensa en violación de las leyes nacionales que tiendan a asegurar contra la violencia la existencia del poder central y el ejercicio de sus poderes constitucionales".

En 1970 comenzó la tercera etapa, con el ya mencionado caso "Ramos, Raúl Alberto, v. Batalla, Eduardo", en que se aceptó la ampliación de la jurisdicción federal para entender en los delitos cometidos por medio de la imprenta y se admitió el criterio conforme al cual en esos casos intervendrá la justicia local o la federal, según que las personas o las cosas estén en una u otra jurisdicción.

XIV. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE PRENSA

a) Consideraciones generales

Este derecho, en sentido estricto, tutela la expresión del pensamiento por los medios gráficos periódicos (diarios, semanarios, mensuarios, etc.). Bien cabe sostener que la libertad de prensa constituye uno de los aspectos específicos de la libertad de imprenta.

La Constitución Nacional le otorgó una protección especialísima: el art. 83 menciona expresamente a "la prensa" en su función de dar a publicidad actos del gobierno.

El art. 14 consagra, entre los derechos de todos los habitantes, el "de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa".

Esta tutela tan marcada tiene justificación en la importancia que la prensa reviste en todo sistema republicano de gobierno, uno de cuyos caracteres es la publicidad de sus actos. Además, en la época de sanción de nuestra Constitución, la prensa constituía el medio de comunicación más relevante para la formación de la opinión pública. El otro medio, en aquellos tiempos, era el teatro, pero con un alcance mucho más restringido.

Los demás canales de comunicación social advinieron muchos años después. Tal el caso de la radio (comenzó a funcionar en Buenos Aires en 1920), el cine (en la primera década del siglo XX se exhibió en nuestro país la primera película) y la televisión (llegó a la Argentina en 1951).

Sin embargo, la expresión "libertad de prensa" fue adquiriendo un alcance sumamente amplio, que comprende no sólo a cualquier medio gráfico, sino también a todos los medios de comunicación social.

El art. 14, al asegurar la libertad de prensa, prohíbe la censura previa. Se debe entender por "censura" todo medio o procedimiento

destinado a obstaculizar, controlar o restringir la libre expresión de las ideas.

Al prohibir la censura “previa”, el constituyente pretendió desterrar el antiguo procedimiento de revisión anterior de las publicaciones por parte del gobierno. Este sistema ha sido, desde hace tiempo, reemplazado por instrumentos de censura más sofisticados y también más efectivos, como, por ejemplo, la desigual distribución de la propaganda oficial, la manipulación en la distribución del papel, la violación del secreto periodístico, las amenazas y los actos intimidatorios, las interferencias en medios orales, etc. Por ello se debe interpretar que la censura que veda el art. 14 es aquella que se ejerce antes, durante o después de la difusión.

Entendemos que esta prohibición es aplicable no sólo a la prensa, en sentido estricto, sino también a los demás medios de comunicación social. La naturaleza específica de cada medio, no obstante, determinará el grado de incidencia del poder público en el ejercicio de su facultad reglamentaria, que en esta materia ha de ser utilizada con extrema cautela.

Cabe destacar que la protección contra la censura siempre fue considerada como una tutela frente a los órganos administrativos del Estado y no como una imposibilidad de actuación de los órganos judiciales ante eventuales abusos de la prensa. Sin embargo, algunos casos recientes han ampliado la consideración del tema frente a la posibilidad de que se pueda ejercer censura utilizando influencia ante los jueces para que éstos obren como la autoridad administrativa lo haría.

Los casos “Verbitsky, Horacio y otros s/denuncia apología del crimen” de 1989 y “Servini de Cubría, María Romilda s/amparo” de 1992⁶⁵, resueltos por la Corte Suprema de Justicia, han advertido acerca de esta posibilidad.

Si bien ha habido cuestionamientos serios ante la posibilidad de censura judicial, estimamos que tales reclamos están dirigidos más al requerimiento de un Poder Judicial realmente independiente y creíble, que a descartar la actuación de éste, incluso con carácter previo, cuando ello sea verdaderamente necesario.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) ha establecido también este criterio amplio al disponer que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los

⁶⁵ Fallos 312:916 y 315:1943, respectivamente.

demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” (art. 13.2).

Con respecto a la censura, el Pacto especifica que “no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información, o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones” (art. 13.3).

También se aclara que “los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia” (art. 13.4).

La Convención fija también limitaciones, al disponer que “estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional” (art. 13.5).

Respecto al empleo de medios indirectos de censura, tales como la desigual distribución de la publicidad oficial, cabe reparar brevemente en algunos casos relevantes de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de La Nación.

En el año 1997, en el caso “Emisiones Platenses SA s/acción de amparo”⁶⁶, entendió que los arts. 14 y 32 de la CN y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no consagran un derecho implícito de las empresas periodísticas a obtener fondos estatales en concepto de publicidad. Que la admisión del derecho –implícito– a recibir publicidad del Estado convertiría a la empresa periodística –por el solo hecho de serlo– en una categoría privilegiada respecto de otras industrias con violación a lo dispuesto por el art. 16 de la Constitución Nacional, ya que la relevante posición en que se encuentra la libertad de prensa dentro del sistema constitucional argentino no la transforma en una garantía hegemónica de todos los otros derechos tutelados y exenta de todo control jurisdiccional.

Diez años después, en el caso “Editorial Río Negro”⁶⁷, la Corte entendió que si bien no puede afirmarse la existencia de un derecho

⁶⁶ Fallos 320:1191 del 12/6/1997.

⁶⁷ Fallos 330:3908, “Editorial Río Negro SA v. Provincia del Neuquén s/amparo” del 5/9/2007. La empresa editorial interpuso acción de amparo contra el Poder Ejecutivo provincial, con el objeto que cese la arbitraria decisión de privar al diario “Río Negro” y a sus lectores, de la publicidad oficial que se le atribuía normalmente, como consecuencia de una serie de publicaciones referidas a una supuesta maniobra vinculada al procedimiento de integración

a recibir una determinada cantidad de publicidad oficial, existe un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos. En su voto, el juez Fayt sostuvo que la negativa del gobierno provincial de otorgar publicidad oficial a un diario local conculcaba la libertad de prensa amparada por los arts. 14 y 32, CN, toda vez que si bien no existe un derecho intrínseco a recibir fondos oficiales por publicidad, cuando el Estado asigna esos recursos de forma discriminatoria se viola el derecho a la libre expresión.

El gobierno debe evitar las acciones que intencional o exclusivamente estén orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa y también aquellas que llegan indirectamente a ese resultado. Basta con que la acción gubernamental tenga ese objetivo para que se configure un supuesto de afectación a dicha libertad y tiene la carga argumentativa de probar la existencia de una razón que lo justifique.

En el año 2011, la Corte Suprema mantuvo el criterio expuesto en el precedente "Editorial Río Negro", al fallar en el caso "Editorial Perfil SA y otro v. Estado Nacional s/amparo"⁶⁸ en el cual se suscitaba una cuestión sustancialmente análoga a la examinada en los autos "Emisiones Platenses SA".

En el caso "Editorial Perfil SA" el Címero Tribunal federal dejó sentado que la decisión del Estado de dar o no publicidad permanece dentro del ámbito de la discrecionalidad estatal, pero si decide darla debe hacerlo cumpliendo dos criterios constitucionales: 1) no puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios sobre la base de criterios discriminatorios y 2) no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión, por lo que tiene a su disposición muchos criterios distributivos, pero cualquiera que sea el que utilice, debe mantener siempre una pauta mínima general para evitar desnaturalizaciones.

Asimismo, sostuvo que si el otorgamiento de la propaganda oficial es un arbitrio discrecional de la autoridad competente, que se concede o retira a modo de recompensa o de castigo y si ello gravita sobre la

del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Neuquén, lo que habría generado, como represalia, la reducción de la publicidad oficial. La Corte, por mayoría, admitió la demanda y requirió al gobierno provincial que en el plazo de un mes establezca la distribución de la pauta publicitaria con un criterio compatible con los principios constitutivos de la libertad de prensa.

⁶⁸ Fallos 334:109 del 2/3/2011. Las empresas "Editorial Perfil SA" y "Diario Perfil SA" promovieron acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional con el objeto que se ordene a esa autoridad el cese inmediato de la política discriminatoria que se llevaba a cabo contra la demandante, consistente en excluir de la pauta publicitaria oficial a las revistas "Noticias" y "Fortuna" —editadas por la primera de las empresas mencionadas— y al diario "Perfil", editado por la segunda.

fuelle preferente de financiamiento del medio, no es aventurado sostener que unos serán proclives a endulzar sus críticas al gobierno de turno para mantener la que les fue asignada y otros, para alcanzarla; la intención ilícita no es condición *sine qua non* para que se configure una violación a la libertad de prensa por lo que es irrelevante que se haya actuado o no con ánimo de discriminar al medio en razón de sus ideas y que éste haya probado o no tal intención ya que, a los efectos de brindar la protección que deriva de los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, es suficiente con que resulte un tratamiento desparejo y que éste no se encuentre debidamente justificado (voto de los jueces Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay, con remisión a la disidencia de los jueces Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y Gustavo A. Bossert en el caso "Emisiones Platenses").

b) Los límites a la libertad de prensa

La libertad de prensa —entendida en su concepto amplio— es uno de los derechos más firmemente protegidos en nuestro régimen constitucional. Y ya dijimos que hay razones fundadas para ello.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en el caso "Saucedo, Daniel Horacio v. Editorial Sarmiento SA y otros s/daños y perjuicios" del 17/3/1998, Fallos 321:412, que "la libertad de expresión e informar tiene un lugar preeminente en nuestro sistema republicano". También que "entre las libertades que la Constitución nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal" (caso "Emisiones Platenses SA s/acción de amparo" de 1997⁶⁹).

Con reiteración el Máximo Tribunal de la República ha afirmado el mismo criterio (caso "Pandolfi, Oscar Raúl v. Rajneri, Julio Raúl" de 1997⁷⁰).

Sin embargo, la libertad de prensa, como cualquier otro derecho constitucional, no es absoluta. El propio art. 14 de la Constitución establece que el ejercicio de los derechos que enumera —entre ellos, el de publicar las ideas por la prensa sin censura previa— está sujeto "a las leyes que [lo] reglamenten".

⁶⁹ Fallos 320:1191 (voto en disidencia de los jueces Gustavo Bossert, Carlos Fayt y Enrique Petracchi).

⁷⁰ Fallos 320:1272. Esta misma expresión fue utilizada por la Corte Suprema en otros pronunciamientos, entre los cuales cabe citar a los casos "Locche, Nicolino v. Miguez, Daniel Aldo y otros" de 1998, Fallos 321:2250; "Cancela, Omar Jesús v. Arrear SAI y otros" de 1998, Fallos 321:2637; "Recasens, Norberto L. v. Editorial Atlántida SA y otro" de 2000, Fallos 323:3518; y "Baquero Lazcano, Silvia v. Editorial Río Negro SA" de 2003, Fallos 326:4136).

Uno de los límites que tiene la libertad de prensa es la potestad reglamentaria del Estado, que en este caso y por propio mandato constitucional, debe ser, además de razonable, mínima. Otro límite lo constituyen los legítimos derechos de los demás. No se puede utilizar la libertad de prensa para ofender el honor o invadir impunemente la intimidad de las personas. En este caso, se trata de lograr un delicado equilibrio entre la libertad de prensa, como rasgo prominente y necesario de la libertad política y los derechos personales, que son también anteriores al Estado mismo.

Salvaguardando, en todos los casos, la relevancia que el derecho a la libre expresión e información tiene en nuestro sistema republicano, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en general, se ha pronunciado sosteniendo que este derecho “no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles” (casos “Morales Solá, Joaquín Miguel s/injurias”⁷¹ de 1996 y “Ramos, Juan José v. LR3 Radio Belgrano” de 1996⁷², entre muchos otros). En otros pronunciamientos, empero, se ha hecho mención al carácter absoluto que revestiría la libertad de prensa⁷³.

Otra controversia, no menos relevante, ha suscitado la sanción de la ley 26.522, denominada “Ley de medios”, que tiene el propósito de regular el funcionamiento de los servicios de comunicación audiovisual en todo el ámbito territorial de la República Argentina y el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento, democratización y universalización del aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (art. 1°).

Si bien la norma tiene aspectos muy valorables, algunas de sus disposiciones fueron objeto de cuestionamientos en relación con su posible inconstitucionalidad, que incluso fue reconocida en algunos pronunciamientos judiciales.

Más recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, decidió revocar la sentencia recurrida en cuanto declaró

⁷¹ Fallos 319:2741.

⁷² Fallos 319:3428.

⁷³ En el caso “Petric Domagoj, Antonio v. Diario Página 12” de 1998 (Fallos 321:885), puede leerse que “en nuestro texto constitucional la libertad de prensa es absoluta, no puede ser objeto de restricciones o reglamentaciones, y la finalidad de ese carácter absoluto no es la de tutelar a los propietarios de los medios de comunicación social sino a toda la sociedad, evitando los riesgos que genera su reglamentación” (voto en disidencia del juez Augusto C. Belluscio). También pareciera seguir este mismo criterio los votos del juez Carlos S. Fayt en los casos “S., V. v. M., D. A. s/medidas precautorias” de 2001 (Fallos 324:975) y “Guazzoni, Carlos Alberto v. El Día SA” de 2001 (Fallos 324:4433).

la inconstitucionalidad del art. 45 de la ley 26.522 (que fija un límite a la cantidad de licencias concentradas), ap. 1°, inc. c), y párrafo final; ap. 2°, incs. c) y d), y párrafo final, ap. 3°, en su totalidad y ap. 2°, inc. b), en cuanto se refiere a la limitación a la titularidad del registro de una señal de contenidos, y del art. 48, 2° párr. (que descarta la figura de un derecho adquirido por parte de las empresas que tienen más licencias de las permitidas)⁷⁴.

La ley, en consecuencia, a juicio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación resulta constitucional; empero hemos de abogar para que su aplicación se ajuste estrictamente a los principios y normas de la Constitución Nacional.

c) La doctrina de la real malicia

En 1964 la Corte Suprema de los Estados Unidos sentó un precedente de relevancia al resolver el caso “Sullivan v. The New York Times”. Este periódico había publicado, bajo el título de “Escuchad voces clamorosas”, una solicitada que describía algunos hechos inexactos, formulaba quejas y hacía imputaciones a la policía de Montgomery (Alabama) por el trato dispensado a militantes negros. El jefe del Departamento de Policía de Montgomery –Sullivan– se consideró agraviado por la publicación y entabló una acción judicial contra los firmantes de la solicitada y contra el periódico. Un tribunal de Alabama, luego de comprobar la falsedad de las afirmaciones de la solicitada, condenó al diario y a los firmantes de ella a pagarle a Sullivan una indemnización.

La Corte de los Estados Unidos revocó el fallo al entender que “la garantía constitucional exige una regla federal que prohíba a un funcionario público resarcirse por daños a raíz de una falsedad difamatoria relacionada con su conducta oficial, a menos que demuestre que la declaración fue hecha con malicia verdadera, es decir, con co-

⁷⁴ Expte. G. 439.XLIX. REX, fallo del 29/10/2013. El juez Maqueda, en disidencia parcial, sostuvo la constitucionalidad de los arts. 41 y 45 de la ley 26.522. Asimismo, entendió que es inconstitucional el art. 48, 2° párr., aclarando que la actora debía conservar las licencias que le fueron formalmente otorgadas por el término de su plazo de vigencia, considerando inoficioso pronunciarse acerca del planteo de inconstitucionalidad del art. 161 que fija un plazo de un año para adecuarse a la ley. La jueza Argibay, en disidencia parcial, se pronunció por confirmar parcialmente la sentencia en cuanto había declarado constitucionalmente válido el efecto del art. 41 de la ley sobre las licencias de las que son titulares las empresas demandantes. Empero, revocó parcialmente aquella y hace lugar a la demanda, declarando el derecho de los accionantes a continuar con las licencias hasta el vencimiento del plazo por el cual fueron otorgadas, sosteniendo la inconstitucionalidad de los arts. 48 y 161. El juez Fayt, en disidencia, entendió que los arts. 41, 45 –con excepción del ap. 2°, incs. a) y b)– y 48, 2° párr., de la ley 26.522 resultan inconstitucionales.

nocimiento de que era falsa o con temeraria negligencia respecto de si era o no falsa”.

La propia Corte norteamericana utilizó en varios casos posteriores este mismo fundamento, que se ha difundido con el nombre de *doctrina de la “real malicia” (actual malice) o del descuido temerario (reckless disregard)*.

Algunos fallos de nuestra Corte Suprema de Justicia, en los últimos años, han comenzado a aplicar este criterio. La doctrina de la real malicia empezó a insinuarse en el caso “Campillay, Julio César v. La Razón, Crónica y Diario Popular” de 1986⁷⁵.

Asimismo fue expresamente invocada por la Corte en los casos “Costa, Héctor Rubén v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros” de 1987 y “Vago, Jorge Antonio v. Ediciones La Urraca” de 1991⁷⁶. En este último, dicho criterio contó con el voto de la mayoría e incluso se extendió su aplicación a las informaciones referidas a “cuestiones públicas, a funcionarios, figuras públicas o particulares involucrados en ella”.

También hizo mención de esa doctrina en los casos “Abad, Manuel Eduardo y otros” de 1992 y “Triacca, Alberto J. v. Diario La Razón y otros” de 1993⁷⁷.

Sin embargo, en las causas “Suárez, Facundo R. v. Cherashny, Jorge G.” y “Rodríguez, Horacio”, ambas de 1995, el mismo tribunal denegó la aplicación de la doctrina de la real malicia que había sido solicitada por las partes afectadas. En la primera votaron en disidencia los jueces Boggiano, Fayt y Petracchi; en la segunda, los jueces Boggiano y Fayt⁷⁸.

En el caso “Morales Solá, Joaquín Miguel”⁷⁹ de 1996, la Corte, al revocar una sentencia condenatoria de segunda instancia que consideró arbitraria, reiteró el criterio favorable a la aplicación de la jurisprudencia derivada de la causa “Sullivan v. The New York Times”.

Existen referencias concretas a la doctrina de la real malicia en varios fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación posteriores a los ya citados⁸⁰.

⁷⁵ Fallos 308:789.

⁷⁶ Fallos 310:508 y 314:1517, respectivamente.

⁷⁷ Fallos 315:632 y Fallos 316:2416, respectivamente.

⁷⁸ Fallos 318:823 y 318:1114, respectivamente. Acerca de la aplicación de este criterio se puede consultar el sustancial aporte de BARRANCOS Y VEDIA, Fernando N., “La doctrina de la real malicia en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, LL 1995-E-871.

⁷⁹ Fallos 319:2741.

⁸⁰ Pueden citarse en ese sentido, entre otros, los siguientes casos: “Gesualdi, Dora Mariana v. Cooperativa Periodistas independientes Limitadas y otros s/cumplimiento ley 23.073” de 1996, Fallos 319:3085; “Ramos, Juan José v. LR3 Radio Belgrano y otros” de 1996, Fallos

En el año 2008, en la causa “Patitó”⁸¹ el más Alto Tribunal de la República reiteró que lo que es materia de discusión y prueba para la aplicación de la real malicia es el conocimiento que el periodista o medio periodístico tuvo (o debió tener) de esa falsedad o posible falsedad. El factor subjetivo del concepto “real malicia” (conocimiento de la falsedad o indiferencia negligente sobre la posible falsedad) no se configura por una presunción (derivada de la sola evidencia de daño); debe ser materia de prueba por parte de quien entable la demanda contra el periodista o medio periodístico.

Más recientemente, en el caso “Dahlgren”⁸² la Corte Suprema aplica la doctrina de la real malicia a la publicación de una carta de lectores en un periódico.

Allí sostuvo que la libertad de expresión no comprende tan solo la tutela de las afirmaciones “verdaderas” sino que se extiende a aquellas que, aun no correspondiéndose con la realidad, han sido emitidas de una forma tal que no merece un juicio de reproche de suficiente entidad.

En la mayoría de los casos, la Corte consideró que la aplicación de esta doctrina sólo podía tener lugar cuando quien demandaba a un medio periodístico, ante un supuesto abuso de éste, era un funcionario público⁸³.

319:3428; “Pandolfi, Oscar Raúl v. Rajneri, Julio Raúl” de 1997, Fallos 320:1272; “Rudaz Bissón, Juan Carlos v. Editorial Chaco SA s/indemnización de daños y perjuicios” de 1998, Fallos 321:667; “Amarilla, Juan H. s/recurso extraordinario en autos ‘Govein, Diego Rodolfo s/querrela por injurias v. Amarilla, Juan H.’” de 1998, Fallos 321:2558; “Menem, Eduardo s/querrela por calumnias e injurias” de 1998, Fallos 321:2848; “Díaz, Daniel Darío v. Editorial La Razón y otros” de 1998, Fallos 321:3170; “Alzogaray, María Julia s/querrela por injurias” de 1998, Fallos 321:3404; “Rimel, Eduardo G. y Singerman, Jacobo s/art. 109 del Código Penal” de 1998, Fallos 321:3596; “Baquero Lazcano, Silvia v. Editorial Río Negro SA” de 2003, Fallos 326:4136; “Perini, Carlos Alberto y otro v. Herrera de Noble, Ernestina” de 2003, Fallos 326:4285; “Roviralta, Huberto v. Editorial Tres Puntos SA s/daños y perjuicios” de 2004, Fallos 327:789 y, “Guerineau, Horacio Laurindo v. La Gaceta SA s/daños y perjuicios” de 2004, Fallos 327:943.

⁸¹ Fallos 331:1530, caso “Patitó, José Ángel y otro v. Diario La Nación” del 24/6/2008. El Cuerpo Médico Forense inició demanda contra el diario “La Nación” y contra un periodista con el objeto de que se los condenara a resarcir los daños que les habrían provocado las notas publicadas y una editorial.

⁸² Fallos 333:2079, caso “Dahlgren, Jorge Eric v. Editorial Chaco SA s/daños y perjuicios” del 9/11/2010. El actor interpuso demanda por daños y perjuicios contra la “Editorial Chaco SA” por la publicación de una carta de lectores titulada “Una auditoría que inhabilita” en el diario Norte (propiedad de esa editorial), que lo cuestionaba por su rol como vicepresidente y luego como presidente del ex Instituto de Previsión Social de la provincia.

⁸³ Sostuvo la Corte en el caso “Díaz, Daniel Darío”: “Cuando los que piden el resarcimiento por falsedades difamatorias son funcionarios públicos o personajes públicos, debe probarse que la información (por hipótesis falsa) fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia, en cambio cuando se trata de simples particulares que reclaman daños y perjuicios por noticias de carácter difamatorio, basta la negligencia

En otros casos, empero, dejó abierta la posibilidad de aplicar la doctrina de la real malicia con abstracción de que fuera un dependiente del Estado la persona que reclamaba ante la justicia un presunto ilícito cometido por la prensa⁸⁴, aunque en estos casos requirió que la cuestión en debate tuviera interés público.

Más allá de estas discusiones, que siguen abiertas en la jurisprudencia de la Corte, la doctrina de la real malicia parece haberse incorporado entre los recursos jurídicos más requeridos cuando se trata de resolver los posibles abusos a la libertad de expresión, sobretudo si quien resulta afectado es un funcionario o empleado del Estado. Sin embargo, la propia Corte parece no considerar definitivamente arraigada esta doctrina exótica⁸⁵.

d) El secreto de las fuentes de información

La reforma constitucional de 1994 amplió las garantías explícitas inherentes a la libertad de expresión, estableciendo en el art. 43 y con referencia al procedimiento del hábeas data, que “no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información”.

Si bien la mención de esta garantía aparece en ocasión del tratamiento del hábeas data, estimamos que tiene plena vigencia tanto dentro como fuera de ese procedimiento. Es, además, una condición sustantiva indispensable para la existencia de la libertad de prensa. De allí que entendíamos que antes de la citada reforma constitucional tenía carácter implícito. Su inserción expresa en el texto constitucional la consideramos, en consecuencia, acertada y oportuna.

precipitada o simple culpa... Si tanto el actor cuanto su padre eran sólo ciudadanos basta con la acreditación de la simple culpa, aun cuando se considere que el tema sobre el que versaba la nota era de interés público o general” (voto del juez Petracchi).

⁸⁴ Expresó la Corte en el citado caso “Pandolfi”: “Con la aplicación de la regla constitucional conocida como la real malicia se procura un equilibrio razonable entre el ejercicio de la función institucional de la prensa en un régimen democrático y la protección de los derechos individuales que pudieran ser afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas y aun particulares intervinientes en cuestiones de interés público, objeto de la información o crónica”. En el mismo sentido puede verse el voto del juez Boggiano en la causa “Amarilla, Juan”, antes referida y los votos de los jueces Boggiano y Fayt en la causa “Kimel, Eduardo”.

⁸⁵ Fallos 326:4285. En el caso “Pierini, Carlos Alberto y otro v. Herrera de Noble, Ernestina” de 2003, afirmó la Corte que “respecto al agravio referido a que la controversia debió ser examinada a la luz del estándar jurisprudencial norteamericano de la real malicia, cabe aclarar que aun en la hipótesis de admitirse en nuestro sistema jurídico dicha doctrina —con la consiguiente adopción de un factor subjetivo de atribución agravado—, lo cierto es que no alcanzaría a la solución *sub examine*, toda vez que no se hallan implicados asuntos institucionales o de interés público ni si se hace referencia a funcionarios, figuras públicas o particulares involucrados en temas de interés público” (voto del juez Guillermo A. F. López).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con relación al art. 43, 3º párrafo de la Constitución Nacional, ha sostenido que este precepto debe ser interpretado en función del objetivo que se quiso tutelar con dicha norma, que es el de favorecer el derecho a la información de los ciudadanos y permitir un debate libre y desinhibido de las cuestiones de interés público, aunque también aclaró “que dicha disposición legal no debe ser entendida como un artificio para que los órganos de prensa puedan eludir las consecuencias que eventualmente pudieran corresponder por la difusión de noticias inexactas o agraviantes cuyo origen se desconoce” (caso “Bruno, Arnaldo Luis v. Sociedad Anónima La Nación” de 2001⁸⁶).

XV. EL DERECHO DE RÉPLICA

El derecho de réplica —o “de rectificación y respuesta”, como debe denominárselo— es la facultad que tiene toda persona mencionada por un medio de difusión, en forma errónea o agravante, para utilizar el mismo medio a fin de hacer la aclaración o reparar el agravio. No se trata de refutar opiniones vertidas por los medios de comunicación, sino de tener la oportunidad de mostrar la verdad ante el error o defender el honor si ha sido injustamente ofendido.

La Constitución no hace referencia alguna al derecho de réplica, lo cual ha dado lugar a diversos criterios doctrinales. Así, autores destacados como Linares Quintana, Badeni y Padilla⁸⁷, entre otros, interpretan que este derecho no tiene acogida constitucional.

En cambio, otros prestigiosos constitucionalistas, como Bielsa, Ramella, Bidart Campos y Ekmekdjian⁸⁸, sostienen que es un derecho implícito de raigambre constitucional. También se pronuncian en favor de su reconocimiento Fayt y Sagüés⁸⁹.

⁸⁶ Fallos 324:2419 (voto de los jueces Antonio Boggiano, Augusto C. Belluscio, Gustavo A. Bossert y Enrique S. Petracchi).

⁸⁷ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, 2ª ed., t. IV, Alfa, Buenos Aires, 1953, p. 457; BADENI, Gregorio, *Derecho constitucional...*, cit., p. 306; PADILLA, Miguel M., *Lecciones...*, cit., t. II, p. 74.

⁸⁸ BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1954, p. 248; RAMELLA, Pablo A., *Derecho constitucional*, Depalma (distribuidor), Buenos Aires, 1982, p. 334; BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. III, p. 208; SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal...*, cit., t. III, p. 91.

⁸⁹ FAYT, Carlos S., *La omnipotencia de la prensa*, La Ley, Buenos Aires, 1994, ps. 181 y ss.; SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos...*, cit., t. II, p. 127, quien señala que la reglamentación “deviene ya impostergable, a fin de instrumentar un procedimiento ágil para efectivizar dicho derecho, ciñéndolo para datos e informaciones (no opiniones ni ideas) y agravios directos (no así los indirectos). De lo contrario, el derecho de réplica podría concluir en una proliferación de demandas que atentaría contra el derecho de libre expresión”.

La Corte Suprema de Justicia se adhirió, en principio, al primer criterio (casos "Costa, Héctor Rubén v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros" de 1987, "Sánchez Abelenda, Raúl v. Ediciones La Urraca SA y otro" y "Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Neustadt, Bernardo y otros s/amparo" de 1988⁹⁰).

Cabe acotar que estos fallos fueron posteriores a la sanción de la ley 23.054 de 1984, que dispuso la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Este dato es relevante, porque el citado Pacto destinó el art. 14, precisamente, a establecer el derecho de rectificación o respuesta.

La referida norma internacional establece lo siguiente:

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Estimamos que pese a las dudas que pueden haberse presentado con respecto a nuestra Constitución, la disposición del Pacto es clara y categórica en el sentido de reconocer el derecho de rectificación o respuesta.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación recién lo reconoció al resolver el caso "Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros" de 1992⁹¹. Esta causa se originó como consecuencia de un programa televisivo en el cual su conductor invitó al escritor Dalmiro Sáenz, con quien mantuvo un diálogo periodístico. En el curso de éste, el citado escritor tuvo expresiones agraviantes hacia Nuestro Señor Jesucristo y la Virgen María. Ello motivó que el actor, invocando su condición de católico practicante, solicitara la réplica al conductor del programa mediante la lectura de una carta que le fue negada. Ante ello, recurrió a la justicia por vía de la acción de amparo. El caso fue rechazado en primera y segunda instancia y luego, resuelto favorablemente por la Corte, por mayoría⁹².

⁹⁰ Fallos 310:508, 311:2553 y 311:2497, respectivamente.

⁹¹ Fallos 315:1493.

⁹² El derecho de rectificación o respuesta ha tenido importante acogida en el derecho público provincial. Lo consagran expresamente las Constituciones de Catamarca (art. 15), Chubut

En 1998 el Máximo Tribunal volvió a expedirse sobre el derecho a réplica⁹³.

XVI. EL DERECHO DE INFORMACIÓN

Hemos descripto en los párrafos anteriores los contenidos de los derechos a la libertad de expresión, la libertad de imprenta y la libertad de prensa. También nos referimos al actual desuso de la expresión "libertad de imprenta" y a la frecuente utilización de la expresión "libertad de prensa" como virtual sinónimo de "libertad de expresión". Además, son utilizadas otras denominaciones, como "libertad de opinión" y "libertad de comunicación".

En los últimos años, empero, se ha difundido particularmente la expresión "derecho de información", que abarcaría globalmente lo que en nuestro desarrollo hemos definido como "libertad de expresión". Este carácter amplio y difuso del derecho a la información —como prefiere denominarlo Ekmekdjian— abarcaría "a todo el haz de derechos y libertades que se dirigen a la expresión pública de las ideas y de las noticias"⁹⁴. El mismo autor nos recuerda que así lo ha considerado la Corte Suprema en el caso "Ponzetti de Balbín, Indalia v. Editorial Atlántida".

No objetamos el cambio de terminología, en la medida en que se siga alentando la defensa de la libertad. Sí consideramos que nos parecen más precisas las expresiones utilizadas con anterioridad.

El vocablo "información" tiene, además, un sesgo restringido que atañe a la acumulación de datos y que pareciera excluir lo que se suele mencionar como "libertad de opinión".

Por lo demás, creemos necesario hacer una distinción entre el "derecho de información" y el "derecho a la información". El primero es la facultad que tienen las personas para transmitir información a los demás. El derecho a la información, en cambio, es la prerrogativa que tiene tanto la sociedad en su conjunto, como cada hombre en particular, para recibir información adecuada. Ambos aspectos aparecen suficientemente reflejados en el art. 20.1 de la Constitución española de 1978, que consagra el derecho a "comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión".

(art. 15), Formosa (art. 12), Jujuy (art. 23, inc. 4º), La Pampa (art. 8º), Neuquén (art. 22), Río Negro (art. 27), Salta (art. 23), San Juan (art. 25), Santa Cruz (art. 13), Santa Fe (art. 11), Santiago del Estero (art. 20) y Tierra del Fuego (art. 47).

⁹³ Fallos 321:885 (caso "Petric, Domagoj Antonio v. Diario Página 12") y Fallos 321:2314 (caso "Rozenblum, Horacio Bernardo v. Vigil, Constancio Carlos y otros").

⁹⁴ EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Derecho a la información*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 1.

XVII. LOS DERECHOS DE ENSEÑAR Y APRENDER

a) Aspectos generales

La Constitución Nacional asegura a todos los habitantes los derechos de enseñar y aprender, según la última frase del art. 14.

La expresión “derecho de enseñar” hace referencia a la facultad que debe reconocérsele a toda persona, física o ideal, pública o privada, para ejercer la docencia. Debe entenderse como *derecho a educar*.

Correlativamente, el derecho de aprender alude a la prerrogativa que tiene toda persona para capacitarse y formarse integralmente. Se la debe entender, en consecuencia, como *derecho a educarse*.

Dos observaciones preliminares nos merece la norma constitucional. Creemos que la educación configura un proceso que se integra con la enseñanza y el aprendizaje; de allí que no resulte conveniente distinguir tan definitivamente el derecho a la enseñanza del derecho al aprendizaje. En todo caso, nos parece preferible referirnos al *derecho a la educación*, que comprende a ambos.

También estimamos que la mención del aprendizaje debe ser prioritaria con respecto a la enseñanza. Todo el proceso educativo está orientado al objetivo central del aprendizaje, del cual es tributaria la enseñanza.

En la actualidad, las constituciones más modernas han abandonado la referencia a los derechos de enseñar y aprender, reemplazándola por otras menciones más precisas, como “derecho a la educación”, “derecho a la libertad de cátedra”, “derecho de los padres a elegir la educación de los hijos”, etcétera.

La educación es un proceso necesariamente largo y profundo que contribuye en forma decisiva a la humanización de la persona. El cultivo solidario y ordenado de los valores sólo puede lograrse a partir de una honda preocupación por el hombre. Educación y humanismo constituyen conceptos equivalentes: ambos expresan un estado de perfección y plenitud del ser humano. La educación es una actividad totalizante porque está dirigida a la formación de las cualidades intelectuales, morales y espirituales.

El derecho de aprender –“derecho a la educación”, en la terminología actual– hace referencia al derecho que tiene toda persona a educarse, está generalmente admitido y ha sido reconocido en todas las declaraciones de derechos humanos. Ello implica la necesidad de abolir toda restricción arbitraria, como la derivada de la discriminación por razones de raza, edad, sexo, religión, medios económicos, etc. Habrá que asegurar, en consecuencia, la igualdad de posibilidades,

no sólo para el ingreso a los ciclos educativos, sino también para la permanencia en ellos.

La reforma llevada a cabo en 1994 agregó en el texto constitucional una nueva disposición, según la cual le corresponde al Congreso “sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales” (art. 75, inc. 19, 3^{er} párrafo).

Si bien es cierto que el Estado debe asegurar la efectiva vigencia de estos derechos, no hay que olvidar que les incumbe a los padres la primera obligación de dar educación a sus hijos. Negar este derecho equivale a negar la existencia de la familia como célula natural y primera de la sociedad.

Al Estado le corresponde tutelar la efectiva realización de este derecho de todos; corregir las desigualdades y discriminaciones; especificar las condiciones mínimas; propiciar y estimular las iniciativas que surjan en la sociedad, y suplirlas cuando fuere estrictamente necesario.

Los derechos de enseñar y de aprender se hallan reglamentados por la nueva Ley de Educación Nacional 26.206, sancionada el 14 de diciembre de 2006. En el orden universitario, la materia está regida por la Ley de Educación Superior 24.521, sancionada el 20 de julio de 1995, cuya constitucionalidad ha sido objeto de cuestionamientos.

b) La libertad de cátedra

Con esta denominación se hace referencia al derecho de los docentes a dictar su asignatura con libertad de opinión. Ello no excluye, desde luego, las limitaciones razonables que no violenten dicho principio. Este derecho también se halla acotado por las finalidades y objetivos que persiguen los establecimientos privados, especialmente los de carácter confesional, instituciones que pueden exigir, en tal caso, coherencia con dichos postulados generales.

El art. 46 de la ley 24.195, en su inc. a), establece que les corresponde a los docentes “ejercer su profesión sobre la base del respeto a la libertad de cátedra y a la libertad de enseñanza, en el marco de las normas pedagógicas y curriculares establecidas por la autoridad educativa”.

c) El derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos

Consideramos que constituye un derecho insoslayable de los padres elegir para sus hijos el tipo de educación que guarde mayor identidad con sus propios ideales. Para que esta libertad pueda ser ejercida es necesario que se les ofrezca a los padres diferentes propuestas, que incluyan la enseñanza religiosa.

Se ha pretendido ver en la enseñanza laica una escuela neutra y apta para todos porque se desentiende de la enseñanza religiosa. Consideramos que lejos de satisfacer este ideal, crea una discriminación inaceptable. El Estado debe respetar la libertad de conciencia, reconociendo a cada uno el derecho de acceder a una cultura que respete y desarrolle las propias convicciones espirituales.

Con buen criterio, la Constitución de la Provincia de Córdoba de 1987 establece que “los padres tienen derecho a que sus hijos reciban, en la escuela estatal, educación religiosa o moral, según sus convicciones” (art. 62, inc. 5º, 2ª parte).

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece que los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos (art. 26, *in fine*).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica establece que los padres y, en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 12, ap. 4º).

En el año 2006 se sancionó la ley 26.150 que creó el Programa Nacional de Educación Sexual Integral. La norma generó tensos debates en los que se expresaron, al menos, dos posiciones enfrentadas en torno a la competencia y a la responsabilidad del Estado ante el tema de la sexualidad en el campo de la educación y en la formación de los niños y adolescentes. Mientras unos creían necesario que el Estado asumiera un papel activo; otros no lo aceptaban. Uno de los argumentos más estrictos de los grupos tradicionales estaba centrado en el hecho de que son las familias –en el ámbito de su privacidad– las que tienen la responsabilidad primaria sobre la educación sexual de los hijos y toda injerencia del Estado en ello era considerada como una vulneración de la libertad de los padres.

XVIII. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN

El derecho de asociación ampara la posibilidad de que las personas constituyan y participen en agrupaciones permanentes, organiza-

das con la finalidad de alcanzar fines específicos que habitualmente no pueden lograr por sí solas.

Este derecho natural tiene fundamento en el instinto gregario del hombre. Por tanto, se ha de reconocer que si el ser humano es libre, esa libertad también implica el derecho de unirse a otros hombres para obtener objetivos específicos.

En la actualidad, el derecho de asociación tiene amplísima difusión porque el hombre necesita cada vez más agruparse con sus semejantes en pos de objetivos comunes.

El derecho de asociación también está especialmente relacionado con la participación política. No debe extrañar, por ello, que en nuestro sistema institucional los partidos políticos hayan fundado su acogida constitucional –antes de la reforma de 1994– en el derecho a la asociación. Se dice, con razón, que los derechos de asociación y reunión representan la antesala de la participación política. Por el contrario, los sistemas totalitarios cercenan este derecho procurando el aislamiento de las personas para garantizar su propia consolidación.

La Constitución Nacional lo contempla expresamente, al establecer en el art. 14 que todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de “asociarse con fines útiles”.

La cláusula constitucional reconoce como fuente el art. 16 del Proyecto de Alberdi, aunque éste prefirió emplear la frase “asociarse y reunirse con fines lícitos”.

Comparando ambas expresiones, nos parece más acertada la utilizada por Alberdi. Por un lado, porque es más abarcativa; por el otro –como lo explica Ekmekdjian–, porque el adjetivo “lícito”, empleado por Alberdi, es unívoco y preciso. En cambio, el adjetivo “útil” está relacionado con conceptos de provecho, lucro y utilitarismo⁹⁵.

Pese a que compartimos la crítica, estimamos que la expresión “útil” debe ser entendida en sentido amplio, no restringido necesariamente al ámbito material. Algunos autores consideran, incluso, que el carácter de “gratuidad” integra el concepto de “asociación”, al amparo del derecho del mismo nombre. En cambio, las sociedades comerciales hallarán fundamento en la libertad de contratar más que en el derecho de asociación.

Al establecer nuestra Constitución el derecho de asociarse con fines útiles, creemos que ha pretendido retacear tutela constitucional a aquellas formas de asociación que están en pugna con los principios que inspiran a nuestra Ley Fundamental.

⁹⁵ Conf. EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional*, t. 1, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 621.

En el caso "Comunidad Homosexual Argentina v. Resolución Inspección General de Justicia", fallado en 1991⁹⁶, la Corte Suprema se abocó a la consideración de la problemática vinculada a la posible utilidad que podría tener una asociación de homosexuales cuya finalidad era la protección de éstos frente a actos de discriminación.

Si bien en el caso citado prevaleció el criterio negativo, al sostener que la referida asociación tenía objetivos que estaban en pugna con los principios sustentados por nuestro ordenamiento jurídico, entendemos que aun este tipo de asociación se halla protegido por la Constitución. Nos adherimos, en consecuencia, a las críticas que han formulado, entre otros, Bidart Campos y Sagüés al pronunciamiento de la Corte⁹⁷.

En el derecho de asociación cabe reconocer una faz positiva –el derecho a asociarse– y una faz negativa –el derecho a no asociarse–, que son consecuencia de la garantía de un ámbito de voluntad que ese derecho debe proteger.

A pesar de este principio general, es relativamente frecuente la exigencia de ciertos tipos de asociación obligatoria en los cuales esa autonomía de la voluntad es casi irrelevante. Los ejemplos son múltiples y variados: afiliación obligatoria a regímenes previsionales o de asistencia social con fines de solidaridad, a organizaciones sindicales, a colegios profesionales, etcétera.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido elaborando una importante jurisprudencia en la materia. Así, en el caso "Inchauspe Hnos., Pedro v. Junta Nacional de Carnes" resuelto en 1944⁹⁸, convalidó un caso de asociación compulsiva dispuesto por la ley 11.747, que había determinado la agremiación obligatoria de los productores ganaderos. Al hacerlo consideró que la limitación era razonable, en cuanto pretendía asegurar el bienestar general, la salud pública y la prosperidad del Estado. Dicho criterio fue reiterado por la Corte en el caso "CAVIC v. Juan Maurín y Cía. SRL" de 1970⁹⁹.

En relación con la asociación compulsiva a los colegios profesionales, si bien la Corte tuvo un comienzo vacilante, en el cual incluso se pronunció por la inconstitucionalidad de esos sistemas (caso

⁹⁶ Fallos 314:1531.

⁹⁷ BIDART CAMPOS, Germán J., "El fallo de la Corte Suprema en el caso de la Comunidad Homosexual Argentina", JA 1992-I-915; SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos...*, cit., t. II, ps. 158/9. También se puede ver los sustanciales aportes de MORELLO, Augusto M., "La homosexualidad frente a la Constitución", JA 1992-I-271; LOÑ, Félix R., "Consideraciones sobre el rechazo de la personalidad jurídica a la Comunidad Homosexual", JA 1992-I-280, y MARIENHOFF, Miguel S., "Homosexualidad y libertades públicas", LL 1991-E-1455.

⁹⁸ Fallos 199:483.

⁹⁹ Fallos 277:147.

"Constantino Sogga y otros" de 1945¹⁰⁰), luego consolidó un amplio reconocimiento, especialmente a partir del caso "Colegio de Médicos de la Segunda Circunscripción v. Mario Sialle" de 1957¹⁰¹. Más recientemente, la Corte convalidó esta postura en la causa "Ferrari, Alejandro Melitón v. Estado nacional" de 1986¹⁰².

En cambio, en el caso "Outón, Carlos José y otros s/recurso de amparo" de 1967¹⁰³, consideró inconstitucional la obligación, dispuesta por ley, de afiliarse a un sindicato para que los obreros pudieran inscribirse en un registro de aspirantes a trabajos en el puerto.

Como se podrá observar, la asociación compulsiva resulta aplicable, especialmente, en aquellos ámbitos donde la actividad reguladora del Estado asume una intervención más directa.

El Pacto de San José de Costa Rica legisla también en forma explícita sobre el derecho de asociación, estableciendo que "todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole" (art. 16.1).

Agrega, asimismo, que "el ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás" (art. 16.2).

También autoriza a imponer restricciones legales al derecho de asociación que pueden llegar, incluso, a privar del ejercicio de ese derecho a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía (art. 16.3).

En este último sentido, tengamos presente que hay igualmente, otros casos de privación del derecho de asociación, como cuando se les prohíbe a los magistrados judiciales pertenecer a los partidos políticos.

XIX. EL DERECHO DE REUNIÓN

El derecho de reunión tutela la posibilidad de que las personas se agrupen temporariamente en un lugar determinado, previa convocatoria, con el propósito de intercambiar ideas y opiniones o de ejercer la defensa de sus intereses. Este derecho constituye una prerrogativa que está ínsita en toda persona; por tanto, tiene jerarquía de derecho natural.

¹⁰⁰ Fallos 203:100.

¹⁰¹ Fallos 237:397.

¹⁰² Fallos 308:987.

¹⁰³ Fallos 267:215.

El requisito de la temporalidad distingue a la reunión de la asociación, pues esta última tiende a ser más permanente.

La convocatoria previa diferencia a las reuniones de las meras aglomeraciones que tienen naturaleza accidental.

Otra característica de las reuniones está dada por la existencia de objetivos y finalidades específicos.

Hay también agrupamientos humanos momentáneos que sólo reúnen parcialmente estos requisitos y que se hallan vinculados, en general, con el ejercicio de otras libertades (una procesión religiosa, un desfile militar, una clase, un espectáculo cultural, etc.).

El derecho de reunión, junto con el derecho de asociación, constituyen procesos primarios básicos de la participación política. Su restricción y hasta su abolición son siempre pretendidas por los regímenes totalitarios.

Las reuniones pueden ser públicas o privadas. A este respecto hay varios criterios para diferenciarlas, aunque el más aceptado es el que pone el acento en que haya o no de por medio una invitación personal.

Las reuniones privadas, a las cuales sólo se tiene acceso con una invitación personalizada, por lo general son realizadas en sitios cerrados. En cambio, las reuniones públicas suelen ser efectuadas en lugares públicos pero también en sitios privados.

Esta distinción tiene importancia, por cuanto se acepta que el poder regulatorio del Estado es mayor en cuanto al ejercicio del derecho de efectuar reuniones públicas. En las reuniones privadas, en cambio, esa facultad reglamentaria es mínima.

La Constitución Nacional no contempla expresamente el derecho de reunión; sí lo preveía el Proyecto de Constitución de Alberdi, que en su art. 16 reconocía el derecho de reunirse con fines lícitos.

Su acogida constitucional —pese a esta omisión expresa— no se discute. Su carácter de derecho natural lo ubica fácilmente en la categoría de derecho implícito en virtud del art. 33. Además, su reconocimiento surge de la interpretación *a contrario sensu* del art. 22 de la Constitución Nacional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación no sólo ha reconocido el derecho constitucional de reunión sino que le ha otorgado, además, una jerarquía relevante. En el caso "Comité Radical Acción v. Resolución del jefe de Policía de la Capital" de 1929¹⁰⁴, reconoció que "el derecho de reunión se ha considerado a la par de la libertad religiosa y de prensa, como un derecho absoluto [...] sin embargo, nunca se ha pretendido que él escape a la reglamentación de su ejercicio, autorizada por los arts. 14 y 28 de la Constitución". Estamos de acuerdo

¹⁰⁴ Fallos 156:81.

con la importancia que el derecho de reunión tiene en el marco del sistema democrático, pero entendemos que en manera alguna puede ser considerado un derecho absoluto.

Por ello, nos parecen más precisas las palabras que la Corte expuso al resolver el caso "Campana Popular de Defensa de la Ley 1420" de 1947¹⁰⁵, al expresar que "el derecho de reunión, no enunciado en la Constitución nacional, nace de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno; está implícito en el art. 33 de aquélla y se vincula con la libertad individual, de palabra y de asociación. Puede ser reglamentado por normas uniformes y razonables, que no importen su efectivo desconocimiento, en la medida [en] que lo requieran el orden y la tranquilidad públicos". Este mismo criterio fue reiterado en el caso "Trumpler, Mario y otros s/infracción al edicto de reuniones públicas" de 1951¹⁰⁶.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos dedica su art. 15 al derecho de reunión, preceptuando:

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos o libertades de los demás.

XX. EL DERECHO DE PETICIÓN

El derecho de petición es la facultad que tiene toda persona de dirigirse a los poderes públicos para reclamar su intervención o hacerle conocer un hecho u opinión en la materia de su competencia.

En el largo proceso del constitucionalismo, el derecho de petición aparece como un logro impercedero. Uno de los primeros precedentes lo hallamos en el *Bill of Rights* de 1688, en Inglaterra, cuyo art. 5° establecía:

Es un derecho de los súbditos presentar peticiones al rey, siendo ilegales las presiones y procesamientos de los peticionarios.

En la actualidad, ha decrecido la importancia del derecho de petición, sea porque media un reconocimiento mínimo más generalizado, sea por su falta de efectividad.

Se ha dicho, con razón, que la importancia de este derecho no reside en el ejercicio de la petición, sino en la necesidad de una respuesta. Empero, ésta no es exigida en muchos casos. Ello ha servido

¹⁰⁵ Fallos 207:251.

¹⁰⁶ Fallos 220:1410.

para que se catalogue al derecho de petición como un derecho inocuo o un derecho inofensivo.

La Constitución Nacional lo ha previsto expresamente en el art. 14, al asegurar a todos los habitantes el derecho de "peticionar a las autoridades". La fórmula empleada es similar a la utilizada por Alberdi en su Proyecto de Constitución que consagraba el derecho de "peticionar a todas las autoridades".

Puede ser sujeto activo de este derecho toda persona física o colectiva. Entendemos que el sujeto pasivo es toda autoridad pública de cualquiera de los poderes del Estado. Ekmekdjian, en una postura diferente, considera que las peticiones no se agotan en las efectuadas a las autoridades, ya que también pueden ser realizadas a otro particular¹⁰⁷.

El ejercicio de este derecho no implica la correlativa obligación de respuesta por parte del Estado, salvo que la necesidad de ella esté prevista en la reglamentación respectiva. Así lo entiende la mayor parte de la doctrina constitucional (Bidart Campos, Linares Quintana, Sánchez Viamonte, Ramella, Zarini¹⁰⁸). En cambio, Padilla¹⁰⁹ considera que si mediante el ejercicio del derecho de petición se pretende obtener la tutela de un derecho subjetivo o interés legítimo, se tiene la obligación de responder. Tratándose, en cambio, de intereses simples, las autoridades no están obligadas a dar respuesta.

En una posición diferente, Ekmekdjian, Quiroga Lavié y Sagiúés¹¹⁰ se inclinan por considerar siempre obligatoria la contestación de la autoridad.

No nos caben dudas en el sentido de que esta última alternativa es la preferible, pero entendemos que no es la contemplada por la Constitución Nacional. Sí la incluyen varias Constituciones comparadas: las del Perú de 1993 (art. 1º, inc. 20), Guatemala de 1985 (art. 28), Colombia de 1991 (art. 23), Venezuela de 1961 (art. 67), Paraguay de 1992 (art. 40), entre otras, y también las de algunas provincias ar-

¹⁰⁷ Conf. EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado...*, cit., t. I, p. 503.

¹⁰⁸ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. I, p. 303. Su juicio, empero, no es categórico y hace expresa excepción de las peticiones radicadas ante órganos administrativos en el curso regular de un procedimiento, así como de las formuladas ante los tribunales de justicia. LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado...*, cit., t. IV, p. 573, sostiene que la libertad de petición supone "la obligación por parte de la autoridad correspondiente de atender al o los peticionantes; pero no llega a implicar el deber, por parte de ésta, de producir una resolución al respecto". SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de derecho constitucional*, Kapelus, Buenos Aires, 1956, p. 141; RAMELLA, Pablo A., *Derecho constitucional*, cit., p. 342; ZARINI, Helio J., *Constitución argentina*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 401.

¹⁰⁹ PADILLA, Miguel M., *Lecciones...*, cit., t. II, p. 93.

¹¹⁰ EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Manual...*, cit., p. 100; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Lecciones de derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 215; SAGIÚÉS, Néstor P., *Elementos...*, cit., t. II, ps. 164/5.

gentinas: Córdoba (art. 19), Jujuy (art. 33), Tierra del Fuego (art. 14), entre otras.

El derecho de petición, como todo derecho constitucional, es pasible de reglamentación razonable (arts. 14 y 28).

Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en el caso "Caletti Oberdan y otros v. Universidad de Buenos Aires" de 1969¹¹¹, avaló la constitucionalidad del reglamento del Colegio Nacional de Buenos Aires que prohibía a los profesores de ese establecimiento formular presentaciones colectivas ante la superioridad.

En algunos casos, el ejercicio del derecho de petición se halla prohibido. Esta restricción, que siempre deber tener fundamentos razonables, puede provenir de la Constitución o de las leyes. El art. 22 de la Constitución Nacional prohíbe peticionar en nombre del pueblo y califica a esta conducta como sedición.

El Pacto de San José de Costa Rica no hace referencia al derecho de petición.

XXI. LOS DERECHOS DE ENTRAR, PERMANECER, TRANSITAR Y SALIR DEL PAÍS

a) Aspectos generales

Estos derechos integran la libertad de locomoción y domicilio que es una faceta relevante de la libertad física en general. Por medio de ellos se tutela la facultad de cada persona de vivir en el lugar que prefiera y de trasladarse de un sitio a otro.

Los derechos de entrar, permanecer, transitar y salir del país se hallan expresamente mencionados entre los derechos de todos los habitantes (art. 14).

La cláusula constitucional respectiva guarda relación con la que proponía Alberdi en su Proyecto de Constitución, que en el art. 16 reconocía el derecho de "entrar, permanecer, andar y salir del territorio sin pasaporte".

En el ámbito internacional, estos derechos están garantizados por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de las Naciones Unidas (1948), en su art. 13.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) dedica el art. 22 a la protección de lo que denomina "derecho de circulación y de residencia".

¹¹¹ Fallos 275:53.

Por tratarse de un conjunto de derechos que presentan una problemática parcialmente diferente, haremos a continuación una breve referencia a cada uno en particular.

b) El derecho de entrar al país

La primera dificultad que plantea el análisis de este derecho constitucional se relaciona con la redacción del art. 14. Allí, el derecho de entrar al país está consagrado como una prerrogativa cuyo ejercicio corresponde a "todos los habitantes de la Nación". Fácil es advertir, empero, que quien pretende entrar al país, si nunca lo hizo, no tiene la calidad de habitante.

Bidart Campos interpreta que la calidad de habitante, a los efectos de la aplicación de esta norma constitucional, debe serle reconocida "potencialmente" a aquel que pretende entrar y, con más razón aún, si quien se halla en esa situación ya fue habitante de nuestro país¹¹². Este criterio está en armonía con los fines e ideas que inspiraron a nuestra Constitución.

Sin embargo, haciendo una interpretación dinámica del texto de la Constitución Nacional —visiblemente desactualizado en este aspecto—, consideramos que hay que efectuar un claro distingo entre los argentinos y los extranjeros que pretenden ingresar al país. Mientras la potestad regulatoria debe ser mínima para los primeros, en cambio, puede ser más amplia y rigurosa para los segundos.

Éste es el criterio imperante en las constituciones más recientes. La Constitución de España de 1978 establece al respecto:

Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos [art. 19].

En nuestro país la legislación federal (ley 22.439) diferencia distintas categorías de extranjeros: residentes permanentes, temporarios y transitorios (art. 12), residentes precarios (art. 22), asilados políticos (art. 25) e ilegales (arts. 30 y 34).

La Dirección Nacional de Migraciones es el organismo encargado de la aplicación de dicho régimen legal.

Cabe recordar, también, que el art. 25 de la Constitución establece:

¹¹² BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. I, p. 311.

El gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.

Con respecto a su significado, remitimos al cap. VI de esta obra.

c) El derecho de permanecer en el país

Este derecho tutela la facultad de mantenerse dentro del territorio del país, sea en un lugar determinado o no. Le corresponde a todo habitante, según el texto del art. 14 de la Constitución Nacional.

La reglamentación, si bien es, en general, más amplia que la referida al derecho de entrar, puede hacer distingos razonables entre los argentinos y los extranjeros. Con relación a los primeros, no caben, en principio, restricciones, salvo las derivadas del ejercicio indispensable del poder de policía y las previstas en situaciones de emergencia. El derecho de permanecer en el territorio del país puede sufrir limitaciones severas durante el estado de sitio (art. 23).

Tratándose de extranjeros, las leyes condicionan la posibilidad de ejercicio de este derecho según la categoría legal a que se pertenezca. Respecto de éstos se puede ordenar incluso, en situaciones extremas, la expulsión del país. En tales casos, creemos que se le debe garantizar al afectado el derecho de defensa y el derecho a la jurisdicción. Estas medidas deben ser ejercidas, además, con extrema cautela y teniendo en consideración el mandamiento expreso de nuestra Constitución, que en su art. 20 establece que "los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano".

Además, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su art. 13:

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente, o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

Entendemos también, que dentro de este derecho de permanecer en el país se debe incluir la facultad que tiene cada habitante de elegir el lugar de su residencia, prerrogativa que puede ser objeto de regulación legal razonable.

El Pacto de San José de Costa Rica dispone:

Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho de ingresar en el mismo [art. 22.5].

La propia Convención Americana sobre Derechos Humanos tutela la permanencia de extranjeros, garantizando que “el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado-parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley” (art. 22.6). También les otorga otras garantías específicas (art. 22.8 y 9).

d) El derecho de transitar

Es el que protege la prerrogativa de trasladarse de un lugar a otro dentro del territorio del país. Recibe, también, la denominación de derecho a la libre circulación o desplazamiento.

Se trata de un derecho personal, pero también tiene una profunda relevancia económica en cuanto atañe a la circulación de bienes y mercaderías. A este último respecto, nuestra Constitución legisla sobre el particular en los arts. 10, 11 y 12.

Otra implicancia importante de este derecho se da en lo relativo a la regulación del tránsito.

e) El derecho de salir del país

Es el derecho de emigrar transitoria o definitivamente del país que el art. 14 de la Constitución reconoce a todos los habitantes.

Este derecho debe ser entendido en sentido amplio. No sólo ampara la posibilidad potencial de salir del país, sino que también resguarda de toda exigencia irrazonable que pretenda imponer trabas al egreso de nuestro territorio nacional.

Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación al fallar en el caso “Olmos, Alejandro v. Estado nacional” en 1985¹¹³. Allí atendió el reclamo de quien se veía imposibilitado de salir del país por haber sido excesivamente demorado su pasaporte por la autoridad policial. Sostuvo la Corte que “debe reconocerse un derecho constitucional de cada ciudadano argentino —derecho que forma parte esencial de la libertad de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino garantizada por el art. 14 de nuestra carta magna— a ser provisto de aquella constancia de pertenencia a su Nación y de protección a sus

¹¹³ Fallos 307:1430.

derechos, siempre que satisfaga las regulaciones legítimas y razonables que el poder público haya establecido en la materia”.

El derecho a salir del país incluye el “derecho al pasaporte”, como lo denomina Sagüés¹¹⁴.

El Pacto de San José de Costa Rica reconoce que “toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio” (art. 22.2).

¹¹⁴ Conf. SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos...*, cit., t. II, p. 96.

CAPÍTULO XII
LOS DERECHOS SOCIALES

I. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

En el capítulo II tuvimos oportunidad de definir al constitucionalismo y distinguir en su evolución diversas etapas. Allí señalamos que luego del advenimiento y auge del constitucionalismo liberal, y su posterior difusión y crisis, se desarrolló en el mundo un auspicioso proceso de renovación en virtud del constitucionalismo social.

En tanto que el constitucionalismo liberal se preocupó, esencialmente, por la protección del hombre individual y abstracto, en su libertad y dignidad, el constitucionalismo social concibió a la persona no sólo en su condición de ser individual sino también como integrado a la sociedad. Mientras que el modelo de hombre que pergeñó el liberalismo estaba representado por la figura del ciudadano, que era un ser ideal, individual, abstracto y casi perfecto, el constitucionalismo social focalizó su atención en el hombre real —el “hombre situado”, diría Burdeau—, en su dimensión tanto personal como social.

El constitucionalismo social advirtió las carencias del constitucionalismo liberal. Éste, en su afán de defender y garantizar las libertades individuales, generaba graves e injustas desigualdades. Así, mientras unos pocos gozaban de los derechos proclamados en las leyes fundamentales y hacían acopio de grandes fortunas, otros, ante la imposibilidad de competir, quedaban definitivamente rezagados y pasaban a integrar los sectores más desfavorecidos de la sociedad. Era ilusorio pensar que éstos podrían disfrutar de los derechos que las leyes les otorgaban; su destino era, irremediablemente, la marginación y la pobreza.

No sólo la concepción del hombre devino diferente en el constitucionalismo social; también fue distinta la función del Estado. La visión del Estado-gendarme, cuyo mayor mérito consistía en tratar de

interferir lo menos posible con los intereses particulares, fue reemplazada por una concepción más participativa. Para el constitucionalismo social, el Estado debía tener un papel decisivo en la promoción del bienestar general.

Otra característica que distinguió al constitucionalismo social fue su apego a la consagración de las cláusulas económico-sociales. Advirtió que había desigualdades sociales y, que en caso de que fuesen dejadas al simple juego de las libertades y con un Estado sólo espectador, podían llegar a profundizarse hasta extremos agraviantes para la propia libertad y dignidad. De allí el énfasis por proteger a grupos determinados de la sociedad que al no contar con una tutela específica quedaban a merced de los grupos sociales más poderosos. Así aparecieron y se difundieron cláusulas constitucionales que protegían a los trabajadores, a los niños, a las mujeres, a los ancianos, a los discapacitados, etc. Estos nuevos contenidos constitucionales, cuya necesidad nos parece indudable, fueron luego objeto de abusos. Algunos autores, con marcada expresión crítica, llegaron a calificar a esos nuevos derechos como meros catálogos de ilusiones.

El constitucionalismo actual tiende al reconocimiento de los derechos sociales más operativos, desechando las expresiones de deseos irrealizables que sólo sirven para engrosar, sin mayor beneficio, los textos constitucionales.

No se debe pensar, empero, que el constitucionalismo social se opone al constitucionalismo liberal. El aporte de éste ha sido impecadero (democracia política, principio de legalidad, defensa de la libertad y dignidad del hombre, reconocimiento de los derechos naturales del hombre, garantías, etc.) y es reconocido y resaltado por el constitucionalismo social. Este último, en realidad, vino a completar la obra de aquél, a enriquecerlo con nuevos principios y contenidos, a recrearlo para permitir que siguieran vigentes sus grandes finalidades. Estimamos que los nuevos aportes y las correcciones que supo formular sirvieron para salvar al constitucionalismo liberal de una estruendosa caída que hubiese afectado gravemente la libertad.

El constitucionalismo social, como tal, comenzó a difundirse después de la Primera Guerra Mundial (1914-1918). Sus primeras manifestaciones estrictamente normativas fueron la Constitución de Méjico de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919: ambas estuvieron influidas por sus principios e incluyeron cláusulas económico-sociales.

Los aportes doctrinales e ideológicos que nutrieron al constitucionalismo social reconocen una pluralidad de fuentes. Entre las principales, cabe señalar la Doctrina Social de la Iglesia Católica, el neoliberalismo y la socialdemocracia europea.

II. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EN LA ARGENTINA

a) Primeros aportes

En nuestro país, al igual que en otros Estados, el constitucionalismo social empezó a difundirse en los primeros años del siglo XX y muy particularmente después de la primera posguerra.

Baste mencionar, en este aspecto, algunos ejemplos concretos de legislación inspirada en sus principios: ley 4661 (1905), que dispuso el descanso dominical; ley 9105 (1913), que declaró obligatorio y con salarios pagos el descanso en los días que establecía; ley 9511 (1914), que declaró inembargables los salarios de obreros y empleados, y las jubilaciones y pensiones inferiores a 100 pesos mensuales; ley 9688 (1915), reguladora de las indemnizaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; ley 10.505 (1918), reglamentaria del trabajo a domicilio; leyes 11.125 y 11.126 (1921), que establecieron un sistema de reciprocidad en el pago de indemnizaciones por accidentes de trabajo con España e Italia, respectivamente; ley 11.127 (1921), que prohibió la fabricación, importación y venta de cerillas que contuvieran fósforo blanco o amarillo; ley 11.289 (1922), que estableció el sistema jubilatorio para los trabajadores de la marina mercante, industriales, periodismo y de las artes gráficas y establecimientos mercantiles; ley 11.278 (1923), que dispuso la forma de pago de los salarios de los trabajadores, así como medidas contra el trueque; ley 11.317 (1924), reglamentaria del trabajo de los menores y de las mujeres en las fábricas, talleres y establecimientos comerciales; ley 11.338 (1926), que prohibió el trabajo nocturno en las panaderías; ley 11.544 (1929), que estableció la jornada máxima de trabajo en ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales; ley 11.591 (1932), sobre otorgamiento de pasajes ferroviarios gratuitos a obreros desocupados; ley 12.186 (1936), que ratificó la Convención de Berna sobre la protección de la salud de los trabajadores, etcétera.

Cabe también recordar el ineludible aporte que durante esta época, particularmente conflictiva en el plano social, realizaron incansables y esclarecidos pensadores, como Alfredo Palacios (1873-1965), Hipólito Yrigoyen (1852-1933) y Leónidas Anastasi (1890-1940), entre otros.

b) La reforma de 1949

Se suele vincular la génesis del constitucionalismo social en nuestro país, con la reforma constitucional de 1949. Creemos que esta aseveración carece de precisión histórica conforme a los datos apor-

tados en el párrafo anterior: sus primeras manifestaciones son de más larga data.

Ello, desde luego, no implica dejar de reconocer los notables avances logrados en esta materia durante la primera presidencia de Juan Domingo Perón y que culminaron con la sanción de la discutida reforma constitucional de 1949, a la cual hemos tenido oportunidad de referirnos en el capítulo III de esta obra.

En principio, hay que reconocer que la Constitución de 1949 estuvo imbuida de las ideas del constitucionalismo social que por aquella época se hallaba en su período de esplendor. Incluso, bien cabe afirmar que esa importante reforma cambió la ideología predominante de nuestra Ley Suprema: fueron abandonados los viejos moldes del liberalismo que había inspirado a nuestra Constitución originaria y se pasó a una clara inspiración social. El Preámbulo, que también fue objeto de reforma en 1949, incluyó una mención expresa sobre “la irrevocable decisión de constituir una Nación socialmente justa”.

Con respecto al contenido de sus cláusulas, son numerosas las referencias de la Constitución de 1949 a la cuestión social. En su parte dogmática, el capítulo III estaba dedicado a los derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y cultura (art. 37); y el capítulo IV, a la función social de la propiedad, el capital y la actividad económica (art. 38). También le otorgó atribuciones al Congreso de la Nación para dictar el Código de Derecho Social (art. 68, inc. 11).

Fue criticada, en cambio, la omisión deliberada de los constituyentes de 1949 en cuanto a la admisión del derecho de huelga, que fue desechado por la reforma.

c) La reforma de 1957

Esta revisión constitucional, efectuada durante el gobierno *de facto* de la “Revolución Libertadora”, también despertó justificadas críticas, dirigidas, en su mayoría, a cuestionar el proceso de su generación más que sus contenidos. Éstos soportaron la prueba del tiempo y poco a poco se fueron consolidando de tal manera que en 1994, por obra de la Convención Constituyente de ese año, adquirieron una legitimidad incuestionable, que por otra parte ya venían exhibiendo con anterioridad.

La Convención Constituyente de 1957, que operó con prudencia y sabiduría, desoyó las intenciones de aquel gobierno *de facto* en cuanto a realizar una enmienda más amplia y se limitó a sancionar

dos modificaciones con respecto al texto de la Constitución de 1853 y sus reformas posteriores (excepto la de 1949, que había sido derogada por una disposición de la propia “Revolución Libertadora”, en 1956). Ambas modificaciones estuvieron referidas a los derechos sociales e inspiradas en claros principios del constitucionalismo social. Se las concretó mediante el agregado de una nueva cláusula (art. 14 nuevo) y la inclusión, dentro de otra ya existente (art. 67, inc. 11; hoy, art. 75, inc. 12), de la atribución del Congreso de la Nación para sancionar el Código del Trabajo y Seguridad Social.

El art. 14 nuevo –más conocido como “art. 14 bis”– se refiere en forma escueta a tres aspectos sociales relevantes: los derechos de los trabajadores, los derechos gremiales y la seguridad social.

En general, estas modificaciones recogían en forma abreviada contenidos que ya habían sido contemplados por la reforma de 1949. Sin embargo, algunos de ellos fueron originales, como la inclusión del derecho de huelga, injustamente desestimado por los constituyentes de aquel año.

En párrafos posteriores analizaremos el contenido y el alcance de estas normas constitucionales.

d) La reforma de 1994

Con respecto al tema en análisis, la reforma constitucional de 1994 no innovó mayormente. En principio, corresponde recordar que la ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional, dispuso que la Convención Nacional Constituyente no podría introducir modificaciones en las declaraciones, derechos y garantías contenidos en la primera parte (art. 7º), aun cuando autorizaba a agregar un nuevo capítulo en ella (art. 3º).

Entendemos que la ideología de nuestra Ley Fundamental, en lo sustancial –y a diferencia de la reforma de 1949– no fue modificada.

Rescatamos, en cuanto al tema que nos ocupa, algunas nuevas atribuciones del Congreso de la Nación, como las contenidas en los incs. 19 y 23 del art. 75. Por la primera de ellas, le corresponde al Congreso “proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento”. Es visible, en esta cláusula, la influencia del constitucionalismo social e incluso, se advierte alguna aproximación a ciertos contenidos de la reforma de 1949, como la justicia social, el derecho de los trabajadores

a la capacitación, el impulso al desarrollo científico y tecnológico, etc. Se trata, sin embargo, de enunciados generales que poco agregan operativamente al texto vigente. Creemos que nada obstaba para que el Congreso ejerciera estas facultades con el texto anterior a la reforma.

El nuevo inc. 23 del art. 75, incorporado por la reforma de 1994, determina la atribución del Congreso con respecto a

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

También en este caso se advierte la inspiración social de la nueva cláusula, que nos parece pasible de idéntica observación que la anterior.

III. LA NATURALEZA DEL TRABAJO

La Constitución enuncia en su art. 14, entre los derechos explícitos de todos los habitantes, el “de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar”.

El trabajo representa una actividad demostrativa de la dimensión fundamental de la existencia del hombre, que exalta su dignidad y que supone el dominio de éste sobre la Tierra. Es, al mismo tiempo, un derecho natural inherente al hombre y un deber social.

Por medio del trabajo, la persona procura la satisfacción de sus propias necesidades y las de su familia. Empero, es también uno de los aspectos de la acción humana que se ha visto afectado por las más graves injusticias.

La norma constitucional que analizamos proviene de la Constitución de 1853 y tiene su fuente en el art. 16 del Proyecto de Constitución de Alberdi, contenido en su obra *Bases...*

Si bien el texto constitucional menciona, junto al derecho “de trabajar”, el de “ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar”, debemos considerar que sin perjuicio de la necesidad de su enunciación, en realidad, estas otras actividades, en principio, están comprendidas dentro de la más amplia de trabajar.

Nuestra Constitución Nacional no contiene una cláusula tan categórica como la enunciada en el art. 1° de la Constitución italiana de

1947 que estatuye que Italia es una república democrática fundada en el trabajo. Sin embargo, recorriendo su texto encontramos una definida valoración del trabajo e incluso referencias explícitas a las políticas de empleo.

En cuatro oportunidades la Constitución Nacional menciona al sustantivo *trabajo* (arts. 14 bis –dos veces–; 75, inc. 12 y 125). Una vez aparece en el texto constitucional el verbo *trabajar* (art. 14).

El término empleo es, en cambio, mencionado en dieciséis ocasiones (arts. 16; 34; 36; 60; 72 –dos veces–; 75, incs. 19 y 20; 92; 99, inc. 13 –dos veces– e inc. 19; 105; 110 y 125).

Resulta particularmente importante destacar que los dos primeros derechos mencionados por el constituyente de 1853 en el art. 14 de la Constitución están referidos al trabajo (el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita y el derecho de navegar y comerciar). En esta valoración del trabajo, dentro del ámbito de los derechos individuales, aflora el pensamiento alberdiano.

En su proyecto de Constitución de la Confederación Argentina contenido en su obra *Bases...*, Alberdi propone en el art. 16 garantizar un conjunto de derechos que el autor considera fundamentales. Los dos primeros que se mencionan son “la libertad de trabajar y ejercer cualquier industria” y el de “ejercer la navegación y el comercio de todo género”¹.

Conceptualmente el trabajo puede ser analizado desde la perspectiva constitucional como un derecho individual y social –lo es innegablemente– y como un deber.

Como prerrogativa la Constitución refiere al derecho de trabajar en el sentido de asegurar al trabajador un plexo de derechos y garantías individuales y sociales que lo amparan en su condición de tal, mas no le asegura la existencia misma de fuentes suficientes de trabajo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en este sentido que “si bien la Constitución Nacional consagra ampliamente el derecho de trabajar y declara su protección de conformidad con las leyes que reglamenten su ejercicio, las que deben asegurar las condiciones enumeradas en el artículo 14 bis; ello no significa asegurar un derecho subjetivo individual a que el Estado le proporcione un trabajo al habitante que se lo solicite”².

Existe, empero, algún precedente jurisprudencial más añejo que parece reflejar el criterio más amplio derivado de la existencia de un

¹ ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 219.

² Caso “Aranda, Oscar Eugenio y otro v. Capitanía de Puertos del Litoral Fluvial” del 24/11/1992, Fallos 315:2804.

derecho al trabajo³. En este caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó la constitucionalidad de la ley 14.226 –dictada durante la vigencia de la Constitución de 1949– que declaraba obligatoria la inclusión de espectáculos de variedades en las salas cinematográficas de todo el país. El fallo contó con la disidencia del juez Luis María Boffi Boggero que al igual que el procurador general Sebastián Soler se pronunció por la inconstitucionalidad.

Este debate que tanto preocupó a la doctrina jurídica nacional lo creemos superado ante el reconocimiento que hace el constituyente reformador de 1994 respecto de la jerarquía de los tratados internacionales en nuestro derecho interno.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994, establece en su art. 6° que “los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”, y que “entre las medidas que habrá que adoptar cada uno de los Estados partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador– suscripto el 17 de noviembre de 1988 y ratificado por nuestro país el 15 de junio de 1996 por la ley 24.658, establece en su art. 6° que “toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”. También “que los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos” y que “los Estados Partes se comprometen también a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo”.

³ Caso “Cine Callao” del 22/6/1960, Fallos 247:121.

Esta visión amplia que acepta como innegables derechos fundamentales tanto el “derecho de trabajar” como el “derecho a trabajar”, debe ser entendida en el marco general que comprende a todo el plexo de derechos y obligaciones que reconoce nuestra Constitución.

Al respecto cabe recordar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene establecido con fundamento en el art. 14 de la Constitución que en nuestro sistema institucional no existen derechos absolutos, pudiendo ser todos los derechos reglamentados razonablemente. Del mismo modo ha establecido que tampoco existen obligaciones absolutas⁴.

Si bien el trabajo como obligación no está explícitamente referido como tal en la Constitución Nacional, parece innegable que así debe ser considerado en una interpretación amplia y sistemática fundada en su texto y en las ideologías que contribuyeron a su formación.

Aun en la perspectiva más individualista de Alberdi “la ociosidad es el grande enemigo del pueblo de las provincias argentinas. Es preciso marcarla de infamia; ella engendra la miseria y el atraso mental...⁵”. También escribe “garantizar el trabajo a cada obrero, significaría lo mismo que asegurar a todo vendedor un comprador”.

En la Convención Constituyente de 1957 se expresó enfáticamente que el trabajo es una función social⁶.

Sagüés acota que “difícilmente se pueda sostener en la actualidad la existencia de un derecho constitucional al no trabajo o a la holgazanería” y que “ésta podría ser objeto de sanciones legales”⁷.

Otros autores prefieren elevar al trabajo –como derecho y como deber– a la categoría de principio constitucional. Así se expresa Romero: “lo destacable... en alguna próxima enmienda de nuestra ley fundamental es que al referir al trabajo como sustento de la ideología política, aquél adquiere una dimensión inusual dentro de dogmática suprema, y convierte a la actividad o función laboral en fuente de libertades y derechos no enumerados. En nuestro país sería matriz fecunda, como es el principio de la soberanía del pueblo y la forma republicana

⁴ Caso “Portillo, Alfredo s/ infracción al art. 44 de la ley 17.531” del 18/4/1989, Fallos 312:496.

⁵ ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 141.

⁶ Al informar el proyecto de la Comisión Redactora, el convencional Jaureguiberry en la sesión del 21 de octubre de 1957, expresó: “...En el seno de nuestra comisión hemos sido más modestos... no hemos hecho concepciones ideológicas; sólo hemos dicho que el trabajo es o tiene una función social, entendiendo así que los deberes son correlativos de los derechos...” (*Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1957*, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1958, p. 1221).

⁷ SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, t. II, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 529.

de gobierno... todo ello conduce a conceptuar el trabajo como un deber primordial para la persona humana y la propia sociedad”⁸. Una posición similar sustenta Linares Quintana⁹.

En el derecho comparado, la Constitución de España de 1978, después de establecer que “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho” (art. 1º), dispone en su art. 35 que “todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo”. Así, también, lo establecía la Constitución de Weimar de 1919 (art. 163).

El art. 4º de la Constitución de Italia dispone que “la república reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promueve las condiciones que hacen efectivo este derecho. Todo ciudadano tiene el deber de desenvolver, según sus propias posibilidades y su propia elección, una actividad o una función que concurra al progreso material o espiritual de la sociedad”.

IV. LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR

El primer párrafo del art. 14 bis está dedicado a regular lo que la doctrina ha denominado “derechos individuales del trabajador”. Tutela, en consecuencia, a toda persona que participe de una relación o contrato laboral.

Si bien la redacción dada por el constituyente al primer párrafo de esta cláusula parecería apuntar al carácter imperativo y operativo de estas disposiciones –las leyes “asegurarán al trabajador”, dice el texto constitucional–, la aplicación material de estos contenidos, en varios casos, ha sido poco rigurosa. Incluso, la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha llegado a admitir el carácter programático de algunas de sus disposiciones.

Este tratamiento constitucional distintivo y privilegiado al trabajador, en virtud del art. 14 bis, se apoya en la valoración que hace el constituyente de su calidad de tal. El trabajo es un acto humano y no una simple mercancía regida por las leyes de la oferta y la demanda; ése es su sustento ontológico. La protección específica brindada por la cláusula constitucional, por tanto, sólo tiene la pretensión de equili-

⁸ ROMERO, César E., *Derecho constitucional*, t. II, Víctor de Zavallía Editores, Buenos Aires, 1976, p. 78.

⁹ Sostiene este autor que “iniciado como un derecho de clase, en el estado actual de su evolución, el derecho del trabajo, ha superado etapa semejante, y hoy se presenta como un conjunto de principios y de normas que, más que la defensa unilateral de una de las partes en el contrato de trabajo, procura armonizar los intereses de los patronos y los trabajadores con los de todo el conjunto de la comunidad” (LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. V, Plus Ultra, Buenos Aires, 1979, ps. 388/9).

brar relativamente las posibilidades, como naturalmente corresponde que sea.

a) Condiciones dignas y equitativas de labor

El primer derecho asegurado al trabajador, en este primer párrafo del art. 14 bis, está referido a las “condiciones dignas y equitativas de labor”. Dicha protección abarca todas aquellas condiciones que se vinculan a la prestación efectiva de la relación laboral, comprendiendo las condiciones de salubridad e higiene adecuadas, el trato respetuoso y digno, la prestación y el mantenimiento de los instrumentos y herramientas de trabajo, etcétera.

La referencia a la equidad nos recuerda que las condiciones bajo las cuales se desarrolla la relación laboral estarán regidas por la justicia, como valor cardinal que la Constitución exige en su Preámbulo y que debe impregnar a toda nuestra organización política y jurídica.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también se refiere al “derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias” (art. 7º). Con expresa mención de este tratado internacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1º de la ley 24.557 de riesgos del trabajo (caso “Aquino, Isacio”¹⁰ de 2004).

b) Jornada limitada

La determinación de una jornada limitada de trabajo constituyó, hace ya tiempo, un freno a los graves abusos que se verificaban en la relación laboral. Sin esta pauta mínima, el trabajo corre el riesgo de convertirse en una verdadera esclavitud y el trabajador puede ver seriamente lesionada su dignidad.

Con adecuado criterio, la Convención Constituyente de 1957, pese al pedido en sentido contrario de los convencionales Ghioldi y Othar, no decidió sobre la duración efectiva de la jornada limitada de trabajo. Ello le cabe a la ley reglamentaria, a la cual le corresponde adaptar el mandamiento constitucional a las exigencias de la realidad.

¹⁰ Fallos 327:3753. Sostuvo la Corte: “La ley de riesgos del trabajo, al excluir la vía reparadora del Código Civil, eliminó para los accidentes y enfermedades laborales un instituto tan antiguo como este último, que los cuerpos legales no habían hecho más que mantener, como fue el caso de la ley 9688 de accidentes del trabajo, sancionada en 1915. Este retroceso legislativo en el marco de protección, pone a la ley 24.557 en grave conflicto con un principio arquitectónico del derecho internacional de los derechos humanos, en general, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en particular”.

En nuestro país, desde 1929, la ley 11.544 estableció la duración de la jornada de trabajo en ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales. Esta disposición reglamentaria reconoce numerosas excepciones aplicables con respecto a regímenes especiales, sea que están basados en la particular condición del trabajador (menores, embarazadas, período de lactancia, etc.) o en la peculiar naturaleza de la actividad (tareas insalubres, trabajo nocturno, etc.).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala expresamente, en cuanto a las condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, que los Estados deben reconocer “la limitación razonable de las horas de trabajo” (art. 7°, inc. d)).

c) Descanso y vacaciones pagados

El reconocimiento del descanso y de las vacaciones pagados que dispone el art. 14 bis en su primer párrafo constituye una de las formas necesarias del reconocimiento de la dignidad del trabajador, reclamada ya en 1891 por León XIII, en su memorable encíclica *Rerum novarum*.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, aprobada en París en 1948, establece:

Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, [...] y a vacaciones periódicas pagadas [art. 24].

Las leyes se han encargado de otorgarles operatividad a estas disposiciones, reconociendo los días de descanso obligatorio y estableciendo un período anual de vacaciones, que en la mayoría de los casos guarda relación con el período de antigüedad del trabajador. Diversas leyes especiales reconocen otras modalidades en la aplicación de esta norma constitucional.

Los derechos al descanso y a las vacaciones pagas, como también el de la remuneración de los días festivos, se halla reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 7°, inc. d)).

d) Retribución justa y salario mínimo vital y móvil

Entre los principios que las leyes deben asegurar al trabajador, el art. 14 bis consagra el de una “retribución justa” y el “salario mínimo vital y móvil”. Ambos aspectos están referidos a la compensación de que es merecedor el trabajador por haber prestado su fuerza de trabajo.

Se debe entender como “retribución justa” aquella que tiene en consideración tanto la calidad y cantidad del trabajo prestado como las necesidades que el trabajador debe satisfacer para llevar una vida digna, además de las condiciones imperantes de la realidad. Se trata, en consecuencia, de una aplicación más del principio de razonabilidad previsto por el art. 28 de la Constitución.

La reforma constitucional de 1949 había establecido, en su art. 37, parte I, inc. 2°, el derecho del trabajador a percibir “una retribución moral y material que satisfaga sus necesidades vitales y sea compensatoria del rendimiento obtenido y del esfuerzo realizado”.

El salario mínimo es aquel que satisfaciendo el criterio de justicia, ya señalado, le permite al trabajador recibir una compensación decorosa, que respete su inmanente dignidad. Su monto corresponde que sea establecido por la ley, según las diversas condiciones y modalidades en que se preste la relación laboral. Empero, dicha estimación tampoco deber estar escindida de una adecuada valoración de la realidad.

El carácter “vital” del salario implica que éste debe satisfacer las necesidades habituales que tiene todo trabajador, no sólo con relación a su propia y decorosa subsistencia, sino también a su familia. Estas necesidades deben contemplar aspectos como la alimentación, la vivienda, el vestido y la salud, además de aquellos propios de la naturaleza humana y que atañen a su progreso personal, familiar y social (educación, religión, esparcimiento, etc.).

El salario tiene que ser móvil para adaptarse con prontitud a las cambiantes condiciones que habitualmente muestra la realidad. Ello debe permitirle al trabajador mantener un poder adquisitivo constante y convenientemente inmune a las eventuales variaciones.

Sin embargo, los mandamientos constitucionales vinculados a la exigencia de una retribución justa y el salario mínimo vital y móvil todavía están lejos de ser satisfechos en plenitud.

Cabe acotar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reivindicado el valor que el salario justo tiene para el trabajador declarando inconstitucional el art. 103 bis, inc. c] de la ley de contrato de trabajo, relativo a los vales alimentarios, en cuanto negaba a éstos naturaleza salarial.

Al hacerlo sostuvo que “su texto no proporciona elemento alguno que, desde el ángulo conceptual autorice a diferenciar a la concesión de los vales alimentarios asumida por el empleador, de un mero aumento de salarios adoptado a iniciativa de éste...” (caso “Pérez, Aníbal Raúl v. Disco” del 1/9/2009¹¹).

¹¹ Fallos 332:2043.

e) Igual remuneración por igual tarea

El reconocimiento del derecho constitucional a obtener "igual remuneración por igual tarea" ha sido entendido de formas muy diversas. Muchas veces se proclama este mandamiento constitucional para pedir la equiparación de remuneraciones (p. ej.: un maestro, un policía o un juez provincial pretenden percibir el mismo salario que su colega federal, o viceversa). Otras, se lo invoca con el propósito de evitar que a quienes realizan idéntica tarea, en una misma empresa, se les pague remuneraciones diferenciadas. Ambas interpretaciones han sido desechadas en la hermenéutica constitucional de la norma efectuada por la Corte Suprema.

Esta expresión del art. 14 bis debe ser entendida en armonía con las disposiciones constitucionales referidas al principio de igualdad y, en particular, con referencia al art. 16 de la Constitución. Como sabemos, la vigencia de este principio liminar no impide que el legislador efectúe discriminaciones o clasificaciones en la medida en que ellas no sean arbitrarias. Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia en el caso "Ratto, Sixto v. Productos Stani SA" de 1966¹², en el cual sostuvo que las discriminaciones que prohíbe la norma constitucional son aquellas manifiestamente arbitrarias, como las referidas a la raza, la religión o el sexo, pero no las fundadas en motivos de bien común. El mismo criterio fue ratificado en fallos posteriores (caso "Segundo, Daniel v. Siemens SA" de 1986¹³).

f) Participación en las ganancias, control de la producción y colaboración en la dirección

Las disposiciones del art. 14 bis, según las cuales debe asegurarse al trabajador la "participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección", son, seguramente, las más novedosas entre las contenidas en esta cláusula constitucional y no habían sido contempladas en la reforma de 1949. Su inclusión fue objeto de ardua polémica en la Convención Constituyente de 1957.

La participación del trabajador en la distribución de las ganancias de las empresas tiende a hacer realidad el principio de justicia; su aplicación práctica, empero, no resulta sencilla. La propia cláusula constitucional establece ciertos recaudos, como el reconocimiento del

¹² Fallos 265:242.

¹³ Fallos 308:1032.

control de la producción, sin el cual sería ilusorio asegurar la repartición de ganancias.

La aplicación práctica que ha tenido esta disposición es mínima y ha sido habitual su falta de operatividad. Para justificar semejante realidad se ha considerado estas expresiones del art. 14 bis como programáticas; por ende, hasta tanto una ley reglamente su modo de aplicación, no se puede exigir su cumplimiento.

Lo mismo cabe decir con respecto a la colaboración del trabajador en la dirección de la empresa. El mandamiento constitucional está correctamente inspirado, pero es de dificultosa concreción práctica y necesita una ley reglamentaria, que tampoco ha sido dictada.

Como se advierte, la disposición constitucional sólo faculta al trabajador para "colaborar" en la dirección de la empresa. El verbo empleado por el constituyente tiene una significación precisa: "trabajar" con otros, es decir, con quienes ejercen la conducción. Esto no implica dirigir, ni participar en la dirección de la empresa. Entendemos que también es una consecuencia necesaria del reconocimiento a la participación en las utilidades de aquélla.

g) Estabilidad y protección contra el despido arbitrario

La estabilidad o el derecho de permanencia laboral es una garantía mínima, necesaria para afianzar la relación de trabajo y respetar la dignidad del trabajador. Su resultado será el fortalecimiento de la seguridad, tanto para el empleador como para el trabajador; la falta de ella, en cambio, perjudica mucho más al trabajador. Si se le reconociera al empleador la facultad de interrumpir abruptamente la relación laboral en forma arbitraria y cuando lo quisiera, se le estaría otorgando un poder casi omnímodo que haría ilusorios muchos otros derechos del trabajador.

La doctrina reconoce dos tipos diferentes de estabilidad: la propia o absoluta y la impropia o relativa. La primera se caracteriza por el hecho de que veda la posibilidad del despido arbitrario. En consecuencia, el empleador únicamente podrá despedir a su empleado si éste ha incurrido en la comisión de hechos graves, previamente caracterizados por la ley y que según ésta puedan ser invocados para interrumpir definitivamente la relación laboral; fuera de tal circunstancia extrema, el despido no será posible.

La estabilidad impropia o relativa, en cambio, permite el despido, ya sea por justa causa —como en la estabilidad propia— o inmotivado, es decir, no imputable al trabajador. En este último caso, empero, el empleador ha de indemnizar convenientemente al trabajador.

El art. 14 bis formula, en este aspecto, una interesante distinción. Con respecto al empleo público —el empleador es el Estado—, garantiza la “estabilidad”; en cuanto al empleo privado, sólo protege “contra el despido arbitrario”. Esto ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a afirmar que la intención del constituyente fue la de consagrar la estabilidad propia para las relaciones de empleo público y la estabilidad impropia o relativa para las relaciones privadas.

Sin embargo, estos principios no son absolutos y pueden ser objeto de razonable reglamentación. Así, por ejemplo, se ha dispuesto que la estabilidad propia o absoluta de los empleados públicos no comprende a los agentes temporarios, ni los supuestos de supresión del cargo, ni los empleos políticos.

También la jurisprudencia de la Corte Suprema ha atenuado el alcance del derecho a la estabilidad del empleado público, aceptando que el Estado que despidе injustificadamente a su empleado lo indemnice y no lo reincorpore. De igual manera, han sido consideradas constitucionales leyes de prescindibilidad basadas en la necesidad de racionalizar la Administración Pública, sobre todo cuando son invocadas razones de emergencia y se las aplica por tiempo limitado.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que en los últimos años se avizora, en el Máximo Tribunal de la República, una tendencia más acentuada en la defensa del trabajador y, en especial, en resguardo de la estabilidad del empleo público. Así en el caso “Madorrán, Marta Cristina v. Administración Nacional de Aduanas¹⁴” del 3/5/2007, el Máximo Tribunal federal confirmó una sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que había dispuesto la reincorporación de la citada empleada a su empleo en la institución demandada. Al hacerlo, entendió que “la estabilidad del empleado público preceptuada por el art. 14 bis de la Constitución Nacional significa, a juicio de esta Corte y dentro del contexto en cuestión, que la actora no pudo válidamente ser segregada de su empleo sin invocación de una causa justificada, de manera que su reclamo de reinstalación resulta procedente”.

En el caso “Ramos, José Luis v. Estado Nacional” de fecha 6/4/2010¹⁵, la Corte descalificó la conducta de un organismo estatal que utilizó durante 21 años figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales —contratos— para encubrir una designación permanente.

Esta doctrina judicial se afianzó más recientemente al resolver la Corte el caso “Cerigliano, Carlos F. v. Gobierno de la Ciudad Autó-

¹⁴ Fallos 330:1989.

¹⁵ Fallos 333:317.

noma de Buenos Aires¹⁶” del 19/4/2011. Afirmó en dicho precedente que “resulta una evidente desviación de poder la contratación de servicios por tiempo determinado con el objeto de encubrir vinculaciones laborales de carácter permanentes, y alcanza a todos los trabajadores que se encuentran ligados por un vínculo con la Administración nacional, provincial o municipal o la específica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

A la inversa, se discute si sería válido que la ley instituyera para algún sector de trabajadores privados un régimen de estabilidad propia. En 1969, la Corte Suprema de Justicia se pronunció por la inconstitucionalidad del régimen de estabilidad absoluta dispuesto para los empleados bancarios por el dec. 20.268/1946 (caso “De Luca, José E. y otro v. Banco Francés del Río de la Plata” de 1969¹⁷). La doctrina constitucional muestra, en este aspecto, variedad de matices. Así, mientras Bidart Campos¹⁸ entiende que la ley puede disponer la estabilidad propia en el empleo privado cuando la índole de la relación lo permita, Sagüés¹⁹ cree que dicho régimen de estabilidad no podría ser impuesto por la ley ni mediante un convenio colectivo, si bien acepta que sería válido si surge de un pacto entre el empleador y sus empleados.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Vizzoti, Carlos Alberto²⁰” de 2004, declaró la inconstitucionalidad del sistema de cómputo de la indemnización previsto en el art. 245 de la ley de contrato de trabajo sosteniendo que “permitir que el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuido en más de un tercio, a los fines de determinar la indemnización por despido sin justa causa, significaría consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable enunciado en el art. 14 bis de la Constitución nacional, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes, y que éstas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor. Significaría, asimismo, un olvido del art. 28 de la Constitución nacional”.

h) Organización sindical libre y democrática

El art. 14 bis también asegura al trabajador la “organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un

¹⁶ Fallos 334:398.

¹⁷ Fallos 273:87.

¹⁸ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1986, ps. 404/5.

¹⁹ SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos...*, cit., t. II, p. 273.

²⁰ Fallos 327:3677.

registro especial". Este derecho no estaba específicamente contemplado en la Constitución de 1853, aun cuando nada obstaba a su reconocimiento, en virtud del derecho de asociarse con fines útiles previsto por el art. 14.

La Constitución de 1949 preveía, en la primera parte del inc. 10 del art. 37, "el derecho de agremiarse libremente y de participar en otras actividades lícitas tendientes a la defensa de los intereses profesionales".

La cláusula incorporada por el art. 14 bis, a nuestro entender, es más precisa que la contenida en la reforma de 1949. Compartimos la opinión de Bidart Campos en el sentido de que la disposición constitucional vigente acoge el principio de pluralidad sindical y que convierte en inconstitucional el sistema que no permite reconocer más de un sindicato por actividad o gremio²¹.

La constitución material, sin embargo, ha legitimado muchas veces la vigencia del principio contrario, al reconocer el Estado como entidad representativa tan solo a aquella a la cual previamente le ha otorgado personalidad gremial, que a su vez deriva en la personalidad jurídica. Creemos que más que un caso de aplicación del precepto constitucional, ello importa una desvirtuación de ese principio.

Sagüés piensa, en cambio, que la Constitución no dispone un régimen específico al respecto, por lo cual son factibles varias opciones: conferir personería a la entidad más numerosa, programar una representación grupal, con una distribución proporcional según el volumen de cada sindicato u otras²².

La ley 23.551 ha reglamentado este derecho, estableciendo la prevalencia de la entidad gremial más representativa, que es aquella que cuenta con el mayor número promedio de afiliados aportantes. A dicho sindicato se le conferirá la personalidad gremial.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, empero, en un pronunciamiento posterior, decidió revocar una sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en cuanto ésta había desconocido a la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) el derecho de intervenir en la celebración de los comicios de delegados en el ámbito del Estado Mayor General del Ejército y el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, con fundamento en la circunstancia que dicha entidad sindical no tenía personería gremial (caso "Asociación de Trabajadores del Estado v. Ministerio de Trabajo de la Nación s/Ley de Asociaciones Sindicales"²³ del 11/11/2008).

²¹ Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. I, p. 415.

²² SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos...*, cit., t. II, p. 283.

²³ El fallo, que no tiene disidencias, está fundado básicamente en los tratados internacionales con jerarquía constitucional, en disposiciones de la Organización Internacional del

Más recientemente, el Máximo Tribunal de la República ratificó esta posición favorable a la libertad sindical en el caso "Asociación de Trabajadores del Estado s/acción de inconstitucionalidad" del 18/6/2013²⁴.

V. LOS DERECHOS GREMIALES

El segundo párrafo del art. 14 bis está destinado a regular constitucionalmente los derechos gremiales, los cuales no pertenecen específicamente al trabajador sino a los gremios. Esta expresión, como se podrá observar, es diferente de la utilizada en la parte final del primer párrafo del art. 14 bis. Allí se refiere a la "organización sindical"; esta segunda parte, en cambio, titulariza una serie de derechos en los "gremios".

En puridad de conceptos, cada uno de esos vocablos tiene una significación diferente. Se denomina "gremio" al agrupamiento social que reúne a las personas que realizan la misma actividad. El "sindicato" es la asociación formada para la defensa de los intereses de una actividad. El lenguaje común, en general, tiende a considerarlos como sinónimos.

La doctrina constitucional se ha inclinado mayoritariamente a considerar que el art. 14 bis utiliza estos términos con el mismo significado. Comparten dicho criterio, entre otros, Bidart Campos, Sagüés, Ramella y Ekmekdjian²⁵.

Los derechos gremiales que la Constitución garantiza a los sindicatos en forma expresa son: a) concertar convenios colectivos de trabajo; b) recurrir a la conciliación y al arbitraje, y c) la huelga.

La última parte del segundo párrafo del art. 14 bis establece, además, con respecto a los representantes gremiales, que éstos "gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo". Analizaremos a continuación cada una de estas disposiciones.

Trabajo (OIT) y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular en los casos "Baena, Ricardo y otros v. Panamá" del 2/2/2001 y "Huilca Tecse v. Perú" del 19/3/2004.

²⁴ A. 598. XLIII. El fallo está firmado por los jueces Carlos S. Fayt, Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda y Raúl Zaffaroni.

²⁵ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. I, p. 416, quien condiciona esa equivalencia al reconocimiento de que "hay, de acuerdo con la Constitución, otros sujetos activos (colectivos e individuales) distintos de las asociaciones con personalidad gremial que están habilitados constitucionalmente para ejercer derechos gremiales" (SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos...*, cit., t. II, p. 279; RAMELLA, Pablo A., *Derecho constitucional*, Depalma [distribuidor], Buenos Aires, 1982, p. 422; EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 62).

a) Los convenios colectivos de trabajo

Los convenios colectivos de trabajo son contratos celebrados entre los sindicatos y las entidades representativas de los empleadores que pertenecen a la misma actividad y tienen por objeto reglar los derechos y las obligaciones de unos y otros. Son una consecuencia necesaria del reconocimiento del derecho a la negociación colectiva en materia laboral.

Grisolia los define como "todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo -y a las remuneraciones- celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una asociación profesional de empleadores y una asociación sindical de trabajadores con personería gremial (art.1º, ley 14.250) que debe ser homologado por el Ministerio de Trabajo para tener efecto *erga omnes*, es decir, respecto de todos los que incluye en su ámbito de aplicación"²⁶.

La Constitución de 1949 no había contemplado esta atribución en forma expresa, aunque la disposición general del inc. 10, parte I del art. 37 podría ser considerada convalidatoria de esta facultad.

La Constitución de Italia, de 1947, la contempla explícitamente al establecer en el párrafo final de su art. 39:

Los sindicatos inscriptos tienen personalidad jurídica. Representados unitariamente en proporción con sus miembros inscriptos, pueden estipular convenios laborales con eficacia obligatoria para todos los que pertenecen a los gremios y categorías a que el contrato se refiere.

También la Constitución de España de 1978 preceptúa:

La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios [art. 37.1].

Mucho se ha discurrido acerca de la naturaleza jurídica de los convenios colectivos de trabajo. En principio, se trata de estipulaciones privadas -no derivan directamente del Estado-, pero producen efectos generales casi idénticos a los de las leyes. Incluso, tienen carácter obligatorio, aun respecto de quienes al tiempo de su formalización no participaban de la actividad (p. ej., el caso del trabajador o del empresario que se inicia en la actividad regulada por el convenio después de haber sido celebrada la negociación colectiva).

En nuestro país, para adquirir fuerza obligatoria los convenios colectivos de trabajo deben ser homologados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Esta ratificación significa -como opina

²⁶ GRISOLIA, Julio A., *Manual de derecho laboral*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 633.

Sagüés- un control de legalidad y conveniencia por parte de la autoridad administrativa²⁷.

Una cuestión que plantea complicaciones siempre difíciles de resolver es la vinculada a la relación entre los convenios colectivos de trabajo y las leyes y, en particular, si por medio de éstas pueden ser modificadas las estipulaciones colectivas.

Creemos que el carácter más general que tiene la ley -formal y material-, así como la jerarquía de los órganos de la cual emana, hacen necesario reconocerle una posición de supremacía con respecto a las convenciones colectivas de trabajo, que ha de ser ejercida, desde luego, con suma cautela y orientada al bien común. Lo contrario implicaría alterar el orden de prelación establecido por el art. 31 de la Constitución.

Esta cuestión ha sido objeto de consideración jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la ha resuelto con diferentes criterios. Así, en el caso "Romano, Adolfo Ramón y otros v. Usina Popular y Municipal de Tandil" de 1979²⁸, sostuvo que la ley tenía aptitud para modificar disposiciones de una convención colectiva de trabajo. También siguió este criterio en el caso "Delmonte, Irma Cristina v. Dirección General Impositiva" de 1991²⁹.

b) La conciliación y el arbitraje

La conciliación y el arbitraje son instrumentos administrativos empleados para dirimir conflictos laborales e impedir que éstos generen consecuencias más gravosas.

Por medio de la conciliación, el Estado convoca a las partes en conflicto con el propósito de que ajusten sus diferencias, procurando un avenimiento que ponga fin a la situación.

El arbitraje es un procedimiento para resolver pacíficamente los conflictos sometiéndolos a la consideración de un tercero neutral aceptado por las partes; éstas, previamente, se comprometen a respetar y cumplir la decisión del árbitro.

La Constitución de 1949 no había contemplado la inclusión expresa de ninguna de estas instituciones, aun cuando la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, aprobada por la IX Conferen-

²⁷ SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos...*, cit., t. II, p. 285.

²⁸ Fallos 301:608.

²⁹ Fallos 314:1471. Sin embargo, acogió un principio diferente en los casos "Nordensthol, Gustavo Jorge v. Subterráneos de Buenos Aires" de 1985 (Fallos 307:326). También en las causas "Almirón, Bismarck y otro v. Cooperativa Eléctrica Ltda. de Pergamino" de 1987 (Fallos 310:248) y "Soria, Silverio Florencio v. Dirección Nacional de Vialidad" de 1985 (Fallos 307:338).

cia Internacional Americana de Bogotá en 1948, había recomendado en el art. 37 su establecimiento al disponer:

Es deber del Estado promover la conciliación y el arbitraje como medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

El art. 14 bis, en su segundo párrafo, las estableció, en ambos casos, como garantías en favor de los gremios para la solución de conflictos colectivos, aun cuando nada impediría, en principio, que fueran utilizadas en los conflictos individuales. Pensamos, sin embargo, que los alcances son diferentes en uno y otro caso.

Tratándose de conflictos gremiales, la recurrencia a la conciliación y al arbitraje puede tener carácter imperativo y, por tanto, hacer inoperable temporariamente las vías de acción directa y la vía judicial para la solución de fondo de aquéllos.

En cambio, tratándose de conflictos individuales y no habiendo sido previsto expresamente en la Constitución, el tránsito por estas alternativas queda condicionado a la aceptación de las partes. En ningún caso puede obstaculizar imperativamente la intervención judicial.

Una interpretación literal de la norma constitucional nos llevaría a considerar que la conciliación y el arbitraje son derechos en favor de los gremios que éstos pueden ejercer o no. El derecho constitucional material ha llevado a considerar que estos medios pueden tener carácter obligatorio. Así lo había propuesto, además, un despacho en disidencia presentado en la Convención Constituyente de 1957.

La conciliación se halla reglamentada por la ley 14.786 y ha sido frecuentemente utilizada. El establecimiento de una instancia arbitral obligatoria fue considerado constitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver el caso "Hilanderías Olmos SA" de 1979³⁰.

El arbitraje tiene, en nuestro derecho, menor aceptación como forma de dirimir los conflictos colectivos de trabajo. El aspecto más difícil de resolver es el de la suficiente neutralidad del árbitro. La participación del Estado en tal carácter es, casi siempre, sospechada de parcialidad. Se halla reglamentado por la ley 16.936, modificada por la ley 20.638.

c) La huelga

La huelga implica la paralización total de la actividad laboral con el propósito de protestar o de imponer determinadas condiciones. El

³⁰ Fallos 301:962.

art. 14 bis la contempla como un derecho de los gremios y no de los trabajadores.

La Convención Constituyente de 1949, pese a estar inspirada en el constitucionalismo social, había rechazado la inclusión de este derecho.

En 1957 fue incorporado por la Convención Constituyente en nuestra Ley Fundamental, en virtud del art. 14 bis. La disposición constitucional tiene carácter eminentemente operativo. Así, por lo demás, lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación³¹.

Se ha pretendido ver en la huelga —en especial, desde la perspectiva sindical— un derecho absoluto que obstaría a cualquier reglamentación. Desechamos de plano esta interpretación: nuestra Constitución no prevé la existencia de derechos absolutos; en distinta medida, todos pueden ser objeto de reglamentación razonable. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido el carácter relativo del derecho de huelga³².

En la actualidad, este derecho se halla reglado por las leyes 14.786 y 23.551 y por el dec. 2184/1990. Le incumbe a la autoridad administrativa calificar la licitud o no de la huelga. Esta calificación es revisable judicialmente según el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (caso "Beneduce, Carmen J. v. Casa Auguste" de 1961³³).

Si pese a la declaración de ilegalidad de la huelga se la lleva igualmente a cabo, se entiende que el empleador puede adoptar contra sus empleados todas las medidas que la ley autoriza en caso de inasistencia injustificada al trabajo.

Otra cuestión a dilucidar es la relativa a la eventual protección constitucional que recibirían otras vías de acción directa que no llegan a configurar, de hecho, la paralización total del trabajo. Nos referimos a medidas como el "trabajo a reglamento", el "paro de brazos caídos", el "paro sorpresivo" y otras semejantes.

En general, en la práctica, se las ha llegado a admitir. En su favor se ha expresado que si la Constitución autoriza la huelga, implícitamente estaría aceptando otras formas de protesta que no llegan a configurar la paralización absoluta del trabajo. Estimamos que su empleo debe ser cuidadosamente reglamentado por la ley, a los efectos de que su ejercicio no sea perjudicial para el bien común.

³¹ Casos "Font, Jaime A. v. Carnicerías Estancias Galli SRL" de 1962 (Fallos 254:56) y "Gatti, Alvaro J. C. v. Destilerías y Viñedos El Globo Ltda." de 1962 (Fallos 254:224).

³² Casos "Vázquez, Alejandro J." de 1961 (Fallos 250:418) y "Duarte, Juan P. y otros v. Banco Río de la Plata" de 1961 (Fallos 251:18).

³³ Fallos 251:472.

d) Las garantías de los representantes gremiales

En la parte final del segundo párrafo, el art. 14 bis establece:

Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

Corresponde advertir que esta disposición no se refiere a un derecho o una garantía de los gremios, sino de los trabajadores que desempeñen funciones sindicales. La finalidad de la cláusula estriba, de todas maneras, en tutelar indirectamente a los gremios.

Su antecedente constitucional más inmediato lo hallamos en la expresión final del inc. 10, parte I del art. 37 de la Constitución de 1949.

Por "representante gremial" se ha de entender a todo aquel que desempeñe legítimamente una función sindical, sea en una entidad de grado mayor o menor. También se ampara a quienes desempeñan funciones de esa índole en las comisiones internas. La cuestión atinente a la legitimidad y representatividad, en tal caso, quedará, en última instancia, subordinada a la decisión judicial. El criterio de admisión —creemos— debe ser amplio y en caso de duda corresponde pronunciarse por su admisibilidad; ello rescata, a nuestro juicio, la finalidad de la norma constitucional.

Las garantías que brinda la cláusula del art. 14 bis a los representantes gremiales son de dos clases. La primera está relacionada con la estabilidad en el empleo y se trata, en este caso, de una estabilidad propia o absoluta. El representante sindical no puede ser despedido, salvo que haya incurrido en un hecho de gravedad que en la ley tenga prevista la sanción de despido. Creemos, incluso, que en estos casos el examen de la cuestión debe ser particularmente riguroso, tratando siempre de salvaguardar el contenido teleológico de la norma constitucional.

Las demás garantías son las "necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical". El empleador, por tanto, no debe obstaculizar dicho cumplimiento. Sería manifiestamente contrario al sentido de esta disposición no sólo que el empleador hostigara ostensiblemente al trabajador que inviste la representación gremial, sino también que lo sometiera a un conjunto de obligaciones que le impidieran, de hecho, el ejercicio de su función.

Durante el año 1973 se sancionó la ley 20.615, cuyos arts. 57, 58 y 59 establecieron el "fuero sindical" y el "fuero sindical especial".

El primero de ellos protegía a los trabajadores que ocupaban cargos electivos o representativos en asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial, garantizándoles la estabilidad

y el respeto de las modalidades de la prestación del servicio, que no podían ser alteradas sin la previa aprobación del Tribunal Nacional de Relaciones Profesionales, creado por la misma ley.

El "fuero sindical especial" prohibía dar curso a querrelas u órdenes de arresto que persiguieran la sanción de los integrantes de las comisiones directivas de las asociaciones profesionales de trabajadores de cualquier grado, sin que antes se expidiera el referido Tribunal Nacional de Relaciones Profesionales. Este órgano estaba integrado por tres representantes del Estado, dos de los trabajadores y dos de los empleadores.

Pese a la denominación que le dio la ley, consideramos que no se trataba, en realidad, de ningún fuero, sino de una inmunidad que confería, a nuestro entender, un privilegio irrazonable. En 1976, la ley 21.263 derogó los arts. 58 y 59 de la ley 20.615.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Giménez, Inés A. v. Heredia Hnos. y Cía. SA" de 1978³⁴, declaró inconstitucional el art. 57 de la ley 20.615.

VI. LA SEGURIDAD SOCIAL

El liberalismo exaltó entre sus valores superiores la seguridad individual, que implica una esfera de previsibilidad en la acción del hombre, convenientemente resguardada por el Estado en virtud del derecho. A su amparo se desarrollaron las garantías constitucionales como instrumentos de tutela de los derechos y las libertades individuales.

El constitucionalismo social amplió considerablemente esta protección. No sólo la concibió respecto de las prerrogativas individuales, sino que también la extendió al plano social. Así, comenzaron a difundirse nuevas instituciones protectoras de grupos determinados de la sociedad, discriminados negativamente en la realidad, durante el auge del constitucionalismo liberal. Esta tutela también fue ampliada frente a las contingencias naturales, como el embarazo y la vejez, que transitoria o definitivamente motivan la limitación de la aptitud laboral y otras desfavorables, como las derivadas de enfermedades, accidentes y otros infortunios.

El Estado tiene una función cada vez más participativa; su responsabilidad no es la de arbitrar en los conflictos particulares, sino la de constituirse en decisivo impulsor del bien común. Hay ciertas necesidades básicas del hombre que son insustituibles; y para quienes

³⁴ Fallos 300:1159.

no pueden llegar a satisfacerlas por sus propios medios, el auxilio del Estado es insoslayable.

La Constitución de 1949 preveía en su art. 37, parte I, inc. 7º, lo que la propia norma denominaba "Derecho a la seguridad social" reconociendo lo siguiente:

El derecho de los individuos a ser amparados en los casos de disminución, suspensión o pérdida de su capacidad para el trabajo, promueve la obligación de la sociedad de tomar unilateralmente a su cargo las prestaciones correspondientes o de promover regímenes de ayuda mutua obligatoria, destinados, unos y otros, a cubrir o completar las insuficiencias o inaptitudes propias de ciertos períodos de la vida o las que resulten de infortunios provenientes de riesgos eventuales.

Derogada en 1956 la citada reforma, la Convención Constituyente de 1957, al incorporar el art. 14 bis, dedicó el último párrafo de esta norma a la seguridad social. Así, se preceptúa:

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

La cláusula constitucional le asigna al Estado una clara responsabilidad: es él quien "otorgará los beneficios de la seguridad social" que será, además, integral e irrenunciable.

El carácter de integral significa que ha de cubrir la totalidad de los eventos generales que puedan producir insuficiencias o faltas de aptitudes temporarias o definitivas.

La condición de irrenunciable es una consecuencia necesaria del principio de solidaridad. Nadie tiene derecho a retacear su aporte para servir a los demás en cuestiones que atañen a la comunidad en su conjunto. El principio de libertad absoluta cede, en estos casos, en beneficio del bien común.

En los puntos siguientes nos abocaremos a un somero análisis particularizado de los demás aspectos de la norma constitucional.

a) El seguro social obligatorio

El seguro social referido por el tercer párrafo del art. 14 bis de la Constitución es una expresión difusa que tampoco ha tenido, por lo demás, aplicación práctica.

En la búsqueda de una aproximación conceptual, podemos afirmar que el seguro social es un instrumento de la seguridad social que ampara frente a las contingencias más generales no consignadas expresamente en las restantes enunciaciones del art. 14 bis. Esta norma, luego de referirse a la seguridad social integral e irrenunciable, señala que la ley establecerá un "seguro social obligatorio". Luego, enuncia también "jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna".

Bien podríamos afirmar, en consecuencia, que el seguro social es una de las especies que integra el género más amplio de la seguridad social.

Su contenido —si descartamos los otros instrumentos de la seguridad social contemplados en la cláusula constitucional— estaría vinculado a la asistencia de la salud, el seguro de vida, la protección frente a enfermedades y accidentes del trabajo, el desempleo, etc. Algunos de ellos, por lo demás, se hallan establecidos por ley y otros, derivan su vigencia de convenios colectivos de trabajo.

Pese al tiempo transcurrido desde la sanción de la norma constitucional, en la práctica no existe propiamente un seguro social como lo concibieron los constituyentes. Sí contamos con seguros diversos que protegen frente al riesgo de contingencias variadas, con una efectividad generalmente parcial.

Tal vez el intento más amplio de conformar, aunque sea aproximadamente, un seguro social fue el de la ley 23.661 que creó el Sistema Nacional del Seguro de Salud, el cual despertó más expectativas que los resultados efectivos alcanzados.

La cláusula constitucional establece que el seguro social será "obligatorio", expresión casi innecesaria si tenemos en cuenta que el constituyente, al referirse a la seguridad social, la instauró como "irrenunciable". Sin embargo, procurando una interpretación armónica del texto de nuestra Ley Suprema, nos inclinamos a pensar que la obligatoriedad es más amplia que la irrenunciabilidad y está destacando que no tiene que haber ninguna persona carente de estas prestaciones. Este objetivo, lamentablemente, dista de ser satisfecho en la realidad.

El art. 14 bis también dispone que el seguro social "estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes".

Con respecto a la competencia para crear organismos de seguridad social, ella es concurrente entre el Estado federal y las provincias,

cada una en su respectivo ámbito. Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁵. Ello, sin perjuicio de que las normas generales en materia de seguridad social deriven del Congreso de la Nación, al ser legislación común, en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 12 de la Constitución.

La reforma constitucional de 1994 ratificando, aunque sea parcialmente, este criterio, dispuso agregar un último párrafo al ahora art. 125, estatuyendo:

Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales.

Una interpretación rigurosa de la nueva cláusula llevaría a considerar que no se podrían crear otros nuevos a más de los existentes³⁶.

La exigencia de "autonomía financiera y económica" del art. 14 bis —en realidad, debería llamársela "autarquía", como dice Ekmejdjian³⁷— tiene como finalidad evitar la intromisión del Estado en la utilización de esos fondos con finalidades ajenas a la seguridad social.

El requisito de que sean "administradas por los interesados con participación del Estado" es una loable expresión de deseos de los convencionales constituyentes de 1957 que en la práctica no se ha visto realizada. Más aún: casi todos los órganos de seguridad social han padecido largas y reiteradas intervenciones del Poder Ejecutivo.

La prohibición de la "superposición de aportes", prevista por la cláusula constitucional del art. 14 bis, ha sido interpretada por la Corte Suprema como una veda a la posibilidad de requerir del trabajador más de una contribución a distintos organismos de seguridad social para cubrir un mismo riesgo (p. ej.: aportar por un mismo trabajo a dos entidades previsionales diferentes; contratar dos seguros de vida distintos; etc.).

En cambio, el propio Alto Tribunal ha justificado que se exijan aportes, aun para cubrir un mismo riesgo, si se tiene más de un trabajo (p. ej.: el trabajador que presta servicios en dos empresas de una misma actividad y efectúa aportes dobles para un único sistema previsional y para un seguro de vida).

³⁵ Casos "Sánchez, Marcelino y otro v. Caja Forense de la Provincia del Chaco" de 1973 (Fallos 286:187) y "Buenos Aires, Provincia de v. Dirección Nacional de Recaudación Previsional" de 1983 (Fallos 305:1888).

³⁶ A nuestro criterio, dicho agregado no modifica las competencias concurrentes que en esta materia tienen las provincias, la ciudad de Buenos Aires y la Nación. En el mismo sentido se manifiesta ZARINI, Helio J., *Constitución argentina*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 466.

³⁷ EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado...*, cit., t. II, p. 94.

La Corte sostuvo que lo prohibido por el texto constitucional es la superposición de aportes, pero no la multiplicidad de ellos (caso "Spota, Alberto Antonio" de 1978³⁸).

b) Jubilaciones y pensiones móviles

Las jubilaciones y las pensiones integran el sistema de previsión social, uno de los más importantes instrumentos de la seguridad social, al cual la reforma de 1957 le otorgó jerarquía constitucional.

Las jubilaciones son prestaciones económicas, pagadas generalmente en dinero, consistentes en un haber pasivo que les corresponde a los trabajadores que tienen determinada edad, que han prestado servicios y efectuado aportes por un tiempo prolongado, que es fijado por la ley. Tienen carácter supletorio respecto de los salarios y tienden a suplir la disminución de la capacidad laboral por causa de la edad o, de modo extraordinario, ante discapacidades acaecidas en el período laboral.

Las pensiones constituyen auxilios pecuniarios que se les conceden a determinados causahabientes de los jubilados, así como a personas en estado de necesidad o en reconocimiento de servicios propios o ajenos.

Las jubilaciones y las pensiones, como tales, no estaban expresamente previstas por la reforma constitucional de 1949; pero sí implícitamente comprendidas en el enunciado genérico sobre la seguridad social contenido en su art. 37, parte I, inc. 7°.

El art. 14 bis de la Constitución preceptúa que la ley dispondrá "jubilaciones y pensiones móviles". Ello implica no sólo el establecimiento de un régimen previsional de jubilaciones y pensiones, que es imperativo, sino también que los haberes que como consecuencia de ello sean pagados tendrán que adecuarse progresivamente a las necesidades reales.

Además, aunque no lo diga en forma expresa la cláusula constitucional, aquéllos deberán guardar una razonable proporción con los haberes que perciban quienes presten servicios efectivamente. Si bien este principio es aceptado por la jurisprudencia de la Corte Suprema³⁹, dicho porcentual puede ser alterado en el futuro e incluso disminuido razonablemente.

En algunos casos, sin embargo, la Corte se pronunció por la inconstitucionalidad de la reducción del porcentaje que el beneficiario

³⁸ Fallos 300:836.

³⁹ Casos "Márquez, Julio César s/jubilación" de 1988 (Fallos 311:530) y "Gitard, Roberto Hipólito" de 1989 (Fallos 312:1706).

del sistema previsional percibía en relación con el trabajador en actividad, entendiendo que la disminución era irrazonable⁴⁰.

En otras circunstancias, declaró inconstitucional la norma que establecía que los haberes jubilatorios no debían ser actualizados si habían sido puestos a disposición del titular dentro de los noventa días de la resolución que concedía el beneficio, considerando que dicho plazo era irrazonable en una época de fuerte inflación⁴¹.

En el caso "Piccirilli, Ricardo" de 1989⁴², la Corte requirió un haber jubilatorio de un nivel tal que le permitiera al beneficiario conservar una situación patrimonial equivalente a la que le habría correspondido gozar en caso de continuar en actividad.

El sistema de previsión social participa de los caracteres generales de la seguridad social, está fundado en la solidaridad –por tanto es irrenunciable– y los aportes a él tienen carácter obligatorio. Su funcionamiento en nuestro país adolece de múltiples falencias y graves errores. Las jubilaciones y pensiones son insuficientes y han accedido al beneficio previsional una cantidad desproporcionada de trabajadores, que no siempre han efectuado los aportes correspondientes. El Estado, en muchas oportunidades, se ha valido de los fondos previsionales para cubrir otras necesidades y en ocasiones ha concedido beneficios con el único propósito de obtener réditos políticos al margen de la seguridad social.

También la vigencia de regímenes de privilegio, que permitieron obtener jubilaciones y pensiones luego de un brevísimo período de trabajo o a edad muy temprana, ha desequilibrado al sistema. Todo ello ha generado un pronunciado descreimiento en los regímenes de previsión social que se trasunta en una importante evasión de aportes.

Esto ha provocado que en la realidad el sustantivo "jubilado" adquiera una dimensión social magra y casi piadosa, dejando a un lado el verdadero origen de la palabra ("jubileo") asociada al júbilo y la alegría: las jubilaciones y pensiones son beneficios que corresponde otorgar por justicia y no por caridad.

En 1993, el Congreso sancionó la ley 24.241 que introdujo cambios estructurales de envergadura en el régimen previsional argentino. El nuevo sistema estableció que el trabajador, en su período laboral activo, podía optar por capitalizar su aporte personal o seguir contribuyendo al Estado en un nuevo sistema denominado "de reparto". Para

⁴⁰ Causas "Camarotta, Veder" de 1976 (Fallos 294:83) y "Álvarez, Rodolfo" de 1983 (Fallos 305:2083).

⁴¹ Casos "Grassi, Fernando" de 1981 (Fallos 303:645) y "Pereyra, Manuela Estela" de 1982 (Fallos 304:1069).

⁴² Fallos 312:1061.

capitalizar los aportes personales fueron creadas nuevas entidades, llamadas "administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones".

El Estado, en adelante, se hizo cargo solamente del pago de una prestación mínima, designada por la ley como "prestación básica universal" y del reconocimiento de los años de aportes al anterior sistema previsional, denominado "prestación compensatoria".

La jubilación resultante sería, eventualmente, la suma de la prestación básica universal y la prestación compensatoria, más los beneficios provenientes del ahorro acumulado en la administradora de fondos de jubilaciones y pensiones.

Aquellas personas que optaron por contribuir al Estado percibían, además de la prestación básica universal y de la prestación compensatoria, una "prestación adicional por permanencia".

La ley 24.241 también resolvió elevar progresivamente los límites de edad para obtener el beneficio previsional⁴³.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó, en el caso "Chocobar, Sixto Celestino"⁴⁴ de 1996, como medida de emergencia, la constitucionalidad de la eliminación del mecanismo de movilidad sustentado en leyes anteriores y su sustitución por el establecido en las leyes 24.241 y 24.463.

Tiempo después, la misma Corte, con distinta composición, en el caso "Sánchez, María del Carmen v. ANSeS"⁴⁵ de 2005, reivindicó el derecho de los jubilados y pensionados a obtener una justa retribución que garantice la movilidad de sus haberes.

En el caso "Badaro, Adolfo Valentín v. ANSeS"⁴⁶ de 2006, el Máximo Tribunal de la República entendió que "el precepto constitucional de la movilidad se dirige primordialmente al legislador, que es el que tiene la facultad de establecer los criterios que estime adecuados a la realidad, mediante una reglamentación que presenta indudable limitación, ya que no puede alterarla sino conferirle la extensión y

⁴³ En relación al régimen legal establecido por la ley 24.241 expresamos en la edición anterior de esta obra: "Sería prematuro, tal vez, efectuar pronósticos que sólo podrán ser co-tejados con los resultados luego de muchos años de vigencia del nuevo régimen previsional. No dudamos acerca de la necesidad de introducir cambios estructurales en el sistema, pero observamos que la nueva legislación concentra toda la imprevisibilidad de éste –creemos que injustamente– en el futuro jubilado. Lamentablemente, deberemos esperar muchos años para apreciar los eventuales logros del nuevo régimen, que a nuestro entender distarán de satisfacer las exigencias de la seguridad social".

⁴⁴ Fallos 319:3241.

⁴⁵ Fallos 328:1602. Sostuvo la Corte: "Los derechos a una retribución justa y a un salario vital y móvil –dirigidos a garantizar alimentación y vivienda, educación, asistencia sanitaria y, en definitiva, una vida digna– encuentran su correlato en las jubilaciones y pensiones móviles que deben ser garantizadas a los trabajadores cuando entran en pasividad".

⁴⁶ Fallos 329:3092.

comprensión previstas en el texto que la enunció y que manda asegurarla". Con base en el citado fundamento, la Corte dispuso dirigirse al Poder Ejecutivo nacional y al Congreso de la Nación para que éstos, en un plazo razonable, adopten las medidas necesarias para asegurar la movilidad del beneficio previsional del actor.

En un pronunciamiento posterior, en la misma causa⁴⁷, en 2007, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró agotado el plazo razonable otorgado a los poderes políticos y ante la omisión de ellos, declaró la inconstitucionalidad del art. 7º, inc. 2º de la ley 24.463, disponiendo el reajuste del beneficio previsional del actor, a partir del 1 de enero de 2002 y hasta el 31 de diciembre de 2006, según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos.

Más recientemente, la ley 26.425 abolió el régimen de capitalización que fue absorbido por un régimen previsional público que se denomina "Sistema Integrado Previsional Argentino", financiado por medio de un sistema solidario de reparto⁴⁸.

c) Protección integral de la familia

La familia es una comunidad natural, basada en el matrimonio, que constituye el elemento fundamental de la sociedad y es fuente de renovación de las energías humanas. Es el ámbito en el cual la persona nace, se desarrolla y muere. El Estado tiene que dejarle a la familia la responsabilidad de su porvenir, pero correlativamente debe garantizar el libre ejercicio de su misión y, en particular, el desarrollo pleno de sus integrantes, la transmisión de la vida y la educación de los hijos.

La protección básica de la familia arraiga en la asunción por el Estado de las funciones sociales, culturales y económicas que la institución familiar no puede cumplir con eficacia, salvando siempre el principio de subsidiariedad.

La disposición del art. 14 bis, si bien está correctamente inspirada, es muy amplia y necesita la operatividad que le confieren las leyes reglamentarias. El texto constitucional sólo se refiere en forma expresa al bien de familia y a la compensación económica familiar. No obstante, en algunas oportunidades le ha servido a la Corte Suprema de Justicia como valioso elemento de interpretación. Así, en el caso "Saguir y Dib, Claudia G." de 1980⁴⁹, al admitir la donación de un

⁴⁷ Fallos 330:4866.

⁴⁸ El abrupto cambio del sistema previsional producido sin el debido estudio que demanda una iniciativa de esta índole y con probable afectación de la seguridad jurídica, nos motiva las mismas reservas y prevenciones que tuvimos respecto de la ley 24.241.

⁴⁹ Fallos 302:1284.

órgano de una menor de 17 años para su hermano, que se hallaba en peligro de muerte, pese a que no se cumplían cabalmente los extremos previstos por la ley 21.541, el Alto Tribunal sostuvo que "del fin primordial de la ley de la materia [...] surge que ésta tiende a proteger el núcleo familiar más íntimo y natural, lo que tiene su raigambre constitucional en el art. 14 bis de la carta magna, en cuanto enuncia la garantía de la protección integral de la familia".

La reforma de 1994 ha establecido, en el párrafo final del inc. 23 del art. 75 de la Constitución, que le corresponde al Congreso "dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".

d) El bien de familia

El art. 14 bis de la Ley Fundamental consagra, entre los beneficios de la seguridad social, "la defensa del bien de familia". El antecedente inmediato de esta disposición es el art. 37, parte II, inc. 3º de la reforma de 1949.

El bien de familia implica la existencia de un inmueble familiar, asiento del hogar, que está protegido, por esa razón, de las vicisitudes económicas de su titular. El bien de familia convierte al inmueble familiar en inembargable respecto de las deudas que contraiga su titular con posterioridad a su inscripción como tal. En algunos casos, este beneficio va acompañado de exenciones impositivas y la de reducción de aranceles profesionales.

La protección del bien de familia, con ser importante, no soluciona el problema de fondo que es, en este aspecto, el acceso a una vivienda. Esta cláusula constitucional sólo protege a aquel que ya la ha logrado.

e) La compensación económica familiar

La compensación económica familiar, prevista por el art. 14 bis de la Constitución, se concreta mediante el pago de las asignaciones familiares a los trabajadores. Éstas constituyen prestaciones económicas adicionales cuyo pago está en relación con los integrantes de la familia del trabajador (esposa, hijos, etc.).

Las asignaciones familiares, reguladas por una compleja legislación e implementadas por entes creados a ese efecto, muestran una de las grandes contradicciones en la realización de la justicia social en nuestro país: se trata de prestaciones exiguas, que poco tienen que ver

con el objetivo de contribuir eficiente y dignamente al mantenimiento de la familia.

Compartimos la opinión de Sagüés cuando expresa que esas compensaciones son decididamente inconstitucionales por lo exiguo de su monto y que tales cifras, en un país que adoptó el pensamiento alberdiano de “gobernar es poblar”, resultan irrisorias⁵⁰.

f) El acceso a una vivienda digna

El acceso a una vivienda digna es uno de los típicos enunciados programáticos de la Constitución. La inclusión de dicha cláusula en el art. 14 bis estuvo motivada por la apremiante escasez de viviendas, sobre todo en los sectores más necesitados de la población. Ello, empero, no se soluciona con el simple enunciado constitucional.

En constituciones más modernas, la obligación del Estado aparece más comprometida en la operatividad de la norma. Así, la Constitución de España de 1978 establece, en su art. 47:

Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado recientemente que “el reconocimiento del derecho a una vivienda digna importa el deber concreto e inmediato del Estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad, reglamentación que debe respetar tanto la finalidad como los límites impuestos por las normas de jerarquía superior, debiendo el Estado realizar el mayor esfuerzo posible para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad de tal derecho a todos sus habitantes”⁵¹.

VII. LA COMPETENCIA EN MATERIA LABORAL Y EN SEGURIDAD SOCIAL

La Constitución de 1853, sancionada en plena época de difusión del liberalismo, no contempló ninguna disposición expresa acerca del reparto de competencias en materia laboral. En aquel momento era

⁵⁰ SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos...*, cit., t. II, p. 319.

⁵¹ “Q. C., S. Y v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, 24/4/2012, Fallos 335:452, voto del juez Enrique Santiago Petracchi.

ésta una cuestión inimaginable porque no se le reconocía al derecho laboral autonomía propia. Bastaba, en tal caso, la aplicación de los principios generales.

Al Congreso le correspondía dictar el Código Civil con carácter de legislación común y su aplicación –al igual que la de otros códigos– quedaba reservada a las provincias (art. 67, inc. 11; actual art. 75, inc. 12, modificado). Por lo demás, las provincias conservaban “todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal” (art. 104, actual art. 121).

Dictado el Código Civil en 1869, uno de los contratos legislados en él fue el de locación de servicios, que estaba destinado a regir en las relaciones laborales. Como todo contrato, participaba de la característica básica del respeto por la autonomía de la voluntad de las partes. En los primeros años del siglo XX, algunos destacados pensadores, particularmente comprometidos con la problemática social –como Alfredo Palacios–, comenzaron a exigir un nuevo derecho. Consideraban que las normas del derecho privado no eran aptas para regular las relaciones entre patronos y obreros porque el respeto absoluto por la autonomía de la voluntad hacía prevalecer el mayor peso de los empleadores. Estas críticas estaban inspiradas en las ideas del constitucionalismo social.

La Corte Suprema de Justicia, en el caso “Viñedos y Bodegas Ariza v. Provincia de Mendoza” de 1929⁵², declaró inconstitucional la legislación de dicha provincia sobre salarios mínimos por entender que ella era propia del Código Civil y, por tanto, contrariaba los arts. 67, inc. 11 y 108 de la Constitución Nacional.

La reforma de 1949, con buen criterio, introdujo como atribución del Congreso Nacional la de dictar el Código de Derecho Social como ley común, reservando su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeran bajo sus respectivas jurisdicciones (art. 68, inc. 11).

Esta modificación rigió hasta la derogación de la citada reforma constitucional en 1956. Hasta ese momento, el Congreso no había dictado el referido Código de Derecho Social.

Producida, en 1957, una nueva reforma constitucional, se volvió al precedente de 1949. Fue modificado el art. 67, inc. 11 (actual art. 75, inc. 12), ampliando las atribuciones del Congreso de la Nación e incluyendo entre ellas la de dictar el Código del Trabajo y Seguridad Social, si bien se reservó para las provincias su aplicación, como sucede respecto de las demás leyes de derecho común.

⁵² Fallos 156:20.

A pesar de que el criterio de la reforma constitucional fue bien acogido, el Congreso, hasta el presente, no dictó el referido Código, aunque sancionó un número importante de leyes dispersas en la materia.

Esta situación ha planteado dudas acerca del ejercicio de la competencia tanto federal como provincial. Recordemos que el art. 108 (actual art. 126, modificado) disponía que las provincias “no pueden dictar los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado”. Originariamente, esta disposición guardaba armonía con el art. 67, inc. 11. La reforma de 1957 modificó éste —incluyendo el Código del Trabajo y Seguridad Social— pero no lo hizo con el art. 108. Sin perjuicio de esta deficiente técnica constitucional, la doctrina entendió que el Código del Trabajo y Seguridad Social debía seguir la suerte de los restantes códigos de fondo en cuanto a la competencia federal o provincial.

La duda, empero, devino agravada ante la omisión del Congreso en dictar el nuevo Código, la cual motivó algunos interesantes aportes de la doctrina y la jurisprudencia.

Bidart Campos creyó necesario hacer una fundada distinción, sosteniendo que mientras el Congreso no dictara en forma codificada las normas sobre trabajo y seguridad social, las provincias carecían de facultades para legislar sobre materias reguladas por aquél, pero sí podían hacerlo en aquellas otras no legisladas por el órgano federal. Una vez que el Congreso dicta el Código del Trabajo y Seguridad Social —concluía—, las provincias abdican de toda competencia legislativa, tanto sobre temas incluidos en ese cuerpo legal como sobre los omitidos en él⁵³.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia respaldó el carácter de legislación común que tienen las leyes de trabajo y seguridad social (caso “Pacheco, Rufina Riveros” de 1976⁵⁴).

La reforma constitucional de 1994 introdujo modificaciones en el inc. 12 del art. 75 (antes, inc. 11 del art. 67), aclarando que el dictado por el Congreso de los códigos allí mencionados puede hacerse “en cuerpos unificados o separados”; ello avala, en esta materia, el criterio jurisprudencial que se venía sosteniendo.

Más recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reivindicó la naturaleza de derecho común que tienen las normas del derecho laboral al declarar la inconstitucionalidad del inc. 1° del art. 46 de la ley 24.557, que habilitaba a la justicia federal, con competencia en cada provincia, para entender en los recursos que se interpusieran

⁵³ Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. I, p. 411.

⁵⁴ Fallos 294:430.

contra las resoluciones de las comisiones médicas provinciales. Expresó nuestro más Alto Tribunal de la República que “la ley de riesgos del trabajo ha producido dos consecuencias incompatibles con la Constitución Nacional: impedir que la justicia provincial cumpla la misión que le es propia, y desnaturalizar la del juez federal al convertirlo en magistrado del fuero común” (caso “Castillo, Ángel Santos v. Cerámica Alberdi SA” de 2004⁵⁵).

VIII. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LO ECONÓMICO Y SOCIAL

Una de las innovaciones más relevantes introducidas por el constitucionalismo social fue la referida a la función del Estado. Mientras el constitucionalismo liberal privilegió la idea de un Estado-gendarme, el nuevo constitucionalismo propugnó un Estado activo, promotor del bien común.

Progresivamente, este criterio llevó también a extremos que entendemos inaceptables: el Estado cobró tal dimensión que casi todo dependía de él. Con fundamento en este enfoque —muy difundido en el mundo por aquella época—, la reforma de 1949 llegó a establecer:

Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine [art. 40, 3° párrafo].

En virtud de esta cláusula constitucional, servicios públicos como los ferrocarriles, la electricidad y los teléfonos pasaron al Estado.

En épocas recientes cobró vigor nuevamente el auge de la iniciativa privada: relegar la actividad del Estado parecía ser la consigna. Lo estatal era asociado a lo obsoleto, a lo ineficiente; privatizar se había convertido casi en sinónimo de modernizar.

Estimamos importante rescatar la trascendencia de la iniciativa privada, en la cual creemos fervientemente; pero también el Estado tiene una relevante función que cumplir en cuanto a la consecución del bien común. Si abdica de ella, carece de razón su existencia.

El Estado no ha sido constituido para suplantar a la persona, a la familia, ni a las entidades intermedias, sino para procurarles aquellas condiciones y medios necesarios para el desarrollo integral de su propia vida y que por sí mismas no puedan alcanzar. Tanto la iniciati-

⁵⁵ Fallos 327:3610.

va privada como la actividad estatal —cada una dentro de su respectiva función— deben estar al servicio del hombre.

IX. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

El principio de subsidiariedad pretende dar respuesta a los problemas que presenta la coexistencia de la actividad privada con las facultades reguladoras del Estado.

Subsidiar quiere decir apoyar, ayudar, auxiliar, socorrer. Este principio, enunciado como tal por Pío XI en su encíclica *Quadragesimo anno* y desarrollado por diversos documentos de la Doctrina Social de la Iglesia, sostiene la necesidad de que el Estado no realice aquello que los particulares están en condiciones de hacer para el logro del bien común.

A menudo se ha presentado una visión deformada del principio de subsidiariedad, enunciándolo como un virtual sinónimo de “privatización”. Es cierto que el Estado debe desprenderse de funciones que los particulares pueden realizar con beneficio para el bien común; pero no hay que olvidar que el principio de subsidiariedad implica una acción positiva de aquél en la realización del bien común cuando la iniciativa privada no puede alcanzarlo por sí misma.

Por ello, estamos de acuerdo con que el Estado, en aplicación de este principio, delegue en los particulares funciones como la prestación de servicios públicos y otras semejantes. Pero estimamos que este mismo principio lo obliga a asegurar la prestación del servicio —o prestarlo por sí subsidiariamente— cuando los particulares no lo harían por no ser redituable para sus intereses. Es válida la invocación del principio de subsidiariedad para privatizar los servicios públicos siempre que el Estado no se desentienda de prestarlos en casos necesarios y no rentables para la iniciativa privada.

El principio de subsidiariedad puede ser resumido así: “Tanta libertad cuanto sea posible; tanta intervención cuanta sea necesaria”.

Su aplicación concreta, no obstante la claridad de su formulación, puede presentar dificultades. Para resolverlas se debe tener en consideración que el fundamento del referido principio es la defensa de la libertad de la persona, anterior y superior a la sociedad y al Estado⁵⁶.

⁵⁶ Conf. RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, *Historia de las ideas políticas*, 3ª ed., A-Z Editora, Buenos Aires, 1995, p. 395.

CAPÍTULO XIII

LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

I. LOS “NUEVOS” DERECHOS Y GARANTÍAS

La reforma constitucional de 1994 agregó en la primera parte de la Constitución Nacional un segundo capítulo, bajo la denominación de “Nuevos derechos y garantías”.

El procedimiento seguido por la Convención para la incorporación de las nuevas normas de ese capítulo fue consecuencia de lo establecido por la ley 24.309, de declaración de la necesidad de la reforma, la cual, si bien dispuso en su art. 7º que “la Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el capítulo único de la primera parte de la Constitución nacional”, al mismo tiempo habilitó una serie de temas para su posible incorporación en un segundo capítulo de esa primera parte (art. 3º, incs. j], k], l], m] y n]).

En definitiva, los “nuevos derechos y garantías” no son intrínsecamente “nuevos”, sino que sólo admiten este calificativo con relación a su incorporación reciente a la Constitución formal.

Ello no impide afirmar que los agregados dispuestos, aun con sus imperfecciones, son positivos, en cuanto tienden a afirmar y ensanchar la libertad.

Los ocho nuevos artículos agregados a la parte dogmática de la Constitución incluyen garantías tan añejas como la acción de hábeas corpus y también la acción de amparo (que tenía en nuestro país un reconocimiento de treinta y siete años a la fecha de la reforma constitucional), junto a otras más novedosas, como el hábeas data, además de la protección del orden constitucional.

En materia de derechos, aparecen regulados en la Constitución algunos de larga prosapia, como el derecho al sufragio, junto a otros

vinculados a la participación política, como la consulta y la iniciativa popular. También, el reconocimiento de los partidos políticos.

Tal vez lo más novedoso resulte la consagración expresa de los derechos a la preservación del ambiente y la tutela de los usuarios y consumidores, los cuales eran considerados, antes de la reforma, en categorías muy diversas ("intereses difusos", "derechos de incidencia colectiva", "derechos subjetivos públicos", "derechos de la tercera generación", "derechos fragmentarios", etc.).

II. LOS INTERESES DIFUSOS

a) Concepto

La expresión "intereses difusos" se ha insertado en la literatura jurídica contemporánea y adquirió vasta difusión doctrinal, especialmente en el ámbito del derecho constitucional, del derecho administrativo y del derecho procesal.

Establecer su verdadero significado en el campo del derecho no resulta, empero, tarea sencilla. Observemos que la propia expresión denota un léxico particularmente amplio y de aristas poco precisas.

El término "intereses" (del latín *interesse*: "importar") se refiere, en su acepción más generalizada, al valor que tiene una cosa o que se tiene sobre ella y también a la conveniencia, provecho, utilidad o ganancia. En el ámbito jurídico, su utilización es frecuente para aludir a la relación entre las necesidades de una persona y la aptitud de ciertos bienes para satisfacerlas.

El adjetivo "difuso" (del latín *diffusus*) denota aquello que tiene límites poco precisos o es excesivamente dilatado.

Son intereses difusos los que no pertenecen en exclusividad a una o varias personas sino a "todos los que conviven en un medio determinado y cuya suerte, en lo que concierne al enrarecimiento, destrucción, degradación, vaciamiento y consumo sin reposición, angustia al conjunto en lo inmediato y en el porvenir vital de cada uno, sobremañera el de las próximas generaciones"¹. Se trata, en consecuencia, de verdaderos intereses sociales que reclaman medios de tutela procesal especialmente diseñados para tal finalidad.

Con esta expresión, en suma, se hace referencia a aquellos intereses que pertenecen a grupos indeterminados. La falta de límites precisos, que convierte en difusos a estos intereses, abarca, sin em-

¹ MORELLO, Augusto M., "La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal", JA 1978-III-321.

bargo, tanto el plano subjetivo como el objetivo. Desde la primera perspectiva, son difusos porque se refieren a sujetos indeterminados; desde la segunda, el carácter difuso proviene de la propia naturaleza de los bienes tutelados, que son manifiestamente indivisibles como para atribuirlos en cuotas a los afectados. Estos últimos "se hallan en unión tal que la satisfacción de uno solo implica, en principio, la del grupo, así como la afectación a uno solo lo es también a todos sus integrantes"².

b) Clasificación

Los intereses difusos se refieren, básicamente, a los derechos ecológicos o ambientales, de los usuarios y de los consumidores. La doctrina, no obstante, ha ido incluyendo nuevas categorías.

Dentro del amplio campo de aplicación de los intereses difusos, Gozáni reconoce tres categorías especialmente protegidas:

a) los intereses vinculados a la defensa del medio ambiente o la ecología, pretendiendo preservar el equilibrio de la naturaleza mediante sus diversas expresiones, resguardar el paisaje, proteger la flora y la fauna, combatir la polución, evitar el desarrollo urbano desmedido o sin planificación, procurar la utilización racional de las riquezas, etcétera;

b) los intereses ligados a la protección del consumidor, como la propaganda comercial; la lealtad en el mantenimiento de la oferta; el resguardo y la seguridad en los alimentos y medicamentos; la adopción de medidas de seguridad para los productos peligrosos; la regularidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos y los sistemas concernientes a la efectividad de la indemnización de los perjuicios causados en el caso de violación por parte de los expendedores y proveedores; etcétera;

c) los intereses relacionados con valores culturales y espirituales, como la seguridad en el acceso a las fuentes de información; la difusión sin censura de los conocimientos técnicos o científicos; la creación y el mantenimiento de condiciones favorables para la investigación filosófica y el libre ejercicio de los cultos religiosos; la protección de los monumentos históricos y artísticos; etcétera³.

Entendemos que la excesiva generalización de este concepto, si bien es comprensible en esta primera etapa evolutiva, conspira contra

² Conf. BARBOSA MOREIRA, José C., "La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño", *Jus*, nro. 34, La Plata, 1983, p. 61.

³ Conf. GOZÁNI, Osvaldo A., *Introducción al nuevo derecho procesal*, Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 204.

el logro de una teoría general que afirme su reconocimiento y asegure cabalmente su protección.

c) La Constitución y los intereses difusos antes de la reforma de 1994

El primer interrogante que plantea esta novedosa problemática de los intereses difusos está relacionado con su posible compatibilidad con la Constitución Nacional. Sabido es que sólo aquel que tiene un derecho puede ejercer una acción para asegurar su protección. En consecuencia, debemos preguntarnos, ante todo, si estos intereses difusos tienen o no acogida constitucional. En caso de que la respuesta sea afirmativa, sólo entonces podremos seguir indagando en otras cuestiones de índole principalmente procesal, que han sido objeto de enjundiosos estudios por la doctrina especializada.

Nuestra Constitución originaria, obviamente, no hacía mención expresa de estos derechos que aparecieron a consideración de la ciencia jurídica muchos años después de su sanción. Por tanto, nuestra investigación deber estar dirigida a confrontarlos con los valores y contenidos implícitos de nuestra Ley Suprema.

¿Son compatibles los intereses difusos con los principios que inspiraron a nuestro orden constitucional? Entendemos que sí. La filosofía que sustenta a nuestra Constitución es jusnaturalista y se cuida de no otorgar derechos: sólo se limita a reconocerlos. Ha dejado, incluso, abierta la posibilidad de acogimiento de una extensa gama de derechos no enumerados, merced al generoso principio de los derechos implícitos. También proclama como valor superior el afianzamiento de la justicia.

Se podría sostener, con un rigorismo interpretativo excesivo, que nuestra Constitución, surgida en plena época de difusión del liberalismo clásico, es particularmente reacia a reconocer otros derechos que no sean los individuales. No nos parece, empero, de peso esta argumentación. Toda Constitución lleva ínsita la idea de futuridad, es decir, el destino probable de tener que regir situaciones nuevas —a veces, inimaginables— pero siempre al amparo de los mismos valores, principios y creencias. En virtud de ello es que exige una interpretación dinámica.

La incorporación de los derechos colectivos o sociales a grupos determinados, por medio del art. 14 bis, brinda, además, otro soporte argumental para superar el enfoque meramente individualista.

Es más: muchos de los derechos humanos reconocidos por nuestra Ley Fundamental podrían convertirse en meras declamaciones norma-

tivas si su disfrute se tornara imposible para determinados sectores que por sus condicionamientos sociales y económicos no pudieran acceder a su ejercicio, como acontece cuando la marginación impide atender adecuadamente la salud, educarse, satisfacer las necesidades primarias de alimento, vestido, vivienda, etcétera.

Sin un ambiente medianamente sano, por ejemplo, sería ilusorio el reconocimiento de los derechos a la vida, a la salud y a la protección de la familia. En ese sentido, pensamos que el derecho de todo habitante a defender su medio ambiente es un derecho natural de la persona humana, el cual, lejos de ser rechazado por la Constitución histórica, guarda armonía con sus principios fundamentales. Así lo han sostenido, entre otros, Bidart Campos y Ekmekdjian⁴.

La jurisprudencia había seguido criterios diversos. Así, en tanto que en algunos fallos se habían adoptado posiciones claramente favorables (caso "Kattan, Alberto v. Gobierno nacional" de 1983⁵), la Corte Suprema de Justicia de la Nación había mostrado una posición restrictiva (caso "Quesada, Ricardo v. Municipalidad de Buenos Aires" de 1982⁶).

d) La protección judicial

Uno de los problemas más arduos y difíciles de resolver, en lo que respecta al reconocimiento de los intereses difusos, es el vinculado a su tutela jurisdiccional. La especial naturaleza de los derechos protegidos hace que los mecanismos tradicionales del proceso judicial no resulten aplicables sin innovaciones importantes.

Al hallarse dispersos estos intereses entre una pluralidad indeterminada de personas, surgen dos interrogantes básicos: ¿Quién está legitimado para solicitar la tutela judicial? ¿Qué alcance tiene la cosa juzgada en estos procedimientos?

Hay opiniones que se inclinan por postular que cualquier persona está habilitada para abrir la instancia judicial en protección de estos

⁴ BIDART CAMPOS, Germán J., *Las obligaciones en el derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 89; EKMEDJIAN, Miguel A., *Manual de la Constitución argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 73.

⁵ ED 105-245. En el fallo "Kattan v. PEN (Secretaría de Intereses Marítimos, Subsecretaría de Pesca) s/ amparo", se reconoció por primera vez la existencia de "intereses difusos" al entender que "están habilitados para interponer la acción de amparo quienes lo hacen en nombre propio o en el de sus familias, si es que no se les permite hacerlo invocando derechos de la sociedad entera, y que actúan defendiendo verdaderos derechos subjetivos para defender el medio ambiente amenazado por riesgos inminentes que devienen de conductas sustancialmente antisociales" (LL 1983-D-575).

⁶ Fallos 304:1614.

intereses aun cuando no sufra un perjuicio directo. Esta posición fue propiciada como recomendación en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1983 y también tuvo aplicación en el ya citado caso "Kattan, Alberto v. Gobierno nacional". También la aprueba Cano al comentar el fallo citado⁷, pero ha merecido el reproche de Miguel S. Marienhoff⁸.

Otras opiniones, en cambio, prefieren reservar la tutela judicial solamente a la persona que coparticipa del interés difuso y ha sufrido agravio.

También ha tenido difusión el criterio de atribuir a entidades intermedias (asociaciones de usuarios, ligas de consumidores, etc.) la representación de estos intereses y su legitimación para plantear el reclamo judicial, en algunos casos en forma concurrente con el Ministerio Público. Otra alternativa propuesta es la de asignar legitimación, en estos casos, al Defensor del Pueblo cuando existe tal institución.

La reforma constitucional de 1994 amplió el espectro de los sujetos legitimados para accionar que tradicionalmente se limitaba a aquellos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual. Con fundamento en esas normas la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció diferentes modos de legitimación.

En la causa "Halabi, Ernesto" del 24/2/2009⁹, el más Alto Tribunal federal señaló que en materia de legitimación procesal corresponde delimitar con precisión tres categorías de derechos: a) individuales, b) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y c) de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos (considerando 9º del voto de la mayoría).

Respecto de los derechos individuales, refirió que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular, lo que no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores o bien, una representación plural y en tales casos no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe probar una lesión a ese derecho para

⁷ CANO, Guillermo J., "Un hito en la historia del derecho ambiental argentino", LL 1983-D-568.

⁸ MARIENHOFF, Miguel S., "Delfines o toninas y acción popular", ED 105-245.

⁹ Fallos 332:111, caso "Halabi, Ernesto v. Poder Ejecutivo de la Nación s/amparo" del 24/2/2009. En este caso, la Corte reproduce en gran parte el voto en disidencia del juez Lorenzetti en la causa "Mujeres por la Vida v. Estado nacional s/amparo" del 31/10/2006 (Fallos 329:4593).

que se configure una cuestión justiciable. A esta categoría se refiere la tradicional acción de amparo (art. 43, 1º párrafo de la CN). Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados (considerando 10 del voto de la mayoría).

En cuanto a los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, éstos son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. Precisa la Corte que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera. En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa (considerando 11 del voto de la mayoría¹⁰).

Por otra parte, el mismo tribunal sostuvo que la Constitución Nacional admite, en el segundo párrafo del art. 43, una tercera categoría conformada por los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, derechos de los usuarios y consumidores como los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, hay un hecho único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y, por tanto, es identificable una causa fáctica homogénea, dato que

¹⁰ La distinción entre tres categorías de derechos constitucionales en relación a la legitimación procesal aparece en el voto de cuatro miembros de la Corte (los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni). En cambio, los jueces Fayt, Argibay y Petracchi, si bien llegan a la misma conclusión, lo hacen por diferentes fundamentos.

tiene relevancia jurídica porque la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño (considerando 12 del voto de la mayoría).

Como señala la Corte, la procedencia de este tipo de acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad: 1) la existencia de un hecho único o complejo lesivo a una pluralidad relevante de derechos individuales; 2) la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar; c) que el interés individual aisladamente considerado, no justifique la promoción de una demanda. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

Recordemos que el caso bajo análisis tuvo origen en la pretensión de un abogado que por sí y alegando su calidad de tal, de usuario de telecomunicaciones y de ciudadano, demandó al Estado nacional por medio de una acción de amparo, la inconstitucionalidad de disposiciones de la ley 25.873 y de su dec. regl. 1563/2004, en cuanto autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet de los usuarios de estos servicios. Invocó, en sostén de su demanda, las garantías de los arts. 18 y 19 de la Constitución, en tanto estas normas aseguran la inviolabilidad e intimidad de todos los habitantes de la República incluido el secreto profesional de los abogados. La pretensión tuvo acogida tanto en primera como en segunda instancia.

El recurso extraordinario del Estado nacional únicamente se dirigió a descalificar el efecto *erga omnes* que la Cámara atribuyó a su pronunciamiento. El fundamento del recurso fue que para conferir tal alcance en el fallo era necesaria la participación del Defensor del Pueblo de la Nación en el proceso y que la pretensión fue deducida exclusivamente por un particular.

La Corte rechazó el recurso y confirmó el pronunciamiento de la Cámara, entendiendo que la pretensión deducida por el abogado Halabi podía calificarse como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos y, asimismo, en atención a la falta de regulación normativa que regula el ejercicio de las acciones de este tipo, estableció algunas pautas para que se resguarde el derecho de defensa en juicio en las futuras

acciones que se presenten, de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar.

En tal sentido, señaló la Corte que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad, tales como: a) la precisa identificación del grupo afectado; b) la idoneidad de quien pretenda asumir su representación; c) la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el grupo; d) que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio –de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte–, y e) que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos¹¹.

Reconocemos el valorable esfuerzo realizado por la Corte para ampliar las fronteras de la legitimación procesal en los derechos de incidencia colectiva, pero no compartimos el modo empleado. Adviértase que, según la postura mayoritaria, se declara con efectos *erga omnes* la inconstitucionalidad de una norma fundándose en que se trataría de un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. De emplearse el mismo criterio en causas con contenido patrimonial avizoramos inconvenientes.

Empero, compartimos el voto de la minoría que funda el efecto *erga omnes* de la sentencia –que nos parece correcto– en la imposibilidad de cumplimiento respecto a una sola persona.

Creemos, además, que en el fallo “Halabi” debió aclararse que el alcance general de la decisión, en los casos de inconstitucionalidad, sólo lo puede establecer ese tribunal.

Un año más tarde, la Corte Suprema de Justicia de la Nación volvió a pronunciarse respecto de los efectos de la sentencia en otra causa con connotaciones diferentes a “Halabi” y que merece también particular mención.

Se trató de un caso que tuvo lugar a raíz de un amparo planteado por el diputado nacional por la provincia de Mendoza, Enrique L. Thomas¹² contra la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, quien había obtenido tanto en primera como en segunda

¹¹ Considerando 20 del voto de la mayoría.

¹² Fallos 333:1023, caso “Thomas, Enrique v. Estado nacional s/amparo” del 15/6/2010.

instancia, una medida cautelar de suspensión de la totalidad de los efectos de la citada ley con fundamento en la existencia de presuntas irregularidades en el trámite parlamentario.

El Máximo Tribunal federal entendió que ningún juez tiene en la República Argentina el poder de hacer caer la vigencia de una norma *erga omnes*, ni nunca la tuvo desde la sanción de la Constitución de 1853. Si no la tiene en la sentencia que decide el fondo de la cuestión, *a fortiori*, menos aún puede ejercerla cautelarmente. Explicó la Corte que de acuerdo con el sistema de control de constitucionalidad difuso o estadounidense —que rige en nuestro país—, cualquier juez puede en un proceso declarar la inconstitucionalidad de una norma y, en consecuencia, sentenciar sin aplicarla, muy diferente al sistema centralizado o austríaco, conforme al cual, un único tribunal puede juzgar la inconstitucionalidad de la norma y, en caso que lo haga, ésta no sólo no se aplica al caso sino que pierde vigencia *erga omnes*.

Agregó el tribunal que, si bien los pronunciamientos atinentes a medidas cautelares son regularmente extraños a la instancia revisora de la Corte por no tratarse de sentencias definitivas, cabe hacer excepción cuando tales medidas puedan enervar el poder de policía del Estado o exceden el mero interés individual de las partes y afecten de manera directa el de la comunidad. Esta situación entendió la Corte se configuraba en el caso, pues la decisión recurrida —suspensión de la aplicación de la ley 26.522 que reglamenta los Servicios de Comunicación Audiovisual— neutralizaba por completo la aplicación por las autoridades competentes de una ley formal del Poder Legislativo. Del mismo modo, consideró que la decisión en recurso presentaba gravedad institucional en la medida en que trascendía aquel mero interés particular para comprometer el sistema de control de constitucionalidad y el principio de división de poderes previsto en la Constitución Nacional.

En cuanto a la legitimación del actor, en su doble calidad de ciudadano y diputado, sostuvo la Corte que carece de legitimación activa. En tal sentido, expresó que la calidad de ciudadano, sin la demostración de un perjuicio concreto, es insuficiente para sostener la legitimación a los fines de impugnar la constitucionalidad de una norma. El de ciudadano es un concepto de notable generalidad y su comprobación, en la mayoría de los casos, no basta para demostrar la existencia de un interés especial o directo, inmediato, concreto o sustancial que permita tener por configurado un caso contencioso.

Con ello, la Corte hace notar las diferencias existentes entre este caso y “Halabi” manifestando que “...sólo una lectura deformada de lo expresado por esta Corte en la decisión mayoritaria tomada en la causa ‘Halabi’ (Fallos 332:111), puede tomarse como argumento

para fundar la legitimación del demandante, pues basta con remitir a lo sostenido en el considerando 9° de dicho pronunciamiento para concluir que, con referencia a las tres categorías de derechos que se reconocen, la exigencia de caso en los términos del artículo 116 de la Constitución nacional se mantiene incólume, ‘...ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición’” (considerando 4° del voto de la mayoría).

En lo que hace a la condición de legislador del actor, en consonancia con otros precedentes¹³ el fallo consideró que un legislador no tendría legitimación activa cuando lo que trae a consideración de un tribunal de justicia es la reedición de un debate que ha perdido en el seno del Poder Legislativo por el juego de las mayorías y minorías. Del considerando 9° del voto del juez Enrique S. Petracchi surge, con mayor nitidez, que un diputado —si bien puede accionar en defensa de su propio interés— no es un legitimado extraordinario en los términos del art. 43 de la CN; no está habilitado para actuar en defensa de intereses de otros.

Asimismo se dijo que si bien al promover el amparo alegó un perjuicio personal y particularizado, el remedio solicitado no guarda proporción con el daño invocado sino que tendría incidencia sobre los derechos de toda una categoría de sujetos que no se encuentran representados en la causa, particularmente la mayoría de legisladores que no han participado del proceso y que, muy plausiblemente, tengan un interés personal simétrico al del actor, pero contrario a la anulación de la ley (conf. voto de la jueza Carmen M. Argibay).

En el mismo sentido del caso “Thomas”, la Corte se ha pronunciado al fallar en la causa “Asociación por los Derechos Civiles”¹⁴, amparo en el cual la actora planteaba la inconstitucionalidad de la ley 26.124, modificatoria de la ley 24.156 de Administración Financiera. El Máximo Tribunal federal sostuvo que la ampliación de la legitimación derivada de la reforma constitucional del año 1994 no ha modificado la exigencia de un “caso” ya que los nuevos sujetos legitimados también deben acreditar que su reclamo tiene “suficiente concreción e inmediatez” y no se trata de un mero pedido en el que se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes.

Recuerda la Corte que la reforma constitucional no ha ampliado el universo de sujetos legitimados para la defensa de cualquier de-

¹³ Fallos 313:863, “Dromi”; Fallos 317:335, “Polino”; Fallos 322:528, “Gómez Díez”; Fallos 323:1432, “Garré”; Fallos 324:2381, “Raimbault”, entre otros.

¹⁴ Fallos 333:1212, “Asociación por los Derechos Civiles s/amparo Ley 16.986” del 3/8/2010.

recho, sino como medio para evitar discriminaciones y tutelar los derechos mencionados en el 2º párrafo del art. 43 del texto constitucional, es decir, los que “protegen al ambiente, a la competencia, al usuario, al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general”.

III. LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA EN LA CONSTITUCIÓN

a) Apreciación general

A partir de la reforma de 1994 tienen acogida expresa en nuestra Constitución la tutela del medio ambiente, la preservación del patrimonio cultural y la defensa de consumidores y usuarios (arts. 41 y 42). Esos derechos vienen acompañados de garantías específicas (art. 43).

Desde la perspectiva de su naturaleza intrínseca, creemos que constituyen “derechos” y que no es necesario ni conveniente nominarlos como “intereses”. Además, aquella designación proviene de la Constitución, que en el art. 41 utiliza reiteradamente el vocablo “derecho” (“Todos los habitantes gozan del derecho [...]”; “Las autoridades proveerán a la protección de este derecho [...]”). Igual criterio surge de los arts. 42 y 43, norma esta última, que agrega otra caracterización, al referirse a “derechos de incidencia colectiva”.

Nos importa, en consecuencia, subrayar la categoría de derechos que revisten la protección del ambiente, la preservación del patrimonio cultural y la tutela de consumidores y usuarios. No nos parece tan relevante, en un primer enfoque, ubicarlos en categorías o generaciones.

Lo expuesto no significa descartar la teoría de los intereses difusos que puede seguir haciendo un aporte sustancial cuando se trata de resolver la crucial problemática de la instrumentación de los medios procesales de protección de estos derechos. La ubicamos, en consecuencia, en el ámbito de las garantías, que son las que hacen posible el ejercicio de los derechos.

b) La protección del ambiente

Con la expresión “ambiente” se hace referencia al espacio natural que rodea la vida del hombre y que favorece su existencia y desarrollo en las mejores condiciones. Comprende, principalmente, la protección de la biosfera, que es la capa de la tierra compuesta de aire, agua, suelo y vida en donde transcurre la historia del hombre. Se relaciona con lo

que en la actualidad se denomina “ecología”, que etimológicamente significa “estudio de la casa” o sea, del medio¹⁵.

El art. 41 de la Constitución, en su primera parte, dispone:

“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

La proclamación del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, tiene un sesgo programático que lo torna dependiente de la ley, pero que no inutiliza el fin de la cláusula constitucional.

La referencia a que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras nos muestra un relevante acercamiento al constitucionalismo más actual, preocupado no sólo por el presente, sino por el porvenir. Ello, además, guarda coherencia con el enunciado del Preámbulo de “asegurar los beneficios de la libertad, [...] para nuestra posteridad”.

La obligación de recomponer el daño debe ser entendida con respecto a la afectación del ambiente y, como la propia norma constitucional lo establece, es prioritaria, pero no excluye la reparación del daño causado. “Recomponer”, según el *Diccionario* de la Real Academia Española, significa “volver a componer, arreglar”. La obligación de recomponer requiere para su operatividad la ley reglamentaria; la de reparar está legislada en el Código Civil.

El mandamiento constitucional traduce una finalidad valiosa aunque de difícil concreción práctica. En muchas oportunidades, el daño ecológico no puede ser recompuesto (los incendios de bosques, las fugas radiactivas, etc., no permiten volver el ambiente a su estado anterior). En otras, la imposibilidad puede ser de índole económica, cuando el arreglo del daño exija, por ejemplo, liquidar fuentes productivas de magnitud, con el consiguiente perjuicio material y social.

El art. 41, en su segunda parte, establece:

“Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

¹⁵ Conf. PIGRETTI, Eduardo A., *Derecho ambiental*, Depalma, Buenos Aires, 1993, ps. 45 y ss.

El Estado asume, en virtud de este enunciado constitucional, el deber de instrumentar garantías para la protección del derecho ambiental que incluye, en este caso, un aspecto no comprendido en él pero igualmente necesitado de tutela constitucional, como es la preservación del patrimonio cultural.

La referencia a la obligación de informar y educar revela un objetivo medular, que en caso de plasmarse en la realidad, se convertiría en el aspecto más relevante de la norma. Como en tantas otras cuestiones, en materia ambiental es siempre más beneficioso prevenir que recomponer o reparar. Además, por medio de la educación es posible completar el ámbito siempre parcial de la norma con los valores y las conductas que serán, en última instancia, las únicas capaces de hacer realidad lo que la cláusula constitucional dispone.

En su 3^{er} párrafo, el art. 41 establece:

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

El mandamiento constitucional tiende a delimitar las competencias en materia ambiental entre el Estado federal y las provincias. Resalta, en primer lugar, su característica de concurrentes, pero más, de complementarias; también, la necesidad de la concertación.

Al Estado federal le incumbe determinar “los presupuestos mínimos de protección” y a las provincias, complementarlos en sus respectivas jurisdicciones. En principio, pareciera que en materia ambiental rigen las mismas pautas de reparto de competencias de los restantes derechos constitucionales. Sin embargo, advertimos una diferencia de matices: tratándose de normas que regulen la tutela del ambiente, la intervención federal debe estar restringida a lo que la norma constitucional dispone y la provincial es amplia y abierta.

Según surge de la propia expresión del constituyente, la materia ambiental guarda cierta analogía con las de derecho común previstas en el art. 75, inc. 12 de la Constitución. En ambos casos, nuestra Ley Fundamental salvaguarda la jurisdicción local, a la cual le incumbe la aplicación de la norma.

El último párrafo del art. 41 preceptúa:

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Esta disposición también requerirá normas reglamentarias que precisen el alcance de la expresión “residuos actual o potencialmente peligrosos”, aun cuando entendemos que pese a la falta de legislación

la cláusula tiene un marco de operatividad importante, que permitiría su aplicación autosuficiente.

En la actualidad, esta materia se halla regulada por la ley 24.051 y su dec. regl. 831/1993, en cuanto a la generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos dentro del país. La constitucionalidad de esta norma nos parece dudosa luego de la reforma constitucional, porque creemos que va más allá de los “presupuestos mínimos”¹⁶.

A partir de los lineamientos establecidos en la Constitución Nacional reformada en 1994, la República Argentina ha dictado un conjunto de leyes nacionales¹⁷ que regulan diversos aspectos relacionados con la protección del medio ambiente, entre las que cabe destacar la ley 25.675 denominada “Ley General del Ambiente” (BO 28/11/2002) que establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

La ley define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos (art. 27).

Señala Lorenzetti que el paradigma ambiental ha influido enormemente en cuanto a la legitimación para obrar, concepto este que está indisolublemente unido al bien afectado¹⁸.

Corresponde diferenciar los bienes colectivos de los fenómenos de cotitularidad subjetiva. Un bien puede pertenecer a varias personas, como ocurre con el condominio sobre inmuebles, propiedades

¹⁶ Además, por el art. 67 de la ley 24.051, “se invita a las provincias y los respectivos municipios, en el área de su competencia, a dictar normas de igual naturaleza que la presente para el tratamiento de residuos peligrosos”. Cabe acotar, al respecto, que las Constituciones de las provincias de Buenos Aires de 1994 (art. 28) y de Tierra del Fuego de 1991 (art. 56) han prohibido la introducción de residuos peligrosos en su territorio.

¹⁷ Ley 25.612 que regula la gestión integral de residuos de origen industrial y de actividades de servicio que sean generados en todo el territorio nacional y sean derivados de procesos industriales o de actividades de servicios; ley 25.670, que sistematiza la gestión y eliminación de los PCBs, en todo el territorio de la Nación en los términos del art. 41 de la Constitución Nacional; ley 25.688, que establece el “Régimen de Gestión Ambiental de Aguas”, consagra los presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional; ley 25.831 sobre “Régimen de libre acceso a la Información Pública Ambiental”, que garantiza el derecho de acceso a la información ambiental que se encontrare en poder del Estado, tanto en el ámbito nacional como provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como de entes autárquicos y empresas prestadoras de servicios públicos, sean públicas, privadas o mixtas; ley 25.916, que regula la gestión de residuos domiciliarios; ley 26.093, que establece el “Régimen de Regulación y Promoción para la Producción y uso sustentables de Biocombustibles”; ley 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos, entre otras.

¹⁸ LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría del derecho ambiental*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 30.

coparticipables, una sociedad de múltiples socios o un fideicomiso y, en todos estos casos, el individuo puede identificar la proporción que le corresponde porque no se disuelve en la totalidad. En cambio, en los bienes colectivos, el individuo no puede identificar su parte porque no le pertenece¹⁹.

La Ley General del Ambiente dispone que producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo (art. 30).

En materia de protección del medio ambiente, cabe mencionar un pronunciamiento relevante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que tuvo lugar a partir de una demanda iniciada en julio de 2004 por un grupo de diecisiete vecinos, encabezados por Beatriz Silvia Mendoza, mediante la cual demandaron al Estado nacional, la provincia de Buenos Aires, el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y cuarenta y cuatro empresas que desarrollan su actividad industrial en las adyacencias de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo, por daños y perjuicios sufridos a raíz de la contaminación de dicho río, solicitando, por un lado la reparación de los perjuicios individuales de cada uno de los actores en virtud de la contaminación (daño individual) y, por otro lado, la recomposición del ambiente dañado (daño colectivo)²⁰.

Los actores accionaron contra todos los demandados, por no haber cumplido éstos con las disposiciones ambientales vigentes, dado que desviaron fondos de un préstamo otorgado por el Banco Interamericano de Desarrollo, por medio del dec. 145/1998, para el "Programa de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo", hacia objetivos ajenos a la solución de la problemática

¹⁹ LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría...*, cit., p. 9.

²⁰ "Mendoza Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)", res. del 20/6/2006 y sentencia definitiva del 8/7/2008.

ambiental denunciada y por no ejercer sus facultades de control, ni implementar políticas preventivas idóneas al respecto. Asimismo, responsabilizan a las empresas demandadas por volcar directamente al río los residuos peligrosos, por no construir plantas de tratamiento, por no adoptar nuevas tecnologías y por no minimizar los riesgos de su actividad productiva.

La Corte, en la causa "Mendoza" sentó doctrina sobre la clasificación entre el daño ambiental colectivo, daño ambiental individual y respecto de la naturaleza del derecho ambiental.

En efecto, en una primera etapa, el Máximo Tribunal aclaró que "la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo" resolviendo en consecuencia asumir la competencia originaria respecto del daño colectivo y rechazarla respecto de los eventuales daños individuales que pudieran haber sufrido los actores en virtud de la contaminación de la cuenca hídrica.

Por otra parte, requirió al Estado nacional, a la provincia de Buenos Aires, a la ciudad de Buenos Aires y al Consejo Federal del Medio Ambiente, que presenten un plan integrado para la recomposición gradual del ambiente afectado, así como a las empresas a que informen sobre los recaudos que toman para detener y revertir la contaminación de la zona.

Finalmente, la Corte Suprema emitió sentencia definitiva en materia de prevención y recomposición del daño ambiental en el año 2008²¹, ordenando llevar adelante un plan integral para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo (considerando 17) que incluye la reconversión de las industrias y la relocalización de familias que viven en las zonas afectadas cuya ejecución será responsabilidad de la Autoridad de Cuenca (ACUMAR)²², ello sin perjuicio de mantener las responsabilidades que primariamente recaen sobre el Estado nacional, la provincia de Buenos Aires y el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en función del asentamiento territorial de la cuenca hídrica y de las obligaciones impuestas en materia ambiental por disposiciones específicas de la Constitución Nacional.

²¹ Fallos 331:1622, caso "Mendoza Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)" del 8/7/2008.

²² Entre el despacho de la primera resolución de la Corte y el dictado de la sentencia definitiva en la causa "Mendoza", el Congreso de la Nación dictó la ley 26.168 instituyendo a la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR) como un nuevo sujeto de derecho (cuya tarea consiste en revertir el estado de contaminación que registra la Cuenca ejecutando el programa establecido en el fallo definitivo por la Corte).

c) Los derechos de los consumidores y usuarios

El nuevo art. 42 de la Constitución, también incorporado por la reforma de 1994, consagra el derecho de los consumidores y usuarios, a quienes resguarda mediante un sistema de protección especial.

La norma muestra uno de los aspectos más relevantes de la reforma e introduce en nuestra Ley Fundamental un rasgo nítido del constitucionalismo actual. En virtud de él se tutela a grupos indeterminados de personas (los consumidores y los usuarios), considerando su condición de debilidad y de evidente desigualdad jurídica en la relación que mantienen en tal carácter.

La ley 24.240, sancionada en 1993 y denominada "Ley de defensa del consumidor", definió conjuntamente a unos y a otros en su art. 1°. Dicha norma fue modificada por la ley 26.361 de 2008 que le otorgó mayor amplitud conceptual.

La cláusula en su nueva redacción expresa:

La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.

El art. 42 de nuestra Constitución preceptúa en su primera parte:

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

La cláusula constitucional precisa el alcance de la protección que se brinda a los consumidores y usuarios. Los derechos que la norma establece deben ser entendidos como complemento de los ya existentes en otras disposiciones de la Constitución: hay que interpretarlos en sentido amplio y, conforme a la finalidad de la norma constitucional, creemos que en caso de duda corresponde volcarse en favor del consumidor o usuario. Así lo estableció, además, la referida ley 24.240 (art. 3°, *in fine*).

En su segunda parte, el art. 42 determina:

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

El mandamiento constitucional, en este caso, va dirigido al propio Estado, cuyas autoridades deberán "proveer" (es decir, prevenir, facilitar, suministrar) lo necesario en relación, como mínimo, con las cuestiones que la norma enuncia.

La expresa mención de las asociaciones de consumidores y usuarios, unida a la legitimación que les confiere a éstas el art. 43 de la Constitución, configura una clara referencia a la doctrina de los intereses difusos.

También resalta en esta disposición, al igual que en la relativa a la protección del ambiente, el valor de la educación, que en este caso debe estar orientada a crear una sólida conciencia de sus derechos en el consumidor y en el usuario y también a generar en ellos el sentido crítico frente a la presentación de las ofertas por los prestadores y hacia la prestación misma.

En su última parte, el art. 42 dispone:

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

En este enunciado constitucional se consagra la necesidad de crear, por medio de la legislación, garantías específicas en resguardo de consumidores y usuarios. Además, el Estado debe asegurar sistemas de control de los servicios públicos de competencia nacional, con el mismo propósito. En la elaboración de esta política legislativa, la norma constitucional requiere la participación de las asociaciones de consumidores, usuarios y de las provincias interesadas, de la cual —entendemos— no se puede prescindir, por cuanto se la exige con carácter de "necesaria".

También será indispensable, en este último aspecto, una política de concertación en que coincidan armónicamente las normas federales con las provinciales, teniendo en consideración que las competencias de ambos órdenes no aparecen suficientemente nítidas.

Una manifestación clara de esta preocupación fue el conflicto generado en la provincia de Río Negro con motivo de la sanción de la ley local 2813, el 8 de julio de 1994, que obligó a las empresas prestatarias del servicio telefónico en esa provincia a instalar contado-

res de pulsos domiciliarios a costa de los usuarios que lo requirieran expresamente.

La empresa prestataria del servicio consideró que al derivar la concesión de éste de normas nacionales, la ley local era inconstitucional, pretensión que el Superior Tribunal de Río Negro rechazó con estimables fundamentos²³.

d) Medios de protección común

La consagración constitucional de los derechos ambientales, del derecho a la preservación del patrimonio cultural y de los derechos del consumidor y del usuario, impuesta por la reforma de 1994, ha traído aparejadas importantes consecuencias, tanto en el ámbito del derecho constitucional como en otros (derecho administrativo, procesal, ambiental, etc.). Nos referiremos muy escuetamente a las primeras.

Los derechos reconocidos en los arts. 41 y 42 han pasado a integrar, más allá de las denominaciones que se les atribuya, la categoría de derechos subjetivos expresamente reconocidos por la Constitución.

Para la tutela de estos derechos se dispone, a partir de la reforma, de diferentes caminos. La acción pueden ejercerla el propio afectado —sea por medio de los procedimientos ordinarios o del amparo (art. 43)—, las asociaciones de defensa de esos derechos y también el Defensor del Pueblo. En estos dos últimos casos, la legitimación se confiere para utilizar la vía del amparo.

Queda, no obstante, la duda con respecto al término “afectado” del art. 43 de la Constitución, que ha recibido en la doctrina diferentes interpretaciones. Para unos, implica la exigencia de un interés legítimo para viabilizar la acción²⁴; para otros, se consagra la posibilidad de invocar un simple interés²⁵.

Será el Poder Judicial, en última instancia, el que deberá llevar a cabo la interpretación definitiva del precepto constitucional. Cualquiera que sea la posición que se adopte, consideramos que la finalidad de la norma es clara y tiende a ampliar la libertad.

²³ Caso “Telefónica de Argentina SA s/acción de inconstitucionalidad”, sentencia 123 del 25/4/1995.

²⁴ TAWIL, Guido S., “La cláusula ambiental en la Constitución Nacional”, LL 1995-B-1291; BARRA, Rodolfo C., “La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar”, LL 1994-E-1087.

²⁵ RIVAS, Adolfo, “El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina”, LL 1994-E-1331; BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI, Ediar, Buenos Aires, 1986, ps. 318/9, quien es partidario de la legitimación amplia, pero no de incluir en los alcances del art. 43 la acción popular. También QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *La reforma de la Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 139, le otorga alcance amplio a la tutela prevista en el art. 43, que describe como “amparo colectivo”.

IV. LOS DERECHOS NUEVOS EN LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES

El nuevo ciclo de ejercicio del poder constituyente derivado, que se inició en el año 1986, ha permitido la revisión de varias constituciones provinciales. También se ejerció el poder constituyente originario con motivo de la provincialización de Tierra del Fuego.

Se advierte, en general, una tendencia favorable al reconocimiento de los derechos ambientales y de los consumidores y usuarios. Reconocen el derecho a la protección del ambiente, entre otras, las nuevas Constituciones de Buenos Aires (art. 28), Córdoba (art. 11), Formosa (art. 38), Jujuy (art. 22), La Pampa (art. 18), La Rioja (art. 66), Salta (art. 30), San Juan (art. 58), San Luis (art. 47), Río Negro (art. 84) y Tierra del Fuego (arts. 25 y 54). En algunos casos, el resguardo se extiende al equilibrio ecológico (Córdoba, Jujuy, La Pampa, Tierra del Fuego) y en otros, también a la calidad de vida (San Juan y San Luis).

La tutela de los derechos del consumidor aparece acogida explícitamente en las Constituciones de Buenos Aires (art. 38), Catamarca (art. 57), Córdoba (art. 29), Río Negro (art. 30), San Juan (art. 69) y Tierra del Fuego (art. 22).

V. CONCLUSIONES

El acogimiento constitucional explícito de los derechos ecológicos, del resguardo del patrimonio cultural y de la protección a los usuarios y consumidores, así como el desarrollo de los intereses difusos, constituyen, a nuestro entender, aportes fecundos en la medida en que contribuyan a afianzar la libertad.

Su reconocimiento constitucional, demostrativo de una clara tendencia favorable a su instauración, lejos de agotar esta problemática, debe hacer frente al desafío de nuestra época que exige la rápida adecuación de los instrumentos procesales que posibiliten su efectiva vigencia. Recordemos que la realización práctica de la libertad —y no su mera proclamación teórica— es objetivo fundamental del orden constitucional.

La difusión que ha tenido esta problemática en los últimos años se relaciona con el menoscabo que han sufrido los derechos fundamentales de la persona humana como consecuencia de la degradación de los recursos naturales. Sabido es que los derechos necesitan ser especialmente proclamados cuando están en grave peligro²⁶.

²⁶ ORGAZ, Alfredo, *Reflexiones sobre los derechos humanos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 8, recuerda: “Es siempre mala cosa para los derechos, con mayor razón si son los

Con relación al problema ambiental, Juan Pablo II advirtió, en su encíclica *Centesimus annus*, acerca de lo que denomina "la cuestión ecológica" que lleva al hombre, "impulsado por el deseo de tener y gozar, más que de ser y crecer, a consumir de manera excesiva y desordenada los recursos de la tierra y su misma vida" (nro. 37).

Frente a este error antropológico del hombre que provoca la rebelión de la naturaleza —más bien tiranizada que gobernada por él—, el derecho tendrá que realizar inexcusablemente su aporte, que deberá estar orientado a rescatar al hombre en su plena libertad y dignidad.

Habrà que hallar, en este aspecto, un adecuado equilibrio en la instrumentación de las normas constitucionales, guardando distancia tanto de las soluciones economicistas, que no reparan en los daños, ni los previenen o subsanan, como de las propuestas ecologistas, que terminan concibiendo al hombre como un ser ignorado para el uso justo del don de la Creación.

fundamentales, que necesiten ser solemnemente declarados, pues tal declaración presupone que ellos son desconocidos o avasallados en la vida real y con una cierta generalidad".

CAPÍTULO XIV LA SEGURIDAD JURÍDICA

I. LA SEGURIDAD JURÍDICA: CONCEPTO

El término "seguridad" es aplicado con relación a aquello que consideramos digno de certeza y confianza. Media, en estos casos, una previsibilidad axiológicamente positiva.

La seguridad jurídica, en sentido más específico, implica una actitud de confianza en el derecho vigente, y una razonable previsibilidad sobre su futuro. Es la que permite prever las consecuencias de las acciones del hombre, así como las garantías de orden constitucional que gozan tales actos.

La seguridad jurídica se halla estrechamente ligada a algunos instrumentos fundamentales como las garantías y los controles institucionales. Se procura asegurar la libertad del hombre frente al Estado. Sus fronteras son sumamente amplias. Ello le permitió a Alberdi expresar que la seguridad jurídica se confunde con la libertad.

Se trata, en definitiva, de la confianza en el orden jurídico, la cual reposa en dos manifestaciones vertebrales: la protección frente a la arbitrariedad y la previsibilidad¹.

II. ANTECEDENTES

Tanto en la antigüedad como en la Edad Media predominaba, en general, la inseguridad. El hombre aparecía amenazado por una multitud de circunstancias peligrosas que lo llevaban a vivir en una incertidumbre constante e incontrolable.

¹ Expresa al respecto Julio C. Cueto Rúa que "la seguridad jurídica parecería ser una clase específica de seguridad contra los riesgos presentes en la experiencia jurídica y el vaticinio de los riesgos típicos de la mencionada experiencia" (CUETO RÚA, Julio C., "Seguridad jurídica", LL 1994-A-742).

En el siglo XV, el Renacimiento –como lo expresa Pérez Luño– significó la primera reacción histórica relevante frente a aquellas formas de inseguridad. El hombre del Renacimiento cobró conciencia de que había una relación inmediata entre conocimiento y seguridad e ignorancia e inseguridad².

La Ilustración, en el siglo XVIII, alentaría los ideales de la paz, la certidumbre, la racionalidad y, consecuentemente, la seguridad.

El Romanticismo –escuela literaria de la primera mitad del siglo XIX– implicó una evidente desvalorización de la seguridad.

El constitucionalismo liberal exaltó la idea de la libertad y de la seguridad individual.

Los totalitarismos del siglo XX, en cambio, consideraron la seguridad como un obstáculo opuesto a la voluntad de transformación política. El comunismo entendió que la seguridad era un instrumento al servicio de la burguesía para perpetuar la división de la sociedad en clases.

Fue después de la Segunda Guerra Mundial cuando la seguridad recobró su valoración. Sobrevendrían, sin embargo, nuevos problemas. La inseguridad no aparecía entonces tan genéricamente ligada al exceso de poder del Estado, sino que era también consecuencia de un defecto de actuación pública eficaz.

El constitucionalismo social amplió considerablemente el concepto de seguridad. Al amparo de su enfoque más real y paralelamente al desarrollo de la seguridad individual, se puso especial acento en la seguridad social.

Tampoco faltan enfoques actuales que expresan que la seguridad, especialmente en su dimensión social, es una aspiración inútil o inalcanzable.

III. INFLUENCIA DEL CRISTIANISMO

El cristianismo contribuyó decisivamente a ubicar a la seguridad como un objetivo claro y certero. Al proclamar el inalienable respeto por la libertad y dignidad del hombre, formuló un implícito reclamo de seguridad. El Estado debe estar al servicio del hombre, hecho a imagen y semejanza de Dios.

En su mensaje *Con sempre*, de la Navidad de 1942, sostuvo Pío XII que “del ordenamiento jurídico querido por Dios deriva el inalienable derecho a la seguridad jurídica, y con ello a una esfera concreta de derecho, protegida contra todo ataque arbitrario” (nro. 48).

² PÉREZ LUÑO, Antonio E, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 14.

Pablo VI diría, haciendo una síntesis admirable, que “esta experiencia de la armonía entre la feliz libertad, que nos ha obtenido Cristo, y la gozosa fidelidad al orden establecido por Él, es de las más bellas, originales e irrenunciables de nuestra elección cristiana” (alocución del 5 de mayo de 1971).

IV. EL DERECHO A LA JURISDICCIÓN

Una de las garantías fundamentales que debe asegurar todo Estado de derecho es la posibilidad cierta y efectiva de recurrir a un tribunal de justicia para que resuelva su pretensión. Bien se puede sostener que si esta garantía no existe, se carece de seguridad jurídica.

Este derecho a obtener la tutela judicial es el equivalente a lo que en el derecho anglosajón se conoce como obligación de respetar el *due process of law*, que entre nosotros tiene acogida con la denominación de “derecho a la jurisdicción”. Se trata de una consecuencia necesaria de la reserva del uso de la fuerza por parte del Estado.

Esta garantía no tiene figuración expresa en la Constitución Nacional, pero su existencia se halla plenamente avalada por sus propios fines. No sería concebible que luego de haber expresado en el Preámbulo el objetivo de afianzar la justicia, se privara de acceso a los órganos judiciales. Por lo demás, a la misma conclusión se llega en virtud de la interpretación amplia de la cláusula del art. 18, según la cual “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de sus derechos”. Entendemos también que el art. 33 de nuestra Ley Fundamental le otorga acogimiento implícito.

La jerarquía constitucional otorgada a ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos por la reforma de 1994, afirma el mismo criterio. Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10) como el Pacto de San José de Costa Rica (arts. 8.1 y 25) contienen referencias expresas. Estos tratados establecen con precisión los tres estadios de la denominada “tutela judicial efectiva”, siendo éstos: a) acceso a la justicia; b) ser parte en el proceso, obtener una sentencia fundada y en tiempo razonable, y c) ejecución de la sentencia.

En otras constituciones se halla explícitamente establecido. Así, el art. 24.1 de la Constitución española de 1978 establece:

Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

El derecho a la jurisdicción lo tienen todas las personas, sean físicas o jurídicas, en la medida en que dispongan de capacidad para

ser parte en un proceso judicial. Este derecho debe ser ejercido por medio de las vías legales previamente establecidas. No ampara, en consecuencia, el acceso a un órgano judicial incompetente, siempre y cuando la exclusión no sea arbitraria.

El derecho a la jurisdicción no se agota con la mera posibilidad potencial de acceso a un órgano judicial, sino con su concreción práctica. Se vincula en forma inescindible con la necesidad de jueces naturales realmente imparciales, probos e idóneos, con la existencia efectiva de órganos judiciales suficientes y con dotación de personal, recursos económicos y procedimientos adecuados.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la existencia de disposiciones que supriman o suspendan el acceso a la jurisdicción no son concebibles dentro del sistema republicano de gobierno y de protección de los derechos humanos, así como incompatibles con el postulado del Preámbulo de la Constitución Nacional concerniente al afianzamiento de la justicia³.

A pesar del reconocimiento jurisprudencial de este derecho, entendemos que en nuestro país todavía distan de estar satisfechas las condiciones para que sea verdaderamente operativo.

V. EL JUEZ NATURAL. LAS COMISIONES ESPECIALES

Se denomina "juez natural" al órgano judicial cuya creación, jurisdicción y competencia provienen de una ley anterior al hecho que motiva la causa. Este concepto integra el derecho a la jurisdicción y constituye una garantía mínima necesaria para asegurar la imparcialidad.

Su fundamento, en nuestro sistema constitucional, se halla en el art. 18 que estatuye que nadie puede ser "sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa".

Pese al indudable arraigo doctrinal y jurisprudencial que tiene la expresión "juez natural", creemos que es impropia; tampoco la Constitución la emplea. Además, no es la naturaleza sino la ley la que crea el órgano judicial. Lo que se requiere, en definitiva, es que el órgano judicial sea imparcial y para ello es necesario que haya sido creado por la ley con carácter general.

El supuesto que la Constitución prohíbe es el de los jueces excepcionales o no ordinarios. Requiere, en cambio, jueces predeterminados por la ley.

³ Fallos 326:417, caso "San Luis, Provincia de v. Estado Nacional s/acción de amparo" del 5/3/2003 (voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez).

La garantía del juez natural sólo tiende a impedir la sustracción arbitraria de una causa al tribunal que continúa teniendo jurisdicción para casos semejantes con el fin de atribuir su conocimiento a uno que no la tiene⁴.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, lo inadmisibile, lo que la Constitución repudia, es el intento de privar a un juez de su jurisdicción en un caso concreto para conferírsela a otro que no la tiene, en forma tal que por esta vía indirecta se llegue a constituir una verdadera comisión especial disimulada bajo la calidad de juez permanente de que se pretende investir a un magistrado de ocasión⁵; por ello cuando a raíz de la renuncia, jubilación o muerte de un magistrado, otro nuevo asume la función que a él correspondía y continúa conociendo en la causa iniciada con anterioridad no hay sustracción al juez natural.

Las comisiones especiales prohibidas por el art. 18 de nuestra Ley Suprema son tribunales creados con posterioridad al hecho de la causa. Se trata, generalmente, de órganos judiciales *ad hoc*, creados con el deliberado propósito de juzgar determinado hecho o persona.

VI. EL DEBIDO PROCESO

Si bien el derecho a la jurisdicción y la garantía del juez natural constituyen presupuestos básicos para asegurar la primacía de la justicia, ellos, por sí solos, son insuficientes para concretar ese propósito.

En esta materia, además de la posibilidad de acceso al órgano jurisdiccional y la garantía de su imparcialidad, se debe también tutelar el proceso judicial como integridad.

El art. 18 de la Constitución determina que "es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos". Cabe destacar que la expresión "inviolable" ha sido reservada por el constituyente para casos de excepción. La utiliza para resaltar el derecho de propiedad individual (art. 17) y para destacar las garantías de la defensa en juicio y del domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados (art. 18). Ello es una clara consecuencia de la ideología que sustenta a la Constitución.

El debido proceso judicial, como lo entienden la doctrina y la jurisprudencia, se integra con etapas que son insoslayables; tal el caso

⁴ Fallos 310:2845, caso "Fiscal de Estado Luis Magín Suárez s/formula denuncia solicita jurado de enjuiciamiento y sus acumulados (Juicio Político a los Miembros de la Corte de Justicia de San Juan)" del 29/12/1987.

⁵ Fallos 329:1245, caso "Crousillat Carreño, José Francisco s/extradición -del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-", sentencia del 18/4/2006.

de la acusación, la defensa, la prueba, la sentencia y la ejecución de ésta. Ha expresado la Corte Suprema de Justicia que "la garantía constitucional de la defensa en juicio requiere, especialmente cuando se trata de pronunciamiento condenatorio en causa penal, que hayan tenido lugar válidamente en el proceso la acusación, la defensa, la prueba y la sentencia final" (caso "Aduana de Paso de los Libres v. Belport SCA" de 1976⁶).

Toda persona que es llevada coercitivamente ante la justicia tiene derecho a conocer los motivos de su comparecencia, esto es, los cargos o reproches que le son formulados. Esta exigencia tiene especial relevancia desde la perspectiva de la defensa: la información acerca de los motivos de la acusación le permitirán al acusado establecer aquélla.

El derecho a la defensa, en el transcurso del proceso judicial, es también una prerrogativa necesaria que tiene todo aquel que es acusado o demandado. Este derecho incluye como primera exigencia la posibilidad de ser oído. Nuestro Máximo Tribunal de la República ha sostenido desde sus comienzos la inviolabilidad de este derecho⁷. Asimismo, para asegurar la mejor protección del acusado se exige habitualmente la asistencia letrada. Para quienes no tengan la posibilidad económica de recurrir a un profesional del derecho, el Estado debe proveer una defensa digna mediante la prestación de un servicio de defensorías públicas, gratuitas y eficientes.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado reiteradamente que la garantía de defensa en juicio exige, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran asistirle, asegurando a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada, previo juicio llevado en legal forma, ya se trate de procedimiento civil o criminal, requiriéndose indispensablemente la observancia de las formas sustanciales relativas a acusación, defensa, pruebas y sentencia⁸.

Otra etapa esencial es la relativa a la posibilidad de ofrecer toda la prueba necesaria que permita una adecuada defensa. Esta admisión debe ser amplia y comprende toda la prueba que sea pertinente para resolver la cuestión. Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en dos años precedentes⁹.

⁶ Fallos 295:591.

⁷ Fallos 236:271, caso "Frigofide SRL", y Fallos 239:489, "Nación v. Aluvion SA", entre muchos otros.

⁸ Fallos 310:2384; 312:384; 314:1323; 321:2826; 321:2947; 325:2485; 326:41, entre muchos otros.

⁹ Fallos 252:356, caso "Mármol de Menéndez", y Fallos 274:281, caso "Goldstein".

Otra consecuencia es que la prueba que sea desechada debe serlo únicamente por causas razonables. Esta garantía abarca, además, la posibilidad de controlar la prueba que aporte la parte contraria.

Todo litigante tiene el derecho a obtener, por medio del proceso judicial, una sentencia que dirima la cuestión. Esta sentencia debe guardar estricta relación con las cuestiones planteadas por la acusación y la defensa —principio de congruencia— y también con la prueba aportada por las partes. Tiene que ser, por lo demás, suficientemente motivada y razonable, es decir, exenta de arbitrariedad. Nuestro más Alto Tribunal de justicia también ha consagrado y definido el principio procesal de congruencia en el caso "Zurita"¹⁰. El debido proceso judicial no se agota con la sentencia que pone fin al litigio. Es necesario agregar el derecho de ejecutar la sentencia, que le incumbe a todo aquel que ha sido favorecido por una resolución judicial firme y definitiva. Sin esta condición, la sentencia sería meramente declarativa y el proceso judicial carecería de utilidad.

Si bien las distintas etapas que hemos mencionado constituyen aspectos fundamentales del proceso judicial, también cabe mencionar otros no menos importantes y que en caso de no ser satisfechos frustrarían los propósitos de esta garantía sustancial. Consideramos como tales el derecho a no soportar demoras frustrantes, a no verse expuesto a excesos rituales manifiestos, a la revisión de las resoluciones judiciales cuando ello esté legalmente previsto, etcétera.

VII. LAS GARANTÍAS EN MATERIA PENAL

El proceso judicial penal tiene características peculiares en consonancia con los bienes tutelados. Le son aplicables todas las exigencias que constituyen el debido proceso analizadas en el punto anterior.

A ellas se les agregan otras características específicas, a las cuales haremos mención en los parágrafos siguientes.

a) Principio de legalidad

El art. 18 de la Constitución, en su primera parte, expresa:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.

La norma constitucional, en este caso, prohíbe expresamente la retroactividad de la ley penal al exigir que sea previa al hecho que

¹⁰ Fallos 314:333.

origina el proceso. Este principio tiene una única excepción: la relativa a la aplicación de la ley más benigna, que comentaremos en el apartado e).

Cuando la Constitución hace referencia a la ley previa está aludiendo a una ley en sentido formal y material. Es al Congreso de la Nación a quien le incumbe dictar el Código Penal con vigencia en todo el territorio de la Nación (art. 75, inc. 12, CN).

La ley previa tiene que definir claramente el tipo o la figura penal, o sea, debe hacer una descripción precisa de la conducta que incrimina y de la pena que corresponde imponer.

En algunas circunstancias, el legislador opta por aludir a una conducta genérica que luego debe ser completada por la reglamentación. Ello ha dado lugar al discutido tema de las figuras penales abiertas o imprecisas, o en blanco, en las cuales se deja habitualmente que el Poder Ejecutivo integre la figura, utilizando los reglamentos delegados.

Pese a que esta problemática ha originado cuestionamientos doctrinales serios, la Corte Suprema de Justicia, en general, ha aceptado estas figuras penales incompletas, siempre que a juicio de ella la política legislativa haya sido establecida claramente por ley y sólo se delegue al Poder Ejecutivo el ejercicio de atribuciones razonables.

En cambio, reputó inconstitucional la delegación, hecha por el Congreso al jefe de la Policía Federal, de la facultad de dictar, en la Capital Federal, edictos en materia de "policía de seguridad" (caso "Mouviel, Raúl Oscar y otros" de 1957¹¹).

El Pacto de San José de Costa Rica dispone en su art. 9°:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delitos según el derecho aplicable.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que el principio de legalidad busca preservar de diversos males que podrían afectar la libertad de los ciudadanos, en particular los siguientes: la aplicación de penas sin culpabilidad, la frustración de la confianza en las normas (seguridad jurídica) y la manipulación de las leyes para perseguir a ciertas personas (imparcialidad del derecho)¹².

b) Inmunidad de declaración y arresto

El art. 18 de nuestra Ley Suprema establece que "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo". La enmienda V de la Constitu-

¹¹ Fallos 237:636.

¹² Fallos 328:2056, caso "Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad (Poblete)" del 14/6/2005, voto de la jueza Argibay.

ción de los Estados Unidos lo dice con términos aún más elocuentes al estatuir que "nadie será obligado a ser testigo de uno mismo".

Teniendo en cuenta la prescripción constitucional argentina, no se le puede exigir juramento alguno a quien se le toma declaración como imputado de un delito.

La Corte Suprema ha tenido oportunidad de afirmar que "tal juramento entraña, en verdad, una coacción moral que invalida los dichos expuestos en esa forma, pues no hay duda que exigir juramento al imputado a quien se va a interrogar, constituye una manera de obligarle a declarar en su contra" (caso "Diario El Atlántico"¹³).

La norma constitucional también ha servido para discutir la validez de las declaraciones espontáneas prestadas en sede policial, especialmente en aquellos casos en que se denuncia la aplicación de apremios ilegales o presiones manifiestas. La Corte, en el caso "Montenegro, Luciano Bernardino" de 1981¹⁴, sostuvo que en tales circunstancias la consecuencia del mandato constitucional no puede reducirse al castigo de los autores de los apremios ilegales, sino que corresponde, además, invalidar la declaración, porque otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial es contradictorio y compromete la administración de justicia. Asimismo, con posterioridad el mismo tribunal volvió a mantener tal criterio y a excluir la prueba obtenida mediante una confesión lograda bajo apremios ilegales en el caso "Roque Ruiz"¹⁵.

En relación con la inmunidad de arresto, el art. 18 dispone que "nadie puede [...] ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente". Esta prescripción había sido considerada, antes de la reforma de 1994, como el fundamento constitucional del hábeas corpus.

Si bien la norma parece demasiado estricta al decir que nadie puede ser detenido sin orden escrita de autoridad competente, las leyes procesales y policiales, en general, admiten que la autoridad preventiva detenga al presunto inculcado cuando éste es sorprendido *in fraganti* o cuando respecto de él hay indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad. Estas excepciones a la regla general hallan sustento normativo, en el orden federal, en el Código Procesal Penal de la Nación, en los arts. 285 para el caso de flagrancia y 284, inc. 3°, para el caso de la existencia de indicios vehementes de culpabilidad y peligro de fuga.

¹³ Fallos 281:177.

¹⁴ Fallos 303:1938.

¹⁵ Fallos 310:1847.

Otra excepción al principio constitucional la configuran las llamadas “detenciones por averiguación de antecedentes”, que habitualmente aparecen en las leyes procesales o de policía. En el orden nacional se dictó la ley 23.950 del año 1991, la que establece taxativamente los requisitos para su procedencia, como, asimismo, el plazo máximo de duración de ella, la que en ningún caso podrá exceder de diez horas.

Esta privación de la libertad no tiene fundamento explícito en la Constitución y ha sido cuestionada por la doctrina. Por nuestra parte, entendemos que sólo puede hallar justificación en el poder de policía y que su aplicación deber estar limitada a casos debidamente justificados y ser interpretada con criterio restrictivo.

La falta de instrumentos técnicos adecuados para que las fuerzas de seguridad lleven a cabo la identificación de las personas y la averiguación de sus antecedentes en forma rápida y acorde a los adelantos logrados en esa materia, no puede justificar la privación de la libertad. Esta problemática fue tangencialmente abordada por la Corte en el caso “Urricelqui”¹⁶, oportunidad en la que confirmó el fallo absoluto dictado en instancia inferior y fundado en la indebida prolongación de la detención por averiguación de antecedentes.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece en su art. 7º un conjunto de garantías que amparan el derecho a la libertad física.

En tal sentido dispone que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales (inc. 1º); que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas (inc. 2º); ni ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios (inc. 3º). Que toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella (inc. 4º), y asimismo debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso [...] (inc. 5º). Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales [...] (inc. 6º) y que nadie será detenido por deudas [...] (inc. 7º).

¹⁶ Fallos 285:127.

c) Presunción de inocencia

La presunción de inocencia es un principio que si bien no está expresamente enunciado en el art. 18 de la Constitución, entendemos que representa una garantía implícita, que como tal completa la citada norma.

Este principio significa que penalmente toda persona es inocente hasta tanto se demuestre su culpabilidad. En consecuencia, para condenar se debe primero probar y esta prueba es responsabilidad de quien formula los cargos.

La presunción de inocencia obliga al juez a destruirla para condenar. Este principio exime al acusado de demostrar su inocencia y traslada a la acusación la carga de probar su culpabilidad.

La Corte Suprema de Justicia lo ha reconocido como una emanación implícita del art. 18 de la Constitución. En el caso “Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo” de 1969¹⁷, consignó que en virtud de dicha norma no se le puede exigir al acusado la inversión de la carga de la prueba sin fundamento legal que autorice tal criterio.

En el caso “Acosta, Luis” de 1976¹⁸, consideró que no correspondía exigir a quien estaba acusado de contrabando la demostración fehaciente de su inocencia con fundamento en el “principio ínsito en el art. 18 de la Constitución nacional”.

El Pacto de San José de Costa Rica establece en el art. 8.2:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Del principio de inocencia deriva el derecho del imputado a una efectiva defensa en juicio que garantice su derecho a ser oído. En virtud de ello, asimismo, en el proceso penal es inadmisibles el juicio en rebeldía. Está vedada en nuestra legislación penal la posibilidad de condenar en ausencia o rebeldía del imputado.

Constituye otra derivación del principio de inocencia, el principio que se expresa con el clásico aforismo *non bis in idem*, establecido a favor del imputado, según el cual una persona no puede ser sometida a múltiples procesos por un mismo hecho, sin importar los diversos encuadramientos que se puedan efectuar a su respecto.

Con anterioridad a la reforma constitucional del año 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que si bien este principio no está expresamente consagrado en la Constitución Nacional, se halla implícitamente incluido en el sistema de garantías que

¹⁷ Fallos 275:9.

¹⁸ Fallos 296:782.

en esa norma fundamental aseguran el debido proceso legal (art. 18, CN)¹⁹.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, de rango constitucional (conf. art. 75, inc. 22), establece que “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos” (art. 8.4).

En ese orden de cosas, la Corte ha entendido que la garantía de *non bis in idem* impide no sólo imponer una nueva pena por el mismo delito, sino que lleva a la prohibición de un segundo proceso por el mismo delito, sea que el acusado haya sufrido pena o no la haya sufrido y sea que en el primer proceso haya sido absuelto o condenado²⁰.

d) El juicio por jurados

El juicio por jurados constituye una modalidad de dirimir conflictos legales con la intervención de un órgano colegiado integrado por legos —o, al menos, por quienes no son magistrados judiciales—, designados por sorteo y presididos por un juez o tribunal de justicia y cuya función es, luego de una instancia oral, pronunciar un veredicto acerca de los hechos y de la culpabilidad del acusado.

La Constitución ha previsto la institución de los jurados para dirimir los juicios criminales. Lo ha hecho, además, con un énfasis notorio, al dedicarle tres artículos: 24, 75, inc. 12 y 118.

El primero de ellos estatuye:

El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados.

Entre las atribuciones del Congreso se consagra la de dictar especialmente las leyes “que requiera el establecimiento del juicio por jurados” (art. 75, inc. 12).

El art. 118, a su vez, determina:

Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución.

Pese a la clara insistencia constitucional, el juicio por jurados no ha sido establecido aún en nuestro país a nivel nacional.

¹⁹ Fallos 311:552, caso “Valdez, Enrique Carmelo” del 21/4/1988, del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema.

²⁰ Fallos 330:1049, caso “Heredia, Ramón Claudio” del 20/3/2007, del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema.

La jurisprudencia de la Corte ha excusado esta omisión legislativa, basándose en el carácter programático de esas normas constitucionales. En el caso “Vicente Loveira v. Eduardo T. Mulhall”²¹ de 1911, sostuvo, ante el requerimiento del director de un diario procesado por injurias, que los jurados no son obligatorios para la Capital Federal y que el mandato constitucional “no le impuso [al Congreso] términos perentorios”.

Sin perjuicio del arraigo de esta doctrina judicial, creemos que el juicio por jurados no debería ser descartado entre las propuestas de modificaciones del proceso judicial, especialmente en el ámbito penal.

Cabe acotar, asimismo, que la reforma constitucional de 1994 no sólo mantuvo las disposiciones anteriores sobre esta institución, sino que agregó otra referida al jurado de enjuiciamiento de magistrados judiciales (art. 115).

Con la implementación del juicio por jurados, se le confiere al ciudadano común la posibilidad de decidir sobre los conflictos suscitados entre sus pares y participar de la administración de justicia penal de manera directa. Ello a su vez, importa por un lado, otro modo de asegurar la imparcialidad de los jueces y de aumentar el control ciudadano sobre el poder estatal y por otro, un derecho para el acusado de ser juzgado por sus pares.

A nivel provincial, contemplan el juicio por jurados las Constituciones de las provincias del Chubut (art. 172), de Río Negro (art. 197), de Córdoba (art. 162), de Corrientes (178) y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 81 y 106).

La provincia de Córdoba lo instauró por ley en el año 2004²² y lleva varios años en funcionamiento²³. Las provincias de Neuquén y Chubut lo contemplan en su legislación procesal penal²⁴. En el caso

²¹ Fallos 115:92.

²² Ley 9182 de la Provincia de Córdoba.

²³ El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba elaboró un informe —a través del Centro de Estudios y Proyectos Judiciales del tribunal— sobre todas las causas en las que hubo participación de jurados, conforme a las pautas establecidas en el art. 162 de la Constitución provincial, desde su implementación en el año 2005 hasta 2012. El informe revela que en total, desde la implementación de este sistema, hubo doscienta cincuenta y seis sentencias, distribuidas en treinta y seis absoluciones y doscientas veinte condenas, es decir, un 86% del total de los juicios con participación de jurados populares, culminó en sentencia condenatoria. El referido informe fue difundido por el sitio de internet *Diario Judicial.com* en la edición del 20/9/2013.

²⁴ El nuevo Código Procesal Penal para la provincia de Neuquén adopta y regula un modo de enjuiciamiento con jurado clásico para delitos graves (ley 2784) aprobado el 24/11/2011 que comenzará a regir a partir de los dos años de su publicación. En el caso del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut (ley 5478) éste contempla el juicio por jurados, pero no lo regula.

de la provincia de Buenos Aires, recientemente la Cámara de Senadores bonaerense convirtió en ley la implementación del juicio por jurados²⁵.

Refiere Gelli que la disposición de la Constitución argentina ha atribuido al Congreso federal el establecimiento del juicio por jurados, en lo que constituye una excepción a las atribuciones provinciales en materia de administración de justicia. Así la ley del Congreso debería establecer la organización del juicio por jurados, sus características, alcance e instrumentación dejando, no obstante, la aplicación de esa ley a los Estados locales. En los hechos, algunas provincias, como por ejemplo, la provincia de Córdoba, iniciaron el estudio e instrumentación del juicio por jurado en sus propias jurisdicciones. Ello podría implicar, en los hechos, la interpretación acerca de que el Congreso Nacional estaría facultado para establecer el sistema de juicio por jurados sólo para delitos sujetos a jurisdicción federal²⁶.

e) Aplicación de la ley penal más benigna

Sabemos que la prohibición de la retroactividad de las leyes representa una manifestación básica de la seguridad jurídica. También, que nuestra Constitución no prohíbe expresamente la irretroactividad —salvo en materia penal—, pero que ésta tampoco puede estar en pugna con los derechos y las garantías constitucionales.

El Código Penal argentino establece en su art. 2º:

Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en tiempo intermedio, se aplicará

²⁵ El proyecto obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados el 13/12/2012 y fue aprobado por el Senado y convertido en ley el 12/9/2013. El jurado se aplicará para casos de delitos con penas mayores de quince años, como el abandono de personas seguido de muerte, homicidio simple, homicidio agravado, asociaciones ilícitas agravadas y delitos contra la integridad sexual.

La ley establece los requisitos y condiciones que debe reunir una persona para ser miembro de un jurado. Asimismo, prevé que los jurados estarán compuestos por doce ciudadanos titulares y seis suplentes que decidirán la culpabilidad o no de los acusados. Serán elegidos por sorteo, tomados del padrón electoral y podrán ser recusados por el juez, la defensa o la parte acusadora. El juez deberá indicarles el encuadre jurídico de la cuestión a resolver.

El veredicto de culpabilidad por el que se tendrá que expedir el cuerpo requerirá como mínimo de diez votos afirmativos sobre las cuestiones planteadas. Además, si el delito por el que fuera calificado legalmente el hecho en que se sustenta la acusación tuviera prevista pena de prisión o reclusión perpetua, se requerirá unanimidad de votos afirmativos. En caso de no existir acuerdo la votación se repetirá en tres oportunidades y de seguir así se planteará la no culpabilidad o se declarará estancado el debate, para lo cual hará falta conformar un nuevo tribunal.

²⁶ Conf. GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 315.

siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.

Soler explica el contenido constitucional de esta norma, sintetizándolo en dos principios: a) la retroactividad de la ley nueva más benigna y b) la ultraactividad de la ley anterior más benigna.

Otras normas del Código Penal que evidencian la aplicación de este principio son, el art. 3º, al establecer que en el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado y los arts. 59 y 61, al pautar que la ley de amnistía extinguirá las acciones penales y hará cesar la condena y todos sus efectos, a excepción de las indemnizaciones debidas a los particulares.

El criterio adoptado por el Código Penal ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia, la cual lo ha considerado constitucional y aplicable de oficio, es decir, sin que sea necesaria la petición de parte (caso "Zerbino, Mario Carlos"²⁷ de 1983).

Sin embargo, la propia Corte ha establecido que la aplicación de la ley penal más benigna no es una exigencia constitucional, sino un criterio del legislador que no agravia a nuestra Ley Fundamental (caso "Weinzettel, Carlos Isidoro"²⁸ de 1980).

El Pacto de San José de Costa Rica estipula en el art. 9º —siguiendo idéntico principio—:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Similar redacción encontramos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15, apart. 1º).

f) *Reformatio in pejus*

Tanto la doctrina constitucional como la jurisprudencia coinciden en afirmar la prohibición, en materia penal, de agravar la condena del acusado si esta agravación no ha sido expresamente pedida por quien acusa. Este corolario es una consecuencia de la garantía de defensa en juicio establecida por el art. 18.

²⁷ Fallos 305:710.

²⁸ Fallos 302:1626.

De no mediar esta prohibición, toda posibilidad de apelación de una condena penal por considerarla excesiva se convertiría en una franca amenaza, porque el Tribunal Superior podría revisar íntegramente la sentencia, lo cual supondría atenuar la condena, prescindiendo de ella o hacerla aun más grave sin mediar pedido en tal sentido.

La *reformatio in pejus* (reforma en perjuicio) es violatoria de la defensa en juicio al afectar el principio de congruencia, según el cual el juez o tribunal únicamente puede considerar las cuestiones que las partes hayan introducido en el juicio. De no ser así, el procesado se podría ver privado de defenderse al ignorar cuáles son los elementos incriminatorios.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido elaborando la prohibición de la *reformatio in pejus* en numerosos fallos.

En el caso “Mario Sixto Gómez”, resuelto en 1956²⁹, nuestro Máximo Tribunal afirmó que “tan desprovista de soportes legales resultaría una condena de primera instancia sin acusación, como una condena de segunda instancia sin apelación”.

En el caso “Basseler Ltda.”³⁰ de 1960, la Corte sostuvo que el principio según el cual la falta de recurso acusatorio impide agravar la pena tiene jerarquía constitucional. Y que “no es racional la alternativa de consentir la sentencia condenatoria o exponerse al aumento de la sanción en la alzada”.

En el caso “Olguin” el mismo tribunal entendió que en el caso que el fiscal de Cámara hubiese sostenido el recurso de apelación interpuesto por el fiscal de primera instancia, sin haber expresado agravios, aduciendo que se conformaba con los fundamentos expuestos en la decisión impugnada, torna operativa la prohibición en cuestión³¹.

Más recientemente el Cívero Tribunal de la República señaló que la prohibición de la *reformatio in peius*, cuando no media recurso acusatorio, tiene jerarquía constitucional, por lo cual toda sentencia que ignore este principio resulta inválida en tanto importa que ha sido dictada sin jurisdicción, afectando de manera ilegítima la situación obtenida por el encausado merced al pronunciamiento consentido por el Ministerio Público en la instancia inferior, lo que lesiona la garantía contemplada en el art. 18 de la Constitución Nacional³².

²⁹ Fallos 234:270.

³⁰ Fallos 248:125.

³¹ Fallos 244:198.

³² Fallos 329:1447, caso “Olmos, José Horacio” del 9/5/2006, y Fallos 330:5187, caso “Tranamil, Carlos Enrique”, sentencia del 11/12/2007.

g) La segunda instancia

La segunda instancia supone la posibilidad de que un tribunal judicial de instancia superior revise lo resuelto por un tribunal de instancia inferior.

La Constitución no prevé como garantía expresa la doble instancia judicial. Es más: la Corte había sostenido que ella no era un requisito constitucional, aun cuando aceptaba que si la había establecido la ley, no era inconstitucional e integraba la garantía de la defensa en juicio.

El Pacto de San José de Costa Rica establece entre las garantías judiciales, en materia penal, el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (art. 8.2, inc. h)).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula:

Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley [art. 14.5].

La Corte Suprema ha establecido que la exigencia prevista en el Pacto de San José de Costa Rica queda satisfecha con la existencia del recurso extraordinario (caso “Jáuregui, Luciano A.”³³ de 1988).

Sin embargo, en un pronunciamiento posterior, al resolver un supuesto diferente, el mismo tribunal sostuvo que “el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia, que debe observarse dentro del marco del proceso penal como garantía mínima para toda persona inculpada de delito” (caso “Giroldi, Horacio D.”³⁴ de 1995).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en oportunidad de resolver el caso “Casal” del año 2005, estableció que la Cámara Nacional de Casación Penal debía realizar el máximo esfuerzo para revisar en materia penal, todo lo que resulte revisable. En otras palabras, sentó allí el criterio por el cual, al par de resultar –la Cámara de Casación Penal Nacional– un tribunal de revisión intermedio, dicha revisión debe ser suficientemente amplia a efectos de garantizar el derecho a recurrir ante un tribunal superior³⁵.

³³ Fallos 311:274.

³⁴ Fallos 318:514.

³⁵ Fallos 328:3399.

VIII. EL RÉGIMEN CARCELARIO

El art. 18 de nuestra Ley Fundamental, en su última parte, establece:

Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

Esta disposición guarda armonía con los fines de la Constitución. La privación de la libertad, aun cuando haya sido dispuesta por un órgano judicial como consecuencia de la comisión de un delito, es un hecho sumamente grave, por restringir, precisamente, el valor más preciado por la Constitución, como es la libertad.

La restricción de la libertad debe estar inspirada en un doble propósito, cual es la seguridad del detenido y también de la comunidad. Su finalidad no es la mortificación de los afectados, sino su reeducación.

Lamentablemente, esta cláusula constitucional tan importante para consolidar la seguridad jurídica, ha sido con frecuencia soslayada por quienes tienen la ineludible obligación de velar por ella, al amparo de una actitud displicente, que intenta presentar la problemática carcelaria como una cuestión que sólo concierne a una franja marginal de la sociedad, cuando en realidad constituye un compromiso ineludible de todos.

Creemos que el sistema carcelario de un país es, en buena medida, un reflejo elocuente del grado de su cultura y de su desarrollo.

El Pacto de San José de Costa Rica dispone en su art. 5° que "las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados" (inc. 6°).

IX. IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

La irretroactividad de la ley no es un principio general que tenga expresa acogida constitucional. Sólo se ha establecido, en materia penal, que "ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso" (art. 18). Ello implica que el ilícito penal debe estar previsto, tanto en la descripción de la conducta como en su sanción, con anterioridad al hecho que motiva el juzgamiento.

Este principio especial reconoce una excepción importante, que no tiene rango constitucional, pero sí legal. Es la prevista en el art. 2° del Código Penal, cuyos alcances fueron analizados en el apartado e) del punto VII de este capítulo, al cual remitimos.

La falta de una regla general expresa que prohíba la irretroactividad de la ley no debe ser interpretada como una permisividad amplia e ilimitada de la retroactividad. Es más: según dice Linares Quintana, "la verdad es que, en principio, en ninguno de los campos del derecho se justifica ni resulta admisible la retroactividad de la ley"³⁶.

Era éste, asimismo, el criterio legal consagrado originariamente por el Código Civil en su art. 3° que establecía:

Las leyes disponen para el futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos.

Esta norma se completaba con las preceptuadas en los arts. 4°, 5°, 4044 y 4045 del mismo Código³⁷.

Basándose en este criterio, la Corte Suprema de Justicia interpretó que el principio de irretroactividad de la ley no es de la Constitución, sino de la ley y que el legislador puede dictar, cuando el interés general lo exija, leyes retroactivas que modifiquen los derechos en expectativa, pero sin alterar los derechos patrimoniales adquiridos (caso "José Horta v. Ernesto Harguindeguy"³⁸ de 1922).

Las reformas introducidas en el Código Civil por la ley 17.711, en 1968, modificaron sustancialmente el tratamiento de esta cuestión. Así, fueron derogados los arts. 4°, 5°, 4044 y 4045, y se reemplazó el art. 3° por el siguiente:

A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias.

La modificación pretendió reemplazar el principio general de irretroactividad de la ley civil por el de retroactividad limitada, suprimiendo la distinción entre derechos adquiridos y derechos en expectativa.

³⁶ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, 2ª ed., t. VI, Alfa, Buenos Aires, 1953, p.31.

³⁷ Disponían las referidas normas:

Art. 4°: "Las leyes que tengan por objeto aclarar o interpretar otras leyes, no tienen efecto respecto de los casos ya juzgados".

Art. 5°: "Ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público".

Art. 4044: "Las nuevas leyes deben ser aplicadas a los hechos anteriores, cuando sólo priven a los particulares de derechos que sean meros derechos en expectativa; pero no pueden aplicarse a los hechos anteriores, cuando destruyan o cambien derechos adquiridos".

Art. 4045: "Las leyes nuevas deben aplicarse, aun cuando priven a los particulares de facultades que les eran propias, y que aún no hubiesen ejercido, o que no hubiesen producido efecto alguno".

³⁸ Fallos 137:47.

Ahora, la retroactividad sólo se detiene ante los derechos constitucionales y los contratos en curso de ejecución cuando se trate de leyes supletorias. Advertimos, acerca de la primera limitación, que no era necesario incluirla en la cláusula civil porque es una consecuencia insoslayable del principio de supremacía constitucional.

Los efectos de las reformas se han visto notoriamente atenuados por el aporte de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha seguido amparando los derechos adquiridos, ahora no ya como consecuencia de una disposición del Código Civil, sino como corolario del concepto amplio del derecho constitucional de propiedad. Si un derecho ha sido, en consecuencia, efectivamente incorporado al patrimonio de la persona, queda resguardado de las leyes retroactivas.

X. INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y LA CORRESPONDENCIA

El art. 18 de la Constitución dispone:

El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.

La expresión del constituyente guarda relación con la protección de la intimidad personal, que está tutelada por el principio de reserva, según el cual "las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados" (art. 19, CN).

La disposición del art. 18 de nuestra Constitución tiene su antecedente en la Constitución de los Estados Unidos, cuya enmienda IV preceptúa:

El derecho del pueblo a gozar de su seguridad en sus personas, domicilios, papeles y efectos, contra las búsquedas y los secuestros irrazonables, no debe ser violado, y no se emitirán mandamientos si no existe una causa probable, confirmada por juramento o afirmación, y que describa específicamente el lugar que ha de investigarse, y las personas o las cosas que serán retenidas.

Observemos que entre esta cláusula y la nuestra hay diferencias importantes. La protección es más amplia en la Constitución de los Estados Unidos, ya que comprende también los "efectos" y, además, no remite a la reglamentación de la ley como lo hace la nuestra. La propia Constitución fija las condiciones para proceder al allanamiento. En nuestro caso, esas condiciones son delegadas en el legislador ordinario.

La aplicación de la norma constitucional ha derivado en cuestiones controvertidas con motivo de la obtención de pruebas por el personal policial mediante allanamientos o secuestros no autorizados.

En una primera época, la Corte declaró la ilegalidad de esos procedimientos ordenando el desglose de documentos incriminatorios que la policía había obtenido, con el propósito de descubrir un delito, valiéndose de un secuestro sin autorización judicial (caso "Charles Hnos. y Antonio Borzone"³⁹ de 1891).

Sin embargo, ese principio fue atenuado en el caso "Pablo Siganovich" de 1937⁴⁰, si bien se trataba de circunstancias distintas. La policía aduanera secuestró un sobre que el acusado portaba a la salida del correo y que lo incriminaba por juegos clandestinos. La Corte, en este caso, tuvo presente que la ley santafecina de represión de juegos prohibidos autorizaba el secuestro de los "utensilios del juego" y que la policía había entregado el sobre cerrado al juez actuante, quien dispuso su apertura.

A partir de 1969, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido que estos cuestionamientos deben ser dirimidos en el ámbito ordinario y local por referirse a materia procesal o, eventualmente, de derecho común ajena a su competencia⁴¹.

Compartimos la preocupación de Carrió cuando afirma que con este criterio en la jurisprudencia de la Corte, cuesta imaginar algún caso en el que la garantía de la inviolabilidad del domicilio vaya a ser reafirmada en forma sustancial⁴².

Posteriormente con el restablecimiento de la democracia en 1983, la Corte tuvo oportunidad de expedirse nuevamente sobre este tópico haciendo una aplicación generosa de la regla de exclusión probatoria en casos de obtención de prueba incriminante mediante el allanamiento ilegal de morada⁴³.

En cuanto a la validez del consentimiento prestado por un imputado detenido a efectos de que se acceda a su vivienda sin orden judicial de juez competente, la Corte ha establecido el alcance y efectos de dicho consentimiento para que pueda considerarse válido en el caso "Ventura"⁴⁴ del año 2005.

³⁹ Fallos 46:36.

⁴⁰ Fallos 177:390.

⁴¹ Casos "Colombres Garmendia, Ignacio" de 1969 (Fallos 275:454) y "Monzón, Carlos" de 1982 (Fallos 304:105), entre otros.

⁴² CARRIÓ, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984, p. 66.

⁴³ Fallos 306:1752, caso "Fiorentino" de 1984; Fallos 308:733, caso "Rayford" de 1986, y Fallos 321:510, caso "Yemal" de 1998.

⁴⁴ Fallos 328:149.

Asimismo, el mismo tribunal ha afirmado que la inviolabilidad del domicilio resguardada en el art. 18 de la Constitución Nacional, se concreta a través de la exigencia legal de que las órdenes de allanamiento emanen sólo de los jueces y que las resoluciones que las dispongan deban estar siempre fundadas⁴⁵.

XI. LA PENA DE MUERTE

El art. 18 preceptúa que la pena de muerte, por causas políticas, queda abolida "para siempre", lo mismo que toda especie de tormentos y los azotes.

La cláusula constitucional, como se puede apreciar, sólo se refiere a la pena de muerte por motivos políticos. Esto pareciera, en cambio, delegar en el legislador ordinario la posibilidad de aplicarla por otros motivos. Tal posibilidad, empero, se halla condicionada a lo establecido en el art. 4° del Pacto de San José de Costa Rica, que si bien no prohíbe terminantemente la pena de muerte, exhibe un criterio abolicionista progresivo e irreversible.

La mención de la causa política remite a lo que en el derecho penal se conoce como "delitos políticos". Sin embargo, es muy difícil determinar las condiciones que debe reunir un ilícito penal para recibir la calificación de delito político.

Algunos entienden que ese carácter surge de que el móvil o la motivación que ha tenido el delincuente sea político (criterio subjetivo). Otros privilegian, en cambio, la naturaleza del bien jurídico contra el cual se dirigió el hecho (criterio objetivo).

Pese a ello —como dice Soler—, la adopción de un criterio rígido es imposible en esta materia y lo único que con ello se alcanza es una serie de enunciados negativos, cuya aplicación sirve para excluir la calidad política de ciertos hechos. En esa operación, ninguno de los dos criterios es suficiente.

Se podría sostener que tanto la supresión de la pena de muerte por causas políticas como la de toda especie de tormentos y los azotes representan virtuales contenidos intangibles de nuestra Constitución. Ello surge del verbo empleado ("abolir"), así como de la aclaración que lo acompaña ("para siempre"). Estos contenidos, en consecuencia, deberían ser mantenidos en toda reforma parcial o total de la Constitución⁴⁶.

⁴⁵ Fallos 322:3225.

⁴⁶ Interpretando armónicamente estas expresiones con las demás cláusulas constitucionales, creemos que no representan contenidos intangibles. Hemos tratado esta cuestión en el capítulo III, al cual remitimos.

La misma conclusión se impondría respecto de la confiscación, a la cual el art. 17 declara "borrada para siempre del Código Penal argentino". Si bien el verbo empleado es distinto del que se usó en el art. 18, la intención del constituyente nos parece idéntica.

En lo atinente a la pena de muerte, en general, nos remitimos a lo expuesto al tratar el derecho a la vida en el capítulo XI, referido a los derechos personales.

CAPÍTULO XV
LAS LIMITACIONES
A LOS DERECHOS Y A LAS GARANTÍAS

I. LA REGLAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS
CONSTITUCIONALES

En nuestro régimen constitucional no hay derechos absolutos; todos pueden ser objeto de reglamentación razonable. Es el principio que emana del art. 14 de la Constitución, que al reconocer los derechos allí enumerados aclara que éstos pertenecen a todos los habitantes, “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”. Ése es, pues, el principio general.

Algunos autores entienden que ciertos derechos constitucionales, por su especial jerarquía, no pueden ser objeto de reglamentación. Así, Padilla considera que el derecho a la vida no admite limitaciones ni es pasible de reglamentación alguna¹.

En nuestro criterio, todos los derechos pueden ser reglamentados. Y hasta el propio derecho a la vida lo ha sido (la pena de muerte prevista en el Código de Justicia Militar, la prohibición de suministrar ciertas drogas aun a enfermos terminales, etc.).

Entendemos, sí, que cuanto mayor sea la relevancia del bien tutelado, menor será el espacio de razonabilidad que tendrá el legislador para reglamentarlo. Es lo que ocurre con los derechos naturales y fundamentales del hombre que atañen a su dignidad y a su calidad de tal. Hay libertades que son fundantes, porque sin ellas deviene imposible el goce de otros derechos.

Los derechos, intrínsecamente, tienen una valoración diferente; ello no significa reconocer que unas normas de la Constitución valgan más que otras. Lo que importa es la aplicación armónica de todas.

¹ PADILLA, Miguel M., *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 12.

Hay ciertos derechos, empero, que no pueden, en sí mismos, ser objeto de reglamentación, no porque la Constitución lo prohíba, sino porque deben ser considerados, por su propia naturaleza, de manera absoluta, como en el caso de la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia, que es una de sus manifestaciones. Allí donde el legislador traspuso el umbral de la reglamentación, alteró o desnaturalizó la esencia misma del derecho.

II. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

El art. 28 marca el límite inexorable en cuanto a la posibilidad de limitación de los derechos y las garantías constitucionales al establecer:

Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

En la doctrina constitucional, a este postulado básico se lo conoce con el nombre de "principio de inalterabilidad" o "de razonabilidad".

La razonabilidad implica un vínculo estrecho con la realización de la justicia. También, una relación adecuada entre la finalidad perseguida por el legislador y los medios empleados para alcanzarla. Su límite infranqueable es la alteración o desnaturalización del principio, derecho o garantía.

El art. 28 de la Constitución fija el alcance de la posible reglamentación, que podrá comprender "los principios, garantías y derechos" y también la magnitud o intensidad de la limitación, al afirmar que "no podrán ser alterados". Es decir que los principios, derechos y garantías pueden ser reglamentados, pero no alterados. Ello significa que no pueden ser desnaturalizados por la reglamentación, porque en tal caso quedarían reducidos a su mínima expresión desvirtuando el sentido de su reconocimiento constitucional. Ésta es la franja de legitimidad de que dispone el legislador para reglamentar.

La determinación práctica de esos límites es casi siempre materia compleja que ha de ser resuelta, en última instancia, por los jueces conforme a las circunstancias propias de cada caso.

La reforma constitucional de 1994 ha dejado planteada una incoherencia constitucional seria ante la incorporación de nuevos derechos y garantías (arts. 36 a 43). Éstos, literalmente, han quedado fuera del principio de razonabilidad, porque el art. 28 declara aplicable éste a los principios, garantías y derechos reconocidos "en los anteriores artículos". Entendemos que la deficiencia debe ser reparada por medio de una interpretación dinámica y teleológica de la Constitución que

ampare en igual medida a esos derechos y garantías y los inserte en el marco de tutela global.

III. EL PODER DE POLICÍA

a) Concepto

La expresión "poder de policía" tiene un significado jurídico ambiguo y de dudosa utilidad. Se integra con el término "poder", que alude a la aptitud, energía o capacidad para mandar o ejecutar y con el vocablo "policía", que se refiere al orden que se guarda en las ciudades y estados merced al cumplimiento de las leyes establecidas para su buen gobierno.

En nuestro país ha adquirido muy amplia difusión, particularmente en virtud de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que la adoptó desde los primeros años de su creación.

La doctrina constitucional entiende, en general, que con la expresión "poder de policía" se hace referencia a la facultad que tiene el Estado, por medio de la ley, para limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, dentro de ciertos límites razonables, con la finalidad de alcanzar una adecuada convivencia social y en procura del bien común.

Este concepto tan amplio sirvió a la jurisprudencia de la Corte Suprema para legitimar una mayor intervención del Estado en materia económico-social, aun a costa de la restricción de los derechos y las garantías individuales.

El poder de policía adquiere una amplitud diferente conforme a la ideología constitucional que se haya adoptado. Cuanto más participación del Estado se acepte, mayor amplitud tendrá el ejercicio de la atribución reglamentaria de aquél.

En general, la expresión "poder de policía" no es empleada en las constituciones. Su difusión ha generado muchas dudas y algunos autores prefieren su eliminación del léxico jurídico (Gordillo²); otros la consideran innecesaria (Zarini³). Bidart Campos estima que es de utilidad únicamente el poder de policía en sentido estricto, referido como poder reglamentario específico y determinado para proteger la salubridad, la moralidad y la seguridad públicas⁴.

² GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, ts. I y II, Macchi, Buenos Aires, 1974, ps. 5/6 y 23/5, respectivamente.

³ Conf. ZARINI, Helio J., *Constitución argentina*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 374.

⁴ Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1986, ps. 508 y ss.

En los últimos años, la expresión “poder de policía” parece haberse arraigado más en el ámbito constitucional de nuestro país, para hacer referencia a la facultad reglamentaria del Poder Legislativo. En cambio, en el ámbito del derecho administrativo se suele aludir con más frecuencia a la “policía” o “policía de Estado” para hacer referencia a las atribuciones reglamentarias ejercidas por el Poder Ejecutivo. Sigue siendo, empero, un concepto muy discutido, de alcances tan vastos como imprecisos y que a nuestro juicio presenta más inconvenientes que ventajas.

Nos adherimos a la tesis de la innecesariedad jurídica de esta expresión, advirtiendo que el poder de policía brinda, en ocasiones, un argumento de singular peso para fundar reglamentaciones que de otra manera sufrirían severos reparos constitucionales. Ha sido mucho más útil al poder que a la libertad; de allí la cautela con que debe ser considerado.

b) Antecedentes

La expresión “poder de policía” es, como tal, relativamente nueva en el derecho público. En cambio, el vocablo “policía” tiene un uso añejo.

Fiorini destaca la función de policía en la organización griega de la antigüedad⁵. La primitiva *polis* desconocía al individuo como valor autónomo; sólo lo concebía como parte y elemento total de la colectividad. Esta concepción —dice aquel autor— no significaba ninguna complicación en la realización de la función policial. La policía sólo se refería a las necesidades que experimentaba la colectividad como un todo único.

En Roma, la actividad policial adquirió similares características que en Grecia en sus inicios. Empero, con su consolidación se fue acentuando el mayor reconocimiento por el valor del individuo. La independencia del derecho privado, especialmente patrimonial, adquirió más importancia con el crecimiento político y militar de Roma y ello hizo más complejo el ejercicio de la función policial.

El cristianismo, al exaltar la libertad y la dignidad del hombre, puso de manifiesto un límite claro a la función policial. La libertad no es una concesión del Estado, sino un don otorgado por Dios a todos los hombres. El reconocimiento del fin trascendente del hombre enseña que éste no debe inclinarse sumisamente frente al Estado, porque sólo se pone de rodillas ante Dios.

⁵ FIORINI, Bartolomé A., *Poder de policía*, Alfa, Buenos Aires, 1957, ps. 25 y ss.

En la Edad Media, la atomización del Estado trajo como consecuencia la dispersión del concepto de policía. Se podía hablar de “función policial” si había un orden establecido; si éste no existía, perdía sentido la actividad encaminada a su mantenimiento.

El poder se dispersó en infinidad de feudos, que eran unidades políticas, económicas y sociales concedidas por el monarca a un noble que se beneficiaba con su renta y, a su vez, mantenía el compromiso de vasallaje con el rey. En este marco de circunstancias, la función policial era una prerrogativa de la nobleza y del monarca en beneficio de sus propios intereses.

Con el auge del absolutismo apareció el “Estado policial”, caracterizado por una autoridad arbitraria, sin ley y sin limitaciones. El desconocimiento de los derechos de la persona y la inexistencia de derechos comunes, salvo las prerrogativas, fueron una característica de la época. Cualquier acto del príncipe era considerado como gestor del bien público.

Con el advenimiento del constitucionalismo liberal, a fines del siglo XVIII, sobrevino el otro extremo: El Estado gendarme —que fue su manifestación— es aquel que reduce totalmente la actividad policial porque el individuo es el poder máximo. El único bien común que debe ser custodiado es la seguridad en los derechos adquiridos.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos mencionó por primera vez el “poder de policía” en 1827, al resolver el caso “Brown v. Maryland”, en el cual se discutía si el Estado de Maryland podía exigir un permiso previo a un importador extranjero para vender pólvora en su territorio. El *chief justice* John Marshall sostuvo en su voto que “el poder de reglar el transporte de pólvora es un aspecto del poder de policía que incuestionablemente conservan los Estados”.

Con la difusión del constitucionalismo social, el concepto de “poder de policía” sirvió, principalmente, a aquellos Estados que mantuvieron constituciones liberales, para flexibilizar sus principios e ir aceptando una intervención cada vez mayor del poder público en las cuestiones de índole económica y social.

c) Criterios amplio y restringido

Teniendo en consideración el alcance del poder de policía, la doctrina suele distinguir dos especies o variantes de éste: el estrecho o restringido y el amplio.

El poder de policía estrecho o restringido —también denominado “europeo”, por su origen— aparece vinculado centralmente a la protección del orden público y dentro de él, en especial con el cuidado de la

salubridad, la moralidad y la seguridad públicas. Es, en definitiva, la porción del poder estatal encaminada a lograr la protección de estos bienes.

El poder de policía en sentido amplio —o “norteamericano”— es aquel que comprende todas las reglamentaciones o limitaciones razonables establecidas con el propósito de lograr el bienestar general. En este caso, como se advierte, alcanza materias múltiples (salubridad, seguridad, moralidad, prosperidad, propiedad, economía, etc.).

Tiene tal amplitud esta última concepción del poder de policía, que Bidart Campos se pregunta si hace falta crear una categoría especial de poder, a la cual se le asigne el aditamento de “policía”, para connotar el poder liso y llano que tiene el Estado para acceder al bien común⁶. Duplicar con autonomía y nombre específico un concepto y una realidad que ya existen con el rótulo simple de “poder” —dice el citado constitucionalista— resulta a todas luces innecesario e inconveniente, además de superfluo y confuso. La distinción entre el criterio europeo o restringido y el norteamericano o amplio es cuestionada, también, por Fiorini⁷.

En nuestro país, en una primera época, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación pareció inclinarse por el concepto restringido. Así, en el caso “Empresa Plaza de Toros v. Provincia de Buenos Aires” de 1869⁸, confirmó la legitimidad de disposiciones reglamentarias que prevenían la prohibición de realizar corridas de toros en salvaguarda de la moral pública.

En el caso “Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la Provincia de Buenos Aires” de 1887⁹, la Corte ratificó la validez de las disposiciones legales que obligaban a los industriales saladeristas de la zona de Barracas a trasladar sus establecimientos en defensa de la salud de la población.

También puede ser considerado en la misma tendencia el caso “Hileret y Rodríguez v. Provincia de Tucumán” de 1903¹⁰, en el cual la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley de la provincia de Tucumán que había establecido virtuales cupos de producción para las empresas azucareras, con el objeto de equilibrar la oferta y la demanda y mantener los precios. Se lo pretendía lograr con un impuesto adicional que gravaba la producción de azúcar correspondiente a la cosecha de 1902.

⁶ Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual...*, cit., p. 432.

⁷ FIORINI, Bartolomé A., *Poder de policía*, cit., ps. 100 y ss.

⁸ Fallos 7:150.

⁹ Fallos 31:273.

¹⁰ Fallos 98:24.

La Corte Suprema de Justicia, al fundar la inconstitucionalidad de la norma local, adujo que ella devenía pese a que “la ley de que se trata [...] ha sido dictada [...] con propósitos de bienestar común”. La referencia al “bienestar común”, sin embargo, dejó abierta la posibilidad de un cambio importante que habría de sobrevenir en la jurisprudencia de los próximos años.

En una segunda época, nuestro Máximo Tribunal se inclinó por el criterio amplio de la doctrina norteamericana. El cambio se inició con el caso “Agustín Ercolano v. Julieta Lanteri de Renshaw” de 1922¹¹, en el cual se discutía la constitucionalidad de la ley 11.157, que había establecido un régimen de emergencia para las locaciones urbanas, con prórroga de plazos y regulación legal de los precios. Ello, en principio, asomaba como violatorio del derecho de propiedad. La Corte sostuvo que la protección de los intereses económicos era para el Estado una obligación primaria e ineludible, como la defensa de la seguridad, moralidad y salubridad públicas. Agregó, en consecuencia, al concepto restringido la mención de los “intereses económicos”.

Esta postura, no obstante, fue revisada por la Corte Suprema, que al resolver la causa “José Horta v. Ernesto Harguindeguy” de 1922¹², retomó el criterio estricto y declaró la inconstitucionalidad del art. 1° de la misma ley 11.157.

Doce años después, la Corte resolvió el caso “Oscar Agustín Avico v. Saúl C. de la Pesa” de 1934¹³, en el cual se discutía la constitucionalidad de la ley 11.741, que había dispuesto una moratoria hipotecaria prolongando esos contratos por tres años, lo cual derivaba, además, en una reducción de la tasa de interés convenida. La problemática era similar a la planteada en los dos casos anteriores. Esta vez, el tribunal adoptó una postura nítida y terminante: apoyándose en la emergencia económica, convalidó la ley y lo hizo sobre la base de considerar que el Congreso de la Nación estaba investido de las facultades necesarias para limitar los derechos constitucionales a fin de asegurar el bienestar general.

A partir de ese caso se instaló, con fuerte arraigo en la jurisprudencia de la Corte, el criterio de considerar amparado por la Constitución el ensanchamiento de las atribuciones de los poderes políticos motivado por los estados de crisis y emergencias y con ello, el concepto amplio de poder de policía, que no ha sido abandonado hasta nuestros días.

¹¹ Fallos 136:161.

¹² Fallos 137:47.

¹³ Fallos 172:21.

Una manifestación demostrativa de esta afirmación la constituye el caso "Peralta, Luis Arcenio y otro v. Estado nacional" de 1990¹⁴, en el cual la Corte, con expresa alusión a los antecedentes antes citados, declaró la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 36/1990, que había dispuesto la apropiación de los depósitos a plazo fijo en las entidades financieras y su posterior canje por bonos que todavía no habían sido emitidos.

d) Fundamento constitucional

En párrafos anteriores adelantamos que el poder de policía, al menos con esa determinación expresa, no fue contemplado por los constituyentes de 1853. Sin embargo, en nuestra Constitución, a diferencia de la norteamericana, se pueden hallar algunas referencias implícitas.

Así, la mención ya citada que hace el art. 14, según la cual "todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio", ha sido considerada uno de los soportes más relevantes del poder de policía.

Otro sustento lo brinda el art. 28, al establecer que "los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

En lo que atañe a la adopción, por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema, del criterio amplio, la finalidad enunciada en el Preámbulo de la Constitución, en el sentido de "promover el bienestar general", ha sido considerada relevante. También el contenido del art. 24, en cuanto establece que "el Congreso promoverá la reforma de la actual legislación". Además, el art. 75, incs. 18 y 19, puede fundar la existencia de la facultad reglamentaria amplia del Estado por medio de la actividad legislativa.

A partir de la reforma de 1994, el poder de policía tiene una mención expresa en la Constitución. El inc. 30 del art. 75 estatuye en su última parte, con referencia a los establecimientos de utilidad nacional ubicados en las zonas de jurisdicción federal, que "las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines".

¹⁴ Fallos 313:1513.

e) Competencia para su ejercicio

En los Estados Unidos —país donde el federalismo es más acentuado que en el nuestro—, el poder de policía se originó como un reconocimiento a la facultad de los Estados de reglamentar los derechos constitucionales. Ello, sin embargo, no impidió que en algunas materias se aceptase la potestad regulatoria del Congreso, incluso con sentido muy amplio. La Corte norteamericana —relata Pritchett— ha dicho, con relación a estos casos, que la regulación no solamente significa protección y promoción, sino también restricción y aun prohibición¹⁵.

En la Argentina la cuestión se presenta más compleja. La Constitución Nacional es menos federal que la de los Estados Unidos. Los comportamientos habituales son mucho más apegados a la centralización. Las crisis recurrentes y los continuos estados de emergencia profundizaron aún más el avance del poder central. De allí que el poder de policía no nació aquí como reconocimiento de la potestad regulatoria de las provincias, sino como un instrumento nuevo y poderoso en favor del Estado federal. Con el transcurrir del tiempo, algunos pronunciamientos jurisprudenciales fueron admitiendo ciertas competencias provinciales.

Creemos que resulta por demás difícil sistematizar en este aspecto la jurisprudencia de la Corte Suprema. Tampoco la doctrina constitucional muestra uniformidad con estas conclusiones. Nos animamos a afirmar, como criterio general, que si la materia regulada está delegada por las provincias al Estado federal en virtud de la Constitución, la regulación le corresponde en principio al poder central y subsidiariamente a las provincias.

En cambio, si esa delegación no aparece en la Constitución, se debe aceptar que la potestad regulatoria es atribución provincial. Hay que reconocer, además, una ancha franja de atribuciones concurrentes que surgen, en primer lugar, de las materias que pueden tener ese carácter en la Constitución Nacional (arts. 75, incs. 19 y 23; 124 y 125, por ejemplo) y también de aquellas en que haya falta de acción del Estado federal, o en que habiéndola, ésta debe ser convenientemente adecuada a las necesidades locales.

La mención que se hace ahora en la Constitución con respecto al poder de policía (art. 75, inc. 30) parece inspirada en la doctrina norteamericana en cuanto reconoce que aquél, en principio, les corresponde a los Estados miembros y no al poder central. La referencia de la Constitución reformada en 1994 es demasiado breve y fugaz

¹⁵ PRITCHETT, Herman C., *La Constitución americana*, Tea, Buenos Aires, 1965, p. 315.

como para inferir una conclusión general, pero nos parece que permite extraer una primera consecuencia. No nos dice que el Estado federal no tenga el ejercicio del poder de policía, pero sí nos asegura que las provincias y las municipalidades lo ejercen. Así lo creemos, especialmente en las materias que no han sido objeto de expresa delegación, por medio de la Constitución, al poder central (art. 121).

f) El Pacto de San José de Costa Rica

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece en su art. 32.2:

Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

A su vez, en su art. 30, el mismo Pacto hace una referencia implícita a lo que nuestra Corte denomina "poder de policía" al disponer:

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

IV. EL ESTADO DE SITIO

a) Concepto

La expresión "estado de sitio" proviene del derecho francés y alude a una ciudad, plaza o lugar que se halla sitiado o asediado por el enemigo. Fue, en sus orígenes, una medida de emergencia militar y como tal, reglamentada por la ley francesa de 1878. Luego evolucionó, convirtiéndose en una institución de carácter político y excepcional para proteger el orden constitucional gravemente alterado.

El estado de sitio es un instituto de emergencia; forma parte del derecho constitucional extraordinario o de excepción e importa la limitación del ejercicio de las garantías constitucionales y, correlativamente, el acrecentamiento de las facultades del Poder Ejecutivo.

Su incorporación a la Constitución de 1853 provocó encendidos debates. Mientras Barraquero sostenía, en su célebre polémica con Sarmiento, que nuestros constituyentes habían tomado un instrumento de gobierno originario del derecho de la fuerza, pretendiendo disfrazarlo con el ropaje de un artificio protector de la libertad, otros ilustres

pensadores –como Alberdi– afirmaban la necesidad de disponer de él e incluso proponían consecuencias aun más amplias¹⁶.

Con posterioridad, la controversia se extendió a otros destacados constitucionalistas, algunos de los cuales expresaron criterios adversos al reconocimiento de este estado de emergencia. Sánchez Viamonte opina que el estado de sitio es una receta más para erigir dictaduras que se hallan aderezadas por el conocido, aunque disimulado, ingrediente de la razón de Estado, que es la razón de la sinrazón, la razón de la fuerza¹⁷.

Por nuestra parte, consideramos necesario que el Estado disponga de medios de defensa o de excepción cuando, ante perturbaciones del orden constitucional, se pretende socavar los cimientos de sus instituciones democráticas.

Ello no importa compartir la oscura praxis del estado de sitio en nuestra historia constitucional. Su aplicación práctica ha desnaturalizado las nobles finalidades de sus inspiradores. La frecuencia con que distintos gobiernos apelaron a su implantación; su utilización por gobiernos *de facto* en violación de nuestra Ley Fundamental; su aplicación indeterminada y generalizada, y su declaración por órganos no autorizados por la Constitución, son algunas de las patologías que nos muestra la aplicación de esta institución en la realidad.

b) Antecedentes

El antiguo derecho público romano preveía la existencia excepcional de la dictadura dentro del gobierno republicano. Esta magistratura tenía como finalidad la defensa del gobierno en circunstancias de excepción. Si bien jurídicamente el dictador romano contaba con amplias atribuciones, su nombramiento tenía fijado el lapso de duración y en la mayoría de los casos estaba sujeto a limitaciones derivadas de las propias necesidades que habían dado origen a su designación.

El derecho anglosajón también conoce otros instrumentos de emergencia institucional. En Inglaterra, el Parlamento sancionó varias leyes que en situaciones de crisis suspendieron la garantía del hábeas corpus.

La Constitución de los Estados Unidos prevé, en su art. I, sección 9, cláusula 2, la posibilidad de que el Congreso suspenda el privilegio

¹⁶ BARRAQUERO, Julián, *Espíritu y práctica de la Constitución argentina*, 2ª ed., Colegio Pío IX, Buenos Aires, 1889, p. 72; ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, cap. XXXI, Sopena Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 176.

¹⁷ Conf. SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Ley marcial y estado de sitio*, Perrot, Buenos Aires, 1957, p. 168.

del auto de hábeas corpus en los casos de rebelión o invasión en que la seguridad pública lo requiera.

La Constitución de Francia de 1958 establece en su art. 16:

Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales se vean amenazados de una manera grave e inmediata y se interrumpa el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales, el presidente de la República adoptará las medidas que tales circunstancias exijan, después de consultar oficialmente con el primer ministro, con los presidentes de las asambleas y con el Consejo Constitucional. Informará de ello a la Nación por medio de un mensaje. Tales medidas deben estar inspiradas en el deseo de asegurar a los poderes públicos constitucionales los medios de cumplir su misión en el menor plazo posible. El Parlamento se reúne de pleno derecho y la Asamblea Nacional no puede ser disuelta durante el ejercicio de los poderes excepcionales.

La Constitución de España de 1978 contempla el estado de excepción o de sitio en su art. 55, enumerando los distintos supuestos en que proceden las limitaciones de los derechos individuales.

En nuestro país hallamos antecedentes del estado de sitio en el Decreto de Seguridad Individual de 1811 (art. 9º), en el Estatuto Provisional de 1815 (art. 21), en el Reglamento Provisorio de 1817 y también en las Constituciones de 1819 (art. 122) y 1826 (art. 174).

Alberdi, en su Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina, había previsto la adopción del estado de sitio, pero con efectos más amplios (art. 28). Este estado de excepción suspendía no sólo las garantías individuales, sino la vigencia misma de la Constitución. El autor de las *Bases...* explica en su obra que tomó este instituto de la Constitución de Chile de 1833.

La Constitución de 1853 incluyó el estado de sitio en su art. 23, regulando en los arts. 64 (inc. 26) y 83 (incs. 19 y 20) las facultades del Congreso y del Poder Ejecutivo en esta materia. La reforma de 1860 suprimió el inc. 20 del art. 83.

La reforma constitucional de 1949 mantuvo el estado de sitio, pero agregó otra institución para casos menos graves, conocida con la denominación de "estado de prevención y alarma" (art. 34).

c) El art. 23 de la Constitución

La Constitución Nacional establece en su art. 23:

En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por

ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso, respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.

d) Finalidad

La finalidad del estado de sitio es el restablecimiento o la protección del orden constitucional alterado y aparece expresada en el art. 23 de la Constitución como la defensa de nuestra Ley Suprema y de las autoridades creadas por ella. Procura hacer efectivo en circunstancias de excepción el mandamiento de "proveer a la defensa común" contenido en el Preámbulo.

Al respecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "el objeto primordial del estado de sitio es la defensa de la Constitución y de las autoridades federales que ella crea. El estado de sitio, lejos de suspender el imperio de la Constitución, se declara para defenderla, y lejos de suprimir las funciones de los poderes públicos por ella instituidos, les sirve de escudo contra los peligros de las conmociones interiores o ataques exteriores. Toda medida que directa o indirectamente afecte la existencia de los poderes públicos, adoptada en virtud de las facultades que el estado de sitio confiere, sería contraria a la esencia misma de aquella institución y violaría los propósitos con que la ha creado el art. 23 de la Constitución. La suspensión de garantías sólo tiene lugar respecto de las personas y las cosas, y no de las autoridades creadas por la Constitución" (caso "Dr. Leandro N. Alem y Dr. Mariano N. Candiotti" de 1893¹⁸).

e) Causas

Las causas que autorizan la declaración del estado de sitio son dos: a) la conmoción interior y b) el ataque exterior. Se requiere que cualquiera de ellas tenga una envergadura tal que sea capaz de poner en peligro el ejercicio de la Constitución y a las autoridades creadas por ella.

La conmoción interior hace referencia al desorden interno grave, la rebelión interna, que la doctrina norteamericana denomina "violencia doméstica". Respecto de esta causal, entiende Sánchez Viamon-

¹⁸ Fallos 54:432.

te que el hecho de que nuestros constituyentes hayan equiparado la conmoción interior al ataque exterior significa que la conmoción debe tener gravedad extrema, semejante a la que reviste la invasión del territorio nacional por fuerzas armadas enemigas¹⁹.

El ataque exterior debe estar configurado por una invasión o amenaza cierta de ataque por parte de una fuerza extranjera.

Se discute en la doctrina constitucional si el estado de sitio puede tener carácter preventivo y ser declarado ante la posibilidad de alteración del orden. Sánchez Viamonte²⁰ entiende que ello no es posible y que el ataque exterior o la conmoción interior tienen que ser hechos ciertos, materiales y ya producidos para que puedan servir de causa al estado de sitio.

Nos permitimos discrepar de esta autorizada opinión: creemos, sobre todo en el caso del ataque exterior, que es posible la declaración antes de que éste se produzca. Habrá de ser, en tal caso, inminente el peligro.

En nuestra práctica constitucional habitualmente se ha recurrido a la causal de conmoción interior. En una sola oportunidad se declaró el estado de sitio por ataque exterior; fue en 1865, con motivo de la guerra con el Paraguay.

f) Límite territorial

El art. 23 autoriza a declarar el estado de sitio, en caso de conmoción interior o ataque exterior que alteren severamente el orden público, en "la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden". Esta limitación territorial demuestra el carácter restrictivo con que aquél fue concebido por nuestros constituyentes. Ello se ve corroborado, además, por la insistencia con que nuestra Constitución se refiere a esta restricción geográfica del estado de sitio. El art. 75, inc. 29, atribuye al Congreso de la Nación la facultad de declarar en estado de sitio "uno o varios puntos de la Nación".

Lo mismo sucede con el art. 99, inc. 16, que hace mención de las facultades del presidente para declarar en estado de sitio "uno o varios puntos de la Nación". El art. 61 contiene idéntica referencia, al decir que en caso de ataque exterior le corresponde al Senado autorizar al Poder Ejecutivo a declarar el estado de sitio en "uno o varios puntos de la República". Esta insistente repetición acerca del límite territorial que debe tener el estado de sitio no es superflua, ni debe pasar inadvertida.

¹⁹ Conf. SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Ley marcial...*, cit., p. 55.

²⁰ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Ley marcial...*, cit., ps. 55/6.

El estado de sitio es una medida extraordinaria que tiene que ser circunscrita al ámbito geográfico donde se produzca la perturbación del orden. El criterio para su implantación debe ser siempre restrictivo.

g) Duración

El art. 23 de la Constitución nada dispone con respecto a la duración del estado de sitio, por lo cual cabría suponer que no es necesario precisarla. También guarda silencio el art. 75, inc. 29, al atribuir al Congreso la facultad de declararlo en caso de conmoción interior. A esta misma conclusión llevaría la propia naturaleza de la institución, que implica una medida de excepción.

Las emergencias, como tales, son a menudo imprevisibles en cuanto a su duración. Sin embargo, la Constitución precisa, en otras normas, que el estado de sitio debe tener una duración limitada que se deber fijar en el momento de su declaración.

Así, en el inc. 16 del art. 99 se dispone, en su primera parte, que es atribución del presidente de la República declarar "en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un tiempo limitado, con acuerdo del Senado".

Una interpretación exegética del texto constitucional nos llevaría a considerar que si el estado de sitio es declarado por un ataque exterior, el plazo debe ser fijado en el momento de su declaración. En cambio, en caso de conmoción interior el término no sería un requisito constitucional, aunque nada impediría que se lo estableciera.

Sánchez Viamonte estima que la duración del estado de sitio tiene que ser siempre determinada en el momento de su declaración. Se debe entender —según el citado constitucionalista— que el ataque exterior reviste siempre mayor gravedad que la conmoción interior. Si en el primer caso el presidente está obligado a fijar el término, con mucho mayor motivo lo está en el segundo²¹.

Cabe destacar que la Corte Suprema, en el caso "Granada, Jorge Horacio" de 1985²², sostuvo que la declaración del estado de sitio debe contener la fijación del plazo como condición de validez del acto suspensivo de las garantías y dicho plazo tiene que ser breve, porque la extensión indefinida del estado de sitio demostraría, en realidad, que ha caducado el imperio de la Constitución que con él se quería defender.

²¹ Conf. SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Ley marcial...*, cit., p. 63.

²² Fallos 307:2284.

h) Competencia para su declaración

Si en la declaración del estado de sitio se aduce la causal de conmoción interior, aquélla no puede provenir sino del Congreso de la Nación, según lo dispone el art. 75, inc. 29, que establece que es competencia del órgano legislativo "declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo".

En caso de receso del Congreso de la Nación lo puede declarar el presidente de la República. Así lo autorizan concordantemente el inc. 29 del art. 75 y el inc. 16 del art. 99. En tal supuesto, pensamos que se debería convocar inmediatamente al Congreso, a los efectos de que éste se pronuncie en cuanto a su aprobación o suspensión. No ha sido ésta, empero, la práctica más utilizada en nuestro país.

Mediando ataque exterior, la declaración del estado de sitio corresponde que sea realizada por el presidente con acuerdo del Senado (arts. 61 y 99, inc. 16). Este trámite más breve y expedito se justifica en razón de la mayor urgencia que puede implicar la emergencia.

A partir de la reforma constitucional de 1994, se ha habilitado implícitamente la competencia del Poder Ejecutivo para declarar el estado de sitio, cualquiera que sea la causa invocada, mediante el dictado de decretos de necesidad y urgencia. Éstos han adquirido reconocimiento constitucional y, entre los casos excluidos de su posible utilización, el inc. 3° del art. 99 de la Constitución no menciona este tema.

Un precedente cercano, al respecto, es el derivado del decreto de necesidad y urgencia 714/1989 del 29 de mayo de 1989, que declaró el estado de sitio en todo el territorio del país por conmoción interior, estando el Congreso en sesiones ordinarias. Éste, pocas horas después, ratificó la decisión del Poder Ejecutivo, sancionando la ley 23.662 y evitando el seguro cuestionamiento que derivaría del procedimiento seguido.

La reforma constitucional referida y este precedente nos parecen cuestionables y regresivos para la defensa de la libertad. Si el presidente de la República, estando el Congreso en sesiones ordinarias, puede decretar el estado de sitio y detener o trasladar a cualquier persona, la libertad está, evidentemente, en serio peligro. El estado de sitio quedaría así despojado de uno de sus mecanismos de control más preciados.

La declaración del estado de sitio ha sido considerada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como un

acto privativo de los poderes políticos y que no puede, por tanto, ser objeto de revisión judicial²³.

La ley 23.098 ha introducido, en este aspecto, una cuestión novedosa, al admitir que mediante el procedimiento del hábeas corpus se pueda ejercer el control de legitimidad de la declaración del estado de sitio, limitado a verificar que hayan sido invocadas las causales previstas en la Constitución y que la autoridad que lo declaró sea la competente.

i) Efectos

La declaración del estado de sitio importa, según el art. 23 de la Constitución Nacional, dos consecuencias básicas: 1) la suspensión de las garantías constitucionales y 2) el acrecentamiento de las atribuciones del presidente de la República, quien podrá arrestar o trasladar a las personas de un punto a otro del país, pero no aplicar penas. En realidad, pensamos que este último efecto es consecuencia del primero.

El alcance de la suspensión de las garantías constitucionales derivará, en primer lugar, del concepto que tengamos de ellas. Las garantías son medios instrumentales que protegen el ejercicio de los derechos constitucionales; su naturaleza, empero, es controvertida.

En la doctrina constitucional, Linares distingue cuatro acepciones principales del concepto de garantía constitucional:

1) las estrictísimas, que comprenden únicamente los procedimientos sumarios y las reglas procesales, como los procedimientos del hábeas corpus y del amparo;

2) las estrictas, que abarcan, además de las anteriores, todos los procedimientos judiciales tuitivos de la libertad jurídica, cualquiera que sea su denominación;

3) las amplias, que comprenden, además de las anteriores, las garantías públicas o políticas, como la división de poderes, la periodicidad de los mandatos, etc., y

4) las amplísimas, que abarcan incluso a la propia Constitución²⁴.

Todas las garantías enunciadas, a nuestro entender, pueden ser denominadas con propiedad constitucionales, en la medida en que su existencia inmediata derive, explícita o implícitamente, de la Constitu-

²³ Casos "Trossi, Luis y otros" de 1960 (Fallos 247:528); "Zárate, José Miguel", de 1960 (Fallos 247:708); "Almeyra, Guillermo y otros" de 1961 (Fallos 249:522); "Semana Azul y Blanco" de 1961 (Fallos 250:832).

²⁴ Conf. LINARES, Juan F., *Razonabilidad de las leyes*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 221.

ción. Por nuestra parte y atendiendo al sentido y objeto de esta obra, nos parece adecuado distinguir dos grupos o categorías de garantías:

1) las restringidas, que comprenden el hábeas corpus, el amparo, el hábeas data y todos los demás procedimientos o garantías, judiciales o no, protectores de la libertad (debido proceso, inviolabilidad de la defensa en juicio, del domicilio, etc.), y

2) las amplias, que incluyen las garantías públicas (la forma republicana y representativa de gobierno, el federalismo, la Constitución).

La mención que en ese sentido hace el art. 23 de la Constitución Nacional la estimamos referida parcialmente a las garantías estrictas, pero no es comprensiva de las amplias. Pueden ser limitados, por ejemplo, el hábeas corpus, el amparo, la inviolabilidad de la correspondencia, etc., mas no la vigencia de derechos y garantías que atañen a la dignidad humana (prohibición de la esclavitud, libertad de conciencia, defensa en juicio, derecho a la vida, etc.), la vigencia de la Constitución, el sistema republicano y representativo de gobierno, ni el federalismo.

Es también importante recordar que las garantías fundan su existencia en los derechos que están destinadas a proteger; si no hay derechos, no hay garantías. La suspensión de las garantías recorre, en cambio, el camino inverso: al quitar la protección a los derechos, éstos quedan relegados a su simple declaración. Por eso, en la práctica, la suspensión de las garantías importa la suspensión de los derechos.

Ello explica el hecho de que en el sistema anglosajón de suspensión del hábeas corpus, en realidad, lo que se restringe es la libertad física o ambulatoria.

Tampoco cabe sostener que la declaración del estado de sitio suspende cualquiera de los derechos constitucionales. A más de las restricciones que hemos indicado, se deber agregar que únicamente podrán ser limitados aquellos que resulten necesarios para restablecer el orden público alterado.

La jurisprudencia de la Corte Suprema pasó por diferentes etapas. En un primer período, anterior a 1959, llegó a sostener que "el estado de sitio importa la suspensión de todas las garantías constitucionales"²⁵.

En un segundo período, fue adoptando la doctrina finalista, según la cual sólo pueden ser suspendidos los derechos y las garantías que tienen vinculación con el motivo que originó la declaración del estado

²⁵ Casos "José Guillermo Bertoto" de 1931 (Fallos 160:104) y "Grosso, Juan Antonio" de 1956 (Fallos 236:41).

de sitio. Esta etapa tuvo un hito inicial relevante con el caso "Sofía, Antonio y Baquero, Fulvio" de 1959²⁶.

El otro efecto del estado de sitio, también previsto en el art. 23 de la Constitución, es el acrecentamiento de las facultades del presidente de la República quien, invocando aquella medida, podrá arrestar a cualquier persona o trasladarla de un sitio a otro de la Nación.

La facultad le es otorgada al presidente de la República y es indelegable. Así lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia²⁷.

La autorización de arresto o traslado conferida al presidente convierte a este funcionario —como dice Sánchez Viamonte— en autoridad competente en los términos del art. 18 de la Constitución. Tanto la orden de arresto como la de traslado deben ser otorgadas por escrito²⁸.

Estas consecuencias que el estado de sitio provoca en cuanto a la restricción de los derechos y las garantías constitucionales deben ser compatibilizadas, a partir de 1984, con las disposiciones contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que le introdujo nuevos límites, los cuales son analizados en el punto n) de esta sección.

j) Control de razonabilidad

El principio de razonabilidad tiene por finalidad —como expresa Bidart Campos— preservar el valor justicia en el contenido de todo acto de poder e, incluso, de los particulares. Ejercer el control de razonabilidad implica, en consecuencia, formular un juicio acerca del acto o de la norma cotejándola con las exigencias del valor justicia²⁹. No se trata, por tanto, de un mero control formal, sino sustancial, en el cual habrá que cotejar la disposición o acto examinado con los principios, valores y normas constitucionales teniendo en cuenta, además, una adecuada relación entre los fines que la inspiran y los medios utilizados para lograrlos.

La Corte Suprema ha expresado, en ocasiones, un concepto más restringido sosteniendo que "razonabilidad, según la particular significación que a este concepto jurídico ha de reconocérsele en orden al poder de policía y al estado de sitio, quiere decir tan solo que las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionalmente

²⁶ Fallos 243:504.

²⁷ Casos "Iscaro, Rubens L. y otros" de 1956 (Fallos 236:632); "Agosti, Héctor P." de 1960 (Fallos 248:529); "Audano, Héctor" de 1956 (Fallos 235:355).

²⁸ Conf. SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Ley marcial...*, cit., p. 81.

²⁹ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. I, p. 229.

adecuadas a los fines perseguidos por el legislador” (caso “Sindicato Argentino de Músicos” de 1960³⁰).

Con respecto al control de razonabilidad, puede ser practicado, en esta materia, desde dos perspectivas diferentes: 1) la declaración del estado de sitio (p. ej.: ley o decreto que lo declara) o 2) las medidas concretas que adopte la autoridad como consecuencia de esa declaración (v. gr.: detener a una persona, censurar a un periódico, restringir el derecho de reunión, etc.).

Acercas de la primera cuestión, la hemos abordado en un párrafo anterior (apartado h)) al cual remitimos, no sin reiterar que el control de razonabilidad, en este aspecto, no es aceptado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y que sólo se admite el control de legitimidad mediante el procedimiento del hábeas corpus, previsto por el art. 4° de la ley 23.098.

Analizaremos, en consecuencia, el ámbito del control de razonabilidad de las medidas concretas adoptadas por la autoridad —generalmente el Poder Ejecutivo— invocando las facultades que le confiere el estado de sitio. Para ello será necesario distinguir, al menos, tres etapas relevantes en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

En la primera etapa, anterior al año 1959, prevaleció el criterio según el cual estas medidas no eran pasibles de control judicial alguno. Se entendía que tales actos estaban amparados por la esfera de reserva de los poderes políticos y que al Poder Judicial no le competía su conocimiento porque violaría el principio de división de poderes y suplantaría, por medio de sus sentencias, las decisiones que les correspondía adoptar a los Poderes Legislativo y Ejecutivo.

La segunda etapa la ubicamos entre los años 1959 y 1972. En este período, si bien no hubo un apartamiento absoluto del primer criterio, se comenzó a admitir el control de razonabilidad y con ello, la capacidad del Poder Judicial para declarar la inconstitucionalidad de medidas que se apartaran manifiesta y arbitrariamente de los principios y disposiciones de la Ley Fundamental.

Este control de razonabilidad era, no obstante, formal o abstracto, como lo denominó Bidart Campos³¹. Se cotejaba la medida impugnada con las explicaciones que daba la autoridad política y sobre la base de estos elementos se resolvía la cuestión. Era, además —como reiteradamente lo sostuvo la Corte—, de carácter excepcional³².

³⁰ Fallos 248:800.

³¹ BIDART CAMPOS, Germán J., “¿Está virando el control de razonabilidad durante el estado de sitio?”, ED 82-781.

³² Casos “Sofía, Antonio” de 1959 (Fallos 243:504); “Gustavo Adolfo Udry” de 1963 (Fallos 256:531); disidencia del juez Risolía en “Primera Plana” de 1970 (Fallos 276:72).

En la tercera etapa, que tuvo inicio en el año 1972, se introdujo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en algunos casos, el control de razonabilidad real o concreto. Ya no se trataba de conformarse con los informes oficiales, sino que aquélla también se consideraba habilitada, en ocasiones, para activar esos requerimientos e incluso inquirir si era real lo que manifestaban esos informes³³.

A partir de 1984, con la sanción de la ley 23.098, se vislumbró la posibilidad de iniciar un control de razonabilidad más amplio. La Corte descartó, sin embargo, este criterio innovador en el caso “Granada, Jorge Horacio” de 1985³⁴.

k) La preferencia para salir del país

La preferencia para salir del país está reconocida en la última parte del art. 23 de la Constitución Nacional. En virtud de ella, toda persona arrestada o trasladada por disposición del presidente, en virtud del estado de sitio, cuenta con la posibilidad de anteponer a esa facultad presidencial el resguardo de su libertad física ejerciendo el derecho de salir del país.

Ello es una consecuencia de lo establecido en el mismo art. 23, al determinar que durante la vigencia del estado de sitio “no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas”. La forma arbitrada por la norma constitucional, para evitar que las restricciones de la libertad física dispuestas por el presidente se conviertan en penas, es el reconocimiento de esta preferencia.

Ello fue advertido con claridad en el voto en disidencia del ministro de la Corte Suprema Guido Lavalle, en el caso “Marcelo T. de Alvear” de 1933³⁵. Sostuvo allí que las facultades de detención o arresto del Poder Ejecutivo durante el estado de sitio cesan, *ipso facto*, cuando el detenido se manifiesta por la opción para salir del país. Y agregó: “Si dicha opción estuviera sometida al juicio del presidente, en cuanto a su oportunidad, conveniencia o punto elegido por el individuo arrestado, ejercería aquel magistrado una facultad ajena a cualquier autoridad republicana, pues entonces el arresto continuado se convertiría en pena, aplicada sin forma de proceso, en vez de ser lo único que ha querido la Constitución: una medida de seguridad”.

³³ Casos “Mallo, Daniel” de 1972 (Fallos 282:392); “Timmerman, Jacobo” de 1978 (Fallos 300:816); “Zamorano, Carlos M.” de 1977 (Fallos 298:441); disidencia del juez Belluscio en “Granada, Jorge Horacio” de 1985 (Fallos 307:2284).

³⁴ Fallos 307:2284.

³⁵ Fallos 167:267.

Una sola observación nos merece el voto del doctor Guido Lavalle: estimamos errónea la utilización del término “opción” —no empleado por el art. 23 de la Constitución— en lugar del vocablo “preferencia”, que figura en la cláusula constitucional y tuvo su origen en el Proyecto de Constitución de Alberdi.

El vocablo “opción” significa “libertad o facultad de elegir”; en cambio, “preferencia” implica anteponer una cosa de mayor valor a una de menor valor. Lo que tiene primacía para la Constitución es la tutela de la libertad aun sobre las facultades excepcionales del presidente para restablecer el orden público en caso de estado de sitio.

No podemos negar, empero, que el término “opción” logró difundirse en la doctrina nacional. Pronto se configuró, incluso, su imaginable derivación: la expresión “derecho de opción”. En consecuencia, de allí se sostuvo que en vista de que la Constitución no reconoce derechos absolutos, ese supuesto “derecho de opción” —equivocamente entendido, a nuestro juicio— puede ser objeto de reglamentación.

En nuestro criterio, la última parte del art. 23 de la Constitución no agrega ningún nuevo derecho. Se trata, simplemente, del reconocimiento de que la persona arrestada o trasladada durante el estado de sitio prefiera su libertad, ante el uso de la facultad de excepción que tiene el presidente para restringirla. En realidad, el derecho en juego es el derecho a salir del país, que no puede ser objeto, según creemos, de ninguna restricción en esas circunstancias.

En la práctica, ha sido frecuentemente acogida la tendencia a la reglamentación de este instituto, sobre todo a partir del dec.-ley 4200/1963, dictado por el presidente José María Guido. En virtud de él, quienes hicieran uso de la preferencia debían asumir un compromiso por escrito de no residir, mientras durase el estado de sitio, en países limítrofes. Luego se sucedieron otras disposiciones reglamentarias, como las derivadas del dec. 807/1975. La ley 21.275 de 1976, dictada durante la presidencia *de facto* del general Videla, suspendió la aplicación de la preferencia, dejando subsistente el estado de sitio.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre este aspecto ha sido vacilante. En el caso “Marcelo T. de Alvear” de 1933, ya citado, sostuvo: “La facultad de opción establecida por el art. 23 de la Constitución no es absoluta. La letra de esa cláusula se refiere al derecho de las personas de salir del territorio nacional, lo que es ciertamente distinto de un derecho de salir de él para residir en un lugar determinado y dependiente de la elección del interesado. El Poder Ejecutivo puede tener motivos fundados para creer que la remisión inmediata a una nación limítrofe sea inconveniente no sólo por causas derivadas de las relaciones internacionales, sino también por motivos vinculados a la alteración del orden público que ha determinado la

declaración del estado de sitio y la consiguiente suspensión de las garantías individuales”.

En cambio, en el caso “Agustín Rodríguez Araya” de 1944³⁶, consideró: “El Poder Ejecutivo no está facultado para fijar lugar de residencia en el extranjero al detenido que, en ejercicio del derecho establecido en el art. 23 de la Constitución nacional, formula ante aquél la correspondiente opción para salir del país, por lo que procede el hábeas corpus deducido a favor de quien, no obstante haber cumplido este requisito, sólo ha obtenido una resolución denegatoria de su solicitud”.

En 1981 la Corte Suprema hizo lugar a un hábeas corpus en favor de quien se hallaba detenido a disposición del Poder Ejecutivo, en virtud del estado de sitio y llevaba cuatro años de gestiones infructuosas para hacer uso de la preferencia prevista en esa norma. En la oportunidad, la Corte sostuvo que aquella podía ser válidamente reglamentada, pero sin que ello alterase ni degradase el derecho del arrestado o trasladado (caso “Moya, Benito Alberto”³⁷).

l) Las inmunidades parlamentarias y el estado de sitio

El 2 de abril de 1892, el presidente de la Nación, Carlos Pellegrini, declaró en estado de sitio todo el territorio de la República e inmediatamente ordenó la detención de varias personas a las cuales vinculaba con una posible rebelión. Entre ellas estaban el senador nacional Leandro N. Alem y el diputado nacional Víctor M. Molina.

Personal policial se hizo presente para efectivizar la orden en el domicilio de Alem, quien se negó a acatarla, por entender que estaban siendo allanadas sus inmunidades parlamentarias. Ante ello, fue consultado el presidente de la Nación, quien reiteró la orden, que fue cumplida. Alem se entregó entonces a la policía, pero formulando una protesta escrita, en la cual sostuvo que “se somete a la fuerza, sin someterse a la ilegalidad”. Inmediatamente, fue conducido en carácter de incomunicado a la corbeta “La Argentina”.

Ante esta situación, por medio de su letrado interpuso un hábeas corpus que fue resuelto por el juez federal Virgilio M. Tedín, quien dispuso la libertad de Alem, orden que fue cumplida recién meses después.

En septiembre de 1893 se produjo un episodio similar, esta vez en Rosario. Fue nuevamente detenido el senador Alem como consecuencia de los sucesos revolucionarios ocurridos en esa ciudad y

³⁶ Fallos 200:253.

³⁷ Fallos 302:696.

quedó a disposición del juez federal Escalera Zuviría. Alem solicitó la excarcelación, que le fue concedida. Sin embargo, las autoridades policiales encargadas de cumplirla informaron al juez su imposibilidad de hacerlo porque habían recibido una comunicación del presidente de la República ordenando el arresto de Alem en virtud de las atribuciones que le confería el estado de sitio. Apelada esta decisión, finalmente la Corte Suprema dirimió la cuestión, entendiendo que no correspondía arrestar a Alem, dada su calidad de senador nacional.

La Corte recordó que la suspensión de garantías no podía afectar a las propias autoridades de la Nación porque ello era incongruente con los propósitos expresos del art. 23, en cuanto el estado de sitio tiene como finalidad la defensa de la Constitución y de las autoridades creadas por ella. De no ser así, sostuvo la Corte, se estaría autorizando al presidente para destruir los restantes poderes de la República por medio del arresto o la traslación de sus miembros durante el estado de sitio (caso "Leandro N. Alem y Mariano N. Candiotti" de 1893³⁸).

m) Estado de sitio y hábeas corpus

La Constitución, al adoptar como medida de excepción en salvaguarda del orden público, el estado de sitio, se apartó del modelo norteamericano, el cual, siguiendo los antecedentes ingleses, sólo contempla la suspensión del hábeas corpus.

En nuestro sistema, la declaración del estado de sitio no produce por sí la suspensión del hábeas corpus. Sí lo hará ineficaz, en la mayoría de los casos, si la detención o el arresto fueron efectuados en cumplimiento de medidas ordenadas como consecuencia del estado de sitio.

Este mismo criterio ha sido admitido por la mayor parte de la doctrina constitucional y también por la jurisprudencia de la Corte Suprema, que en el caso "Marcelo T. de Alvear" de 1933, antes citado, expresó: "1) La declaración del estado de sitio suspende el hábeas corpus respecto del legítimo ejercicio de los poderes conferidos al presidente, lo cual no obsta para que el juicio correspondiente sea iniciado y sustanciado ante el Poder Judicial. 2) La declaración del estado de sitio no suspende el hábeas corpus respecto de los poderes expresamente negados al presidente de la Nación en relación a la seguridad personal y, por consiguiente, la sentencia que hace lugar a aquél no invade las atribuciones políticas que le están conferidas".

La ley 23.098 de 1984, amplió considerablemente la posibilidad de utilizar el hábeas corpus durante el estado de sitio.

³⁸ Fallos 54:432.

n) El Pacto de San José de Costa Rica

El Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por nuestra República en 1984 mediante la ley 23.054, contiene importantes disposiciones que limitan los efectos del estado de sitio en salvaguarda de derechos humanos esenciales.

Dispone al respecto el art. 27 de la citada Convención:

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado-parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre), 9 (principio de legalidad y de retroactividad), 12 (libertad de conciencia y de religión), 17 (protección a la familia), 18 (derecho al nombre), 19 (derechos del niño), 20 (derecho a la nacionalidad) y 23 (derechos políticos), ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado-parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados-partes en la presente Convención, por conducto del secretario general de la Organización de Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

o) Práctica del estado de sitio

Las cincuenta y cuatro ocasiones en que se declaró el estado de sitio en la Argentina, desde la sanción de la Constitución en 1853 hasta 2013, ilustran claramente acerca del abuso de la recurrencia a un instrumento previsto para el caso de muy graves emergencias institucionales³⁹.

Si tenemos en consideración que sólo una de esas declaraciones fue hecha invocando la causal de ataque exterior (1865), fácilmente

³⁹ Un detalle más amplio puede verse en ZIULU, Adolfo G., *Estado de sitio. ¿Emergencia necesaria o autoritarismo encubierto?*, Depalma, Buenos Aires, 2000, y en VÍTOLO, Alfredo, *Emergencias constitucionales. Estado de sitio*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004.

podemos concluir que en muchas oportunidades se recurrió a ella para cumplir fines políticos superfluos, lejos del espíritu de la institución.

Otra constante estuvo dada por el abuso del poder presidencial por sobre las atribuciones del Congreso.

Si tomamos en cuenta las declaraciones del estado de sitio anteriores a 1984, observaremos que fueron aumentando progresivamente en su duración. La última, en ese período, se prolongó por ocho años consecutivos (1975-1983).

Ha habido varios proyectos de reforma constitucional tendientes a lograr una mejor regulación jurídica que evite la posibilidad de estos desbordes institucionales y también intentos de reglamentación legal que finalmente fracasaron.

La experiencia desde la restauración de la democracia en 1983 es alentadora. Sólo se registraron seis declaraciones del estado de sitio, que si bien no fueron regulares en cuanto a su gestación, al menos fueron breves. En ellas no se objetó ni tampoco se impuso condición alguna al ejercicio de la preferencia prevista en la última parte del art. 23. Tal vez por esas circunstancias el tema no fue incluido entre los habilitados por la ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional realizada en 1994.

Las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de San José de Costa Rica, representan un límite razonable y obligan internacionalmente a nuestra República.

V. LA LEY MARCIAL

El adjetivo "marcial" hace referencia a aquello que está relacionado con la guerra. La expresión "ley marcial" es aplicada, en el derecho constitucional, para designar a la situación de emergencia que se caracteriza por el sometimiento de los civiles a la ley militar.

Como medida de excepción, no está expresamente prevista en la Constitución Nacional. Ello ha motivado dudas en la doctrina acerca de la posibilidad de su implantación.

En nuestros primeros años de vida constitucional y hasta 1930, la aplicación de la ley marcial no fue tema preocupante. Sólo se registraron dos sucesos aislados: uno en Salta, en 1868 y otro en San Juan, en 1869, que adquirió mayor notoriedad.

En el primero de ellos fue apresado un grupo de doce montoneros de Felipe Varela acusados de conspirar contra las autoridades. Los detenidos fueron puestos a disposición del juez federal en esa provincia, mientras eran reclamados por el comandante del Ejército del Norte para juzgarlos. Ello provocó un conflicto de competencia que

fue resuelto por la Corte Suprema en favor de la justicia federal (caso "Competencia entre el juez nacional de Salta y el general en jefe del Ejército del Norte, don Ignacio Rivas" de 1869⁴⁰).

El caso planteado en San Juan tuvo características diferentes. Estando intervenida la provincia, fuerzas del Ejército al mando del general Arredondo aprehendieron a Zacarías Segura, conocido caudillo montonero acusado de conspirar. Se lo sometió a un consejo de guerra, fue sentenciado a muerte y ejecutado y ello repercutió en el Congreso Nacional.

En la sesión del Senado de la Nación del 19 de junio de 1869, el general Bartolomé Mitre, desde su banca, pronunció un memorable discurso descalificando la posibilidad de aplicar la ley militar a los civiles.

Dijo Mitre en un pasaje de su alocución: "Las leyes militares sólo rigen a los militares. Aplicarlas al castigo de delitos comunes o de individuos que no corresponden a su jurisdicción, es lo que se llama la aplicación de la ley marcial, aunque ésta no se proclame abiertamente, y lo que constituye el asesinato es hacerlo, y hacerlo en tiempo de paz [...]. Sea que la ejecución se haga aplicando el Código Militar, sea que se efectúe por un tribunal militar invocando otra ley, el caso es el mismo, desde que el reo no corresponde a tal jurisdicción".

La ley marcial fue impuesta por el general José F. Urriburu como presidente *de facto*, apenas derrocado el gobierno constitucional de Hipólito Yrigoyen. Por un bando del 6 de septiembre de 1930, se autorizó a los comandos militares a detener y ejecutar sin proceso alguno a toda persona que fuera sorprendida *in fraganti* en la comisión de un delito contra la seguridad o los bienes de los habitantes, o que atentara contra la seguridad pública.

En 1943 fue impuesta por el gobierno *de facto* del general Rawson, aunque estuvo en vigencia sólo cuatro días.

La reforma constitucional de 1949 dispuso en el art. 25:

Los militares y las personas que les están asimiladas estarán sometidas a la jurisdicción militar en los casos que establezca la ley. El mismo fuero será aplicable a las personas que incurran en delitos penados por el Código de Justicia Militar y sometidos por la propia ley a los tribunales castrenses.

El día 9 de junio de 1956 se inició una insurrección contra el gobierno *de facto* del presidente Pedro E. Aramburu que fue encabezada por el general Juan José Valle y otros militares. El intento fue rápidamente abortado por el gobierno y la represión fue cruenta. Al

⁴⁰ Fallos 7:205.

día siguiente de la sublevación fue dictado un decreto que estableció la ley marcial y luego otro similar disponiendo la pena de muerte para quienes la infringieran. Como consecuencia de ello, fueron fusiladas veintisiete personas, entre ellas, el general Valle.

En 1960, durante la presidencia de Arturo Frondizi, se dictó el dec. 2628/1960, poniendo en vigencia el llamado "Plan Conintes". Conforme a él, las fuerzas policiales de las provincias quedaban subordinadas a las Fuerzas Armadas de la Nación en las tareas de prevención y represión de ciertos delitos contra la seguridad pública. Además, el dec. 2639/1960 dispuso que quienes fueren acusados de incurrir en ellos quedaban sometidos a las leyes militares.

En 1969, el gobierno *de facto* de la denominada "Revolución Argentina" estableció consejos de guerra, a los cuales habilitó para el juzgamiento de civiles en casos de comisión de determinados delitos.

En 1976, durante el también gobierno *de facto* del denominado "Proceso de Reorganización Nacional", fue impuesta nuevamente la ley marcial mediante las leyes 21.264 y 21.461. Por aplicación de ellas fueron creados consejos de guerra especiales, a cuyo cargo estaba el juzgamiento de determinados delitos, eventualmente vinculados a la actividad subversiva.

Cabe recordar que el Código de Justicia Militar (ley 14.029 y sus modificatorias) estableció que en tiempo de guerra la jurisdicción militar era extensiva a los particulares o personas extrañas a las instituciones armadas que en las zonas de operaciones o de guerra cometieren delitos previstos en ese Código o hechos sancionados por bandos militares (art. 110).

En la doctrina constitucional, algunos autores se pronunciaron en contra de la constitucionalidad de la ley marcial en nuestro sistema (Sánchez Viamonte, Linares Quintana, Bidart Campos, Ekmekdjian⁴¹). Otros la admitieron en ciertos casos (González Calderón⁴²).

Entendemos que la ley marcial ha sido un instrumento de emergencia utilizado al margen de la Constitución, que no la ha previsto, ni tolerado.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la ha admitido con carácter excepcional (caso "Rodríguez, Juan Carlos; Ruggero, Conrado Andrés y Tambascio, Juan Carlos" de 1962⁴³).

⁴¹ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Ley marcial...*, cit., p. 15; LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, 2ª ed., t. VI, Alfa, Buenos Aires, 1953, p. 315; BIDART CAMPOS, Germán J., *Los tribunales militares y la Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 1985, ps. 32 y ss., especialmente 37/9; SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal...*, cit., t. III, p. 271.

⁴² GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 280.

⁴³ Fallos 254:116.

La sanción de la ley 26.394, que derogó el Código de Justicia Militar y todas las normas, resoluciones y disposiciones de carácter interno que lo reglamentaban, eliminó el último vestigio que quedaba en el ordenamiento jurídico argentino que contemplaba la pena de muerte y, también, el argumento legal —pero no constitucional— para sostener la validez de la ley marcial.

VI. LA DEFENSA NACIONAL

Todo Estado necesita arbitrar los medios idóneos necesarios para asegurar su soberanía territorial y la efectiva vigencia de sus instituciones, previstas en la Constitución.

Nuestros constituyentes, luego de establecer en el Preámbulo de la Ley Fundamental entre los objetivos del Estado el de "proveer a la defensa común", tuvieron en consideración esta problemática en varias cláusulas referidas a esta cuestión: a) el art. 21 impone la obligación constitucional de "armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución" que pesa sobre todo ciudadano argentino; b) el art. 23 autoriza la declaración del estado de sitio en caso de ataque exterior; c) el art. 61 le otorga al Senado de la Nación la atribución de autorizar al presidente de la República a declarar el estado de sitio por ataque exterior; d) el art. 75 dispone que es atribución del Congreso de la Nación: 1) autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz (inc. 25), 2) facultar al presidente de la Nación para ordenar represalias y establecer reglamentos para las presas (inc. 26), 3) fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y de guerra y dictar las normas para su organización (inc. 27), 4) permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación y la salida de fuerzas nacionales fuera de él (inc. 28); d) el art. 99 le confiere al presidente de la República la calidad de comandante en jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación (inc. 12) y le otorga facultades para: 1) proveer los empleos militares de la Nación (inc. 13), 2) disponer de las fuerzas armadas y organizarlas (inc. 14), 3) declarar la guerra y ordenar represalias con autorización y aprobación del Congreso (inc. 15) y 4) declarar el estado de sitio que —en caso de ataque exterior— requiere el acuerdo del Senado.

Cada etapa histórica de nuestro país ha traído una concepción diferente de la defensa nacional que, casi siempre, hemos recibido de influencias externas.

En una primera etapa se resguardó la defensa común mediante la convocatoria a milicias patrióticas que eran convocadas en cada ocasión. Ellas eran fuerzas inorgánicas, sin preparación previa, con

armamento rudimentario que se recogía en cada convocatoria e inspiradas de un valorable sentido patriótico. Una clara manifestación de esta modalidad rudimentaria, pero –a veces– efectiva, de resguardar la soberanía territorial, se dio durante las invasiones inglesas de 1806 y 1807.

A fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX se expanden por el mundo las ideas del ejército prusiano. Con ellas se evidenciaba admiración por la organización del ejército alemán que pregonaba la necesidad de organizar fuerzas armadas permanentes, rígidamente disciplinadas y con sólido verticalismo en la toma de decisiones.

Estas ideas tuvieron acogida en nuestro país durante la presidencia del general Roca cuando éste designa como ministro de defensa al coronel Pablo Ricchieri. Durante su gestión se organizó el servicio militar obligatorio.

A mediados del siglo XX se difunde –luego de la Primera Guerra Mundial– otra concepción de la defensa nacional que completaba a la anterior y ponía su acento en la propia provisión de armamento por parte del Estado. Estas nuevas ideas también encontraron fuerte arraigo en nuestro país.

En este ámbito se creó, en 1941, Fabricaciones Militares a iniciativa del coronel Manuel N. Savio. La nueva estructura tuvo una función relevante durante las primeras décadas de funcionamiento en el desarrollo de la industria nacional para la defensa.

En el año 1951 el entonces presidente de la República, Juan Domingo Perón, anunció que en un laboratorio secreto que hacía tiempo se había instalado en la isla Huemul –muy cercana a Bariloche– se habían logrado reacciones termonucleares bajo condiciones de control en escala técnica. El anuncio tuvo repercusión mundial y se consideró que la República Argentina se encontraría en condiciones de fabricar la bomba atómica con tecnologías avanzadas.

Más allá de las repercusiones de muy distinta índole que tuvo el anuncio y que con el tiempo una comisión de expertos desechara, lo cierto es que se enmarcaba en la política de aquella época de asegurar la fabricación del propio armamento.

Durante las décadas de 1960 y 1970, hace irrupción en el país la denominada “doctrina de la seguridad nacional”. Ella era una derivación de la “guerra fría” y provenía de determinadas acciones políticas de las potencias occidentales tendientes a obtener que los países latinoamericanos se dedicaran con prioridad a garantizar el orden interno y a combatir al comunismo dentro de sus fronteras. Para cumplir esta misión se estimaba conveniente que, incluso, las fuerzas armadas asumieran el poder del Estado.

Esta doctrina tuvo un punto de inflexión, que anticipó claramente su definitivo ocaso, con la guerra de Malvinas en 1982.

En 1988, restaurada plenamente la democracia y luego de un largo y fecundo debate, el Congreso de la Nación sancionó la ley de defensa nacional 23.554. El texto de dicha norma refleja el enfoque actual del tema.

En nuestro tiempo se procura una política de la seguridad nacional fundada en la existencia de regiones seguras. De allí que se auspicien los procesos de integración entre Estados. La defensa nacional se inserta en la democracia y las fuerzas armadas, si bien deben seguir siendo protagonistas de una misión relevante, deben compartir esta responsabilidad con los demás actores políticos y sociales. En suma, la defensa nacional nos incumbe a todos, no sólo a las fuerzas armadas; todo ello bajo la conducción de las autoridades legítimamente elegidas por el pueblo.

La ley 23.554 incorpora una nueva visión de la defensa nacional que, entendemos, resulta más compatible con el sistema republicano y más adecuada a la realidad. La defensa nacional deja de ser una actividad excluyente de las fuerzas armadas, aunque se reconoce el valor de éstas por ser instrumentos fundamentales en ella.

El art. 2º de la norma contiene una clara definición de la materia:

La defensa nacional es la integración y la acción coordinada de todas las fuerzas de la Nación para la solución de aquellos conflictos que requieran el empleo de las Fuerzas Armadas, en forma disuasiva o efectiva para enfrentar las agresiones de origen externo. Tiene por finalidad garantizar de modo permanente la soberanía e independencia de la Nación Argentina, su integridad territorial y capacidad de autodefinición, proteger la vida y la libertad de sus habitantes.

También la ley define el alcance restringido de su intervención “para enfrentar conflictos de origen externo”. Cabe acotar que si bien la ley generó al momento de su sanción un amplio consenso, esta última definición fue muy discutida. Estimamos que mayoritariamente se tuvo en consideración la historia de nuestro país que muestra, con reiteración, la intervención disvaliosa e ineficiente de las fuerzas armadas para dirimir conflictos internos y hasta en cuestiones políticas que son evidentemente ajenas a su función profesional.

La ley ha creado un marco jurídico que debe ser desarrollado con políticas públicas acordes a la relevancia del tema. Estimamos que, en tal sentido, aún se encuentra pendiente un proceso de jerarquización y de profesionalización de las fuerzas armadas que la transformen en recursos eficientes para cumplir su función.

VII. LA FIDELIDAD A LA NACIÓN. LA TRAICIÓN

La fidelidad a la Nación es una de las obligaciones constitucionales más relevantes que el Estado impone a sus ciudadanos y en cuya defensa, incluso, puede exigirse el deber de armarse en defensa de la Patria y de la Constitución, conforme lo requiere el art. 21 de nuestra Ley Fundamental.

La palabra traición es definida como un quebrantamiento a la fidelidad o lealtad que se debe guardar o tener. También suele referirse a la alta traición como la cometida contra la soberanía o contra el honor, la seguridad y la independencia del Estado.

La traición está referida en los arts. 29, 36 y 119 de la Constitución Nacional. Esta última norma refiere que "la traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado".

No obstante la tajante afirmación del art. 119 de la Constitución Nacional, existen otras dos normas en ella que hacen referencia a la traición.

El art. 29 prevé que "el Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de Provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que lo formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria".

A su vez, el art. 36 determina que "esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

"Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

"Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán, civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

"Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

"Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

"El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función".

Podría sostenerse, buscando una explicación a la aparente contradicción del texto constitucional, que mientras el art. 119 de la Constitución se refiere a la traición a la Nación; los arts. 29 y 36 están destinados a la sanción a la traición a la Patria.

No nos parece convincente esta explicación, que sí tendría fundamento en el caso que entendiésemos que el término *nación* se emplea como *Estado*.

El art. 214 del Código Penal determina que "será reprimido con prisión de diez a veinticinco años o reclusión perpetua y en uno u otro caso, inhabilitación absoluta perpetua, siempre que el hecho no se halle comprendido en otra disposición de este Código, todo argentino o toda persona que deba obediencia a la Nación por razón de su empleo o función pública, que tomare las armas contra ésta, se uniere a sus enemigos o les prestare cualquier ayuda o socorro".

El art. 215 del Código Penal estatuye que "será reprimido con reclusión o prisión perpetua, el que cometiere el delito previsto en el artículo precedente, en los casos siguientes: 1. Si ejecutare un hecho dirigido a someter total o parcialmente la Nación al dominio extranjero o a menoscabar su independencia o integridad; 2. Si indujere o decidiere a una persona extranjera a hacer la guerra contra la República".

El art. 216 del Código Penal prevé que "será reprimido con reclusión o prisión de uno a ocho años, el que tomare parte en una conspiración de dos o más personas para cometer el delito de traición, en cualquiera de los casos comprendidos en los artículos precedentes, si la conspiración fuere descubierta antes de comenzar su ejecución".

El art. 217 del Código Penal dispone que "quedará eximido de pena el que revelare la conspiración a la autoridad, antes de haberse comenzado el procedimiento".

El art. 218 del Código Penal establece que "las penas establecidas en los artículos anteriores se aplicarán, también, cuando los hechos previstos en ellos fueren cometidos contra una potencia aliada de la República, en guerra contra un enemigo común" y que "se aplicarán asimismo a los extranjeros residentes en territorio argentino, salvo lo establecido por los tratados o por el derecho de gentes, acerca de los funcionarios diplomáticos y de los nacionales de los países en conflicto" También se prevé, en la misma norma, que la pena aplicable en

este caso, lo será conforme a lo dispuesto en el art. 44, o sea la prevista para el caso de tentativa.

VIII. LA SEDICIÓN

La palabra *sedición* refiere, según el *Diccionario* de la Real Academia Española, al alzamiento colectivo y violento contra la autoridad, el orden público o la disciplina militar sin llegar a la gravedad de la rebelión.

El vocablo sedición es mencionado en tres oportunidades por la Constitución Nacional, en los arts. 6°, 22 y 127.

El art. 6°, referido a la intervención federal, habilita al gobierno federal para intervenir en el territorio de las provincias, a requisición de sus autoridades constituidas "para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia".

El art. 22 estatuye que "el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición".

El art. 127 establece que "ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el Gobierno federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley".

El art. 229 del Código Penal determina que "serán reprimidos con prisión de uno a seis años, los que sin rebelarse contra el gobierno nacional, armaren una provincia contra otra, se alzaren en armas para cambiar la constitución local, deponer alguno de los poderes públicos de una provincia o territorio federal, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades legales o su formación o renovación en los términos y formas establecidos en la ley".

El art. 230 del Código Penal establece que "serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años: 1. Los individuos de una fuerza armada o reunión de personas que se atribuyeren los derechos del pueblo y peticionaren a nombre de éste (art. 22 de la Constitución nacional). 2. Los que se alzaren públicamente para impedir la ejecución de las leyes nacionales o provinciales o de las resoluciones de los funcionarios públicos nacionales o provinciales, cuando el hecho no constituya delito más severamente penado por este Código".

IX. LAS FACULTADES EXTRAORDINARIAS

El art. 29 de la Constitución Nacional establece que "el Congreso no puede conceder al Poder Ejecutivo, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna" (primera parte).

La disposición constitucional tiene la finalidad de preservar el principio republicano de la división de los poderes del gobierno, evitando que se pretenda concentrar todas las atribuciones del Estado en el Poder Ejecutivo nacional o en de las provincias. De igual modo, se afirma la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos, evitando que éstos alteren el reparto de funciones efectuado por aquél.

La cláusula tiene su origen en la Constitución de 1853 y expresa un clara repulsa al acto de la Legislatura de Buenos Aires que proclamó a Juan Manuel de Rosas como gobernador de Buenos Aires, el 6 de diciembre de 1829, nominándolo, además, con el título de "Restaurador de las Leyes e Instituciones de la Provincia de Buenos Aires" y otorgándole, en el mismo acto, "todas las facultades ordinarias y extraordinarias que creyera necesarias, hasta la reunión de una nueva legislatura".

Si bien en aquella época no aparecía como una facultad omnímoda, probablemente que el uso que de ellas se hizo, de la que algunos constituyentes tenían una vívida y desagradable experiencia, inspiró a incluirla en el texto constitucional.

Cabe acotar que con anterioridad al gobierno de Rosas ya le habían sido conferidas a Manuel de Sarratea y a otros gobernadores de varias provincias argentinas.

El art. 29, en su última parte estatuye que "actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consentan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores de la Patria".

En consonancia con dicha disposición, el art. 227 del Código Penal establece que los responsables de tales actos serán reprimidos con las penas establecidas para el delito de traición.

X. LAS OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES

El constitucionalismo surgió como instrumento fundamental para luchar por la libertad y la dignidad del hombre. Es comprensible que teniendo esta finalidad, su preocupación sustancial fuese asegurar y

tutelar los derechos y las garantías frente al Estado. Las declaraciones de derechos, hoy unánimemente consagradas, representan un buen ejemplo de esta expresión constitucional.

Las constituciones, sin embargo, también imponen deberes, que son una consecuencia necesaria e inevitable de la existencia misma de los derechos. En nuestra Ley Suprema, desde luego, existen estas obligaciones, que en algunos casos abarcan a todos los habitantes y en otros, a grupos determinados o indeterminados de ellos.

Las hay enunciadas de manera explícita, como las que corresponden a la defensa de la patria y de la Constitución (art. 21), la defensa del orden constitucional (art. 36) o el deber de preservar el ambiente (art. 41) y otras surgen como corolario del reconocimiento de derechos.

También existen obligaciones que son consecuencia de los principios y las declaraciones de la Constitución. Así, el principio de "afianzar la justicia" compromete no sólo al gobierno, sino a todos los habitantes. Lo mismo se podría sostener con respecto a la forma republicana de gobierno y sus principios esenciales de libertad política, participación, control, publicidad, etc., que nos incumben a todos.

En nuestro país, esta problemática es todavía casi novedosa. Las experiencias aún recientes de menosprecio de los derechos fundamentales de la persona humana y de otros que también son sustanciales y que atañen a la participación del ciudadano en los órganos de gobierno, han contribuido a focalizar nuestra atención principal en los derechos y no en los deberes constitucionales.

A medida que se consolida la democracia en la República van surgiendo de su letargo las obligaciones constitucionales que cada vez atraen más la atención y plantean nuevos interrogantes. Manifestaciones concretas de esta nueva tendencia podemos hallarlas en algunos valiosos estudios doctrinales, entre los cuales citamos la obra de Bidart Campos especialmente dedicada al tema⁴⁴. También en las constituciones provinciales pertenecientes al ciclo generado después de 1984 (varias constituciones hacen referencia expresa a los deberes)⁴⁵ y en una incipiente jurisprudencia, que comienza a insinuarse merced a algunos aportes concretos.

⁴⁴ BIDART CAMPOS, Germán J., *Las obligaciones en el derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987.

⁴⁵ En el ámbito del derecho público provincial, las Constituciones de Jujuy (1986), Salta (1986), Santiago del Estero (2005), Córdoba (1987), Catamarca (1988), Tierra del Fuego (1991) y La Pampa (1994), entre otras, incluyen en el título de su capítulo inicial o en un apartado específico la mención de los "deberes". La Constitución de Río Negro (1988) prefiere llamarlos "responsabilidades". Algunas Constituciones anteriores ya contenían esas referencias: Santa Cruz (1957), Chaco (1957), Misiones (1958), La Pampa (1960), Santa Fe (1962).

La Corte Suprema de Justicia ha puesto de resalto que los deberes constitucionales no son absolutos, como tampoco lo son los derechos (caso "Portillo, Alfredo s/infracción al art. 44 de la ley 17.531" de 1989⁴⁶).

⁴⁶ Fallos 312:496.

CAPÍTULO XVI

EL HÁBEAS CORPUS

I. CONCEPTO

El hábeas corpus —expresión latina que significa “tengas el cuerpo”— es una garantía constitucional que ampara la libertad física, corporal o de locomoción, frente a restricciones arbitrarias, mediante un procedimiento sumario y expeditivo.

Es una garantía porque constituye un medio o instrumento de protección que defiende derechos y libertades específicos (libertad física, corporal o de locomoción). Si bien en la doctrina constitucional existen definiciones de las garantías constitucionales de muy distinto alcance, todos los autores convergen en considerar al hábeas corpus como una de ellas.

Aun para Sánchez Viamonte, quien siguiendo un criterio restringido, entiende como garantías sólo a aquellas que implican una protección práctica de la libertad, el hábeas corpus reúne plenamente las condiciones para ser tal. Este mismo autor lo define como *garantía genuina de la libertad*¹.

El bien jurídico que tutela el hábeas corpus tiene, además, una jerarquía particularísima. Se trata nada menos que de la libertad física, que constituye uno de los atributos más preciados y valorados de la libertad y dignidad de la persona. Expresa en ese sentido Sagüés —y creemos que con razón— que el hábeas corpus es una especie de garantía fundante, porque posibilita, en virtud de su ejercicio, la práctica de los restantes derechos². Cuando la libertad física es restringida, el

¹ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de derecho constitucional*, 4ª ed., Kapelusz, Buenos Aires, 1954, ps. 140 y 141.

² Conf. SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal constitucional*, t. IV, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1988, p. VIII.

hombre queda imposibilitado de ejercer un conjunto de derechos que requieren para su goce el ejercicio efectivo de la libertad corporal.

El mismo autor sostiene que el hábeas corpus es el instrumento más elemental y contundente para asegurar la libertad personal contra los abusos del poder.

II. ANTECEDENTES EXTRANJEROS

La institución del hábeas corpus tiene antecedentes de muy antigua data, principalmente en el derecho romano, el español y el anglosajón. Haremos una breve referencia a ellos.

Los interdictos eran, en el derecho romano, mandamientos que tenían por finalidad interpelar a la autoridad pública con el objeto de proteger ciertos derechos.

A uno de ellos se lo denominaba *interdictum de libero homine exhibendo* y consistía en una acción que podía ejercer cualquier persona libre contra quien había privado de la libertad (mediante secuestro, compra o venta) a un ciudadano romano. Estaba previsto en el Digesto, que establecía una severa pena pecuniaria para los autores de la restricción de la libertad física.

Este interdicto no procedía si quien se hallaba ilegítimamente privado de su libertad no era una persona libre. Bastaba la duda acerca de esta condición para que el interdicto no fuera de aplicación.

Este antecedente debe ser valorado conforme a las circunstancias imperantes en la época histórica en que se lo aplicó. Se trata de un precedente valioso en favor de la libertad y dignidad del hombre, que necesitaría de una larga evolución para perfeccionarse como tal.

Por el contrario, si lo tomáramos con rigorismo tendríamos que descalificarlo, porque menospreciaba el valor de la libertad para ciertos hombres, a los cuales se sometía a una humillante esclavitud.

Comentando esta institución, explica Sánchez Viamonte que mediante el *interdictum de homine libero exhibendo*, el ciudadano romano se aseguraba su rango social privilegiado³.

En España, hacia el siglo XII, comenzó una paulatina introducción del derecho romano bastante resistida por la tradición. Ello hizo que no quedasen desarraigadas inmediatamente las viejas normas consuetudinarias, sino que iniciaran una lenta transformación.

Pese a ello, la divulgación impulsada por los juristas y letrados formados en las tendencias romanistas fue provocando la disminución de la importancia del sistema foral, entonces imperante, que consistía

³ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual...*, cit., p. 124.

en la recopilación de costumbres y sentencias, o sea, *usos y fueros*, como solía denominárselos.

En Valencia, el sistema foral fue rápidamente reemplazado ante la falta de una tradición jurídica regional; en Mallorca prevaleció el derecho catalán; en Castilla, Alfonso X propició la drástica desaparición del juicio de albedrío, que también había sido impulsado por Jaime I de Aragón.

Precisamente en Aragón, la romanización fue más lenta merced a la vigencia de una recopilación escrita que dio forma a los Fueros de Aragón, promulgados por Jaime I en 1247. Se trataba de una reproducción del derecho regional del norte del Ebro.

La proclamación de Alfonso III como rey sin la jura de los fueros, en 1286, provocó el levantamiento de los nobles aragoneses. Éstos, desde tiempo atrás, constituían uniones, juntas y hermandades que a veces lograban imponerse políticamente, como fue el caso de la Unión Aragonesa, que impuso límites al poder real.

Una vez que el monarca aceptó jurar los fueros, la Unión Aragonesa solicitó a las Cortes, unidas en Zaragoza, que el rey ordenara su corte y su consejo con la intervención de ellas. Esto no fue aceptado por el monarca y dio comienzo a la lucha.

Finalmente, el rey accedió a los pedidos de la Unión y en diciembre de 1287 otorgó el llamado *privilegio de Aragón*, que incluía dos instituciones relevantes: *el justiciazgo mayor de Aragón* y *el juicio de manifestación*. El primero fue un valioso antecedente del principio de supremacía constitucional; el segundo, de la garantía del hábeas corpus.

El juicio de manifestación, así llamado porque se debía mostrar al detenido o privado de libertad, protegía tanto la libertad corporal como la integridad física; podía promoverlo cualquier ciudadano, el trámite era rápido y podía culminar con la libertad⁴.

En el derecho anglosajón, la Carta Magna del 15 de junio de 1215 estableció, en su art. 48, que "nadie podrá ser arrestado, aprisionado ni desposeído de sus bienes, según las leyes del país"⁵.

Esta disposición de la Carta Magna inglesa es una de las que ha adquirido mayor difusión. Acerca del valor relativo de este documento en la defensa de las libertades, hemos tenido oportunidad de pronunciarnos en el capítulo II de esta obra.

La defensa de la libertad física, incluso para quienes fueron los beneficiarios de la Carta Magna, distó de quedar asegurada frente a

⁴ SACÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal...*, cit., p. 15.

⁵ La Carta Magna ha sido tomada de VARELA, Luis V., *Constituciones vigentes*, C. Casavalle, Buenos Aires, 1812, p. 13.

la arbitrariedad de la Corona. Varios casos demostraron la notoria insuficiencia de estas disposiciones.

En 1627 —comenta Sagüés—, cinco terratenientes habían sido detenidos por haberse negado a prestarle dinero al rey⁶. Ello motivó su encarcelamiento. El procedimiento previsto para defender la libertad física fue infructuoso. El acontecimiento pasó a la historia como “El caso de los cinco caballeros”. La falta de eficacia de la institución fue generando el natural descreimiento sobre ella.

En la Petición de Derechos (*Petition of Right*) del 7 de junio de 1628, presentada por el Parlamento inglés al rey, se demandó otra vez la afirmación del hábeas corpus. En el apartado 10 de ese documento, los lores y comunes “suplican humildemente a vuestra muy excelente majestad que nadie, en lo venidero, sea obligado a hacer ningún don gratuito, préstamo de dinero ni presente voluntario, ni a pagar ningún tributo o impuesto, que esté fuera del común consentimiento dado por acta del Parlamento; que nadie sea llamado ante la justicia ni obligado a prestar juramento, ni ningún servicio, ni detenido, turbado o molestado con ocasión de tales tributos o de su negativa a satisfacerlos; que ningún hombre libre sea detenido o arrestado como antes se dijo; que plazca a V.M. retirar los soldados y marineros de que antes hemos hablado e impedir que en lo venidero el pueblo sea así oprimido; que sean revocadas y anuladas las comisiones encargadas de aplicar la ley marcial, y que no se concedan otras a nadie, por temor a que con tal pretexto sean inquietados o muertos algunos de vuestros súbditos, contrariamente a las leyes y libertades del país”.

Si bien la Petición de Derechos constituyó un avance meritorio en la defensa de la libertad física, todavía no se vislumbraba un procedimiento claro y expeditivo que ofreciera seguridad frente a la arbitrariedad.

Fue durante el reinado de Carlos II que el Parlamento inglés sancionó, el 26 de mayo de 1679, la *Habeas Corpus Amendment Act*, conocida como “Acta de Hábeas Corpus”. Sus disposiciones fueron de gran relieve. Se trataba, básicamente, de un conjunto de normas de procedimiento que prevenían severas multas para las autoridades públicas que no cumplieran sus mandamientos, ya se tratase de funcionarios, jueces o magistrados. Fue con ella que dio comienzo verdaderamente la evolución y el desarrollo del hábeas corpus.

Como instrumento protector de las libertades, bien cabe afirmar que constituyó un hito importante, tal vez superior, incluso, a la Carta Magna de 1215.

⁶ SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal...*, cit., ps. 20 y 21.

En 1816, ya en el reinado de Jorge III, el Parlamento inglés sancionó una nueva *Habeas Corpus Act*, que vino a completar la anterior y que también preveía la posibilidad de interponer el hábeas corpus en favor de personas privadas de su libertad por simples particulares. Este supuesto no estaba contemplado en el acta de 1679, aun cuando algunos jueces habían recurrido a una aplicación analógica para preservar la tutela de la libertad en estos casos.

En la hipótesis de graves emergencias ha sido suspendida temporariamente la vigencia del Acta de Hábeas Corpus. Esta medida reemplaza al estado de sitio, inexistente en el derecho inglés.

El hábeas corpus tuvo vasta repercusión en las colonias británicas, entre ellas las de Norteamérica, que después conformarían a los Estados Unidos. Ya en su período independiente, la Constitución norteamericana de 1787, pese a carecer de una declaración de derechos, se refiere expresamente a este instituto siguiendo el criterio inglés. Así, en el art. I, sección 9, ap. 2º, se establece que “el Congreso no podrá suspender el privilegio del auto de hábeas corpus, salvo en aquellos casos de rebelión o invasión en que la seguridad pública lo requiera”.

III. ANTECEDENTES NACIONALES

El hábeas corpus, pese a no haber sido mencionado como tal por la Constitución Nacional de 1853, tiene profusos antecedentes en nuestra legislación anterior a la Organización Nacional.

En tal sentido, Zarini recoge como primer antecedente el Reglamento de la Junta Conservadora del 22 de octubre de 1811, cuyo art. 9º establecía que “el Poder Ejecutivo no podrá tener arrestado a ningún individuo, en ningún caso, más que 48 horas, dentro de cuyo término deberá remitirlo al juez competente, con lo que se hubiere obrado. La infracción de este artículo se considerará como un atentado contra la libertad de los ciudadanos y cualquiera en este caso podrá elevar su queja a la Junta Conservadora”⁷.

También el decreto sobre Seguridad Individual, del 23 de noviembre de 1811, si bien no utilizaba la expresión “hábeas corpus”, contenía disposiciones que le eran asimilables en cuanto a la defensa de la libertad física.

El Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata del 27 de enero de 1813 y el Proyecto de Constitución de carácter federal para las Provincias Unidas de la América del Sud

⁷ ZARINI, Helio J., *Análisis de la Constitución nacional*, 2º ed., Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 106.

contenían, igualmente, disposiciones tuitivas de la libertad corporal, aunque sin mencionar la expresión “hábeas corpus”. En general, se caracterizaban por la exigencia de orden escrita para que procediese la detención, salvo casos de excepción y porque requerían la intervención judicial.

El Estatuto Provisional del 5 de mayo de 1815 determinaba, entre otras varias disposiciones, que “ningún individuo podrá ser arrestado sin prueba al menos semiplena, o indicios vehementes de crimen, que se harán constar en proceso informativo dentro de tres días perentorios, sino hubiese impedimento; pero habiéndolo se pondrá constancia de él en el proceso” (sec. 7ª, cap. I, art. IX). Además, los arts. IV, V, X, XI, XV y XVII de la misma sección reforzaban estas garantías.

Disposiciones similares contenían el Estatuto Provisional del 22 de noviembre de 1816 y el Reglamento Provisorio del 3 de diciembre de 1817.

La Constitución de 1819 mantuvo, en general, el criterio de los anteriores documentos, estableciendo como principio básico que “ningún habitante del Estado puede ser penado, ni confinado, sin que preceda forma de proceso y sentencia legal” (art. CXVIII).

La Constitución de 1826 expresaba en su art. 169:

Para el arresto de un individuo, fuera del caso de delito *in fraganti*, debe preceder un mandamiento firmado por el magistrado, a quien la ley conceda esta facultad, que exprese el motivo de este arresto, que debe notificársele en el acto de la prisión, y del cual se le debe dar copia, si la pidiere.

Como se puede advertir, en todos los casos se imponían recaudos importantes para poder detener a una persona; faltaba, empero, consagrar en forma explícita un procedimiento rápido y sumario –el hábeas corpus– que garantizara la recuperación de la libertad cuando la detención era ilegítima.

Alberdi, en su Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina, proponía en el art. 19 una cláusula en resguardo de la seguridad individual, pues en su cuarto párrafo expresaba: “No es eficaz la orden de arresto, que no emane de autoridad revestida del poder de arrestar y se apoye en una ley”.

La Constitución Nacional de 1853 tomó como fuente primera, en lo atinente a la seguridad jurídica, el Proyecto de Alberdi. Las similitudes entre el art. 18 de nuestra Ley Fundamental y el art. 19 del Proyecto son notorias.

En el aspecto referido a la protección de la libertad corporal, que especialmente nos interesa, cabe advertir algunas diferencias. Dispone

el texto constitucional vigente que “nadie puede ser [...] arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”. Alberdi, como expresamos, exigía, además, que la orden de autoridad se fundara en la ley.

Sagüés infiere que esta modificación que los constituyentes introdujeron en el texto alberdiano –cuyo motivo reconoce aún no dilucidado– tuvo el propósito de salvaguardar la armonía de la Constitución, porque en el art. 23 se faculta al Poder Ejecutivo, en caso de estado de sitio, a arrestar o trasladar personas⁸. Nada obstaba –creemos– a dejar en el texto constitucional la referencia al fundamento legal. En caso de estado de sitio, toda orden de detención emanada del Poder Ejecutivo, en aplicación de este instituto de emergencia, está, en principio, apoyada en la ley, porque se halla autorizada por el propio texto constitucional (art. 23). Ello, desde luego, no implica abrir juicio sobre su legitimidad o su razonabilidad.

La Convención Nacional Constituyente de 1949 incorporó por vez primera en nuestro texto constitucional, en forma explícita, la mención del hábeas corpus. Establecía el último párrafo del art. 29 de la Constitución reformada ese año:

Todo habitante podrá interponer por sí o por intermedio de sus parientes o amigos, recurso de hábeas corpus ante la autoridad judicial competente, para que se investiguen la causa y el procedimiento de cualquier restricción o amenaza a la libertad de su persona. El tribunal hará comparecer al recurrente y, comprobada en forma sumaria la violación, hará cesar inmediatamente la restricción o la amenaza.

Como se puede apreciar, la cláusula constitucional definía al hábeas corpus como un “recurso” y protegía muy ampliamente de “cualquier restricción o amenaza a la libertad de la persona”. No se trataba de la tutela de la libertad física o corporal, sino de la libertad en general.

En la Convención Nacional Constituyente de 1957 fueron presentadas varias iniciativas tendientes a incluir el hábeas corpus en forma explícita en la Constitución. El rápido e imprevisto epílogo que tuvo dicha Convención hizo que esos proyectos no fueran finalmente tratados.

Por último, la ley 24.309, que en 1993 declaró la necesidad de la reforma constitucional, previó entre los temas habilitados para su tratamiento el de la “consagración expresa del hábeas corpus y del amparo, por incorporación de un artículo nuevo en el capítulo II de la primera parte de la Constitución nacional” (art. 3º, apart. N)].

⁸ Conf. SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal...*, cit., ps. 70/1.

Esta incorporación la concretó la Convención Nacional Constituyente, reunida en Santa Fe y Paraná en 1994, mediante el art. 43, cuyo último párrafo está dedicado a la regulación constitucional del hábeas corpus. Analizaremos esta nueva cláusula constitucional en el apartado V de este capítulo.

IV. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Antes de la reforma de 1994, es decir, estando en vigencia la Constitución de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957, se discutía en doctrina si el hábeas corpus tenía acogida constitucional explícita.

La Constitución Nacional no lo mencionaba, pero para algunos autores surgía como una consecuencia necesaria de lo normado en el art. 18, según el cual "nadie puede ser [...] arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente". Faltaba, claro está, una mención expresa en cuanto al procedimiento a aplicar en caso de violación de dicho mandamiento constitucional. El problema tenía solución si se recurría a una ley reglamentaria. No se dudaba, empero, acerca de la acogida constitucional implícita en virtud del art. 33 de la Constitución Nacional. En estas circunstancias, entendemos que se debe considerar positiva la inclusión del instituto en la constitución formal, como lo hicieron las reformas de 1949 (luego derogada) y 1994.

Dando por terminado el debate a que nos referíamos en el párrafo anterior, esta última reforma constitucional incluyó expresamente el hábeas corpus en la última parte del nuevo art. 43, norma en la cual también son regulados constitucionalmente el amparo y el hábeas data.

V. EL ART. 43 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Dice el cuarto y último párrafo del art. 43 que "cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma y condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio".

Hemos adelantado ya nuestra postura favorable a la inclusión expresa de este instituto en la Constitución. También debemos señalar que su aparición en nuestra Ley Fundamental, a nuestro entender, no se produjo de la mejor manera.

En un primer análisis del art. 43 se advierte que el hábeas corpus aparece como una especie de la acción de amparo. Este criterio surge no sólo de la inclusión de ambas garantías en la misma cláusula —comenzando por el amparo—, sino también de la sintaxis de la norma. Así, cuando se define al amparo, en la primera parte, no se excluye en forma expresa —como se hace habitualmente— la libertad física o de locomoción⁹.

En el tercer párrafo, el art. 43 regula el hábeas data como una especie de amparo. Dispone la norma: "Toda persona podrá interponer esta acción", en evidente referencia a aquél. Para la cláusula constitucional, hay una garantía genérica y básica, que es el amparo y dos especies: el hábeas data y el hábeas corpus. Los verbos empleados por el constituyente para caracterizar a la actividad que eventualmente puede dar lugar a la utilización de la garantía son los mismos en el amparo y en el hábeas corpus: "lesionar", "restringir", "alterar" y "amenazar".

El criterio según el cual el hábeas corpus es una especie de amparo nos parece discutible en el plano teórico e innecesario para plasmarlo en la Constitución. Además, en nuestro país, el hábeas corpus existió con mucha antelación al amparo, tuvo una legislación diferente y un tratamiento doctrinal también diferenciado. Más aún: cuando el amparo no era admitido, se sostenía que éste era una especie de hábeas corpus. Nos inclinamos por compartir la postura de quienes ven en el hábeas corpus una garantía fundante, propia y singular. Hay, por el contrario, quienes creen que es una especie del amparo¹⁰.

La norma constitucional admite las variantes más conocidas del hábeas corpus: el reparador, el preventivo, el restringido y el correctivo.

El hábeas corpus *reparador* o clásico es aquel que procura la libertad de una persona ilegítimamente detenida. El *preventivo*, en cambio, tiende a asegurar la libertad ante la amenaza o posibilidad de privación de ella. El *restringido* pretende hacer cesar las limitaciones o molestias a la libertad que sin llegar a constituir una privación efectiva de ésta, la ponen en peligro (p. ej., vigilancia excesiva, seguimientos, restricción para concurrir a determinados sitios, etc.). El hábeas corpus *correctivo* resulta de aplicación ante el agravamiento irregular de las condiciones de una detención legítimamente ordenada.

⁹ Se podría pensar, desde otra perspectiva, que esa exclusión estaría tácitamente consagrada cuando en el primer párrafo del art. 43 se dispone que la acción de amparo no procederá cuando haya "otro medio judicial más idóneo".

¹⁰ Conf. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *La reforma de la Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 110.

Nuestra Ley Fundamental agrega a estas variantes el caso de "desaparición forzada de personas", cuestión sobre la cual los argentinos tenemos muy dolorosos recuerdos. Empero, creemos que ese solo hecho no justifica su inclusión en el texto de aquélla, que por otra parte no agrega ningún contenido sustancial a los anteriormente considerados.

Sin embargo, cabe recordar —en consonancia con la disposición en estudio— que nuestro país ratificó en 1995 la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, mediante la ley 24.556, a la que posteriormente se le dio rango constitucional en los términos del art. 75, inc. 22.

Nos parece correcto el criterio amplio adoptado por el constituyente con respecto a quiénes pueden promover el hábeas corpus, es decir, el propio afectado o cualquier otra persona.

En cambio, en cuanto al tiempo en que debe resolverse, la cláusula constitucional es poco precisa, lo cual puede generar inconvenientes en su aplicación. Establece el art. 43, último párrafo, que una vez interpuesto el hábeas corpus, "el juez resolverá de inmediato". La Constitución de 1949 disponía —creemos que con mejor criterio— que "el tribunal hará comparecer al recurrente, y, comprobada en forma sumaria la violación, hará cesar inmediatamente la restricción o la amenaza" (art. 29, última parte).

El procedimiento del hábeas corpus tiene que ser rápido y expeditivo, pero ello no debe obstar a que el juez recabe los informes pertinentes y se provea de los elementos necesarios para persuadirse de la legitimidad o ilegitimidad de la restricción de la libertad física. Con mejor criterio, la ley 23.098 requiere un informe previo de la autoridad que ordenó la detención (art. 11).

La norma constitucional define la naturaleza del hábeas corpus inclinándose por considerarlo una acción. Lo expresa en el último párrafo del art. 43 y a la misma conclusión se llegaría, además, considerando que el hábeas corpus es una especie de la acción de amparo: si lo es el género, también lo será la especie.

El art. 43 dispone, asimismo, que "el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio". La redacción de la norma nos plantea dudas: ¿Habrá querido expresar el constituyente que aun durante el estado de sitio el hábeas corpus debe ser resuelto "de inmediato"? ¿O habrá querido decir que aun rigiendo el estado de sitio es procedente el hábeas corpus? Si se trata de lo primero, ello nos parece merecedor de la misma crítica general que formulamos antes. En toda ocasión ha de resolverse rápidamente, no siempre inmediatamente, porque ello puede frustrar la realización de la justicia. Más aún en los casos de estado de sitio, en que el juez debe hacer gala de una parti-

cular prudencia para armonizar la efectiva vigencia de la libertad con las razones de emergencia que pongan en peligro a la Constitución y a las autoridades creadas por ella (art. 23).

Si lo que se ha querido expresar es que el hábeas corpus conserva su vigencia durante el estado de sitio, nos parece que ello es tan evidente que no merecía referencia en la Constitución.

VI. LA LEY 23.098 Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

La primera reglamentación legal del hábeas corpus en el orden federal data de 1863: fue establecida mediante el art. 20 de la ley 48 que disponía:

Quando un individuo se halle detenido o preso por una autoridad nacional, o a disposición de una autoridad nacional, o so color de una orden emitida por autoridad nacional; o cuando una autoridad provincial haya puesto preso a un miembro del Congreso, o cualquier otro individuo que obre en comisión del gobierno nacional, la Corte Suprema o los jueces de sección podrán, a instancias del preso o de sus parientes o amigos, investigar sobre el origen de la prisión, y en caso de que ésta haya sido ordenada por autoridad o persona que no está facultada por la ley, mandarán poner al preso inmediatamente en libertad.

El hábeas corpus se halla reglamentado en la actualidad por la ley 23.098, sancionada por el Congreso de la Nación el 28 de septiembre de 1984. La norma tuvo origen en un proyecto presentado por el senador Fernando de la Rúa, el cual, conforme se desprende de su estructura y fundamentos, fue cuidadosamente elaborado.

La ley está compuesta por veintinueve artículos, agrupados en tres capítulos. El primero de ellos está referido a las disposiciones generales (arts. 1° a 7°); el segundo, al procedimiento aplicable (arts. 8° a 24), y el último, a las reglas de aplicación (arts. 25 a 29).

A los efectos de salvaguardar la autonomía de las provincias, el art. 1° de la ley dispone:

El capítulo primero tendrá vigencia en todo el territorio de la Nación, cualquiera sea el tribunal que la aplique. Sin embargo, ello no obstará a la aplicación de las constituciones de provincias o de leyes dictadas en su consecuencia, cuando se considere que las mismas otorgan más eficiente protección de los derechos a que se refiere esta ley.

El legislador ha diferenciado, al sancionar la ley, las normas de fondo, aplicables en todo el territorio de la Nación, de las de forma o procedimiento (reservadas, en principio, a las provincias, salvo que éstas adopten las de la ley federal).

Para resguardar más eficazmente la libertad, también ha establecido que en caso de que las provincias tengan, en sus constituciones o leyes, disposiciones más protectoras, ellas deben ser aplicadas. Es decir, las provincias pueden aplicar más y mejor tutela a la libertad de locomoción, pero nunca otorgarle menos que lo establecido por la ley 23.098.

VII. CASOS EN QUE PROCEDE EL HÁBEAS CORPUS

El art. 3° de la ley 23.098 establece:

Corresponderá el procedimiento de hábeas corpus cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique:

1) limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente;

2) agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere.

El primer inciso, al referirse a la limitación de la libertad ambulatoria, alude al hábeas corpus que la doctrina denomina "reparador" o "clásico". Es éste el caso más típico y frecuente en que se utiliza dicha garantía. Mediante ella se procura que una persona que tiene restringida su libertad física la recupere.

El mismo inc. 1° hace procedente el hábeas corpus en caso de "amenaza actual" a la libertad ambulatoria. Es éste el llamado "hábeas corpus preventivo".

El inc. 2° se refiere al caso de "agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad". A este hábeas corpus, más novedoso que los anteriores, se lo llama "correctivo". Por medio de esta garantía se procura que la detención, legítimamente ordenada, se cumpla en condiciones dignas y razonables.

La ley 23.098 no contempla la garantía del hábeas corpus en los casos en que la restricción o amenaza a la libertad física proviene de particulares. El tema fue objeto de discusión al ser tratada la ley en el Senado. Prevalió el criterio del autor del proyecto en cuanto a no incluirlo, aun cuando en el curso del debate se agregó a la iniciativa original una referencia a él, disponiendo que "cuando el acto lesivo proceda de un particular, se estará a lo que establezca la ley respectiva" (art. 2°).

En definitiva, el hábeas corpus frente a actos de particulares (p. ej., el caso de un sanatorio que impide a un enfermo abandonarlo) no está previsto en la ley 23.098, pero nada obsta a que en las provincias sea

procedente el ejercicio de esta garantía si así lo establece la Constitución local o una ley.

Hay otros casos menos frecuentes de hábeas corpus, que no están contemplados en la ley 23.098 y tampoco han sido incluidos en el art. 43 de la Constitución. Sagüés se refiere al "hábeas corpus por pronto despacho" (p. ej., el supuesto de una persona que reúne los requisitos para obtener la libertad condicional y la pide, pero el caso no es resuelto) y al "hábeas corpus por mora en la traslación del detenido" (p. ej., el caso de quien se halla privado de su libertad porque se ha ordenado su extradición, pero el país requirente no efectúa el traslado)¹¹. En general, se trata de casos que son resueltos mediante la aplicación analógica del hábeas corpus reparador o del correctivo.

VIII. PERSONA COMPETENTE PARA DEMANDAR

Hemos adelantado ya que el art. 43 de nuestra Constitución determina que "la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor". Es también el criterio que había establecido con anterioridad la ley 23.098, al preceptuar en su art. 5° que "la denuncia de hábeas corpus podrá ser interpuesta por la persona que afirme encontrarse en las condiciones previstas por los arts. 3 y 4 o por cualquier otra en su favor". Siguiendo con este criterio amplio y respecto a favor de quién puede ser interpuesta esta acción, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Verbitsky, Horacio" de 2005, ha aceptado el hábeas corpus colectivo, esto es a favor de un conjunto indeterminado de personas¹².

La ley 23.098 contempla la posibilidad de que el hábeas corpus proceda de oficio, es decir, por iniciativa del propio juez o tribunal y sin mediar petición de parte interesada. Se trata de aquellos casos, por ejemplo, en que una persona se halla detenida y es de temer que sea transportada a otra jurisdicción, situación que si bien es poco frecuente puede presentarse.

Dispone al respecto, el art. 11 de dicha ley:

Cuando un tribunal o juez de jurisdicción competente tenga conocimiento por prueba satisfactoria de que alguna persona es mantenida en custodia, detención o confinamiento por funcionario de su depen-

¹¹ Conf. SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal...*, cit., ps. 229/32.

¹² Fallos 328:1146. La Corte expresó que si la acción de amparo es procedente de forma colectiva, con igual o mayor razón procedía tal carácter para el hábeas corpus en virtud del derecho que tiende a proteger.

dencia o inferior administrativo, político o militar y que es de temerse sea transportada fuera del territorio de su jurisdicción o que se le hará sufrir un perjuicio irreparable antes de que pueda ser socorrida por un auto de hábeas corpus, pueden expedirlo de oficio, ordenando a quien la detiene o a cualquier comisario, agente de policía u otro empleado, que tome la persona detenida o amenazada y la traiga a su presencia para resolver lo que corresponda según derecho.

IX. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO

El art. 6° de la ley 23.098 introdujo una cuestión novedosa al establecer:

Los jueces podrán declarar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad, cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución nacional.

La cuestión relativa a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma mediante el procedimiento del hábeas corpus siempre fue discutida en la doctrina constitucional. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció —antes de la sanción de la ley 23.098— por el criterio negativo¹³.

En otra causa, si bien prevaleció el mismo criterio, se registró el voto en disidencia del juez Alfredo Orgaz, auspiciando la procedencia del control¹⁴.

Entendemos que el criterio del legislador expresado en el art. 6° de la ley 23.098 es innovador y valioso. El hábeas corpus no es, en principio, un procedimiento previsto para el control de constitucionalidad de las leyes, pero creemos que en casos excepcionales puede ser necesario ejercer esta atribución cuando la privación de la libertad está fundada, por ejemplo, en una norma arbitraria. De lo contrario, bastaría la existencia de la norma jurídica —aun cuando fuese injusta o inicua— para frustrar la garantía del hábeas corpus.

El procedimiento del hábeas corpus es bilateral y de trámite breve y expeditivo. Además, resguardada la libertad ambulatoria, siempre habrá oportunidad de replantear la cuestión de la constitucionalidad.

Advertimos, en este aspecto, un criterio legislativo muy diferente acerca de la procedencia del control, según se trate del ejercicio de la acción de amparo o del hábeas corpus. En la primera está prohibido (art. 2°, inc. d], ley 16.986), pero la ley 23.098 la admite. Si bien

¹³ Caso "Solari, Juan Antonio s/hábeas corpus" del 4/6/1951, Fallos 220:35.

¹⁴ Caso "Pucci, Vicente s/hábeas corpus" del 17/4/1959, Fallos 243:306.

participamos del criterio de la fisonomía propia de cada institución, creemos que no hay argumento que justifique tan extrema diferencia.

La reforma constitucional de 1994 nada dice con relación al hábeas corpus. Estimamos que ello no impide la subsistencia de la cláusula legal que comentamos.

X. EL HÁBEAS CORPUS Y EL ESTADO DE SITIO

La doctrina constitucional tradicional advirtió sobre la posible improcedencia del hábeas corpus durante la aplicación del estado de sitio. Se llegó a considerar, incluso, que la declaración del estado de sitio acarrearía, entre sus consecuencias, la supresión de la garantía del hábeas corpus (Sarmiento, J. V. González, González Calderón, entre otros¹⁵).

Se trataba, según entendemos, de una confusión conceptual. Nuestros constituyentes, al seguir el pensamiento de Alberdi y al adoptar como medida de emergencia el estado de sitio, en realidad, descartaron la modalidad del derecho anglosajón de supresión del hábeas corpus¹⁶.

Una sólida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación siguió adecuadamente este criterio al resolver la causa "Alvear, Marcelo T." de 1933 y también en el caso "Doregger, Bernardo" de 1945¹⁷. Ello suscitó la aprobación, con distintos matices, de la doctrina moderna más calificada (Linares Quintana, Bidart Campos, Sagüés¹⁸).

¹⁵ Domingo F. Sarmiento sostenía la identificación entre el estado de sitio y la suspensión del hábeas corpus, siguiendo el criterio de la Constitución de los Estados Unidos de 1787. Ver, al respecto: SARMIENTO, Domingo F., *Obras completas*, Imprenta y Litografía Mariano Moreno, Buenos Aires, 1898, t. XX: Discursos parlamentarios, tercer volumen, sesión en el Senado de la Nación del 11 de julio de 1876, p. 98.

También: SARMIENTO, Domingo F., *Obras completas*, Luz del Día, Buenos Aires, 1952, t. XXXI: Práctica constitucional, primera parte, carta al ministro del Interior, San Juan, 26 de junio de 1863, p. 11; GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Estrada, Buenos Aires, 1980, ps. 253 y 254; GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1943, ps. 450 y 460.

¹⁶ El seguimiento de Alberdi por nuestros constituyentes se advierte claramente en lo que respecta al nombre del instituto, a su ámbito espacial de aplicación y al reconocimiento de la preferencia para salir del país, mas no con relación a sus consecuencias.

Disponía el art. 28 de su proyecto de Constitución: "Declarado en estado de sitio un lugar de la Confederación, queda suspenso el imperio de la Constitución dentro de su recinto. La autoridad en tales casos ni juzga, ni condena, ni aplica castigos por sí misma, y la suspensión de la seguridad personal no le da más poder que el de arrestar o trasladar las personas a otro punto dentro de la Confederación, cuando ellas no prefieran salir fuera".

¹⁷ Fallos 167:267 y 203:256, respectivamente.

¹⁸ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Gobierno y administración de la República Argentina*, t. II, 2ª ed., TEA, Buenos Aires, 1959, p. 380; BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 528; SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal...*, cit., p. 236.

Sin perjuicio de este criterio, la Corte consideraba que la declaración del estado de sitio era un acto político no judicial¹⁹ y que también lo eran las medidas concretas que el Poder Ejecutivo adoptaba en cumplimiento del estado de sitio. Respecto de este punto, empero, la Corte Suprema de Justicia, a partir del año 1959, al resolver el caso “Sofía, Antonio y Baquero, Fulvio”, comenzó a ejercer en forma limitada el control de razonabilidad, que intensificó y amplió en algunos pronunciamientos posteriores, como el caso “Mallo, Daniel s/amparo” del año 1972²⁰.

La ley 23.098 contiene, en estos aspectos, innovaciones de importancia. Cuando la limitación de la libertad es consecuencia del estado de sitio, la norma autoriza al juez del hábeas corpus a ejercer importantes atribuciones. A ello se refiere el art. 4° de la mencionada disposición legal.

La primera atribución autorizada por dicha cláusula constitucional, en estos casos, es la tendiente a comprobar “la legitimidad de la declaración del estado de sitio” (art. 4°, inc. 1°).

La norma plantea, empero, una cuestión de interpretación relacionada con el desentrañamiento del significado que corresponde atribuir en ella al término “legitimidad”. Sabido es que este vocablo tiene un entendimiento complejo en la ciencia política y constitucional y se vincula con cuestiones como la credibilidad, la legalidad, la eficacia, el consenso, etc., de una institución. En sentido más amplio, alude a la relación con el valor “justicia” y con la realización del bien común.

La Corte se inclinó por otorgarle –creemos que con razón– un significado más estricto que guarda armonía, además, con la voluntad del legislador, según surge de lo expresado en el Senado de la Nación en el momento de ser discutida la ley.

En el caso “Granada, Jorge Horacio” de 1985, la Corte sostuvo que “no cabe entender que haya sido intención del legislador apartarse de la reiterada jurisprudencia del tribunal, que ha reconocido como facultades privativas de los poderes Legislativo y Ejecutivo las referentes a apreciar las circunstancias de hecho que tornen aconsejable la adopción del recurso [...]. El juicio de legitimidad a que se remite el art. 4 de la citada ley 23.098 no ha de versar, pues, sobre las características de la situación en la cual se proclama el estado de sitio,

¹⁹ Casos “Don Hipólito Yrigoyen s/recurso de hábeas corpus” del 22/10/1930, Fallos 158:391; “Iscaro, Rubens y otros s/hábeas corpus” del 28/12/1956, Fallos 236:632; “Trossi, Luis y otros” del 26/8/1960, Fallos 247:528; “Agosti, Héctor s/recurso de amparo” del 30/11/1960, Fallos 248:529; “Almeyra, Guillermo y otros” del 26/4/1961, Fallos 249:522; “Semanario Azul y Blanco s/recurso de amparo” del 29/9/1961, Fallos 250:832; “Movimiento Popular Argentino s/art. 33 del decreto-ley 1285/58” del 11/6/1962, Fallos 253:44, entre muchos otros.

²⁰ Fallos 243:504 y 282:392, respectivamente.

sino sobre otros elementos que son realmente referibles al concepto de legitimidad”²¹.

Entendemos, por nuestra parte, que ese control habrá de limitarse a la verificación de la causal alegada por el legislador y de la autoridad de la cual emana la declaración. Si ellas están acordes con lo que determina la Constitución, allí debe detenerse el control. Si el Poder Judicial hiciera un juicio de razonabilidad con respecto a la efectiva magnitud de la causal invocada, creemos que estaría invadiendo atribuciones que la Constitución ha reservado a los poderes políticos.

El inc. 2° del art. 4° de la ley 23.098 también autoriza al juez del hábeas corpus a comprobar “la correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio”. Aquí, la referencia del legislador no es al acto normativo de la declaración del estado de sitio, sino a las medidas concretas dispuestas por el Poder Ejecutivo en su aplicación. En esta cuestión, la ley adopta la doctrina finalista que desde hace muchos años ha venido sosteniendo Bidart Campos, según la cual los derechos y las garantías que pueden ser limitados durante el estado de sitio tienen que estar en relación con las razones que motivaron su establecimiento²².

Se trata de un control de razonabilidad restringido a la verificación de esa única cuestión. Si falta este nexo causal, el juez debe declarar la inmediata libertad de la persona arrestada o trasladada. Este control, en nuestra opinión, ha de ser ejercido por el juez de manera concreta y efectiva, no circunscribiéndolo a una mera verificación abstracta. Así, por otra parte, lo había admitido la Corte Suprema, antes de la sanción de la ley 23.098, en los casos “Zamorano, Carlos Mariano s/hábeas corpus” de 1977 y “Timmerman, Jacobo s/hábeas corpus” de 1978²³.

El inc. 3° del art. 4° de la ley 23.098 autoriza al juez del hábeas corpus a verificar, mediante este procedimiento, “la agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, que en ningún caso podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas”. Se trata de una variante del hábeas corpus correctivo y tiende a evitar que el arresto dispuesto por el Poder Ejecutivo, en consecuencia del estado de sitio, se convierta en una pena efectiva, violando así la disposición contenida en el art. 23 de la Constitución, según la cual durante la vigencia de esta medida de emergencia “no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas”.

²¹ Fallos 307:2284.

²² BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. I, ps. 518/9 y 521/2.

²³ Fallos 298:441 y 300:816, respectivamente.

Por último, el inc. 4° del art. 4° de la ley 23.098 dispone que mediante el procedimiento del hábeas corpus se podrá verificar “el efectivo ejercicio del derecho de opción previsto en la última parte del art. 23 de la Constitución nacional”. Esta disposición tiene la finalidad de evitar la limitación, siempre arbitraria, de la posibilidad de salir del país en los casos de arresto o traslado que sean consecuencia del estado de sitio y que registran una penosa recurrencia en nuestra Constitución material.

La innovación es favorable al resguardo de la libertad y por tanto debe ser acogida. Observamos, empero, que la ley 23.098 se refiere al “derecho de opción”. Ello, a nuestro entender, distorsiona el texto constitucional, que con más precisión en el uso del lenguaje utilizó el verbo “preferir”.

XI. PROCEDIMIENTO DEL HÁBEAS CORPUS

La ley 23.098 dedica su capítulo II (arts. 8° a 24) a establecer normas de procedimiento para el ejercicio de la garantía del hábeas corpus. Efectuaremos una muy breve incursión en el tema, teniendo en consideración que dichas normas, en principio, sólo son de aplicación en el ámbito federal, conforme lo dispone el art. 1° de la propia ley.

El primer paso –salvo que se proceda de oficio– es la denuncia. No se exige, respecto de ella, condiciones especiales. Podrá ser formulada por escrito u oralmente. En este último caso, se confeccionará un acta ante el secretario del tribunal. Los requisitos que enuncia la ley 23.098, en su art. 9°, son los siguientes: 1) nombre y domicilio real del denunciante; 2) nombre, domicilio real y demás datos personales conocidos de la persona en cuyo favor se denuncia; 3) autoridad de quien emana el acto denunciado como lesivo; 4) causa o pretexto del acto denunciado como lesivo, en la medida del conocimiento del denunciante, y 5) razones en que funda la ilegitimidad del acto. En síntesis, requiere tres condiciones subjetivas: el denunciante deberá identificarse por sí mismo a la persona cuya libertad se halla restringida –si no fuera ella misma– y a la autoridad pública que ordenó la limitación; y dos objetivas: expresar –si se lo conoce– el motivo de la restricción y fundar la ilegitimidad de ese acto.

El juez rechazará la denuncia si ella no se refiere a los casos de procedencia previstos en los arts. 3° y 4° de la ley 23.098 y podrá, si considera que hay razones para ello, declararse incompetente.

En los demás casos, admitirá la denuncia y requerirá que la autoridad denunciada presente ante el juez o tribunal del hábeas corpus a

la persona privada de la libertad, junto con un informe explicativo de las razones que avalan la detención y de la forma en que se la cumple. En el caso de que se denuncie una amenaza (hábeas corpus preventivo), sólo se requerirá el informe.

Tanto el requerimiento a la autoridad denunciada como la presentación por parte de ésta han de ser cumplidos sin tardanza. Eventualmente, el juez podrá otorgar un plazo muy breve, acorde con la finalidad del procedimiento, para que la autoridad pública presente ese informe. En todos los casos citará al denunciado a una audiencia.

A esta última deberán comparecer todas las partes, incluso la persona privada de libertad, lo cual constituye un requisito esencial del procedimiento. Se podrá pedir y eventualmente ordenar las medidas de prueba que se consideren necesarias.

Terminada la audiencia y cumplidas, en su caso, las medidas de prueba, el juez deberá decidir inmediatamente. La decisión deberá ser leída por el juez ante quienes estén presentes en la audiencia.

La decisión recaída en el procedimiento del hábeas corpus es apelable en el término de 24 horas.

XII. EL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) no utiliza la expresión “hábeas corpus”, aun cuando hace una clara referencia a esta garantía en su art. 7°, apart. 6°. Dispone la citada cláusula:

Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

Como se advierte, el Pacto contempla el hábeas corpus reparador (primera parte) y el hábeas corpus preventivo (segunda parte). Con respecto a este último establece una exigencia rigurosa: los Estados que lo han instituido no pueden, en el futuro, restringirlo ni derogarlo.

A diferencia del criterio adoptado por el constituyente argentino de 1994, el Pacto se refiere a esta garantía como “recurso”.

A lo anterior debemos adicionar que por la vía jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la normativa

internacional relacionada con este tema tiene plena operatividad por vía del art. 18 de la Constitución Nacional y que es deber de los jueces velar por su cumplimiento por tratarse de compromisos internacionales asumidos por el Estado²⁴.

CAPÍTULO XVII EL AMPARO

I. CONCEPTO

La institución del *amparo* integra el rubro de las garantías constitucionales; es decir, se trata de un medio jurisdiccional para hacer efectiva la protección del goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental¹.

Con la expresión “amparo” se hace alusión, específicamente, al procedimiento judicial, breve y sumario, que asegura un medio expeditivo para la protección de los derechos y las libertades constitucionales distintos de la libertad física, corporal o de locomoción. Esta última se halla especialmente tutelada por el hábeas corpus, cuya primera regulación legal apareció en el art. 20 de la ley 48, de 1863.

El propósito fundamental del amparo es el de contribuir a hacer operativos los contenidos de la libertad, con el alcance ya citado, establecidos en la parte dogmática de la Constitución y en tratados internacionales.

El amparo integra, junto a otros procedimientos, como el recurso extraordinario, la acción de inconstitucionalidad, el hábeas corpus, el recurso contra las sentencias arbitrarias y el recurso por gravedad institucional, el conjunto de medios o procedimientos instrumentales que permiten otorgar eficacia al principio de supremacía constitucional.

II. DIFERENCIAS ENTRE EL AMPARO Y EL HÁBEAS CORPUS

En tanto que el hábeas corpus tutela la libertad física o corporal, ilegal o arbitrariamente restringida, el amparo protege los demás derechos constitucionales, sean éstos explícitos o implícitos.

²⁴ Caso “Verbitsky, Horacio” del 3/5/2005, Fallos 328:1146. Esta doctrina judicial fue ratificada en el caso “Rivera Vaca, Mario Antonio” del 16/11/2009, Fallos 332:2545.

¹ En este sentido, destacamos que la CSJN se ha referido a esta garantía como un medio de protección de los derechos humanos. Ver Fallos 245:435; 258:258; 295:269; 327:3806; 328:1708, y 330:4045, entre muchos otros.

Ambos constituyen garantías constitucionales que aseguran un procedimiento breve y expeditivo pero su alcance es distinto.

El hábeas corpus tiene un origen cronológicamente anterior, porque se refiere a la tutela de uno de los derechos más preciados por el hombre como es la libertad física. Cuando esta protección se amplía a otros derechos, allí se comienza a perfilar el amparo. En este sentido se puede sostener que el amparo es una garantía derivada.

III. DIFERENCIAS ENTRE EL AMPARO Y LA INCONSTITUCIONALIDAD

Si bien tanto el amparo como el control de constitucionalidad son medios que tienen por finalidad el mantenimiento de la supremacía constitucional, no debe confundírseles.

El amparo procede frente a un acto material que afecta derechos constitucionales diferentes de la libertad física. La inconstitucionalidad, en cambio, procede frente a una ley o un acto.

El amparo es una acción, a diferencia de la inconstitucionalidad, que puede ser planteada, según los casos, por acción o por excepción.

Al amparo siempre se lo resuelve mediante un procedimiento específico y extraordinario. La inconstitucionalidad puede ser resuelta tanto en las instancias ordinarias como en las extraordinarias.

IV. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL ANTES DE LA REFORMA DE 1994

La Constitución Nacional vigente hasta la reforma de 1994 no contenía norma alguna que hiciera referencia expresa al amparo y que diera, por consiguiente, un fundamento explícito en favor de su existencia.

En el caso de la garantía del hábeas corpus, en cambio, el art. 18 permitía contar con una base constitucional, al estatuir que "nadie puede ser [...] arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente".

Ese silencio constitucional era comprensible si tenemos en consideración que la Constitución fue sancionada en 1853, cuando el amparo, si bien era conocido especialmente en otras latitudes, no tenía todavía una difusión importante.

Había, en cambio, fundamentos implícitos. El más sólido se advierte en el art. 33 de la Constitución —incorporado por la reforma de 1860— que establece:

Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

El art. 18, a su vez, reconoce el llamado "derecho a la jurisdicción", al expresar: "Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos". La jurisprudencia de la Corte Suprema define ese derecho como "la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos una sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes" (caso "Santos, Daniel Alberto v. Valentini, Ricardo" de 1985², entre muchos otros).

Al mismo acogimiento es posible llegar si consideramos que el amparo es un medio esencial para la protección efectiva de la supremacía constitucional establecida en el art. 31 de la Constitución. Hay un paralelismo que vincula al principio de supremacía constitucional con la consagración de los derechos humanos. Ambos reconocimientos serían irrelevantes si no estuviesen acompañados de sus instrumentos de concreción práctica que les confieren eficacia: el control de constitucionalidad, en el primer caso y el hábeas corpus y el amparo, en la tutela de los derechos humanos.

Además, el amparo reconocía su más categórico fundamento en los principios constitucionales que inspiran e impregnan, con su filosofía política, a nuestra Ley Fundamental.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "la Constitución es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales" (caso "Sojo, Eduardo s/recurso de hábeas corpus" de 1887³). Este reconocimiento implica que su núcleo filosófico visceral y su parte dogmática, que constituye el eje troncal de ella, privilegian la protección de los derechos inherentes a la persona humana. En definitiva: aunque no mediara, por aquel entonces, una mención expresa en nuestra Ley Fundamental, no se discutía la naturaleza constitucional del amparo.

Reafirmando este mismo criterio, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido, a partir de 1957, que los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución tienen carácter operativo (caso "Siri, Angel" de 1957⁴). Por consiguiente, para su vigencia efectiva no están sujetos a actos legislativos que los reglamenten. La omisión del legislador no puede impedir la realización práctica de la libertad.

² Fallos 307:282.

³ Fallos 32:120.

⁴ Fallos 239:459.

V. ANTECEDENTES

a) Proyectos legislativos

A partir de 1933 se sucedieron en el Congreso de la Nación una serie de iniciativas parlamentarias tendientes a lograr la creación del amparo por vía legislativa.

Las propuestas de reglamentación legal adoptaron las formas más variadas, siempre inspiradas en la convicción de sus autores acerca de la necesidad de su consagración legal. Merecen ser recordados, entre otros, los proyectos de los diputados Antelo (1933), San Martino (1938), Horne (1938), Dietrich (1940), Pastor y Díaz Colodrero (1946), Baulina y Lencinas (1947), Yadarola (1950), Perette (1952) y del senador Matienzo (1934). Sin embargo, ninguno de los proyectos mencionados logró sanción legislativa⁵.

b) Constituciones provinciales

Las constituciones provinciales se adelantaron a la Nación e influyeron con su prédica propiciatoria del amparo. La Constitución de Santa Fe de 1921 –de efímera vigencia– había reglado el amparo en su art. 17, en virtud de lo cual esta provincia llegó a tener, en 1935, la primera ley de amparo (la 2494) que rigió durante aproximadamente un año.

Otra constitución precursora ha sido la de Entre Ríos de 1933, cuyos arts. 25, 26 y 27 se refieren a este procedimiento, aun cuando no utiliza la denominación de “amparo”.

Esta avanzada constitucional y también legislativa que llevaron a cabo las provincias fue de tal significación, que en 1966 –antes de la sanción de la ley nacional– el amparo estaba previsto en dieciocho jurisdicciones locales, sobre un total de veintidós y tenía reconocimiento constitucional expreso en doce provincias.

c) Precedentes jurisprudenciales

Si bien el amparo, en el orden federal, obtuvo su reconocimiento por vía jurisprudencial en 1957, algunos fallos anteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación habían insinuado ya su acogida institucional.

⁵ Conf. SALGADO, Alf J., *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 10.

En 1930, la Corte resolvió el caso “Flores, Benedicta s/inscripción en el padrón electoral de la provincia de San Juan”⁶. La causante se había considerado agraviada ante su exclusión del padrón electoral dispuesta por la Junta Electoral de esa provincia. El tribunal, si bien reivindicó su función de órgano tutelar de las garantías constitucionales, entendió que esa función sólo podía ejercerla dentro de las disposiciones legales vigentes. Ello nos permite inferir, en consecuencia, que cuando estas vías no existen o son ineficaces, los derechos quedan sin protección.

En el caso “Bertotto, José Guillermo” de 1933⁷, la Corte hizo referencia expresa al “recurso de amparo de la libertad o de hábeas corpus”, pero se negó a aplicarlo pues se trataba de un supuesto diverso de la protección de la libertad física. El actor, propietario del *Diario Democracia* de Rosario, se había visto perjudicado por el jefe de Correos y Telégrafos, que se negaba a distribuir su periódico.

En 1933, la Corte resolvió el caso “Malvar, Alfredo”⁸ en igual sentido. El demandante había deducido un recurso de amparo contra una resolución del administrador de Aduanas. La pretensión fue rechazada utilizando los mismos argumentos que en el fallo anterior.

En 1935, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en el caso “Compañía Sudamericana de Servicios Públicos SA v. Comisión de Fomento de Gálvez”⁹, admitiendo la procedencia formal de un recurso de amparo. Lo hizo, sin embargo, alegando que el procedimiento breve y expeditivo que la actora le imprimió al juicio había sido consentido por la parte demandada. Admitió el amparo, mas bajo una rígida condición: que hubiese acuerdo de partes en ese procedimiento. En tal circunstancia, la Corte lo calificó de constitucional.

Este antecedente mereció opiniones muy diversas en la doctrina especializada. En tanto que Ramella lo reivindicó como el primer reconocimiento jurisprudencial del amparo¹⁰, Bidart Campos lo relativizó. Decía este último autor: “O el amparo existe como remedio jurisdiccional, y entonces no es el acuerdo voluntario de las partes el que lo torna procedente en cuanto vía sumaria; o no existe, y entonces no es susceptible de creación particular por los interesados”¹¹.

⁶ Fallos 159:69.

⁷ Fallos 168:15.

⁸ Fallos 169:103.

⁹ Fallos 174:178.

¹⁰ RAMELLA, Pablo A., *Derecho constitucional*, 2ª ed., Depalma (distribuidor), Buenos Aires, 1982, p. 508.

¹¹ BIDART CAMPOS, Germán J., *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Ediar, Buenos Aires, 1968, p. 54.

En 1950, la Corte Suprema resolvió el caso "San Miguel, José s/recurso de amparo"¹². El actor era propietario del *Diario La República* de Rosario que había sido clausurado, lo cual motivó la interposición de un recurso de amparo. Estaba en vigencia, por aquel entonces, la Constitución reformada en 1949. El voto mayoritario de la Corte ratificó la postura tradicional, que sostenía que el hábeas corpus —previsto en el art. 29 de aquella Constitución— protegía la libertad física y que las demás garantías debían seguir los procedimientos reglamentariamente previstos.

Hubo, empero, un voto en disidencia, el del juez Tomás Casares, quien luego de admitir que "la realidad concreta de los derechos está condicionada por la existencia de las garantías efectivas para su ejercicio", hizo una interpretación extensiva del citado art. 29, incluyendo la tutela de derechos diversos de la libertad física o corporal.

Nueve días antes de crear pretorianamente el amparo, la Corte Suprema de Justicia avizoró ese nuevo rumbo al resolver la causa caratulada "Casa de la Cultura Argentina s/recurso de amparo" de 1957¹³. El actor había promovido recurso de amparo contra un órgano administrativo llamado "Junta de Defensa de la Democracia", al cual tildaba de comisión especial. El tribunal rechazó el recurso, pero sorprendieron sus argumentos: entendió que no aparecía lesión efectiva de derecho alguno, ni amenaza de lesión que no pudiera ser objeto de reparación oportuna.

Era evidente que un cambio sustancial se estaba gestando. Sólo cabía aguardar la ocasión propicia para que se manifestara en plenitud.

d) Proyectos constitucionales

Durante el desarrollo de la Convención Nacional Constituyente de Santa Fe de 1957, que modificó la Constitución Nacional, fueron presentados quince proyectos que propiciaban la inclusión del amparo. Algunos sugerían efectuar un agregado en el art. 18; otros, en el art. 19, y también se proponía crear una cláusula nueva.

La Comisión Redactora se inclinó por la última alternativa¹⁴ mediante la cual los derechos constitucionales eran protegidos con procedimientos sumarísimos frente a actos u omisiones de la autoridad o de particulares.

¹² Fallos 216:606.

¹³ Fallos 239:382.

¹⁴ Conf. *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1957*, t. II, imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1958, ps. 1019/20.

La Convención finalmente no sancionó la iniciativa, pero —como acota Sagüés— reveló que en los partidos políticos había un consenso ampliamente generalizado en cuanto a instituir esta acción hasta entonces bloqueada en el ámbito legislativo¹⁵.

VI. CREACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL AMPARO

a) El caso "Siri"

El 27 de diciembre de 1957 se presentó la oportunidad propicia para acoger definitivamente el amparo. Ese día, la Corte Suprema de Justicia falló en el caso "Ángel Siri s/recurso de hábeas corpus"¹⁶. El actor invocaba la calidad de propietario del *Diario Mercedes*, que desde enero de 1956 se hallaba clausurado por orden policial. Varios habían sido los intentos judiciales de Ángel Siri para remediar esta situación, pero tanto en primera como en segunda instancia fueron rechazados. Pese a ello, insistió ante el Máximo Tribunal nacional, abriendo el recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48.

La mayoría de la Corte, por el voto de cuatro de sus miembros (los jueces Alfredo Orgaz, Benjamín Villegas Basavilbaso, Manuel J. Argañaraz y Enrique V. Galli), resolvió acoger el planteamiento de Siri que estaba fundado en la vulneración de la libertad de prensa, de propiedad y de trabajo (arts. 14, 17 y 18 de la Constitución).

Sostuvo el Alto Tribunal, en su pronunciamiento innovador, que era suficiente la comprobación inmediata de la restricción de las libertades constitucionales "para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias".

El fallo referenciaba el esclarecido pensamiento de Joaquín V. González, expuesto en su *Manual de la Constitución* y no tenía citas constitucionales expresas, además de las alegadas por el actor.

En disidencia se expidió el juez Carlos Herrera, quien defendió el principio tradicional de la jurisprudencia de la Corte, según el cual la jurisdicción proviene de la ley. El hábeas corpus —sostuvo— sólo protege la libertad física y los jueces no pueden, so pena de vulnerar los

¹⁵ SAGÜÉS, Néstor P., *Ley de amparo*, Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 23.

¹⁶ Fallos 239:459.

principios de división e igualdad de poderes, exceder de los términos de su competencia y apartarse de los cauces procesales pertinentes.

La Corte Suprema, con su pronunciamiento mayoritario, abrió la vía constitucional del amparo para la protección de aquellos otros derechos establecidos en la Ley Fundamental, más allá de la libertad física. A diferencia del voto del juez Casares, en su disidencia en el caso "San Miguel", no extendió los alcances del hábeas corpus, sino que reconoció pretorianamente un nuevo medio para la protección práctica de la libertad.

El fallo recaído en el caso "Siri" —como acota Sagüés— importó un triunfo de la norma constitucional por sobre la ley ordinaria. Ante el silencio o ineficacia de ésta, aquélla debe conservar su plena operatividad y supremacía¹⁷.

b) El caso "Kot"

El 5 de septiembre de 1958 tuvo lugar otro hito jurisprudencial relevante al resolver la Corte Suprema el caso "Samuel Kot SRL"¹⁸. La empresa actora era propietaria de un establecimiento textil ubicado en Villa Lynch (provincia de Buenos Aires) y mantenía un conflicto con sus obreros desde el mes de marzo de 1958. Como consecuencia de ello se habían producido dos despidos, lo cual motivó que la planta fabril fuera ocupada por los obreros. Ante ello, el socio gerente de la empresa formuló denuncia penal contra los ocupantes por el delito de usurpación. El juez penal entendió que no había delito y resolvió sobreseer definitivamente a los acusados. La sentencia fue apelada ante la Cámara, pero ésta confirmó el pronunciamiento de primera instancia.

El mismo día de la sentencia, pero antes de ser conocida ésta, el apoderado de la empresa interpuso un recurso de amparo ante la propia Cámara reclamando la desocupación de la fábrica, para lo cual invocó el precedente del caso "Siri" y los arts. 14, 17 y 19 de la Constitución.

La Cámara rechazó inmediatamente el recurso, aduciendo el tradicional argumento de que el hábeas corpus sólo protege la libertad individual y que la protección de los demás derechos únicamente puede ser ejercida conforme a los procedimientos instituidos por la ley.

En contra de ambas sentencias de la Cámara, Kot interpuso el recurso extraordinario que le permitió llevar el caso a conocimiento de la Corte Suprema. Ésta confirmó el pronunciamiento que descartaba

¹⁷ Conf. SACÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal...*, cit., t. III, p. 11.

¹⁸ Fallos 241:291.

el delito de usurpación al declarar improcedente el recurso extraordinario. La decisión aparecía como firme y evidente en esta cuestión.

Ante la negativa a otorgar el amparo, el recurso presentaba, en cambio, aristas muy especiales. Las circunstancias de hecho eran tan inequívocas como las que habían dado lugar al caso "Siri".

Había, también, una diferencia importante: en este caso, la restricción de los derechos no provenía de ninguna autoridad o funcionario público sino de particulares.

Pese a ello, la Corte resolvió otorgar el amparo que había requerido Kot. El voto mayoritario, suscripto por los jueces Alfredo Orgaz, Benjamín Villegas Basavilbaso y Juan Carlos Béccar Varela, sostuvo que la diferencia con respecto a la índole pública o privada del autor de la restricción no era un presupuesto sustancial a los fines de la protección constitucional. Expresó el voto mayoritario que "nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos [...] esté circunscrita a los ataques que provengan sólo de la autoridad". En otro pasaje del mismo fallo, también se señaló "que dichas garantías [del hábeas corpus y del amparo] no atienden unilateralmente a los agresores, para señalar distinciones entre ellos, sino a los agredidos, para restablecer sus derechos esenciales".

En el caso "Kot" votaron en disidencia los ministros de la Corte Suprema Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Julio Oyhanarte. Ambos consideraron que las garantías constitucionales sólo protegen derechos públicos subjetivos. Según este criterio, en consecuencia, las garantías reconocidas por la Constitución sólo son oponibles al Estado, pero no a los particulares.

En definitiva, tanto la mayoría como la minoría admitieron la existencia del amparo y ratificaron el criterio expuesto por la propia Corte en el caso "Siri"; pero en tanto que la primera lo consideró referido a toda lesión de un derecho constitucional, la segunda lo estimó aplicable cuando la restricción de la libertad proviene de una autoridad pública.

VII. LA LEY 16.986

a) Acotaciones generales

El 18 de octubre de 1966 se sancionó y promulgó la ley 16.986¹⁹ de amparo. El hecho sucedió durante un gobierno *de facto*, lo cual

¹⁹ La reforma constitucional de 1994 modificó la situación normativa de la garantía en estudio. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante reiterada jurisprudencia

imposibilitó su discusión parlamentaria. Esta misma circunstancia motivó, a su vez, cierta prevención frente a la nueva ley, que implicaba un virtual estado de sospecha.

Era incongruente que un gobierno autoritario, que había despreziado el orden constitucional en su forma de acceso al poder, pudiera —a poco más de tres meses de ejercerlo— reglamentar legítimamente una de las garantías fundamentales previstas en resguardo de las libertades constitucionales.

El texto de la ley era relativamente breve (veinte artículos) y fue acompañado, a manera de fundamento, de un muy escueto mensaje del ministro del Interior, Enrique Martínez Paz.

La ley llevó por título “Acción de amparo”. El legislador, en este caso, debió optar por una de las tantas expresiones con las cuales se había nominado al amparo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación lo había calificado de “recurso” al resolver los casos “Siri” y “Kot”, aunque supo utilizar otras expresiones. También Orgaz y Carrió prefirieron designarlo de tal manera²⁰. Además, fueron utilizadas otras denominaciones, como “proceso”, “juicio” o “petición”.

En este aspecto, debemos reconocer que la denominación legislativa “acción de amparo” no despertó mayores críticas en la doctrina, puesto que ella aparecía como razonable e implicaba otorgarle a la institución una amplitud y alcance superiores a los del “recurso”.

En la estructura general de la ley cabe reconocer los aspectos sustanciales o de fondo (arts. 1° y 2°), un cúmulo de normas procesales (arts. 3° a 17), una cláusula referida al ámbito de aplicación de ella (art. 18), otra relativa al momento de entrada en vigencia de la ley (art. 19) y, por último, una meramente formal (art. 20).

Con relación a los aspectos esenciales, la norma adoptó el criterio de conceptuar y caracterizar genéricamente las situaciones que son pasibles de impugnación por vía del amparo (art. 1°) y de referir, por separado, los supuestos en que esta acción no es admisible.

b) El acto violatorio

El art. 1° de la ley 16.986 dispone que “la acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explí-

indica que la ley 16.986 debe ser interpretada a la luz del nuevo artículo 43. Sobre el tema ver Fallos 326:2150 327:2459, 331:2068, entre otros.

²⁰ ORGAZ, Alfredo, *El recurso de amparo*, Depalma, Buenos Aires, 1961, p. 67; CARRIÓ, Genaro R., *Recurso de amparo y técnica judicial*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 13.

cita o implícitamente reconocidos por la Constitución nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el hábeas corpus”.

De una primera lectura de la norma surge el propósito del legislador de no reconocer la protección del amparo frente a actos u omisiones de particulares. Ello contrasta con el criterio jurisprudencial sustentado, a partir de 1958, en el caso “Kot”.

La ley también adopta un criterio restrictivo al hacer referencia a la “autoridad pública” como causante del acto lesivo. Por aquel entonces, tanto en la doctrina como en los precedentes legislativos se podía hallar expresiones más amplias. La ley de amparo de la provincia de Buenos Aires 7166 hacía referencia, con mejor criterio, a “órganos o agentes de la Administración pública”.

La norma admite la acción de amparo contra “todo acto u omisión”. Esta expresión ha sido objeto de algunos cuestionamientos a pesar de que sigue a precedentes calificados, como la ley 7166 de Buenos Aires y el Proyecto del Tercer Congreso de Abogados de la Provincia de Buenos Aires de 1961. Lazzarini había formulado objeciones a esa redacción con motivo de un proyecto de ley anterior. Según este prestigioso constitucionalista, la norma tendría que haber tornado admisible el amparo “contra todo hecho, acto u omisión”²¹. Así lo ha establecido, por otro lado, la ley uruguaya 16.011.

Más allá de estas observaciones, cabe acotar que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia ha prevalecido un criterio amplio en cuanto a su interpretación.

La ley otorga protección constitucional no sólo frente a los actos de la autoridad estatal, sino también ante omisiones de ella. El fundamento es claro: se pueden lesionar los derechos humanos tanto con la acción como con la abstención. Básicamente, esta última se puede dar en dos supuestos diferentes: a) cuando la autoridad omite realizar un acto que está obligada a efectuar o b) cuando tenga que adoptar una decisión y no lo haga.

Los verbos que describen la acción de la autoridad estatal son: “lesionar”, “restringir”, “alterar” o “amenazar”. Estimamos, como dice Sagüés, que los tres primeros podrían ser unificados, puesto que la lesión comprende tanto la restricción como la alteración²².

La amenaza, en cambio, está referida a la posibilidad cierta de un peligro inminente para los derechos constitucionales. La ley no ampara frente a actos futuros, sino sólo ante una lesión cuya ejecución es inminente; es decir, no basta con la mera probabilidad: es necesaria una verdadera certeza, suficientemente fundada. Atento al fin de la

²¹ LAZZARINI, José L., “La acción de amparo”, LL 116-888.

²² Conf. SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal...*, cit., t. III, p. 106.

institución, en caso de duda acerca de la existencia de esta condición, entendemos que hay que inclinarse en favor de su procedencia.

c) El daño grave

Una consideración especial merece la gravedad como condición que cualifica el daño. Parece claro –según acota Sagüés– que en materia de amparo no debe influir la magnitud de la lesión, pues cualquier detrimento de la libertad es de por sí grave. No obstante, el daño grave es requisito necesario para que, existiendo las vías procesales previas o paralelas de inexcusable tránsito, se abra excepcionalmente el amparo²³. Este criterio había sido esbozado ya por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1958, al resolver el caso “Kot, Samuel SRL”²⁴ y también en el caso “Buossi, José s/recurso de amparo” de 1959²⁵.

Vigente ya la ley 16.986, un voto en disidencia en la Corte Suprema sostuvo que el amparo era viable, aun en el caso de que hubiera otros procedimientos previstos por la ley, cuando el empleo ordinario de éstos podía llegar a ocasionar un daño grave e irreparable (caso “Maiorca de Mignone María Teresa v. Consejo Nacional de Educación s/recurso de amparo” de 1967²⁶). También afirmó, el mismo voto, que el gravamen irreparable podía configurarse tanto por la lentitud del procedimiento regular como por cualquier otra razón valedera, conforme a las circunstancias del caso.

En la causa “Outón, Carlos José y otros s/recurso de amparo” de 1967²⁷, el Máximo Tribunal autorizó, asimismo, la excepción del daño grave e irreparable.

Después de varios años de vigencia de la ley 16.986, la Corte, no obstante lo dispuesto por el inc. a) del art. 2° de aquélla, siguió acogiendo este criterio de considerar que el daño grave e irreparable permite obviar el tránsito por los procedimientos judiciales o administrativos (caso “Ventura, Alberto Francisco Jaime y otra v. Banco Central de la República Argentina s/amparo” de 1976²⁸).

²³ Conf. SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal...*, cit., t. III, p. 109.

²⁴ Fallos 241:291.

²⁵ Fallos 244:68. Expresó en su voto el juez Luis María Boffi Boggero: “En ocasiones muy excepcionales, la espera del resultado por esa vía [del amparo] puede entrañar un gravamen irreparable al derecho alegado”.

²⁶ Fallos 268:159, con la disidencia del juez Marco Aurelio Risolía.

²⁷ Fallos 267:215.

²⁸ Fallos 294:152.

d) La arbitrariedad o ilegalidad manifiesta

La ley 16.986 requiere que el acto u omisión de la autoridad pública, que motiva el amparo, sea portador de una “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta”. Cabe adelantar que la disyuntiva “o” nos indica que es suficiente la presencia de uno solo de dichos motivos²⁹.

La arbitrariedad alude a aquel acto o proceder contrario a la justicia. Implica una contradicción con lo “razonable”. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado una profusa jurisprudencia sobre la arbitrariedad que ha motivado, como más adelante se verá, la ampliación del recurso extraordinario a supuestos no previstos explícitamente por las normas procesales.

La expresión “ilegalidad”, a nuestro entender, es poco precisa. Este concepto hace referencia a aquello que es contrario a la ley. En la doctrina constitucional, Sagüés opina que dicho vocablo, empleado por la ley 16.986, se refiere a las normas de derecho positivo y que basta, en este aspecto, con que se trate de leyes en sentido material³⁰. Nos permitimos discrepar de tan distinguido constitucionalista, pues creemos que dentro del concepto de “ilegalidad” están comprendidos también aquellos actos reñidos con principios sustantivos de nuestra Constitución y con las obligaciones constitucionales.

La ilegalidad, dice la ley, debe ser “manifiesta”. Ello significa que la contradicción con la ley tiene que ser evidente, fehaciente³¹. No compartimos el criterio de Bidart Campos, quien interpreta que dicho carácter se refiere tanto a la “arbitrariedad” como a la “ilegalidad”³². El legislador hace referencia concreta a la “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta”, empleando el adjetivo en singular. En definitiva, basta la “arbitrariedad”, pero si se trata de la “ilegalidad”, ella debe ser manifiesta. No ha sido ésta, sin embargo, la interpretación generalmente seguida por la Corte Suprema.

Entendemos que la expresión “ilegalidad” es poco clara. Preferimos, en tal sentido, la utilización del término “ilegitimidad” –previsto por la ley uruguaya de amparo 16.011– que es más amplio y ha

²⁹ En relación a ello Palacio sostiene que ambos conceptos no resultan fácilmente diferenciables, a punto tal que la propia Corte Suprema en algunos precedentes los menciona de manera conjunta (ver PALACIO, Lino E., *Derecho procesal civil*, AbeledoPerrot, 2011, p. 99, con actualización de Carlos Camps y LL 1995-D-1237. En relación a los precedentes citados, ver Fallos 294:152, 308:2008 y LL 1978-C-372.

³⁰ SAGÜÉS, Néstor P., *Ley de amparo*, cit., p. 96.

³¹ La evidencia y notoriedad que debe revestir el acto lesivo hace que la pretensión de amparo sea inadmisibles cuando las cuestiones planteadas como fundamento de ella son opinables o discutibles. PALACIO, Lino E., *Derecho procesal...*, cit. p. 99.

³² Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *Régimen...*, cit., ps. 254/5.

sido invocado por la Corte Suprema al resolver numerosas causas de amparo.

e) Los derechos protegidos

Según la ley 16.986, merecen tutela "los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución nacional". La frase es, cuando menos, polémica.

La doctrina constitucional, en general, ha diferenciado los derechos constitucionales de sus correlativas garantías. En tal sentido, sería incongruente que mediante una garantía —como lo es el amparo— fuesen tuteladas otras garantías. Conforme a esta postura tradicional, el derecho es el protegido y la garantía es el instrumento que asegura su existencia. Sin embargo, no hallamos en esto menoscabo de la libertad.

Sí nos parece de mayor relevancia determinar cuáles son los derechos constitucionales protegidos. Está claro que la ley sólo ha pretendido tutelar los llamados "derechos públicos subjetivos", o sea, aquellos derechos del hombre que pueden ser restringidos por la acción del Estado. Consideramos que esta limitación es inconstitucional, porque la misma tutela cabe conferir cuando la lesión proviene de particulares.

También se ha pretendido, por vía de interpretación, excluir, en general, el derecho de propiedad y los conflictos contractuales. Respecto de la primera restricción —sostenida en algunos pronunciamientos judiciales—, además de considerarla injusta, entendemos que en la actualidad ya no es defendible, en especial después de la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema a partir del caso "Peralta, Luis Arcenio y otro v. Estado nacional (Ministerio de Economía, BCRA)" de 1990³³ y que ha seguido su curso en los fallos del mismo tribunal relacionados con la pesificación y congelamiento de los depósitos bancarios operado en la crisis de 2001 ("corralito financiero"). Allí, la Corte avaló el criterio de los tribunales inferiores en cuanto receptaban favorablemente los amparos en esta materia, que como puede observarse es netamente patrimonial³⁴.

Sin perjuicio de ello, merece destacarse que el criterio indicado no ha sido seguido invariablemente, pues en otros precedentes el Tribunal rechazó el tratamiento por vía amparo por entender que las cuestiones

³³ Fallos 313:1513.

³⁴ En este aspecto cabe aclarar que los precedentes emblemáticos son los casos "Smith" (Fallos 325:28) y "San Luis" (Fallos 316:417).

netamente patrimoniales pueden hallar un mejor andamiaje mediante un proceso ordinario³⁵.

En lo que atañe a los derechos derivados de los contratos, éstos también deben merecer tutela en la medida en que su vulneración implique la violación de un derecho constitucional.

La adhesión de la República Argentina a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) ha generado, además, un notable ensanchamiento de los derechos explícitos que contribuye a fortalecer el alcance de la garantía del amparo, otorgándole, incluso, reconocimiento y protección transnacional.

Queda por resolver aún el intrincado problema de los derechos sociales. La jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal se ha valido del atajo de la discriminación entre normas programáticas y operativas a los efectos de soslayar la cuestión. Algunas provincias, en sus más recientes reformas constitucionales, han avanzado hacia el criterio de la operatividad de los derechos³⁶.

f) Las vías previas o paralelas

La otra norma de fondo de la ley 16.986 es el art. 2º, que en sus cinco incisos describe los distintos supuestos en que la acción de amparo resulta inadmisibles.

El inc. a) establece que tal acción no será admitida cuando "existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate".

Es indudable que esta cláusula impone una de las limitaciones más importantes para la procedencia del amparo, el cual aparece, a causa de esa disposición legal, como un instituto extraordinario, excepcional, residual y casi heroico. Aquélla constituye pues, uno de los escollos más amplios e importantes que debe superar todo justiciable que pretenda hacer uso del amparo. Es más: si se pretendiera aplicar esta norma con rigorismo formal, casi siempre aparecerían argumentos para rechazar la acción de amparo.

³⁵ Fallos 330:4144 (caso "TSR Time Sharing Resorts v. Provincia del Neuquén" del 18/9/2007) y "Fallos 331:1243 (caso "Pla, Hugo Alfredo v. Provincia del Chubut" del 13/5/2008). Incluso ya en el precedente "Bustos" (Fallos 327:4495) que era un típico amparo contra la pesificación e indisponibilidad de depósitos, la Corte mostró un criterio más restrictivo y, si bien finalmente aceptó el amparo y consideró para ello que la acción ya había sido admitida en instancias inferiores, por lo cual no cabría retrotraerse el proceso. No obstante en aquel precedente descalificó el obrar de los jueces de grado en cuanto admitían indiscriminadamente el amparo utilizando expresiones como "festival de amparos" y "desnaturalización de la vía de amparo".

³⁶ Así, las Constituciones de Córdoba de 1987 (art. 22), Jujuy de 1986 (art. 17), La Pampa de 1994 (art. 17), Río Negro de 1988 (art. 14), Salta de 1986 (art. 16), Santa Cruz de 1994 (art. 15) y Santa Fe de 1962 (art. 7º).

El inciso en estudio hace referencia a "recursos o remedios judiciales o administrativos". El vocablo "recurso" tiene una significación precisa en el derecho procesal, pues está referido a la posibilidad de revisión de una decisión, ya sea por parte del mismo órgano o, más frecuentemente, por otro distinto.

El término "remedio", en cambio, es más general y menos utilizado en la literatura jurídica y en este caso se entiende que alude a toda acción, trámite o petición.

En resumen, interpretando este supuesto de inadmisibilidad, antes de la reforma constitucional de 1994 se sostenía lo siguiente:

a) Si hay procedimientos ordinarios aptos para resguardar el derecho constitucional, el amparo no es admisible.

b) El inconveniente habitual que implica la demora del procedimiento ordinario no constituye, por sí mismo, fundamento suficiente para prescindir de la vía normal.

c) El simple juicio desfavorable que pueda merecer la dilación del procedimiento ordinario tampoco autoriza, por sí, a utilizar la acción de amparo.

d) Si la recurrencia a las vías normales causa un daño grave e irreparable, entonces deviene habilitada la vía excepcional del amparo.

g) Amparo e inconstitucionalidad

Hemos adelantado nuestra opinión en cuanto a que el amparo constituye uno de los medios o instrumentos que permiten mantener y controlar la supremacía constitucional.

Pese a ello, el inc. d) del art. 2° de la ley 16.986 dispone que la acción de amparo no será admisible cuando "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".

Según la primera parte de esta cláusula reglamentaria, si la cuestión en debate es sumamente compleja o intrincada se debe recurrir a las instancias ordinarias, por cuanto la vía excepcional del amparo sólo permite un discreto estudio de la causa.

La segunda parte plantea, a nuestro entender, una limitación inaceptable, que ha sido objeto de serios y fundados cuestionamientos por parte de la doctrina (Bielsa, Sánchez Viamonte, Lazzarini, Vanossi, Sagüés, Bianchi, Ekmekdjian³⁷, entre otros). La Corte Suprema de

³⁷ BIELSA, Rafael, *El recurso de amparo*, Depalma, Buenos Aires, 1965, p. 117; SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, voz "juicio de amparo", en *Enciclopedia jurídica Orbea*, t. XVII, Bibliografía

Justicia, al interpretarla, ha seguido una evolución que apreciamos con interés.

Desde 1957 hasta 1966, nuestro Máximo Tribunal sentó muy sólidamente el principio según el cual la vía del amparo no es apta para revisar la constitucionalidad (p. ej., caso "Aserradero Clipper SRL s/recurso de amparo" de 1961³⁸).

Entre 1966 y 1969 se mantuvo el mismo criterio general, pero entendiéndose que había que hacer excepciones en favor del criterio opuesto (casos "Outón, Carlos José" y "Empresa Mate Larangeira Méndez SA s/recurso de amparo" de 1967³⁹).

De 1969 a 1982 se volvió al criterio tradicional y rígido de irrevisibilidad (casos "Cafés, Chocolates Aguila v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" de 1969 y "Editora Popular Americana. Diario El Mundo" de 1974⁴⁰).

Entre 1982 y 1990 se aplicó nuevamente el criterio de admisión de la inconstitucionalidad en forma restringida. Manifestación de esta postura fueron los casos "Dercoem SA y otros v. Estado nacional s/ amparo" de 1982 y "Arenzón, Gabriel Darío v. Estado nacional" de 1984⁴¹).

Desde 1990 en adelante se consolida el criterio amplio en favor de la admisibilidad, en particular después del caso "Peralta, Luis Arcenio y otro v. Estado nacional" de aquel año⁴².

En el citado caso, la Corte admitió la vía del amparo para declarar la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 36/1990. Este criterio, favorable a la admisibilidad del cuestionamiento constitucional por medio de la acción de amparo, tuvo la disidencia, con distintos alcances, de los jueces Belluscio y Oyhanarte.

Esta cuestión se ha visto sustancialmente modificada por la reforma de 1994, en virtud de la cual el constituyente con una visión superadora otorgó a los jueces la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las normas en el marco de un proceso de amparo.

fica Argentina, Buenos Aires, 1963, p. 197; LAZZARINI, José Luis, *El juicio de amparo*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1988, p. 84; VANOSI, Jorge R., *Teoría constitucional*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1976, ps. 289/90, 292/3 y 295; SAGÜÉS, Néstor P., *Ley de amparo*, cit., p. 212; BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Abaco, Buenos Aires, 1992, p. 231; EKMEDJIAN, Miguel A., *Manual de la Constitución argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1991, ps. 230/1.

³⁸ Fallos 249:221.

³⁹ Fallos 267:215 y 269:393, respectivamente.

⁴⁰ Fallos 274:471 y 289:177, respectivamente. En este último, empero, el fallo se limitó a afirmar que si el recurrente no plantea la inconstitucionalidad del art. 2° de la ley 16.986, la Corte no puede declararla de oficio.

⁴¹ Fallos 304:1020 y 306:400, respectivamente.

⁴² Fallos 313:1513.

Sin perjuicio de ello y a pesar de la letra de la Constitución, la Corte no ha tenido un criterio amplio respecto de la declaración de inconstitucionalidad a través de esta vía, la que sólo resultará procedente si al momento de dictar sentencia es factible establecer de modo indubitable que las disposiciones impugnadas resultan clara, palmaria o manifiestamente violatorias de las garantías constitucionales que el amparo protege⁴³. En este aspecto, ha destacado el Tribunal que impedir este análisis importa contrariar las disposiciones legales que fundan esta garantía y lo erigen como un remedio para asegurar la efectiva vigencia de los derechos constitucionales.

h) Otros supuestos de inadmisibilidad

Además de los supuestos de inadmisibilidad ya analizados, la ley 16.986 incluye los actos judiciales y los relacionados con la defensa nacional (art. 2º, inc. b)], así como aquellos en que “la intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado” (art. 2º, inc. c]).

Consideramos que el criterio del legislador es sumamente rígido y debiera ser objeto de revisión.

La ley 16.986 también declara inadmisibile la acción de amparo cuando “la demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse” (art. 2º, inc. e)], no obstante la Corte ha atemperado este rígido criterio en casos donde la arbitrariedad o ilegalidad sea continua⁴⁴ o cuando se trata de cuestiones que trascienden el plano meramente patrimonial⁴⁵.

VIII. EL AMPARO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES

Hemos señalado antes que la ley 16.986 excluyó la aplicación de la acción de amparo en el caso de actos de particulares, supuesto que con anterioridad la propia Corte Suprema de Justicia había admitido en la causa “Kot”. Las críticas que recibió la ley en este sentido

⁴³ Fallos 323:1825 y 331:2068. En este último precedente el Tribunal ha dicho que el criterio esbozado no se ve alterado por el nuevo art. 43 de la Constitución.

⁴⁴ Fallos 329:4918 (caso “Mosqueda, Sergio v. PAMI” del 7/11/2006), con expresa remisión al dictamen del procurador general.

⁴⁵ Fallos 324:3074 y Fallos 335:44 (caso “Koch, Lilian Mercedes” del 14/2/2012).

fueron enérgicas. Bidart Campos sostenía que ella no podía aniquilar una protección que tiene su fundamento en la Constitución. También Lazzarini criticó dicha exclusión⁴⁶.

Estas objeciones apenas se acallaron cuando en 1967 fue sancionada la ley 17.454 que instituyó un nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En él fueron incluidas, dentro del llamado “proceso sumarísimo”, dos normas (los arts. 321 y 498) que regularon el amparo contra actos u omisiones de particulares. Su aplicación, empero, es restringida, teniendo en consideración que dicho Código carece de vigencia en áreas tales como las referidas a las materias penal o laboral. Abogamos, en consecuencia, por la admisibilidad amplia en la propia Ley de Amparo.

El nuevo art. 43 de la Constitución Nacional, incorporado por la reforma de 1994, incluye los actos u omisiones de particulares entre aquellos que posibilitan el ejercicio de la acción de amparo.

IX. EL AMPARO EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DESPUÉS DE LA REFORMA DE 1994

El amparo fue incorporado como garantía expresa en la Constitución Nacional por la reforma de 1994. Dispone al respecto el art. 43, 1º y 2º párrafos:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

La nueva cláusula constitucional define pautas básicas del amparo que tienden, en general, a jerarquizar y ampliar los alcances de esta garantía insustituible.

⁴⁶ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 493; LAZZARINI, José L., *El juicio de amparo*, cit., p. 376.

Se trata de una "acción", que además debe ser "expedita y rápida". La caracterización constitucional es, en este sentido, amplia y precisa al requerir simplicidad y celeridad en el procedimiento, cuestión que deberá ser analizada en cada caso concreto⁴⁷.

También se dispone que el amparo resulta viable "siempre que no exista otro medio judicial más idóneo". La norma constitucional, en este caso, es ambigua y ha dejado abierta la posibilidad de interpretarla de muy distintas maneras. Puede servir tanto para justificar el carácter de acción principal del amparo como para fundar su mero alcance subsidiario. En nuestra doctrina constitucional se pronuncian en favor del primer criterio —con diferentes matices— Morello, Colautti, Palacio y Rivas, entre otros. En cambio, Sagüés y Barra se inclinan por adjudicarle una función supletoria⁴⁸.

Por nuestra parte, nos inclinamos por el criterio amplio porque es el que mejor resguarda los principios y valores fundamentales de la Constitución y el que tutela de modo más efectivo la libertad. Además, del contexto general del nuevo art. 43 de nuestra Ley Fundamental se desprende la intención del constituyente de jerarquizar y ampliar los alcances del amparo. Es, también, el que mejor compatibiliza con los tratados de derechos humanos mencionados en el art. 75, inc. 22, de la Constitución.

Este carácter principal y no subsidiario no implica, sin embargo, que la elección de la vía judicial quede siempre librada a la exclusiva voluntad del litigante. El proceso ordinario, como tal, no creemos que pueda ser considerado invariablemente como una vía más idónea, denominación esta, que el art. 43 de la Constitución refiere más a su carácter expedito y rápido que a la amplitud del debate que ella admite.

En este sentido, el Alto Tribunal Federal ha dicho que el amparo es un proceso de excepción, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordina-

⁴⁷ Fallos 326:2150 (caso "Sindicato Argentino de Docentes Particulares", 4/7/2003).

⁴⁸ Conf. MORELLO, Augusto M., "El amparo después de la reforma constitucional", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1995, anticipo de *Anales*, nro. 33, ps. 20/1; COLAUTTI, Carlos E., *Derechos humanos*, Universidad, Buenos Aires, 1996, p. 245; PALACIO, Lino E., "La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1995, anticipo de *Anales*, nro. 33, ps. 8/13; RIVAS, Adolfo A., "El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina", LL 1994-E-1330; SAGÜÉS, Néstor P., "Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma constitucional", LL 1994-D-1151; BARRA, Rodolfo C., "La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar", LL 1994-E-1087.

rios originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expedita⁴⁹. En este aspecto, para acudir a esta garantía deberá previamente ponderarse si otra u otras vías permiten acceder a la pretensión que se intenta procurar con el amparo de un modo más eficaz, en cuyo caso éste quedará desplazado⁵⁰.

Es pues, el litigante quien debe demostrar que la vía elegida es la más apta para procurar el derecho que intenta defender⁵¹ y que no puede hallar tutela adecuada en los procedimientos ordinarios⁵² y, como correlato de ello, el demandado deberá a su vez demostrar la existencia de otros medios idóneos que justifiquen el rechazo de esta vía⁵³ o bien que en el estrecho ámbito del amparo no puede ejercitar válidamente su defensa⁵⁴. En este aspecto, la "idoneidad" de la vía está ligada en primer lugar a la existencia de una situación delicada y extrema⁵⁵, a la manifiesta ineficacia de otros canales para procurar la tutela que se requiere a través del amparo. Respecto de esto último, cabe aclarar que el amparo quedará desplazado cuando el sistema normativo prevea una vía específica para defender el derecho que se busca proteger a través de esta garantía⁵⁶.

Tal como dijimos párrafos anteriores, si bien el amparo admite la realización de medidas de prueba, resulta improcedente cuando dicho marco probatorio es demasiado amplio. La Corte, como principio general, ha rechazado la procedencia de esta vía excepcional cuan-

⁴⁹ Fallos 327:4844, "Cooperativa de Trabajo el Florecer". Este criterio fue ratificado en Fallos 327:5246 y 330:4144 entre otros.

⁵⁰ Fallos 326:2150. Ha dicho el Tribunal que "la existencia de una vía legal adecuada para la protección de los derechos que se dicen lesionados excluye, en principio, la admisibilidad del amparo, pues este medio no altera el juego de las instituciones vigentes (Fallos 303:419 y 422), regla que ha sustentado la Corte cuando las circunstancias comprobadas en la causa evidencian que no aparece nítida una lesión cierta o ineludible causada con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, o el asunto versa sobre una materia opinable que exige una mayor amplitud de debate o de prueba para la determinación de la eventual invalidez del actor (doctrina de Fallos 303:422)". Causa "Melano", en Fallos 331:1403.

⁵¹ Fallos 326:2150 y 330:4144.

⁵² Fallos 327:4495 y 333:373.

⁵³ Fallos 326:2150.

⁵⁴ Fallos 324:1127, 331:1492 y 332:1952.

⁵⁵ Fallos 327:4844. Ésta ha sido la terminología utilizada por la Corte en el caso "Cooperativa de Trabajo el Florecer".

⁵⁶ Fallos 330:1407, "Granillo Fernández". En dicho precedente el actor impugnaba la decisión del Consejo Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y la Corte rechazó el amparo —con remisión al dictamen del procurador— indicando que según el criterio del legislador la vía más idónea para impugnar las resoluciones definitivas de las instituciones universitarias ha sido el recurso de apelación ante la Cámara Federal, previsto en el art. 32 de la ley 24.521. A ello agregó el tribunal, que de hacer lugar al amparo se soslayaría la vía específicamente prevista por el legislador.

do la naturaleza de las cuestiones requerían de un ámbito de debate amplio⁵⁷ o cuando las medidas de prueba revisten cierto grado de complejidad⁵⁸.

Sin perjuicio de lo dicho, cabe aclarar que la rigidez con la que se han interpretado los requisitos de procedencia de esta garantía, por ser ella una vía excepcional, ha sido notablemente menguada por la jurisprudencia de la Corte Suprema cuando el derecho constitucional involucrado era el derecho a la vida⁵⁹. Así, en precedentes como “Campodónico de Beviacqua⁶⁰” o “Asociación Benghalensis⁶¹” donde la pretensión versaba en el alcance que debía tener una cobertura médica, la Corte Suprema confirmó las sentencias de los tribunales inferiores en cuanto daban curso favorable a sendos procesos de amparo, sin siquiera hacer mención a sus requisitos de procedencia y haciendo particular hincapié en la trascendencia del derecho a la vida en nuestro ordenamiento. Este criterio fue reiterado regularmente, haciendo del amparo la vía idónea cuando en él se hallan comprometidos la salud o la vida de las personas⁶².

Esté criterio extensivo respecto de la procedencia del amparo en cuestiones de salud puede observarse nítidamente en el precedente “Portal de Belén⁶³”. En el caso, la asociación actora, solicitó ante la justicia que se deje sin efecto una resolución del Ministerio de Salud de la Nación que autorizaba a vender un medicamento destinado a interrumpir la concepción en el seno materno. La Corte, basándose en distintas opiniones científicas –que no son concluyentes, atento la naturaleza de la cuestión– entendió que todo método que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo, por lo cual se configuraría una situación que torna necesaria la vía excepcional del amparo para la salvaguarda del derecho a la vida.

⁵⁷ El Tribunal ha rechazado la procedencia de la acción, cuando para la dilucidación del conflicto exige una mayor amplitud de debate y prueba. Ver Fallos 319:2955, 323:1825, 330:2055.

⁵⁸ Fallos 307:178, 323:1825, 327:5246, 330:4144 y 333:373. En tal sentido, el criterio de la Corte es que si bien la acción de amparo no es excluyente de cuestiones que necesitan comprobación, si descarta aquellas cuya complejidad o difícil comprobación requiere de un aporte mayor de elementos de juicio de los que pueden producirse en el breve trámite previsto en la ley que regula el amparo.

⁵⁹ Inveterada jurisprudencia de la Corte Nacional tiene dicho que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva. El derecho a la salud, según el criterio del Tribunal, se halla comprendido dentro del derecho a la vida. Fallos 302:1284, 310:112, 323:3229, 327:2413, 329:4741 y 332:1393, entre muchos otros.

⁶⁰ Fallos 323:3229.

⁶¹ Fallos 323:1339.

⁶² Fallos 328:1708, 328:4641, 329:2552, 332:1394, entre muchos otros.

⁶³ Fallos 325:292, sentencia del 5/3/2002.

Entendemos que la Corte, por la naturaleza de los derechos en juego, se aparta en estos casos del criterio mantenido respecto de la necesidad de un ámbito de mayor debate y prueba.

Por otra parte, la cláusula constitucional prescinde, a nuestro entender, de que sea necesario el agotamiento de las vías previas, como lo es la instancia administrativa⁶⁴. Es más: creemos que una exigencia legal de esta naturaleza es incompatible con el nuevo mandamiento constitucional⁶⁵, en la medida en que aun cuando se ha utilizado una redacción similar a la de la ley 16.968, la Constitución no hace ningún tipo de alusión a los “remedios administrativos” que sí está en texto de la ley.

Sin perjuicio de lo expresado, entendemos que tal razonamiento no debe ser llevado al extremo de pretender utilizar al amparo como un mecanismo para sortear el paso de la instancia administrativa, cuando por las circunstancias particulares del caso ésta resulte necesaria. Si bien es claro que procederá en aquellos supuestos donde el largo peregrinaje ante la Administración frustre un derecho constitucional, esta situación deberá ser cabalmente acreditada en el marco del proceso⁶⁶.

En consecuencia, es dable afirmar que las líneas directrices para la procedencia de esta acción, según la jurisprudencia de la Corte nacional, son las siguientes: a) que se trate de una situación de extrema emergencia y gravedad, b) la inexistencia de un camino legal especialmente previsto para tutelar el derecho que se invoca⁶⁷, c) que la ilegalidad o arbitrariedad estén de un modo patente e indubitable, a punto tal que quedan excluidas del amparo las cuestiones opinables, d) y que se trate de cuestiones con escueto material probatorio y que éste no revista demasiada complejidad.

⁶⁴ Así lo entiende también Palacio, quien sostiene además que esta situación se configura, particularmente, cuando frente a pretensiones que requieran un pronunciamiento concreto por parte de la Administración, ésta incurre en demora apreciable en resolver ocasionando daño grave e irreparable. PALACIO, Lino E., *Derecho procesal...*, cit., p. 113.

⁶⁵ Así lo ha dejado ver también la CSJN en Fallos 330:1407, “Graniillo Fernández”.

⁶⁶ En igual sentido Colombo ha expresado que el amparo no puede ser empleado para sustraer a la Administración Pública y transferir a los jueces facultades propias de aquélla, lo que sólo podría ocurrir con desmedro de las esferas de competencia establecidas por las normas vigentes e implicaría una grave transgresión de los principios constitucionales atinentes a la separación de los poderes. COLOMBO, Carlos - KIPER, Claudio, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 422. En este sentido, obsérvese que en el precedente “Ramos” (Fallos 325:396), la Corte rechazó la pretensión, haciendo particular hincapié en que la actora no pudo demostrar que el obrar de la administración le haya frustrado indebidamente sus derechos.

⁶⁷ Como podría ser un recurso directo u otra vía sumaria o sumarísima, expresamente prevista para una ley para defender el derecho en cuestión.

Por otro lado, el nuevo art. 43 de nuestra Ley Suprema autoriza el cuestionamiento, mediante la acción de amparo, de “todo acto u omisión” que “en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace derechos y garantías”. En este aspecto, la disposición citada recoge expresiones utilizadas en la ley 16.986 (art. 1°), que en nuestro criterio tendrían que haber sido mejoradas sustantivamente.

Se reitera la exigencia de la “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta” –también contenida en el art. 1° de la ley 16.986– del acto impugnado. Ello nos merece la misma crítica que formulamos con respecto a la ley.

Se permite impugnar no sólo los actos u omisiones directamente lesivos de la Constitución Nacional, sino también aquellos que conculquen un tratado internacional o una ley. En este caso, el constituyente ha ampliado considerablemente los alcances fijados por el legislador, que sólo hacía referencia “a los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución nacional”. La innovación resulta, en nuestra opinión, positiva.

Son tutelados los derechos no sólo frente a actos u omisiones de autoridades públicas, sino también de particulares. Es éste otro logro fecundo, insistentemente reclamado por la doctrina, que muestra la intención del constituyente de jerarquizar la acción de amparo.

Al facultar a los jueces para declarar, en el juicio de amparo, la inconstitucionalidad de la ley “en que se funde el acto u omisión lesiva”, la norma constitucional consagra definitivamente la posibilidad de invalidar, en el caso concreto, la aplicación de la ley arbitraria. Ello convierte en inconstitucional la disposición contenida en el inc. d) del art. 2° de la ley 16.986.

El art. 43 de la Constitución consagra la existencia del amparo colectivo, permitiendo impugnar mediante esta vía “cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general”. El resguardo de los derechos colectivos mediante el amparo había sido insistentemente reclamado por caracterizada doctrina constitucional y pone de resalto el carácter valioso de la enmienda introducida. En este aspecto, habrá que procurar una interpretación integradora que armonice esta cláusula con la del art. 41 de la Constitución.

Sólo objetamos la primera expresión, que es poco precisa, si consideramos que la discriminación no necesariamente debe ser negativa o disvaliosa. Es sólo frente a ésta que cobra virtualidad la norma constitucional⁶⁸.

⁶⁸ En similar sentido se manifiesta Padilla, quien expresa: “No concuerdo con el ingreso del término “discriminación” porque existen formas de ella que no son arbitrarias, incluso

El nuevo diseño del amparo contenido en la cláusula en estudio amplía la franja de legitimados al autorizar a demandar el amparo al afectado, al Defensor del Pueblo y a las correspondientes asociaciones registradas. Es de esperar que el legislador, al reglamentar la norma, no limite este acceso al proceso justo⁶⁹, no obstante, tal como se explicará más adelante, en caso de mora del legislador, el precepto del art. 43 se vuelve operativo.

Sobre este punto en particular, la jurisprudencia de nuestros tribunales se ha expandido notablemente en los últimos tiempos. Así, en el caso “Asociación Benghalensis”, que hemos citado precedentemente, dicha asociación pretendía la provisión de medicamentos para personas infectadas con HIV y el tribunal sostuvo que se configuran los requisitos señalados en el art. 43 de la Ley Suprema, toda vez que la norma reconoce legitimación a sujetos potencialmente distintos de los directamente afectados⁷⁰. En el caso “SADOP”⁷¹ expresó la Corte que el precepto constitucional ampliaba la legitimación activa, permitiendo que las asociaciones sindicales actúen como representantes en los casos donde se involucren derechos de incidencia colectiva⁷².

En el caso “Halabi”⁷³ de fecha 24 de febrero de 2009, la Corte hizo un notable avance en relación al amparo como medio de defensa para esta clase de derechos. Asimismo y en lo que respecta a la legitimación para articular esta vía, sostuvo que debido a la mora del legislador en dictar las leyes pertinentes para reglamentar la norma constitucional, ésta se torna operativa. Por ello, dentro de nuestro esquema constitucional, resulta procedente que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan una acción de esta naturaleza. Por otra parte en el citado caso, ponderando las particulares características de los derechos de incidencia colectiva, se dictó una sentencia con efectos *erga omnes*, lo que es enteramente compatible

indicadas en el documento constitucional –v. gr., los arts. 48, 89, 111, etc.–, y luego porque lo entiendo superfluo en este contexto” (PADILLA, Miguel M., *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, t. II, 3° ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 389).

⁶⁹ Explica Morello –en opinión que compartimos– que “la Constitución emplea la expresión ‘afectado’, sin más. Será la doctrina y los jueces –lo ponía de resalto Carnelutti en los años cuarenta– quienes en su benedictina labor hermenéutica irán puliendo sus arrugas: el afectado directo, el indirecto, el que lo es por reflejo, por implicancia” (MORELLO, Augusto M., “La suerte del amparo y la acción civil pública”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 1996, anticipto de *Anales*, nro. 34, p. 7).

⁷⁰ Fallos 323:1339.

⁷¹ Fallos 326:2150.

⁷² En el precedente “Unión de Usuarios y Consumidores v. Compañía Euromédica” (Fallos 331:563), ratificó este criterio, remitiendo al dictamen del procurador, quien tuvo particularmente en cuenta la naturaleza del derecho en juego.

⁷³ Fallos 332:111.

con esta clase de acciones. Compartimos el criterio expresado por el Cíbero Tribunal respecto de que la norma constitucional es directamente operativa y aplicable en todos sus aspectos⁷⁴.

En el precedente "Defensor del Pueblo de la Nación v. PEN"⁷⁵, la Corte —con remisión al dictamen del procurador general— resolvió que la decisión de los casos donde sea parte el Defensor del Pueblo, producirá efectos jurídicos en quienes dicho funcionario representa. Entendemos que este criterio es el que mejor armoniza lo preceptuado por los arts. 43 y 86 de la Ley Suprema.

No obstante lo dicho respecto de la legitimación procesal para activar la defensa de derechos constitucionales mediante esta vía, debe aclararse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha mostrado un criterio más restringido cuando los temas involucrados eran de carácter patrimonial, individuales y cuya tutela y ejercicio corresponde a cada uno de los potenciales afectados⁷⁶.

X. EL AMPARO EN EL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

El art. 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) prevé que "toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales"⁷⁷.

La disposición del Pacto aquí transcrita constituye un claro reconocimiento del amparo y contribuye a dotar de operatividad a los derechos establecidos en él⁷⁸.

⁷⁴ Carlos Colombo señala que la tutela de cualquier derecho infringido mediante la prestación de un servicio público, ha sido alcanzada con mayor eficacia mediante la vía procesal del amparo. La naturaleza de esta acción se presenta como remedio idóneo para lograr el restablecimiento inmediato de los derechos conculcados ante el obrar ilícito de los prestadores del servicio público. COLOMBO, Carlos - KIPER, Claudio, *Código...*, cit., p. 430.

⁷⁵ Fallos 332:111.

⁷⁶ Fallos 326:3007 y 330:3636, respectivamente.

⁷⁷ La Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 10/12/1948, en su art. 8º establece que "toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos constitucionalmente".

⁷⁸ Comparte este criterio COLAUTTI, Carlos E., *Derechos humanos*, cit., p. 247, al expresar, con referencia al art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica, que esta norma "ratifica la plena operatividad del art. 43 de la Constitución, es decir que no requiere de norma alguna para su implementación".

CAPÍTULO XVIII EL HÁBEAS DATA

I. CONCEPTO

El *hábeas data*, como la propia expresión lo indica, significa "ten-gas el dato". Se trata de un procedimiento breve y sumario tendiente a conocer los datos que constan en registros o bases de datos y que incluye la posibilidad de corregirlos o actualizarlos si son erróneos o están desactualizados. En nuestra doctrina constitucional Sagüés lo considera también procedente como medio para asegurar la confidencialidad de determinada información o como instrumento apto para cancelar información que no debería ser objeto de registración¹.

Con respecto a su naturaleza jurídica, el *hábeas data* es, básicamente, una garantía constitucional. Se torna operativa mediante un procedimiento que puede desarrollarse como acción o como recurso, aunque nos inclinamos por la primera, por su carácter más amplio y, consecuentemente, más tuitivo de la libertad.

También puede, a su vez, tener naturaleza autónoma o ser considerado una especie del amparo. Esta cuestión ha sido dirimida, en nuestro ordenamiento jurídico, por el art. 43 de la Constitución que lo considera para una especie del amparo, sin mencionar el nombre del instituto.

II. ANTECEDENTES

El origen del *hábeas data* es relativamente reciente y su desarrollo ha sido consecuencia de la importancia que ha adquirido la protección del derecho a la intimidad. Los notables adelantos tecnológicos experimentados en las últimas décadas han puesto en grave peligro a

¹ SAGÜÉS, Néstor P., "El *hábeas data*: Alcances y problemática", en AA.VV., *El derecho público actual*, Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 184/5.

este derecho como también a otros de naturaleza personalísima. De allí la necesidad de perfeccionar los instrumentos adecuados para su tutela. Guarda íntima relación con la protección de la privacidad y el honor de las personas. En los párrafos siguientes pasaremos revista a los principales antecedentes.

En Portugal, la Constitución de 1976, luego de consagrar la inviolabilidad del domicilio, establece que todos los ciudadanos tienen derecho a tomar conocimiento de las constancias de registros mecanografiados con respecto a ellos, así como de la finalidad de las informaciones y pueden exigir la rectificación de los datos y su actualización. Dispone, asimismo, que la informática no puede ser utilizada con relación a datos referidos a la fe religiosa, las convicciones políticas o la vida privada, salvo que se trate del procesamiento de datos no identificables para fines estadísticos. También prohíbe la asignación de un número nacional único a los ciudadanos (art. 35)².

En España, el art. 18, apart. 4° de su Constitución establece:

La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Esa disposición se complementa con la contenida en el art. 105, apart. b), según la cual “la ley regulará [...] el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

En Italia, la ley 241 de 1990, garantizó en sentido amplio el derecho que tienen los ciudadanos de acceder a los documentos públicos, “a fin de asegurar la transparencia de la actividad administrativa y promover su actuación imparcial” (arts. 22 a 28)³.

La Constitución del Brasil de 1988 –que utiliza la expresión “hábeas data”– determina en su art. 5°, apart. LXXII, que esa garantía procede en dos supuestos: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del demandante, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para rectificar los datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo⁴.

² Conf. LINARES QUINTANA, Segundo V., *Las nuevas constituciones del mundo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1979, p. 43.

³ El texto completo de esta ley puede verse en PALAZZO, José Luis - SESÍN, Domingo J. - ROLÓN LEMBEYE, Víctor A., *La transformación del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1992, ps. 273 y ss.

⁴ Conf. OTHON SIDOU, J. M., “Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: mandamiento de ejecución y hábeas data”, LL 1992-E-1015.

El art. 15 de la Constitución de Colombia de 1991 prevé que “todas las personas tienen el derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”.

Otro antecedente cercano lo hallamos en la Constitución del Perú de 1993, cuyo art. 200 se refiere expresamente a la “acción de hábeas data”, que procede “contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona”, que vulnere los derechos a la información, la intimidad, el honor, la propia imagen, etcétera.

La Constitución de Guatemala de 1985, en su art. 31 establece:

Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a su corrección, rectificación y actualización. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos.

La Constitución del Paraguay de 1992, en su art. 135, bajo el título “Del hábeas data”, dispone:

Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad.

Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos.

En el derecho público provincial argentino contemplan el hábeas data las Constituciones de Buenos Aires (art. 20, apart. 3°), Chaco (art. 19), Chubut (art. 56), Córdoba (art. 50), Jujuy (art. 23), San Luis (art. 21), La Rioja (art. 30), Salta (art. 22), San Juan (art. 26), Río Negro (arts. 20 y 21) y Tierra del Fuego (art. 45). También la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 16).

III. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Antes de la reforma de 1994 el hábeas data no tenía expreso reconocimiento constitucional ni legal y la jurisprudencia tampoco le había brindado acogida. Era una institución sin arraigo constitucional, ya fuese porque se la consideraba parte del amparo o porque la preocupación se focalizaba en la tutela de otros derechos fundamentales, lo cual, consecuentemente, orientó la atención hacia otros instrumentos de garantía.

En este sentido, el hábeas data apareció en nuestro derecho de manera diferente de como lo hicieron el hábeas corpus y el amparo. Ninguno de estos dos instrumentos tuitivos de la libertad comenzó con un reconocimiento constitucional expreso, sino que éste fue resultado de su previo reconocimiento legal o jurisprudencial. El hábeas data, en cambio, advino directamente en la Constitución formal.

El art. 43 de la Constitución, luego de establecer las bases del amparo (1° y 2° párrafo), expresa en el apartado siguiente:

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Como se podrá apreciar, la referencia al hábeas data es clara aun cuando no se utilice explícitamente esta expresión. También aparecen esbozados con nitidez algunos caracteres de la institución que han sido diseñados por el constituyente. El hábeas data es una acción y, como tal, representa una especie dentro del género más amplio del amparo. Ello no impide, a nuestro entender, reconocer su propia autonomía, sobre todo a partir de la sanción de la ley de "Protección de los datos personales" 25.326 (BO 2/11/2000), régimen legal específico del hábeas data.

IV. CASOS EN QUE PROCEDE

El objeto del hábeas data, conforme al art. 43 de la Constitución Nacional, es "tomar conocimiento de los datos a ella [la persona] referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos".

A diferencia del hábeas corpus y del amparo, en el procedimiento del hábeas data se pueden distinguir dos etapas sucesivas: la primera, destinada a tomar conocimiento de los datos ("tengas el dato") y conocer el fin al cual se los destina; la segunda, encaminada a procurar su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización. En estos casos, la norma constitucional exige la demostración de la existencia de "falsedad o discriminación".

La mayoría de las veces habrá que recorrer esta secuencia procesal. En otras, estimamos que se podrá recurrir directamente al pedido de supresión o de confidencialidad, si quien promueve la acción de-

muestra en forma indubitable que el demandado está en posesión de ese dato —p. ej., si tiene alguna constancia que verifique que se le ha requerido, para un banco de datos, información sensible que afecte su intimidad (religión, salud, comportamiento sexual, etc.)—. Igualmente, creemos que sería innecesario y atentaría contra un elemental principio de economía procesal, que la empresa que entregó su balance, bajo recibo, a una dependencia oficial que lo ha difundido entre sus competidores, pidiera primero mostrar el dato y luego la confidencialidad. En todos los casos será indispensable salvaguardar el principio de bilateralidad.

La cláusula constitucional ampara tanto el conocimiento como la finalidad de datos "que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes". El ámbito de aplicación material del hábeas data es amplio. Todo registro, utilice o no medios informáticos, se halla amparado. Puede tratarse de registros públicos o privados y, en este último caso, deberán tener naturaleza pública, es decir, estar destinados a dar a conocer los datos, no importa si lo hacen con alcance general (a todo el público) o en forma restringida (p. ej., registro de morosos distribuido a entidades financieras).

En caso de registros estrictamente personales, entendemos que no es procedente el hábeas data porque afectaría uno de los bienes que la propia institución pretende proteger, como es el derecho a la intimidad. Esa información, en la medida en que no esté destinada a que se la dé a conocer, está resguardada por el principio de reserva del art. 19 de la Constitución Nacional y por las disposiciones tuitivas del derecho a la privacidad.

Una cuestión compleja plantean los datos reservados en poder de los organismos de defensa nacional o de inteligencia del Estado. Algunas legislaciones hacen expresa excepción respecto de ellos (Brasil, Perú, España); otras, no (Portugal).

La solución de esta problemática es compleja. Si se acepta la excepción, es probable que sea alegada con frecuencia por el Estado, frustrando así la finalidad de la institución. Si no se la admite, se corre el riesgo de dar a conocer información relevante para la defensa nacional o para la seguridad del Estado o —lo cual es aún más peligroso— dejarse llevar por la tentación de crear archivos "en negro" o "paralelos" para ocultar los datos verdaderos.

Creemos que el sigilo del Estado debe ser visto siempre con desconfianza, pero deberá tener un lugar mínimo, el estrictamente indispensable para resguardar la subsistencia de aquél. La Constitución no hace referencia a ninguna excepción, mas ello no impide que la ley reglamentaria permita alguna —como veremos a continuación— en la medida en que sea razonable.

Hasta la sanción en el año 2000 de la ley 25.326 era aplicable la legislación sobre la acción de amparo instituida por la ley 16.986, la cual dispone que el amparo no será admisible cuando el acto impugnado “haya sido adoptado por expresa aplicación de la ley 16.970”. Ésta era la Ley de Defensa Nacional vigente al tiempo de la sanción de la Ley de Amparo; desde 1988 rige, en esa materia, la ley 23.554, pero la excepción, a nuestro entender, continúa en vigor. Su interpretación, sin embargo, deberá ser siempre estricta en la admisión de la excepción.

La Corte Suprema de Justicia de La Nación en el año 1999, en el conocido caso “Ganora”⁵ tuvo que decidir si la obtención de información sobre datos personales obrantes en los registros de las fuerzas armadas y organismos de seguridad se halla amparada por la norma constitucional que regula el hábeas data; y, en caso afirmativo, si se encuentra sujeta a limitaciones de alguna índole (considerando 7°, *in fine*).

En dicha causa, los abogados Mario Fernando Ganora y Rosalía Liliana Magrini dedujeron acción de hábeas corpus, con sustento en que personas desconocidas habrían realizado indagaciones acerca de las actividades de aquéllos, quienes han sido patrocinantes en diversas causas de Adolfo Scilingo —ex militar que se desempeñó como oficial de marina de guerra durante la dictadura militar entre 1976 a 1983—. Al respecto, reclamaron saber qué autoridad y con qué propósito las ha ordenado, “a los efectos de prevenir e impedir que sin orden de autoridad judicial competente pudiera verse amenazada nuestra libertad ambulatoria o el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en nuestra vida privada y en la de nuestras respectivas familias...”. En la misma presentación interpusieron acción de hábeas data a los efectos de “tomar conocimiento de los datos que existen sobre nosotros en los registros policiales o de las fuerzas de seguridad y organismos de inteligencia para que en caso de falsedad o discriminación se exija judicialmente la supresión, rectificación o actualización de los mismos”.

El magistrado de primera instancia no hizo lugar a la acción de hábeas corpus sobre la base de que no existiría una amenaza o limitación actual de la libertad ambulatoria dado que nadie habría intentado detener a los accionantes. Asimismo, rechazó el hábeas data debido a que “la información que se pide debe ser pública o al alcance de los particulares. La obrante en las fuerzas y organismos de seguridad no reviste tal carácter por obvias razones de seguridad pública”. La Cámara de Apelaciones confirmó tal pronunciamiento.

⁵ Fallos 322:2139, caso “Ganora, Mario Fernando” del 16/9/1999.

En el remedio federal deducido por los actores, se cuestionó el rechazo del hábeas data con sustento en una errónea interpretación del texto constitucional. Al respecto alegaron que “el argumento de que el hábeas data sólo procede respecto de la información pública o al alcance de los particulares existente en registros o bancos de datos públicos y no así con relación a la obrante en las fuerzas y organismos de seguridad que no reviste tal carácter por obvias razones de seguridad pública no se ajusta ni a la letra ni al espíritu de la Constitución”.

El Máximo Tribunal de la República así lo entendió y revocó la sentencia apelada. En tal sentido concluyó que “en principio, la obtención de información sobre datos personales obrantes en los organismos y fuerzas de seguridad halla adecuación legal en la acción de hábeas data; ello sin perjuicio de que el suministro de esa información pueda, eventualmente, afectar la seguridad, la defensa nacional, las relaciones exteriores o una investigación criminal, cuestión que en cada caso deberá ser invocada por el titular de la respectiva institución”.

Asimismo señaló que la decisión del *a quo* de rechazar la acción deducida por considerar que los particulares no pueden tener acceso a la información obrante en las fuerzas armadas y organismos de seguridad del Estado “por obvias razones de seguridad pública”, constituye una afirmación dogmática carente de razonabilidad (considerando 13).

La ley de hábeas data 25.326 (BO 2/11/2000), siguiendo el criterio del derecho comparado y de la jurisprudencia de nuestros tribunales, si bien contempla como regla general el acceso a los archivos o registros de seguridad del Estado (art. 23) ha establecido algunas excepciones. Así, en el art. 17 dispone:

1) Los responsables o usuarios de bancos de datos públicos pueden, mediante decisión fundada, denegar el acceso, rectificación o la supresión en función de la protección de la defensa de la Nación, del orden y la seguridad públicos, o de la protección de los derechos e intereses de terceros; 2) la información sobre datos personales también puede ser denegada por los responsables o usuarios de bancos de datos públicos, cuando de tal modo se pudieran obstaculizar actuaciones judiciales o administrativas en curso vinculadas a la investigación sobre el cumplimiento de obligaciones tributarias o previsionales, el desarrollo de funciones de control de la salud y del medio ambiente, la investigación de delitos penales y la verificación de infracciones administrativas. La resolución que así lo disponga debe ser fundada y notificada al afectado.

Sin perjuicio de lo establecido en los incisos anteriores, agrega que “se deberá brindar acceso a los registros en cuestión en la oportunidad en que el afectado tenga que ejercer su derecho de defensa”.

Asimismo, en el art. 18 establece:

Las Comisiones de Defensa Nacional y la Comisión Bicameral de Fiscalización de los Órganos y Actividades de Seguridad Interior e Inteligencia del Congreso de la Nación y la Comisión de Seguridad Interior de la Cámara de Diputados de la Nación, o las que las sustituyan, tendrán acceso a los archivos o bancos de datos referidos en el artículo 23 inciso 2 por razones fundadas y en aquellos aspectos que constituyan materia de competencia de tales Comisiones.

Por otra parte, como mencionáramos antes, la ley contempla como regla general el acceso a los archivos estatales y enuncia supuestos especiales. Así, en el art. 23 dispone:

1) Quedarán sujetos al régimen de la presente ley, los datos personales que por haberse almacenado para fines administrativos, deban ser objeto de registro permanente en los bancos de datos de las fuerzas armadas, fuerzas de seguridad, organismos policiales o de inteligencia; y aquellos sobre antecedentes personales que proporcionen dichos bancos de datos a las autoridades administrativas o judiciales que los requieran en virtud de disposiciones legales; 2) el tratamiento de datos personales con fines de defensa nacional o seguridad pública por parte de las fuerzas armadas, fuerzas de seguridad, organismos policiales o inteligencia, sin consentimiento de los afectados, queda limitado a aquellos supuestos y categoría de datos que resulten necesarios para el estricto cumplimiento de las misiones legalmente asignadas a aquéllos para la defensa nacional, la seguridad pública o para la represión de los delitos. Los archivos, en tales casos, deberán ser específicos y establecidos al efecto, debiendo clasificarse por categorías, en función de su grado de fiabilidad.

Por último, en el inc. 3° dispone que

Los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento.

Continuando con el objeto de la garantía bajo estudio, podemos agregar que la ley reglamentaria en consonancia con el texto constitucional, estipula:

La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional [...] [art. 1°, ley 25.326].

Asimismo, la ley establece:

La acción de protección de los datos personales o de hábeas data procederá: a) para tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de la finalidad de aquéllos; b) en los casos en que se presuma la falsedad, inexactitud, desactualización de la información de que se trata, o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido en la presente ley, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización [art. 33, ley 25.326].

La supresión está destinada a cancelar o borrar datos generalmente referidos a información de índole sensible, como lo es la vinculada a las convicciones religiosas, la ideología política, la salud, etc. También cabría la posibilidad de imaginar su aplicación a los efectos de hacer desaparecer datos cuyo archivo carece de relevancia para la ley, por haber transcurrido un tiempo tal que los convierte en innecesarios. Sin embargo, quien pida la supresión deberá demostrar que mantener el dato en el registro le causa algún perjuicio.

La rectificación implica la modificación o el cambio de los datos y es la hipótesis más frecuente de utilización del hábeas data. Como ya lo expresamos, antes de ello habrá que recorrer una instancia prejudicial o demostrar que ésta es ineficaz. Estimamos, empero, que no será indispensable agotar la instancia administrativa previa en el caso de que el organismo público encargado de mostrar el dato, señalar su finalidad, suprimirlo, rectificarlo, hacerlo confidencial o actualizarlo, según el caso, dilate su cometido.

La norma constitucional autoriza también a ejercer el hábeas data en los casos en que se demanda la confidencialidad de la información volcada en los registros o bancos de datos. Es confidencial aquello que se hace o se dice confiando en que no va a ser revelado a terceros. Puede ocurrir que se viole esa confianza o que quien disponga de los datos crea que éstos no son reservados. En ambos casos puede ser procedente el hábeas data.

El último supuesto previsto por el art. 43 de la Constitución Nacional es el de la actualización. En esta hipótesis, se trata de una omisión del responsable del registro o banco de datos. No se objeta aquí la inexactitud —en cuyo caso sería procedente la rectificación— sino la falta de actualidad de los datos. Consta el pasado, pero falta el presente o lo más inmediato.

La norma constitucional establece que para poder exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de algún dato hay que probar la “falsedad o discriminación”. Entendemos que esta exigencia no es la más adecuada.

Aun admitiendo la falsedad en sentido literal, como "error" o falta de la verdad y no como carencia de autenticidad —así se la emplea habitualmente en el léxico jurídico—, nos parece innecesaria su exigencia. Debería bastar con que en la confrontación del dato —en los casos en que se pida su supresión, rectificación o actualización— se advierta que éste contiene una equivocación, sea ella casual o intencionada, para provocar la reparación. Igualmente, la confidencialidad será admisible aun en el supuesto de que quien haya divulgado el dato se haya considerado con el derecho de hacerlo. El hábeas data protege los derechos de quien efectúa la reclamación, provocando el cese del agravio en caso de que así corresponda, pero no persigue la condena del culpable. Ésta, eventualmente, puede ser lograda por medio de las leyes penales correspondientes.

V. PERSONAS QUE PUEDEN EJERCER LA ACCIÓN

En lo que respecta a quiénes están legitimados para utilizar este procedimiento, la cláusula constitucional se refiere en sentido amplio a "toda persona". En principio, están legitimadas las personas físicas, atendiendo al bien protegido por esta garantía, que son los derechos denominados "personalísimos".

Lazzarini, comentando esta institución con referencia a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, sostiene que "el actor es siempre una persona humana que por razones morales o económicas ve lesionada su dignidad"⁶. Sagüés se inclina por pensar que podrían plantear la acción tanto las personas físicas como las ideales. También comparten esta posición Ekmekdjian y Falcón⁷.

Nos inclinamos por este último criterio. Lo habitual será que la acción sea interpuesta por las personas físicas; empero, teniendo en cuenta el criterio amplio de procedencia otorgado por el constituyente, habrá casos en que serán las personas jurídicas las que necesitarán hacer uso de esta garantía (p. ej.: cuando se demuestre que se está llevando a cabo un virtual espionaje económico, financiero, de tecnología, etc. y sea indispensable el resguardo de la confidencialidad de ciertos datos).

En todos los casos será imprescindible que se acredite la afectación de intereses propios y no cabrá la posibilidad de que una persona —sea

⁶ LAZZARINI, José L., *Constitución de la Provincia de Buenos Aires*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 32.

⁷ Conf. SAGÜÉS, Néstor P., "Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma constitucional", LL 1994-D-1551; FALCÓN, Enrique M., *Hábeas data*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 79 y 96; EKMEKDJIAN, Miguel Á. - PIZZOLO, Calogero, *Hábeas data*, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 82/4.

física o ideal— reclame a título propio información concerniente a otra. Así lo dispone el art. 43 de la Constitución Nacional:

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos.

Otro es el caso cuando es el padre, tutor o curador de un incapaz quien ejerce la acción, pues en tal circunstancia —entendemos— está legitimado para ello⁸.

En este sentido, la ley 25.326 reglamenta la legitimación activa en el art. 34, estableciendo:

La acción de protección de los datos personales o de hábeas data podrá ser ejercida por el afectado, sus tutores o curadores y los sucesores de las personas físicas, sean en línea directa o colateral hasta el segundo grado, por sí o por intermedio de apoderado. Cuando la acción sea ejercida por personas de existencia ideal, deberá ser interpuesta por sus representantes legales, o apoderados que éstas designen al efecto. En el proceso podrá intervenir en forma coadyuvante el Defensor del Pueblo.

VI. EL HÁBEAS DATA Y EL SECRETO DE LAS FUENTES DE INFORMACIÓN

La última parte del tercer párrafo del art. 43 establece, con referencia al hábeas data, que "no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística". Esta especificación parecería innecesaria, si nos atenemos a la amplia y justa protección que brinda la Ley Fundamental a la libertad de expresión.

Empero, no podemos menos que reconocerle un mérito importante a esta mención, en cuanto protege expresamente el secreto de las fuentes de información, que implícitamente creíamos contemplado en la Constitución antes de la reforma.

La ley de hábeas data 25.326, en el art. 1° expresamente, dispone que "en ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas".

VII. EL HÁBEAS DATA Y EL ESTADO DE SITIO

Hemos dicho que el hábeas data es una garantía constitucional; en consecuencia, estaría sujeta, como tal, a la posibilidad de su suspensión conforme a lo establecido con respecto a los efectos del estado de sitio por el art. 23 de la Constitución Nacional.

⁸ En el mismo sentido se pronuncian EKMEKDJIAN, Miguel Á. - PIZZOLO, Calogero, *Hábeas data*, cit., ps. 98 y 99.

Sin embargo, consideramos que esa posibilidad no puede ser utilizada indiscriminadamente, ni menos aún como una consecuencia necesaria de la declaración del estado de sitio. Sólo la concebimos factible en la medida en que no sean afectados los derechos fundamentales, cuya suspensión prohíben los tratados internacionales de derechos humanos, que tienen jerarquía constitucional.

Al respecto, el art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sólo admite la suspensión temporaria de los derechos siempre que las disposiciones que así lo establezcan "no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social" (párr. 1°, *in fine*).

La misma norma internacional no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos de la citada Convención: "3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a la integridad personal); 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (principio de legalidad y de retroactividad); 12 (libertad de conciencia y de religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad), y 23 (derechos políticos), ni las garantías indispensables para la protección de tales derechos" (párr. 2°).

La eventual suspensión del hábeas data, mediando declaración del estado de sitio, no podrá, por ende, afectar tales derechos. Ello surge tanto de la propia norma del Pacto de San José de Costa Rica como de la interpretación de ella efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en su opinión consultiva 9/1987, a solicitud de la República Oriental del Uruguay, declaró que "deben considerarse como garantías indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el art. 27.2 de la Convención, el hábeas corpus (art. 7.6), el amparo o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención"⁹.

VIII. LA LEY 25.326

Luego de su consagración constitucional en el año 1994 (art. 43, CN) y con cierta demora, el hábeas data tiene su propia regulación legal en la ley 25.326, denominada "Ley de protección de datos per-

⁹ Se puede ver el texto completo de dicha opinión consultiva en TRAVIESO, Juan A., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Abeledo-Perrot*, Buenos Aires, 1996, ps. 267 y ss.

sonales y hábeas data"¹⁰, destinada a regular la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como el acceso a la información que sobre ellas se registre, de conformidad con lo establecido en el art. 43, párr. 3° de la Constitución Nacional.

La norma es aplicable también, en cuanto resulte pertinente, a los datos relativos a personas de existencia ideal y establece que en ningún caso se podrán afectar las bases de datos y las fuentes de información periódicas.

La ley 25.326 no se limita a reglamentar la garantía constitucional, sino que además determina a lo largo de sus siete capítulos, los principios generales relativos a la protección de datos, prescribe los derechos de sus titulares, regula la actividad de los usuarios y responsables de archivos, registros y bancos de datos, estatuye un órgano de control, contempla sanciones administrativas e incorpora dos figuras penales.

IX. PROCEDIMIENTO DEL HÁBEAS DATA

El hábeas data es un procedimiento operativo; por consiguiente, tiene plena vigencia desde su propia inserción en la Constitución formal.

Al haber sido considerado por el constituyente como una especie de amparo, entendíamos que a falta de una legislación específica que regulara su trámite era de aplicación la correspondiente a la acción de amparo. No obstante ello, a partir de la sanción de ley 25.326 la acción tiene su regulación específica, con sus propias características y régimen procesal diferenciado¹¹.

La jurisprudencia anterior a la sanción de la ley 25.326 se había inclinado por considerar al hábeas data como una modalidad del amparo. En tal sentido, pueden citarse las afirmaciones que surgen de algunos de los votos emitidos por los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Urteaga"¹². Los jueces Augusto C. Belluscio y Guillermo A. F. López aluden a "amparo informativo"

¹⁰ Sancionada el 4 de octubre de 2000. Promulgada parcialmente el 30 de octubre de 2000 por el Poder Ejecutivo mediante dec. 995 (con el veto a los arts. 47 y 29, incs. 2° y 3°) y publicada en el Boletín Oficial el 2 de noviembre de 2000.

¹¹ Ver ley 25.326, cap. VII (arts. 33 a 48).

¹² Fallos 321:2767, caso "Urteaga, Facundo Raúl v. Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de las FF.AA. s/amparo ley 16.986" del 15/10/1998.

(considerando 7°); el juez Carlos S. Fayt sostiene que la naturaleza consustancial entre el amparo y el hábeas data surge incontrastable del debate constitucional, para luego referirse al “amparo genérico”, deduciéndose entonces que para aquél, el hábeas data es un amparo específico (considerando 12, párr. 2°) y el juez Gustavo A. Bossert, partiendo del texto expreso del art. 43 de la Constitución, afirma que aunque el párrafo tercero organiza la acción de hábeas data con requisitos propios y determinados objetivos, el comienzo de dicho párrafo indica que se trata de una forma específica de la acción de amparo establecida en términos genéricos en el párr. 1° (considerando 22, párr. 3°).

No obstante ello, en el mismo fallo es de destacar el voto del juez Enrique S. Petracchi, quien distinguió el hábeas data de la acción de amparo al sostener: “El objeto específico de la acción tendiente a obtener acceso a los datos obrantes en los registros estatales, de donde pudiera resultar el destino del hermano desaparecido del accionante, es la obtención de datos, y por lo tanto, sólo resulta viable mediante hábeas data [...] Aun cuando se apliquen las reglas procesales correspondientes a la acción de amparo, a fin de garantizar un recurso veloz y sin trabas, ello no alcanza a transformar el objeto de la pretensión en el propio de la acción consagrada en el art. 43, párrafo primero, de la Constitución nacional, ya que no se intenta hacer cesar ningún acto u omisión lesivo de derechos y garantías manifiestamente ilegítimo o arbitrario, sino que se solicita el acceso a datos, ámbito específico del hábeas data”¹³.

Si alguna duda quedaba respecto de la naturaleza jurídica de esta garantía constitucional, ella ha sido despejada por la propia ley 25.326, reguladora del hábeas data, que la contempla como un sub tipo de amparo en cuanto refiere:

La acción de hábeas data tramitará según las disposiciones de la presente ley y por el procedimiento que corresponde a la acción de amparo común y supletoriamente por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en lo atinente al juicio sumarísimo [art. 37].

En efecto, los requisitos de procedencia de la acción de protección de los datos personales o de hábeas data, como la denomina la ley, no son los mismos que los del amparo ordinario previsto en el primer párrafo del art. 43 de la CN.

Como mencionáramos en el apartado IV, la acción de protección de los datos personales o de hábeas data procederá: a) para tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proporcionar in-

¹³ Fallos 321:2767, caso “Urteaga” (voto del doctor Enrique S. Petracchi).

formes y de la finalidad de aquéllos; b) en los casos en que se presuma la falsedad, inexactitud, desactualización de la información de que se trata o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido en la presente ley, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización (art. 33). Basta que la información que le atañe al accionante resulta discriminatoria, falsa o inexacta (art. 38). En ese sentido, no se requiere probar arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en la confección del archivo o base de datos, como sí se exige respecto del acto cuestionado en el amparo genérico.

Sin embargo, de acuerdo con las previsiones de la ley, la acción no quedaría expedita inmediatamente. La ley exige al afectado un requerimiento previo al titular del registro o archivo para acceder a la información de sus datos personales (art. 14, inc. 1°) quien debe proporcionar la información solicitada dentro de los diez días corridos de haber sido intimado fehacientemente. Vencido el plazo sin que se satisfaga el pedido o si evacuado el informe, éste se estimara insuficiente, quedará expedita la acción de protección de los datos personales o de hábeas data prevista en esta ley (art. 14, inc. 2°). Asimismo, para proceder a la rectificación, supresión o actualización de los datos personales del afectado, el responsable o usuario del banco de datos tiene un plazo máximo de cinco días hábiles de recibido el reclamo del titular de los datos o advertido el error o falsedad. El incumplimiento de esta obligación dentro del término acordado habilitará al interesado a promover sin más la acción de protección de los datos personales o de *hábeas data* prevista en la presente ley (art. 16, incs. 1°, 2° y 3°).

Esta exigencia legal del requerimiento previo o de instancia prejudicial es objetable a la luz de lo previsto en el texto constitucional que no lo contempla, cuando establece que toda persona podrá interponer esta acción –aludiendo a la acción expedita y rápida de amparo– para tomar conocimiento de los datos a ella referidos (art. 43, párr. 3°). Sin perjuicio de ello, puede considerarse entonces que al ser una especie de amparo, si no existe una vía judicial más idónea, el hábeas data debe tramitar por el procedimiento más expeditivo.

Más recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Martínez, Matilde Susana v. Organización Veraz SA”¹⁴, caso en el que estaba en tela de juicio el alcance de la ley 25.326, reglamentaria del art. 43 de la Constitución Nacional, sostuvo: “De conformidad con los arts. 4, incs. 4° y 5°, 26 y 33 de la ley referida, los datos registrados... deben ser exactos y completos; vale decir, no es suficiente con que la información haya sido registrada y transmitida sin ‘arbitrariedad manifiesta’, sino que tiene que ser precisa. En tal

¹⁴ Caso “Martínez, Matilde Susana v. Organización Veraz SA”, 5/4/2005, Fallos 328:797.

sentido, lo expresado en el art. 43 de la Constitución Nacional con relación al derecho del afectado en obtener la supresión o rectificación de toda información personal que incurra en 'falsedad' debe ser interpretado conforme a los términos de la respectiva ley reglamentaria... Al respecto el art. 33 de la ley 25.326 confiere la acción de protección de los datos personales toda vez que la información registrada sea incompleta o inexacta, por lo que su procedencia debe ser juzgada conforme a estos parámetros" (considerando 4°).

En ese orden de cosas, en el mismo fallo se ha dicho: "Si bien el tratamiento de ambos institutos se ubica en la misma norma de la Constitución Nacional, la acción de hábeas data "a diferencia del amparo" tiene un objeto preciso y concreto que consiste básicamente en permitir al interesado controlar la veracidad de la información y el uso que de ella se haga... No cabe sujetar la procedencia de la acción de hábeas data a la comisión de conductas arbitrarias e ilegítimas, recaudos propios de la acción de amparo, pero no de aquélla"¹⁵.

Mediante el dec. 1558/2001¹⁶, se aprobó la reglamentación de la ley 25.326, respecto de la cual de acuerdo con lo normado en el art. 44, las disposiciones contenidas en los caps. I, II, III y IV y art. 32, son de orden público y de aplicación en lo pertinente en todo el territorio nacional. En ese orden de cosas, es dable señalar que las normas contenidas en el cap. VII, relativo a la acción de protección de los datos personales, por tratarse de disposiciones de contenido procesal escapan a la reglamentación, quedando ello reservado a cada provincia.

¹⁵ Fallos 328:797, disidencia de la jueza Elena I. Highton de Nolasco.

¹⁶ Promulgado el 29/11/2001 y publicado en el BO el 3/12/2001.

CAPÍTULO XIX EL PODER EJECUTIVO

I. ACOTACIÓN PRELIMINAR

El reconocimiento de la teoría de la división de funciones, formulada por Montesquieu, nos lleva a distinguir la existencia de tres poderes en el Estado, cuyas atribuciones están ejercidas por distintos órganos. Ellos son los poderes constituidos, que en nuestro régimen constitucional denominamos *Poder Ejecutivo*, *Poder Legislativo* y *Poder Judicial*.

La Constitución Nacional, en su parte segunda, titulada "Autoridades de la Nación", en el título primero, dedicado al "Gobierno federal", regula la estructura orgánica y funcional de estos poderes constituidos. En tres secciones sucesivas, nuestros constituyentes agruparon las normas aplicables al Poder Legislativo (sección primera), al Poder Ejecutivo (sección segunda) y al Poder Judicial (sección tercera)¹.

Si bien no se puede afirmar que en la organización institucional del Estado uno de los poderes constituidos tenga superioridad sobre los otros, lo cierto es que el orden de enunciación de ellos obedece a determinadas realidades políticas. Las constituciones que surgieron como consecuencia del constitucionalismo liberal y su difusión reconocieron en el Poder Legislativo el centro de gravedad del poder. Él representaba la emanación más directa y genuina del principio de la soberanía popular.

En la actualidad, en cambio, en la repartición orgánica de las diversas funciones estatales se otorga clara preeminencia a la actividad

¹ No empece a esta conclusión la incorporación de una cuarta sección destinada al Ministerio Público, órgano al cual no le reconocemos la categoría de cuarto poder del Estado. El tema lo analizaremos en el capítulo XXIV.

ejecutiva. Así lo reconocen, incluso, algunas constituciones, al enunciarlo en primer término².

En el plano jurídico, esta realidad se ve reflejada en el amplio desarrollo que ha adquirido en las últimas décadas el derecho administrativo —prioritariamente vinculado con las atribuciones del órgano ejecutivo— y en el letargo de otras disciplinas jurídicas, como el derecho parlamentario, de más lenta y dificultosa evolución.

En nuestro país algunos programas universitarios, adecuándose a la realidad, comienzan el estudio de los poderes constituidos con el análisis del Poder Ejecutivo. Ello explica, también, el criterio que hemos preferido seguir en esta obra. No se trata, obviamente, de la formulación de un criterio axiológico sino del simple reconocimiento de la realidad.

Tanto los antecedentes históricos, que preceden a la Constitución, como las fuentes ideológicas que le dan fundamento, convergen en la necesidad de crear un Poder Ejecutivo fuerte. En él se concentran, entre otras funciones, las jefaturas de Estado y de gobierno, la de la Administración Pública y la de las fuerzas armadas.

En la República Argentina, la propia dinámica constitucional del federalismo ha ido ensanchando las atribuciones del gobierno federal, en desmedro de las autonomías provinciales (repetidas intervenciones federales, abuso del estado de sitio, injusta repartición de los recursos económicos, etc.). También contribuyeron a acentuar este proceso centralizador los gobiernos *de facto* y el evidente caudillaje de algunos presidentes.

Esta situación benefició al Poder Ejecutivo, órgano que fue ampliando sus funciones aun a costa de evidentes patologías constitucionales (reiterados estados de emergencia, exceso en la delegación de funciones legislativas, adopción de nuevas modalidades de intervención en el proceso de formación y sanción de las leyes, etc.).

El órgano ejecutivo, así fortalecido, ha adquirido un protagonismo muy acentuado que lo ubica en el liderazgo de la escena política. Los peligros de esta situación también están latentes. Cuanto mayor es la importancia y vitalidad de un órgano, mayor es el peligro potencial de su exceso y consecuente desborde institucional.

La reforma de 1994 se inclinó por otorgarle reconocimiento en el texto constitucional a buena parte de estas atribuciones, que el Poder Ejecutivo había acaparado en la práctica, en desmedro de los otros poderes del Estado, muy particularmente de las correspondientes al Poder Legislativo.

² Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Francia de 1958.

II. EL PODER EJECUTIVO: CONCEPTO, FUNCIONES Y CARACTERES

Denominamos “Poder Ejecutivo” a aquel órgano del Estado que ejerce, como poder constituido, la dirección política de éste y es el encargado de su administración. De ahí que también se lo llame “poder administrador”.

La dinámica constitucional nos muestra que la división de funciones no es terminante. La separación de poderes no implica la existencia de compartimientos estancos ni la asignación de actividades excluyentes. Las mismas funciones las hallamos parcialmente en todos los poderes estatales.

El Poder Ejecutivo ostenta, primaria y principalmente, el ejercicio de la función administrativa, aun cuando también hay competencia de esta índole en los órganos legislativo y judicial.

Es función del Poder Ejecutivo la conducción de la política gubernativa. Es este órgano el que ejerce el liderazgo político y tiene a su cargo la aplicación no sólo de sus propias decisiones, sino también de las que derivan de los otros órganos del poder.

Desde la perspectiva histórica, el Poder Ejecutivo es el poder originario. La primera autoridad que hallamos en la historia ha estado retenida por el órgano ejecutivo. Luego, en una evolución posterior, las funciones legislativa y judicial se desprenden de ese núcleo primario y son atribuidas a órganos propios. Éstos tendrán, en consecuencia, carácter derivado.

Se trata de un poder continuo, porque no admite interrupciones en su accionar. No conoce ni admite recesos, porque es el órgano rector de la conducción política del Estado. Nuestra Constitución admite la posibilidad de delegar el ejercicio del Poder Ejecutivo y previene y repara con inmediatez la ausencia de poder.

El Poder Ejecutivo es esencialmente político. Si bien pensamos que todos los poderes del Estado lo son, algunos de ellos resultan evidentemente más políticos (el Ejecutivo y el Legislativo) y otros, menos (el Judicial).

El órgano ejecutivo, al asumir su función gubernamental, debe solucionar —al compás de los sucesos— los asuntos ordinarios y excepcionales que afectan la unidad política del Estado y los intereses nacionales. Es el motor permanente de la ejecución política.

En nuestro país, otro rasgo distintivo lo constituye su carácter unipersonal: el art. 87 de la Constitución Nacional lo identifica con el “presidente de la Nación Argentina”.

Esta posición ha sido criticada por una parte de la doctrina nacional —Matienzo, Marienhoff, Ekmekdjian— para la cual nuestro Poder

Ejecutivo es colegiado. Se fundamenta en la existencia de los ministros que acompañan al presidente. El art. 100 de la Constitución requiere la firma de ellos para convalidar la del propio presidente. Es lo que se conoce con la denominación de "refrendo ministerial". Sin el cumplimiento de este requisito los actos del presidente carecen de valor³.

La tesis de la unipersonalidad —sostenida por Linares Quintana, Bidart Campos y Bidegain, entre otros— afirma que el texto de la Constitución es suficiente para descartar el carácter colegiado, en cuanto enuncia que "el Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de presidente de la Nación" (art. 87)⁴. El art. 99, al hacer referencia a las facultades del órgano ejecutivo, establece: "El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...]". Esta última norma dispone, además, en su inc. 7°, que el presidente de la Nación es quien designa y remueve, por sí mismo, al jefe de Gabinete de Ministros y a los demás ministros del despacho. La claridad de las normas mencionadas, a nuestro parecer, evidencia el carácter estrictamente unipersonal del Poder Ejecutivo y le hace perder fuerza al criterio pluripersonal.

III. SISTEMAS DE ORGANIZACIÓN EJECUTIVA

a) El parlamentarismo

El sistema parlamentario tuvo origen en Inglaterra, de donde pasó a casi toda Europa. El régimen inglés se fue conformando merced a una larga lucha de la nobleza primero, a la cual se sumó tiempo después la burguesía.

La Carta Magna que el rey Juan sin Tierra se vio obligado a conceder a los barones, en 1215, significó una limitación importante de los poderes de la monarquía. De allí en adelante, la lenta formación del Parlamento y la lucha de éste contra el rey fueron limitando los poderes de la Corona y, a su costa, se fue nutriendo el Parlamento en creciente formación.

En los sistemas parlamentarios el Poder Ejecutivo es dual. Existe un jefe de Estado, investido de una prominente autoridad moral y

³ MATIENZO, José N., *El gobierno representativo federal*, Imprenta Coni, Buenos Aires, 1910, ps. 131/4 y 168/9; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, ps. 497/8; EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Manual de la Constitución Argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 426.

⁴ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. IX, 2ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, p. 633; BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 196; BIDEGAIN, Carlos M., *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, t. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 171.

símbolo de la unidad nacional y un jefe de gobierno, responsable de la dirección política de éste ante el Parlamento, que incluso puede obligarlo a dimitir. Su elección también emana del órgano legislativo.

La dualidad del régimen parlamentario lo hace compatible tanto con sistemas monárquicos como con gobiernos republicanos. El jefe de Estado, por consiguiente, puede ser un rey (Inglaterra, España) o un presidente (Francia, Italia).

El jefe de gobierno es habitualmente el primer ministro, aunque a veces recibe otras denominaciones, como "canciller" (Alemania), "presidente" (España) o "presidente del Consejo de Ministros" (Italia).

El régimen parlamentario es de colaboración de poderes y se caracteriza por tres ideas básicas: 1) están diferenciadas las funciones confiadas a distintos órganos; 2) los órganos no están rigurosamente especializados, y 3) los poderes políticos ejercen una acción recíproca, careciendo de una diferenciación rigurosa.

En consecuencia, la diferenciación de poderes, la colaboración funcional y la dependencia orgánica son las notas que distinguen al sistema parlamentario.

Las relaciones entre el Poder Legislativo (Parlamento) y el gobierno (así se denomina al Poder Ejecutivo, que ejerce el gobierno) son necesariamente fluidas, porque hay un permanente intercambio de energía política, conforme a las reglas de juego establecidas. La pauta principal es la de la relación fiduciaria. El gobierno depende del Parlamento para continuar su gestión o, en defecto de éste, debe recurrir al pueblo, para que él arbitre.

En el parlamentarismo se dispone de instrumentos que permiten evitar la ruptura del sistema cuando hay exceso de tensión en él. Ellos son: la moción de censura y la disolución anticipada del Poder Legislativo. La moción de censura es consecuencia directa de la relación fiduciaria entre el Parlamento y el gobierno, y consiste en la posibilidad de éste de provocar la dimisión del gabinete cuando surgen discrepancias graves. Es una manifestación de la responsabilidad política del gobierno ante el Parlamento.

La disolución anticipada de la Asamblea Legislativa es la contramedida que puede adoptar el jefe de Estado para hacer frente a la presión que el Parlamento puede ejercer sobre el gobierno. Representa una suerte de *provocatio ad populum*, por la cual, ante un conflicto entre los dos poderes —Legislativo y Ejecutivo—, se requiere el arbitraje del pueblo soberano a los efectos de resolverlo. Si el cuerpo electoral elige una nueva Asamblea de composición similar a la anterior, el gobierno sale perdidioso y debe ceder el espacio político al Parlamento.

Por el contrario, si la composición de la nueva Asamblea difiere y favorece al gobierno, éste habrá salido fortalecido y consolidará su posición, neutralizando las presiones.

El equilibrio elástico y real de los poderes del Estado es una de las características del sistema parlamentario, a diferencia de lo que sucede en el presidencialismo, en el cual el equilibrio es más rígido y formal.

b) El presidencialismo

El sistema presidencial tuvo su origen y más amplio desarrollo en los Estados Unidos, desde donde se difundió a otros países, en especial los de América latina.

Nuestra Constitución Nacional de 1853 adoptó el sistema presidencialista siguiendo el modelo de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, además de los propios antecedentes históricos nacionales, que reclamaban un Poder Ejecutivo fuerte y concentrado.

Juan B. Alberdi, antes de ser sancionada nuestra Constitución Nacional, reclamaba que se diera la mayor preponderancia posible al Poder Ejecutivo, con la condición de que ese poder tan amplio estuviese reglado en una Constitución.

Importantes expositores de la ciencia política, como Maurice Duverger y Karl Loewenstein, ubican al presidencialismo dentro de los regímenes políticos de separación de poderes, en tanto que el parlamentarismo —como lo hemos expresado— sería un sistema de colaboración de poderes⁵.

En el sistema presidencialista, la elección del titular del Poder Ejecutivo emana directa o indirectamente del pueblo, lo cual contribuye a otorgarle un acentuado liderazgo político.

Funcionalmente, resume en su titular —por lo general, denominado “presidente”— las máximas jefaturas de Estado y de gobierno. Esta circunstancia, unida a otros factores políticos, psicológicos y sociológicos, ha permitido que su extraordinaria gravitación provoque, como lógica consecuencia, un debilitamiento gradual y progresivo del Poder Legislativo.

Cuando el presidente logra ejercer un auténtico liderazgo político su figura es hegemónica y su gravitación llega a ser tan grande que la ciudadanía lo identifica con el gobierno todo.

Paralelamente, la vastedad de sus atribuciones lo somete a un continuo desgaste. Si el presidente no logra mantener el consenso, pierde

⁵ Conf. DUVERGER, Maurice, *Francia: Parlamento o presidencia*, Taurus, Madrid, 1961, ps. 13 y ss.; LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1982, ps. 131 y ss.

su liderazgo y, llegado el caso, dada la excesiva rigidez del sistema, su reemplazo es prácticamente imposible. Al no haber, en estos casos, métodos ágiles para la solución de conflictos, el equilibrio de poderes es formal y rígido, basado principalmente en la norma constitucional, más que en la realidad política.

Otra característica del presidencialismo es que siempre está incorporado a una república, a diferencia del sistema parlamentario, que puede desarrollarse tanto en una república como en una monarquía constitucional.

La institución del juicio político, prevista, por lo general, en las constituciones que adoptaron el presidencialismo, es un mecanismo de muy difícil operatividad.

En la República Argentina nunca fue aplicado el juicio político para remover a un presidente. La consecuencia que genera esta falta de elasticidad es también negativa: la caída del Poder Ejecutivo puede generar la ruptura del sistema.

En el régimen presidencialista hay separación de poderes, porque cada órgano estatal ejerce su competencia sin perjuicio del control y la fiscalización recíprocos entre ellos. La separación, empero, no es absoluta, pues cada órgano lleva a cabo también en su esfera algunos actos propios de la naturaleza de otros órganos.

c) El Poder Ejecutivo colegiado

Recibe la denominación de “Poder Ejecutivo colegiado” aquel cuya titularidad está en manos de más de dos personas, forma de organización poco frecuente de hallar aun en el derecho comparado.

La Constitución de Suiza de 1874 dispone que “la autoridad directorial y ejecutiva suprema de la Confederación es ejercida por un Consejo Federal compuesto de siete miembros” (art. 95). Los miembros del Consejo, que deben pertenecer a cantones diversos, son elegidos por la ciudadanía y se los nombra por cuatro años.

Durante algún tiempo, la República Oriental del Uruguay conoció un sistema de ejecutivo colegiado, que conforme a la Constitución de ese país de 1952 era desempeñado por el Consejo Nacional de Gobierno (art. 149). Este órgano estaba integrado por nueve miembros, elegidos directamente por el pueblo, con igual número de suplentes, mediante la Ley de Lemas (art. 150).

En abierta discrepancia de toda forma de gobierno que no consagre una autoridad superior unipersonal, afirma Cassagne: “La historia de las instituciones políticas demuestra la absoluta ineficacia de los

gobiernos de dos o tres cabezas, porque toda diarquía o triunvirato suele terminar en un conflicto prácticamente insoluble”⁶.

Por nuestra parte, creemos que en esta materia no cabe formular juicios apriorísticos. El interrogante acerca de cuál es la mejor forma de gobierno no tiene una sola respuesta, sino varias, según las circunstancias reales a las cuales se la pretende aplicar.

Enseñaba Alberdi que ante la pregunta sobre cuál forma monárquica o republicana es mejor, deberíamos inquirir de cuál monarquía o república se trata⁷.

d) El régimen de asamblea

Si bien esta denominación ha sido empleada por la doctrina con significaciones diversas, en nuestro caso la reservamos para aquellos regímenes políticos que constitucionalmente consagran la preeminencia formal del Poder Legislativo sobre los demás poderes del Estado.

Un ejemplo de este sistema lo hallamos en la Constitución de Cuba de 1976, cuyo art. 70 expresa:

La Asamblea Nacional del Poder Popular es el órgano supremo del poder del Estado. Representa y expresa la voluntad soberana de todo el pueblo [art. 69].

Dicha Asamblea está investida de atribuciones constituyentes (art. 70), legislativas (art. 75) y de control de constitucionalidad (art. 75, inc. c]). También elige al Consejo de Estado, cuyo presidente es el jefe de Estado y jefe de gobierno (art. 74). Sus miembros son elegidos por voto directo.

La supremacía del órgano legislativo es, sin embargo, aparente, debido a que el régimen está fundado sobre la base de un partido político único, que es el que determina, en definitiva, quiénes integrarán dicha Asamblea, quién desempeñará la presidencia del Consejo, etcétera.

IV. EL LIDERAZGO DEL PODER EJECUTIVO

Si bien las constituciones, en sus textos, no suelen privilegiar a un poder sobre los demás porque esta falta de balance perjudicaría la libertad, lo cierto es que en la práctica uno de ellos termina prevaleciendo sobre los demás.

⁶ CASSAGNE, Juan C., “En torno al jefe de Gabinete”, LL 1994-E-1267.

⁷ ALBERDI, Juan B., *Obras escogidas*, t. VIII, Luz del Día, Buenos Aires, 1954, p. 53.

En los regímenes presidencialistas, esta superioridad del órgano ejecutivo está latente en su propia génesis por la concentración de facultades que en él se han reunido. De allí que no debe extrañar que el funcionamiento dinámico del sistema le depara al Poder Ejecutivo un indudable liderazgo, que se manifiesta y afianza aún más en épocas de crisis y emergencias.

En los sistemas parlamentarios, si bien tienen raigambre monárquica, se parte de la idea inicial de un poder compartido e interdependiente, en que el órgano legislativo —el Parlamento— concentra atribuciones relevantes, que incluyen, por lo general, la elección del gobierno, al cual pueden asimismo destituir.

Sin embargo, también en los países de organización parlamentaria ha comenzado a preocupar el liderazgo del Poder Ejecutivo —llamado “gobierno”—, que se ha convertido en una realidad del mundo contemporáneo.

Resulta complejo —y escapa de las posibilidades de esta obra— efectuar un estudio exhaustivo de las razones que llevan a esta falta de equilibrio entre los poderes, con inclinación repetida e intensa hacia el Poder Ejecutivo; pero no nos sustraeremos de enunciar tan solo algunas de ellas, que pueden ser de índole política, sociológica, psicológica, etcétera.

Entre las causas políticas que influyen en esta supremacía cabe mencionar: el carácter unipersonal o dual de la mayoría de los regímenes políticos del mundo; la continuidad del Poder Ejecutivo como rasgo diferenciador del resto de los poderes; la superior dinámica e inmediatez que esta forma de organización presenta con referencia a los órganos colegiados.

Como componentes sociológicos dignos de análisis podemos citar los requerimientos de la comunidad, en oportunidades más proclive a la aceptación de una autoridad personal, siempre más accesible e inmediata que la que emana de las leyes y de los órganos pluripersonales. En ciertas sociedades, el fenómeno del caudillaje carismático actúa como predisponente del medio social.

También creemos que hay que tomar en cuenta razones psicológicas, como aquellas que hacen que determinadas personas ejerzan una influencia mayor sobre las demás, generando una autoridad que consolida al grupo social, siempre necesitado de un líder.

Todo ello exige que el tratamiento de esta problemática sea encarado con un enfoque amplio e interdisciplinario porque su complejidad y amplitud hacen que escape de la posibilidad de un mero abordaje jurídico-político.

V. ANTECEDENTES DEL PODER EJECUTIVO ARGENTINO

Los antecedentes patrios convergen en la necesidad de institucionalizar un Poder Ejecutivo fuerte y concentrado siguiendo, en buena medida, el pensamiento de Alberdi, sustentado en las *Bases*.

Si bien nuestras primeras experiencias de gobierno mostraron tendencias proclives a la aceptación de formas de organización de tipo colegiado, éstas fueron prontamente descartadas y se volvió al régimen de Ejecutivo unipersonal y dotado de facultades relevantes que todavía parece acaparar las preferencias políticas.

El 25 de mayo de 1810, el Cabildo de Buenos Aires resolvió crear una Junta Provisoria Gubernativa compuesta por nueve miembros.

El 18 de diciembre del mismo año se constituyó la Junta Superior de Gobierno —conocida como “Junta Grande”— como consecuencia de la incorporación de los diputados del interior. Estos hechos representan las primeras manifestaciones tendientes a institucionalizar un Ejecutivo colegiado en nuestro país.

El 23 de septiembre de 1811, la propia Junta Superior de Gobierno, advirtiendo las dificultades que planteaba un Ejecutivo numeroso, resolvió crear el Triunvirato, compuesto por tres vocales y tres secretarios sin voto, siendo sus primeros integrantes Juan José Paso, Feliciano A. Chiclana y Manuel de Sarratea. Este gobierno fue depuesto por la revolución del 8 de octubre de 1812, oportunidad en que se constituyó —por mandato del Cabildo, que había reasumido la autoridad— el Segundo Triunvirato.

El 22 de enero de 1814, la Asamblea de 1813 decidió que el Poder Ejecutivo debía estar concentrado en una única persona; en consecuencia, reemplazó al Triunvirato por un director supremo de las Provincias Unidas que sería secundado por un Consejo de Estado. Se nombró como primer director supremo a Gervasio Antonio Posadas.

Esta modificación marcaría, en nuestra historia constitucional, el definitivo relegamiento de los sistemas colegiados de organización del Poder Ejecutivo que hasta el presente no se han repetido.

La figura del director de Estado como titular del Poder Ejecutivo fue mantenida en el Estatuto Provisorio de 1815 (art. I, cap. 1, sección tercera), en el Reglamento de 1817 (art. 1º, cap. I, sección tercera) y en la Constitución de 1819 (art. LVI, cap. I, sección III).

El 7 de febrero de 1826, el Congreso Constituyente de 1824 creó un Ejecutivo también de naturaleza unipersonal y concentrada, que puso a cargo de un presidente. Fue, en tales circunstancias, Bernardino Rivadavia quien desempeñó, por primera vez en nuestro país, esa magistratura.

La Constitución de 1826 estableció en su art. 68:

El Poder Ejecutivo de la Nación, se confía y encarga a una sola persona, bajo el título de presidente de la República Argentina.

En 1853, esta institución fue incorporada a nuestra Constitución originaria y mantenida por todas las reformas constitucionales.

Nuestros constituyentes de 1853 prefirieron inspirarse en el modelo del presidencialismo norteamericano, en el pensamiento de Alberdi y en los precedentes ya mencionados, alejándose, con ello, del antecedente de la Constitución de Suiza de 1848, que había organizado un órgano ejecutivo colegiado.

VI. LA OPINIÓN DE ALBERDI

Alberdi dedicó el capítulo XXV de sus *Bases* a poner de manifiesto su concepción acerca de cuál era la forma de organización del Poder Ejecutivo que más se adaptaba a nuestras necesidades.

En el pensamiento de Alberdi estaba implícito un claro respaldo al régimen presidencialista. Sin embargo, advertía que en la conformación del Poder Ejecutivo nuestra Ley Fundamental debía establecer diferencias con respecto a la Constitución norteamericana de 1787. Expresaba en tal sentido: “Este es uno de los rasgos en que nuestra Constitución hispanoargentina debe separarse del ejemplo de la Constitución federal de los Estados Unidos”⁸.

Siguiendo esas reflexiones reclamaba que no había que olvidar los antecedentes, la energía y el vigor con que las leyes de Indias habían dotado a sus gobernantes —en especial, los virreyes— en nuestras tierras. Esa fortaleza —a criterio del gran pensador tucumano— era la única que podía resguardar el logro del orden y la paz como valores fundamentales para sustentar el progreso.

Por lo demás, expresaba: “El fin de la revolución estará salvado con establecer el origen democrático y representativo del poder, y su carácter constitucional y responsable”⁹.

Alberdi estaba, por aquel entonces, muy bien impresionado por la Constitución de Chile de 1833, que “ha hecho ver que entre la falta absoluta de gobierno y el gobierno dictatorial hay un gobierno regular posible; y ése es el de un presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey, en el instante que la anarquía le desobedece como presidente republicano”. Además, recordaba con proverbial

⁸ ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Sopena Argentina, Buenos Aires, 1957, cap. XXV, p. 140.

⁹ ALBERDI, Juan B., *Bases...*, cit., p. 141.

respeto el comentario de Juan Egaña acerca de la flexibilidad de esa Constitución, la cual —expresaba el pensador chileno— “es tan adaptable a una monarquía mixta como a una república”¹⁰.

Fue en este capítulo XXV de su obra donde Alberdi vertió una de sus recomendaciones más conocidas para edificar las bases de la Organización Nacional: “Dad al Poder Ejecutivo todo el poder posible, pero dádselo por medio de una constitución”¹¹.

VII. EL PODER EJECUTIVO EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

La Constitución Nacional, en su parte orgánica, dedica la sección segunda al Poder Ejecutivo, analizando en forma sucesiva, en cuatro capítulos diferentes, su naturaleza y duración (arts. 87 a 93), la forma y la época de la elección del presidente y el vicepresidente de la Nación (arts. 94 a 98), las atribuciones del Poder Ejecutivo (art. 99) y las del jefe de Gabinete y los demás ministros del Poder Ejecutivo (arts. 100 a 107).

El art. 87 se refiere al carácter unipersonal del Poder Ejecutivo y a su denominación. A este respecto, dispone que el ciudadano que lo desempeñe lo hará con el título de “presidente de la Nación Argentina”. Es ésta, por otra parte, la denominación referida por la Constitución también en otras normas (arts. 40, 58, 59, 61, 63, 88, 89, 91, 94, 97, 98, 99, 100, incs. 2° y 4°, 109, 112 y disposiciones transitorias décima y decimosexta).

Sin embargo, la propia Constitución Nacional también lo refiere ocasionalmente como “presidente de la República” (arts. 23 y 75, inc. 21 y disposición transitoria duodécima).

Sin perjuicio de la claridad de dichas normas constitucionales y del uso indistinto de ambas expresiones, creemos que desde la perspectiva jurídico-política es preferible la denominación de “presidente de la República”.

El lenguaje corriente también utiliza las expresiones “presidente del Estado”, “primer mandatario” o “primer magistrado”.

a) Condiciones de elegibilidad

El acceso a los cargos de presidente y vicepresidente de la República exige el cumplimiento de ciertos requisitos. Así, el art. 89 dispone:

¹⁰ ALBERDI, Juan B., *Bases...*, cit., p. 142.

¹¹ ALBERDI, Juan B., *Bases...*, cit., p. 143.

Para ser elegido presidente o vicepresidente de la Nación, se requiere haber nacido en el territorio argentino, o ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero; y las demás calidades exigidas para ser electo senador.

El primer requisito se refiere a la nacionalidad. Tanto el presidente como el vicepresidente deben ser argentinos nativos o por opción. No pueden ser, en consecuencia, extranjeros, ni tampoco argentinos naturalizados.

La posibilidad de que un argentino por opción ocupe la presidencia o la vicepresidencia de la República constituye una excepción al principio del *ius soli* —según el cual se adquiere la nacionalidad por el lugar del nacimiento— y había motivado controversias. Éstas perdieron relevancia después de la modificación introducida por la reforma de 1994 en el art. 75, inc. 12, de la Ley Fundamental. El tema ha sido analizado en el capítulo V, al cual remitimos.

Este virtual reconocimiento del principio del *ius sanguinis*, en tales circunstancias, tiene un claro sentido histórico. Antes de la sanción de la Constitución de 1853 eran muchos los argentinos que habían emigrado del país por razones políticas. Nuestros constituyentes, al amparo del anhelo de unidad nacional expresado en el Preámbulo, consideraron necesario permitir el eventual acceso a la presidencia o la vicepresidencia de la República de aquellas personas que se veían perjudicadas por esa situación.

La segunda condición requerida por el art. 89 está vinculada a “las demás calidades exigidas para ser electo senador”. Al respecto, el art. 55 de la Constitución Nacional exige, como requisitos para ser elegido senador, “tener la edad de treinta años, haber sido seis años ciudadano de la Nación, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella”.

Entendemos que sólo los dos primeros requisitos mencionados en dicha cláusula constitucional resultan de aplicación al presidente y al vicepresidente.

Antes de la reforma de 1994, entre las condiciones necesarias para ser elegido presidente o vicepresidente estaba incluida la de “pertenecer a la comunión católica apostólica romana”, requisito que fue excluido por la citada revisión constitucional. En la práctica, para verificar esa condición se exigía la prueba del bautismo, no mediando excomunión.

b) Procedimiento de elección

Nuestra Constitución originaria establecía en forma prolija y detallada el modo de la elección presidencial. Ningún otro procedimiento electoral había sido regulado en forma tan minuciosa por la propia Ley Fundamental, lo cual indica la importancia de la institución presidencial.

Era innegable, en este aspecto, la influencia de la Constitución norteamericana de 1787, que después de discutir propuestas acogió el sistema indirecto. También corresponde destacar la posición de Alberdi que propiciaba un sistema casi idéntico al establecido en los Estados Unidos.

La elección del presidente y el vicepresidente era realizada, conforme lo determinaba nuestra Constitución Nacional, mediante la utilización de un sistema indirecto, mayoritario y por distritos.

El procedimiento era indirecto porque el pueblo elegía a sus electores o intermediarios ("compromisarios" los llama la Constitución norteamericana) que desde hacía muchos años eran propuestos a la consideración del electorado por los partidos políticos. Estos electores, una vez elegidos, votaban para elegir al presidente y al vicepresidente.

Era un sistema mayoritario, en cuanto exigía la mayoría absoluta, o sea, más de la mitad de los electores, para que un candidato fuera consagrado presidente o vicepresidente.

La elección de electores era realizada por distritos. La Constitución establecía que cada provincia era un distrito electoral, al igual que la Capital Federal.

El proceso de elección constaba, básicamente, de tres etapas: a) la elección de electores; b) la reunión de las juntas electorales, y c) la Asamblea Legislativa.

La reforma constitucional de 1949 había establecido la elección directa, por distrito único y a simple pluralidad de sufragios, del presidente y el vicepresidente (art. 82).

La enmienda provisoria de 1972 también instituyó la elección directa y por distrito único, pero con mayoría absoluta de sufragios (art. 81). En caso de que no lograra esa mayoría ningún candidato había que recurrir al procedimiento establecido por la ley, aunque "observándose el principio de elección directa". Ello significaba la virtual implantación del sistema de doble vuelta.

La reforma de 1994 acogió también el sistema directo de elección del presidente y el vicepresidente, adoptando una variante particular que podemos designar como "de mayoría calificada y eventual doble vuelta". Este nuevo procedimiento de elección aparece regulado en los

arts. 94 a 98 de la Constitución. Además, a partir de la mencionada reforma la elección es realizada por fórmulas.

Dispone el art. 94:

El presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el pueblo, en doble vuelta, según lo establece esta Constitución. A este fin el territorio nacional conformará un distrito único.

Que la elección sea directa significa que el pueblo votará por candidatos previamente propuestos sin que haya intermediarios o compromisarios entre la voluntad popular y los candidatos, quienes a su vez fueron elegidos con antelación a la votación general, mediante elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias¹².

La doble vuelta constituye una modalidad electoral proveniente de los sistemas mayoritarios, según la cual, si el candidato más votado no obtiene una mayoría calificada de votos, se deberá efectuar inmediatamente una nueva elección, circunscripta a los candidatos más votados en la elección anterior. La referencia que hace la cláusula constitucional a la elección del presidente y el vicepresidente "en doble vuelta" es, empero, errónea. En realidad, estos funcionarios siempre son elegidos por mayoría calificada de votos, con eventual segunda vuelta para el caso de que no se haya logrado esa mayoría especial en la primera elección.

Que la elección sea por fórmulas significa que la propuesta de candidaturas deberá ser dual e inseparable, incluyendo un candidato para presidente y otro para vicepresidente. Se vota, en consecuencia, por fórmulas y no por candidatos individuales. Así surge de lo expresado en los arts. 96, 97 y 98 de la Constitución Nacional.

Para que la fórmula pueda ser consagrada en la primera vuelta electoral debe obtener alguna de estas dos mayorías calificadas: a) más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos (art. 97) o b) el cuarenta por ciento, por lo menos, de los votos afirmativos válidamente emitidos y que haya, además, una diferencia mayor de diez puntos porcentuales con respecto al total de los votos afirmativos válidamente emitidos de la fórmula que le sigue en número de votos (art. 98).

La expresión "votos afirmativos válidamente emitidos" indica que son computables aquellos que están dirigidos al apoyo de una fórmula

¹² La modalidad de elecciones primarias abiertas y obligatorias ha sido introducida por la ley 26.571 (publicada en el Boletín Oficial el 14/12/2009) llamada "Ley de democratización de la representación política, la transparencia y la equidad electoral". La ley ha utilizado la designación "primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (PASO)", pero cabe aclarar que en nuestra práctica histórica la elección de un precandidato en el ámbito de cada partido político se denominaba "elección interna".

previamente habilitada para participar en la elección y no se hallan sujetos a causales de nulidad. Quedan exceptuados, en consecuencia, los votos en blanco y los votos anulados.

La variante electoral del *ballottage* o segunda vuelta, se difundió a partir de la reforma introducida en 1962 en la Ley Fundamental de Francia de 1958; empero, a diferencia de la modalidad establecida por la reforma constitucional de 1994 en nuestro país, aquélla requiere la mayoría absoluta de votos para la consagración de candidatos en la primera vuelta¹³.

En el caso de que sea necesaria una segunda vuelta electoral, porque en la primera ninguna fórmula obtuvo las mayorías calificadas requeridas en los arts. 97 y 98 de la Constitución, deberá realizársela entre las dos fórmulas más votadas y dentro de los treinta días de celebrada la primera elección.

El art. 95 establece que “la elección se efectuará dentro de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del presidente en ejercicio”. Se trata de una norma incorporada por la reforma constitucional de 1994, supliendo, con buen criterio, el silencio que mantenía la Constitución antes de esa modificación. Tal omisión hacía que la fecha de la elección presidencial fuese manipulada por el gobierno de turno procurando hacerla coincidir con el mejor momento político de éste, aun cuando estuviere distante del día en que se debía producir el traspaso del mandato. Cabe esperar que los comportamientos políticos acompañen con un irrestricto acatamiento a la nueva cláusula constitucional.

c) Duración y reelegibilidad

El art. 90 de la Constitución Nacional dispone:

El presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo.

Esta norma, que proviene de la reforma de 1994, modificó el criterio de nuestros constituyentes originarios que habían optado por un mandato más extenso (seis años) y prohibido la reelección inmediata del presidente y el vicepresidente. Tal posición era una muestra de la preocupación del constituyente por evitar que aquéllos se perpetuaran

¹³ En el derecho público provincial, las Constituciones del Chaco de 1994 (art. 133), Corrientes de 2007 (arts. 157 y 158) y Tierra del Fuego de 1991 (art. 203) establecen, con distintas modalidades, el mismo sistema de eventual segunda vuelta para la elección de gobernador y vicegobernador.

en el cargo. Había, por lo demás, antecedentes históricos que justificaban esta prevención.

No extraña, por ello, que el propio constituyente creyera necesario establecer en otra norma de la Ley Fundamental que “el presidente de la Nación cesa en el poder el mismo día en que expira su período de cuatro años; sin que evento alguno que lo haya interrumpido, pueda ser motivo de que se le complete más tarde” (art. 91).

La duración originaria del mandato presidencial resultaba extensa si se la comparaba con los plazos vigentes en otros países. En los Estados Unidos, el tema había sido objeto de debate en la Convención de Filadelfia, en la cual confrontaron criterios disímiles. En tanto que algunos congresales consideraban que el presidente de ese país debía durar siete años en sus funciones, sin posibilidad de reelección, otros preferían acortar el plazo a cuatro años y permitir la reelección. Finalmente prevaleció este criterio.

El primer presidente norteamericano, George Washington, gobernó durante dos períodos y, pese a ser tentado para ejercer un tercer mandato, se retiró del cargo porque entendió que la prudencia aconsejaba no aceptar más de una reelección. Quedó consagrado así un verdadero mandato moral, seguido por los sucesores de aquél hasta que fue quebrado por el presidente Franklin Delano Roosevelt, reelegido en 1944 para un cuarto período.

Sin embargo, este hecho generó, poco tiempo después (1947), la necesidad de introducir la XXII enmienda en esa Constitución, consagrando la posibilidad de una sola reelección.

Nuestros constituyentes de 1853 se inclinaron, en cambio, por reconocer un mandato relativamente largo y vedar la reelección inmediata. Era preciso poner límites rígidos al personalismo y evitar la tentación de perpetuarse en el poder utilizando en favor propio los beneficios que confiere su ejercicio. Teniendo en cuenta el sistema presidencialista que adoptó nuestra Ley Fundamental, había que restringir las ambiciones personales.

En tanto que en los sistemas parlamentarios no suele ser motivo de preocupación la prolongación del liderazgo político del jefe de gobierno, pues sus atribuciones son más limitadas y puede, además, ser censurado en cualquier momento por el Parlamento, en el sistema presidencialista su propia rigidez institucional torna peligrosa la continuidad que puede configurar una preocupante patología.

En nuestro país, la reforma constitucional de 1949 había dispuesto —en una de sus cláusulas más polémicas— mantener los seis años de duración del mandato del presidente y consagrar la posibilidad de reelección indefinida (art. 78).

En cambio, la enmienda transitoria de 1972, de efímera vigencia, acortó la duración a cuatro años y autorizó una sola reelección, siguiendo, en este aspecto, la modalidad prevista en la Constitución de los Estados Unidos (enmienda XXII).

La reforma de 1994 también ha limitado a cuatro años la duración del mandato del presidente y el vicepresidente, pero, a diferencia de las anteriores, permite una sola reelección inmediata, aunque dejando subsistente la posibilidad de otras reelecciones no consecutivas. La distinción es relevante si confrontamos las diferencias: en tanto que en los Estados Unidos un ciudadano sólo puede ser presidente durante un máximo de ocho años (dos períodos) en toda su vida, en nuestro régimen constitucional se puede llegar a ser presidente dieciséis años en un período de veinte años.

Creemos que es correcta la limitación a cuatro años de la duración del mandato y que la modalidad de aceptar una sola reelección es beneficiosa y cuenta con importante consenso; pero su introducción en el texto constitucional con carácter tan amplio y vinculada a los gobernantes en ejercicio que promovieron la reforma, la desmerecen¹⁴.

d) Residencia

El requisito constitucional de la residencia del presidente en el territorio de la Nación está incluido entre las atribuciones del Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 18) aun cuando, más que una prerrogativa, implica una verdadera exigencia.

La norma mencionada dispone que "puede ausentarse del territorio de la Nación, con permiso del Congreso. En el receso de éste, sólo podrá hacerlo sin licencia por razones justificadas de servicio público".

Antes de la reforma de 1994 dicha norma exigía tal autorización para salir de la Capital. Sin embargo, la misma enmienda constitucional dejó indemne el texto del art. 89 (antes art. 75) que establece, como causal de acefalía, "la ausencia de la Capital".

Este permiso del Congreso para que el presidente pudiera salir de la Capital había caído en desuso. Es más: el presidente reside en la provincia de Buenos Aires y se moviliza cotidianamente dentro del territorio de la República sin requerir tal autorización.

La disposición constitucional mantiene su vigencia, no obstante, cuando se trata de una salida del territorio nacional. En los últimos años, este permiso no es otorgado para cada viaje en particular, sino que el Congreso ha creído conveniente extender una licencia amplia,

¹⁴ Este criterio lo hemos expuesto, antes de la citada reforma constitucional, en "Las cláusulas constitucionales proscriptivas", *Diario La Prensa*, 4/7/1993, Buenos Aires, p. 11.

dentro de un período de tiempo, para salir del país cuando el propio presidente lo considere necesario.

e) Remuneración

El art. 92 de la Constitución Nacional establece:

El presidente y vicepresidente disfrutan de un sueldo pagado por el Tesoro de la Nación, que no podrá ser alterado en el período de su nombramiento. Durante el mismo período no podrán ejercer otro empleo, ni recibir otro emolumento de la Nación, ni de provincia alguna.

No hace falta hacer hincapié en la necesidad de que el presidente y el vicepresidente de la Nación tengan una remuneración acorde con sus investiduras y que los ponga a debido resguardo de eventuales insatisfacciones materiales.

Asimismo, la inalterabilidad de la remuneración durante el período en que se está ejerciendo no incluye, desde luego, la posibilidad de que al sueldo se lo vaya actualizando conforme a los índices de depreciación de la moneda.

Sin embargo, estimamos que esta norma constitucional ha sido deformada en su aplicación durante algunos períodos. Así, mientras son difundidos decretos que fijan remuneraciones ínfimas para el presidente de la Nación, por otro lado aumentan desmesuradamente las partidas presupuestarias de gastos reservados, que escapan de toda consideración por la opinión pública. Esta confusión le inflige un serio daño al sistema republicano de gobierno.

La reforma constitucional de 1994 había suprimido la prohibición de alterar el sueldo del presidente y el vicepresidente.

f) Juramento

El art. 93 de la Constitución Nacional establece la fórmula del juramento que deben prestar el presidente y el vicepresidente al asumir sus cargos. Dispone dicha norma:

Al tomar posesión de su cargo el presidente y vicepresidente prestarán juramento, en manos del presidente del Senado y ante el Congreso reunido en Asamblea, respetando sus creencias religiosas, de: desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo de presidente (o vicepresidente) de la Nación y observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina.

El juramento es un requisito sustancial e indispensable para el desempeño del cargo. Así lo estableció la Corte Suprema de Justicia al

dictar la resolución del 14 de marzo de 1903, cuando se negó a tomarle juramento a un juez federal que había sido designado en comisión por el presidente provisional del Senado, en ejercicio del Poder Ejecutivo nacional, porque éste no había prestado juramento al asumir transitoriamente la presidencia de la República¹⁵.

El presidente lo presta una sola vez durante el ejercicio de su mandato. Esto quiere decir que si por ausencia, enfermedad o cualquier otra causa delegara sus funciones en el vicepresidente u otro sustituto legal, no deberá prestar nuevo juramento al recuperar el ejercicio de su función.

En cuanto al vicepresidente, presta el juramento al solo efecto del ejercicio de su función de tal; si asumiera definitivamente el Poder Ejecutivo en reemplazo del presidente, deberá prestar nuevo juramento. En cambio, cuando asume el ejercicio de la función presidencial en forma transitoria, no es necesario que lo preste, dado que es suficiente que lo haya hecho al asumir su cargo de vicepresidente.

Antes de la reforma de 1994, el juramento que debían prestar el presidente y el vicepresidente era "por Dios Nuestro Señor y estos Santos Evangelios", exigencia que fue suprimida. Ahora, la nueva cláusula constitucional expresa que al juramento debe prestárselo "respetando las creencias religiosas".

Si bien la textura literaria de la norma constitucional puede generar dudas, creemos que ha sido voluntad del constituyente no exigir, en quienes resulten electos para desempeñar la presidencia o la vicepresidencia de la República, convicción religiosa alguna. Si éstos la tienen, en tal caso, podrán incluir lo pertinente en la fórmula del juramento.

La cuestión fue planteada y resuelta en el ámbito de la justicia de la provincia de Tucumán y con relación a la Constitución de esa provincia. En el caso, el candidato a gobernador por el Partido Justicialista en las elecciones locales del año 2003, efectuó un planteo judicial ante la justicia de esa provincia, explicando que profesaba la religión judía y, en el supuesto de resultar vencedor en dichas elecciones, se vería obligado a jurar por los Santos Evangelios, lo que afectaba sus convicciones religiosas. El tribunal provincial que intervino declaró inconstitucional el art. 80 de la Constitución local, que contenía la obligación de jurar por los Santos Evangelios, por entender que esa exigencia no se ajustaba al texto de la Constitución Nacional¹⁶.

¹⁵ Dicha resolución fue mencionada en el voto del juez Repetto en la acordada del 2/4/1945, Fallos 201:241.

¹⁶ LL 2003-5-490, la causa fue caratulada "Alperovich José v. Provincia del Tucumán". En aquella oportunidad el tribunal destacó que la exigencia impuesta por la Constitución Nacional no se adecuaba a los tratados enumerados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y se señaló además que en ambas Constituciones no se exigía credo religioso alguno para de-

g) Responsabilidad

La adopción del sistema republicano de gobierno implica el reconocimiento de la responsabilidad de todos los funcionarios públicos. En nuestro sistema político —al igual que en el de los Estados Unidos—, la responsabilidad del presidente y el vicepresidente en el ejercicio de sus funciones sólo puede ser considerada por medio del juicio político (arts. 53, 59 y 60). No hay otra forma de destitución. Es ésta una característica propia del régimen presidencialista.

En los sistemas parlamentarios es conocido el voto de censura, en virtud del cual el Parlamento puede destituir al jefe de gobierno. En nuestro país, esta modalidad, si bien ha sido introducida como una variante para proceder a la destitución del jefe de Gabinete de Ministros (art. 101), no es aplicable con relación al presidente y el vicepresidente de la Nación.

El juicio político constituye un procedimiento de muy difícil operatividad para enjuiciar al presidente y al vicepresidente de la Nación. En la Argentina nunca se lo aplicó a estos funcionarios. En los Estados Unidos, en más de doscientos años de democracia, sólo un presidente llegó a ser enjuiciado, pero no destituido.

Remitimos, a este respecto, al capítulo referido a las atribuciones del Poder Legislativo, donde es analizado este tema.

VIII. EL VICEPRESIDENTE: NATURALEZA Y FUNCIONES

Nuestros constituyentes originarios, siguiendo el modelo de la Constitución norteamericana, adoptaron la institución del vicepresidente, órgano que no estaba previsto en el proyecto de Alberdi.

Los requisitos para desempeñar este cargo, el modo de elección, el juramento, las responsabilidades, etc., son iguales a los establecidos para el presidente. Después de la reforma constitucional de 1994, la elección presidencial es efectuada por medio de fórmulas que incluyen un candidato a presidente y otro para la vicepresidencia.

Esta institución presenta, en cuanto a su naturaleza, características complejas: No forma parte del Poder Ejecutivo porque éste es unipersonal y el vicepresidente no comparte las atribuciones de su titular. Su ubicación efectiva es, por tanto, el Poder Legislativo donde desempeña la presidencia del Senado. Sin embargo, al no ser senador no puede ejercer las funciones de éstos y sólo vota en caso de empate.

sempañarse como titular del Poder Ejecutivo El precedente tomó particular relevancia práctica si tenemos en cuenta que finalmente el demandante fue elegido gobernador de la provincia.

La Constitución Nacional le asigna al vicepresidente de la República dos funciones relevantes: una potencial, que ejercerá ante la falta del presidente, ocupando el lugar de éste y otra permanente, que es la de presidir el Senado de la Nación, pero sin votar, salvo en caso de empate (arts. 88 y 57, respectivamente).

En la realidad política, empero, los usos corrientes distan de asignarle al vicepresidente el relieve institucional que la Constitución le otorga. En el momento de su postulación, por lo general, se tiene en cuenta la opinión del candidato a presidente —cuando no es éste directamente quien lo elige— y es frecuente la recurrencia a candidatos de bajo perfil político, evitando, precisamente, que su figura represente un obstáculo para el presidente.

IX. LA ACEFALÍA DEL PODER EJECUTIVO

a) Concepto

La voz “acefalía”, de raíz originaria griega —luego pasó al latín—, significa etimológicamente “sin cabeza”. Pese a que nunca se la utilizó en los textos constitucionales de nuestro país, su uso es frecuente en la doctrina y en la legislación, en particular para referirse a la vacancia del Poder Ejecutivo.

No todos, empero, están contestes en atribuirle el mismo significado. Algunos interpretan que sólo se puede hablar de acefalía del Poder Ejecutivo cuando faltan tanto el presidente como el vicepresidente. Otros estiman que para configurarla es suficiente con que falte el presidente¹⁷.

Nos inclinamos por el primer criterio, pues consideramos que para el caso de falta del presidente, la Constitución tiene previsto al sustituto —elegido en la misma forma que aquél— que ocupa inmediatamente su lugar. No hay acefalía, sino reemplazo o sustitución del presidente por el vicepresidente. El Poder Ejecutivo no queda vacante.

¹⁷ Se pronuncian por el primer criterio: GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina (1853-1860)*, 24ª ed., Estrada, Buenos Aires, 1951, p. 516; GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1984, ps. 490/1; MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones de derecho constitucional*, t. II, La Buenos Aires, Buenos Aires, s/d, p. 295, y BIELSA, Rafael, *Régimen de facto y Ley de Acefalía*, Depalma, Buenos Aires, 1963, p. 10. Comparten la segunda interpretación: BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1967, ps. 41/2 y ESTRADA, José M., *Obras completas*, t. VIII, Compañía Sud Americana de Billetes de Banco, Buenos Aires, 1902, p. 290.

b) Casos

La situación aparece reglada por el art. 88 de la Constitución Nacional que establece:

En caso de enfermedad, ausencia de la Capital, muerte, renuncia o destitución del presidente, el Poder Ejecutivo ser ejercido por el vicepresidente de la Nación. En caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del presidente y vicepresidente de la Nación, el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la Presidencia hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo.

La norma constitucional presenta dos partes perfectamente distinguibles. En la primera de ellas se refiere al reemplazo o la sustitución del presidente por el vicepresidente, supuesto que a nuestro entender no configura la acefalía. En esta parte, la Constitución enuncia las causales por las cuales el presidente puede dejar de ejercer sus funciones sin que se haya producido la culminación de su mandato; son ellas la enfermedad, la ausencia de la capital, la muerte, la renuncia y la destitución.

La segunda parte del art. 88 se refiere a la acefalía, es decir, a la falta de presidente y vicepresidente. También en este párrafo la Constitución enuncia las causales que pueden dar origen a aquélla, que son la destitución, la muerte, la dimisión o la inhabilidad del presidente y el vicepresidente.

Observemos que en tanto en la primera parte la norma constitucional se refiere a cinco causales, en la segunda menciona sólo cuatro. Además, únicamente dos coinciden (muerte y destitución); otra parece aludir a conceptos sinónimos (renuncia y dimisión); una más parece hallar una afinidad apenas parcial (enfermedad e inhabilidad), y otra, por último, sólo figura en la primera parte (ausencia de la capital).

Tras un somero análisis de los diversos casos, observamos que la causal de *muerte* se explica por sí sola y no puede dejar lugar a duda alguna.

La *ausencia de la capital*, como lo dijimos al referirnos a la residencia del presidente, es inaplicable y sólo se mantiene en la Constitución formal. Cabe interpretarla como ausencia del país.

La *destitución* puede ser consecuencia tan solo de la realización del juicio político, contemplado en los arts. 53, 59 y 60 de la Constitución Nacional.

La *renuncia* —o la *dimisión*—, para ser válida, requiere la previa aceptación por el Congreso de la Nación (art. 75, inc. 21).

La *enfermedad* alude a la pérdida de la salud, ya sea en el aspecto físico o en el psíquico. Ésta, desde luego, debe ser lo suficientemente

seria y grave como para impedir —en forma transitoria o definitiva— que el presidente pueda ejercer efectivamente sus funciones. En tal caso, creemos que bastaría su invocación por el propio presidente sin que sea necesaria la anuencia del Congreso de la Nación.

La cuestión se presentaría más compleja en la hipótesis de un presidente gravemente enfermo que se negara a dejar el ejercicio de la función. En tal caso, se abriría tanto la posibilidad de su enjuiciamiento político, si hubiera incurrido en la causal de mal desempeño, como la de una declaración de ambas Cámaras legislativas que lo inhabilitara para el cargo.

El concepto de *inhabilidad*, empleado en la segunda parte del art. 88 de la Constitución, ha suscitado dudas en cuanto a su interpretación. En su expresión literal, la inhabilidad importa la falta de capacidad para ejercer el cargo. En este sentido, el concepto resulta significativamente más amplio que el de enfermedad. No cabe duda, empero, de que esta última estaría comprendida en la inhabilidad; lo inverso, en cambio, no sería acertado.

Pese a ello, estimamos que ambas causales deben ser equiparadas. No hallamos razones para creer que nuestros constituyentes hayan considerado que un presidente, a quien secundara un vicepresidente, sólo podría dejar su cargo por enfermedad y que aquel que no estuviera acompañado por un vicepresidente también podría hacerlo por inhabilidad.

La escasa precisión del texto constitucional puede deberse —como lo acota Bidart Campos— a una deficiente traducción de la Constitución norteamericana, que emplea el término “inhabilidad” tanto para el supuesto de falta de presidente como para el caso de falta de presidente y vicepresidente¹⁸.

Pensamos, en definitiva, que a los efectos de la interpretación del texto constitucional que estamos comentando, debemos entender que el reemplazo del presidente y la acefalía propiamente dicha se pueden producir por las mismas causales: muerte, renuncia o dimisión, destitución, ausencia del país y enfermedad o inhabilidad.

También habrá que convenir que hay causales que son definitivas en cuanto al alejamiento del poder del presidente o el vicepresidente (muerte, renuncia o dimisión, destitución); otras, en cambio, pueden ser definitivas o transitorias (ausencia del país, inhabilidad o enfermedad).

Para el caso de producirse efectivamente la situación de acefalía, el art. 88 de la Constitución, en su última parte, expresa que “el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la

Presidencia hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo”.

Esta disposición constitucional ha sido interpretada por la doctrina de dos maneras diferentes. Un sector de ella sostiene que en cumplimiento de este precepto constitucional, el Congreso debe dictar una ley previa regulando esta cuestión, sobre todo en lo atinente a la sucesión presidencial. Otro sector opina que en el momento mismo de producirse la acefalía el Congreso tiene que proceder a la elección del sustituto, sin necesidad de que medie regulación legal previa.

Consideramos que ambas posturas pueden ser constitucionalmente aceptadas. En la práctica, sin embargo, el Congreso ha seguido el primer criterio.

c) Antecedentes

El 2 de enero de 1868 se produjo la primera situación de acefalía del Poder Ejecutivo. Ese día murió Marcos Paz, que era vicepresidente de la República y estaba en ejercicio del Poder Ejecutivo ante la ausencia de su titular, el presidente Bartolomé Mitre, quien se hallaba al frente de las tropas argentinas que estaban combatiendo en el Paraguay.

En esas circunstancias, los ministros del Poder Ejecutivo, en acuerdo de gabinete, resolvieron asumir el ejercicio del poder, para lo cual dictaron un decreto.

Esta situación generó preocupación y llevó a que el 19 de septiembre de ese mismo año el Congreso de la Nación sancionara la ley 252, denominada “de acefalía de la República”, que tuvo origen en un proyecto de ley presentado por el senador Joaquín Granel.

La ley 252 reguló el caso de acefalía del Poder Ejecutivo —“de la República” prefirió consignar la norma— estableciendo que ante la falta de presidente y vicepresidente el Poder Ejecutivo sería desempeñado, “en primer lugar, por el presidente provisorio del Senado; en segundo, por el presidente de la Cámara de Diputados, y a falta de éstos, por el presidente de la Corte Suprema” (art. 1°).

El art. 3° de la ley disponía que en los casos en que la acefalía fuese perpetua, el funcionario llamado a ejercer el Poder Ejecutivo debía convocar a elecciones para elegir presidente y vicepresidente dentro de los treinta días siguientes a su instalación en el cargo.

También se establecía que “treinta días antes de terminar el período de sesiones ordinarias, cada Cámara nombrará su presidente para los efectos de esta ley” (art. 2°) y que el funcionario que accediera al ejercicio del Poder Ejecutivo debía prestar el juramento prescrito por el art. 80 de la Constitución Nacional (art. 4°).

¹⁸ BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, cit., t. II, ps. 44/5.

Esta ley se mantuvo en vigencia hasta 1975 en que fue derogada por la ley 20.972. Esta norma, a su vez, fue parcialmente modificada por la ley 25.716, en el año 2003.

d) La ley 20.972

El 13 de julio de 1973 presentaron su renuncia al cargo el presidente Héctor J. Cámpora y el vicepresidente Vicente Solano Lima, la cual les fue aceptada sin mayor discusión por el Congreso de la Nación. Se había tipificado, en consecuencia, una nueva situación de acefalía en la vida de la República.

La situación, en principio, debía ser resuelta por aplicación de la ley 252: le correspondía hacerse cargo del Poder Ejecutivo al presidente provisional del Senado, que era el senador Alejandro Díaz Biale. Sin embargo este legislador, pese a pertenecer al frente oficialista, no era visto como hombre de confianza por sectores influyentes del gobierno. Primero se pensó en dejar a un lado la ley, pero finalmente se optó por un atajo constitucional: se le otorgó una función diplomática en el extranjero al presidente provisional del Senado, quien salió presurosamente del país luego de presentar la renuncia como legislador, la cual le fue inmediatamente aceptada. Ello permitió que asumiera el Poder Ejecutivo el presidente de la Cámara de Diputados, Raúl Lastiri.

Esta situación generó, en los meses siguientes, inquietud en el ámbito legislativo. Estaba vigente una Ley de Acefalía más que centenaria, pero ante el hecho concreto había sido soslayado, de algún modo, su cumplimiento. Se pensó, en consecuencia, en que había que cambiar la ley, razón por la cual fueron presentados en el Congreso de la Nación, con tal objeto, varios proyectos.

Finalmente, el 11 de julio de 1975 fue sancionada la ley 20.972, denominada "Ley de Acefalía", que tuvo origen en un proyecto elevado al Senado por la presidenta María Estela Martínez de Perón tres días antes.

La ley mantuvo el mismo orden sucesorio que la anterior; es decir: presidente provisional del Senado, presidente de la Cámara de Diputados y presidente de la Corte Suprema de Justicia (art. 1º), funcionarios que en ese orden deberán hacerse cargo del Poder Ejecutivo en forma inmediata.

Si la acefalía fuere definitiva, dentro de las cuarenta y ocho horas de haberse producido el hecho que le dio origen, el Congreso de la Nación tendrá que reunirse a los efectos de elegir al funcionario que se hará cargo del Poder Ejecutivo.

Para realizar esta elección el Congreso se reunirá en Asamblea Legislativa, que en primera convocatoria sólo podrá funcionar con un

quórum mínimo de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara (art. 2º). También se dispone que "si no se logra ese quórum, se reunirá nuevamente a las cuarenta y ocho horas siguientes constituyéndose en tal caso con simple mayoría de los miembros de cada Cámara" (ídem).

La elección requerirá el voto de la mayoría absoluta de los presentes y tendrá que recaer en un funcionario que reúna los requisitos del art. 89 de la Constitución Nacional y esté desempeñándose, en ese momento, como senador nacional, diputado nacional o gobernador de provincia (art. 4º).

Del texto de la ley 20.972 no surge el plazo de duración del mandato del funcionario elegido por el Congreso Nacional, aunque es de presumir la intención del legislador de prolongarlo por el tiempo que le resta cumplir al presidente que dio origen a la acefalía. A diferencia de la ley 252, el funcionario elegido por el Congreso no tiene que proceder al llamado de una nueva elección.

En este aspecto, la ley ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina que incluso la ha tildado de inconstitucional. La cuestión venía siendo motivo de controversia con anterioridad a la reforma de 1994, cuando el sistema de elección del presidente y el vicepresidente de la República previsto en la Constitución era indirecto, como también el establecido por la ley 20.972 para elegir al presidente en caso de acefalía definitiva. Por ello pensábamos que dicho sistema resultaba inconveniente pero no inconstitucional. También considerábamos aconsejable que la atribución conferida al Congreso por el entonces art. 75 (actual art. 88) de la Ley Suprema, en cuanto a la elección del funcionario que debía ocupar la presidencia de la República en tales circunstancias, fuese ejercida por ese órgano disponiendo un nombramiento transitorio.

Después de la reforma de 1994, que instituyó la modalidad del voto directo para la elección del presidente y el vicepresidente, estimamos que la disposición de la ley 20.972 que deja en manos del Congreso la facultad de elegir al titular del Poder Ejecutivo, con carácter definitivo y hasta completar el período interrumpido por la acefalía, ha devenido inconstitucional.

También nos parecen justificados los reparos de la doctrina ante la limitación impuesta al Congreso de la Nación por el art. 4º de la ley 20.972. Creemos que en una situación de excepción como lo es la de acefalía del Poder Ejecutivo, la posibilidad de elección no tendría que estar limitada a los senadores nacionales, diputados nacionales y gobernadores de provincia. Es más: la inclusión de estos últimos parecería infringir agravio a las autonomías provinciales.

Otra crítica que se ha formulado a la ley es la referida al quórum, que resulta demasiado rígido, pues exige las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara en la primera convocatoria y la simple mayoría de los miembros de cada Cámara en la segunda.

Advierte Lazzarini que según nuestra Ley Fundamental el Congreso está integrado de dos maneras. Una de ellas es la Asamblea Legislativa que se conforma cuando los diputados y senadores se reúnen conjuntamente, constituyendo un órgano pluripersonal, autónomo en sus decisiones y en su composición. La otra forma de integración es aquella en que se desenvuelve como órgano complejo constituido por dos cuerpos: la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores, cuyo funcionamiento y competencia la Constitución se encarga de ensamblar expresamente. De esta diferenciación se desprende que el Congreso como Asamblea Legislativa no puede penetrar en la competencia del Congreso como órgano complejo y viceversa, lo cual ocurriría —apunta el destacado constitucionalista— con el art. 2° de la ley 20.972¹⁹.

e) La ley 25.716

Esta norma, promulgada en el año 2003, si bien estableció modificaciones en casi todos los artículos de la ley 20.972, mantuvo inalterable el régimen legal establecido por ésta y sólo introdujo un agregado de especial relevancia para el momento histórico para el cual fue dictada.

Al final del art. 4° se estableció como contenido nuevo que “en caso de existir presidente y vicepresidente de la Nación electos, éstos asumirán los cargos acéfalos” y que “el tiempo transcurrido desde la asunción prevista en este artículo hasta la iniciación del período para el que hayan sido electos, no será considerado a los efectos de la prohibición prevista en el último párrafo del art. 90 de la Constitución nacional”.

Esta cláusula hizo posible que la fórmula presidencial integrada por Néstor Kirchner y Daniel Scioli se hicieran cargo de sus funciones el 25 de mayo de 2003, aun cuando su período constitucional se computó a partir del 10 de diciembre de 2003, que era la fecha originariamente prevista para su inicio.

Las demás modificaciones introducidas por la ley 25.716 a la ley 20.972 sólo tuvieron por objeto la actualización de la mención de los artículos de la Constitución Nacional que se citaban en la segunda,

¹⁹ Conf. LAZZARINI, José L., *Debates parlamentarios*, Depalma (distribuidor), Buenos Aires, 1985, ps. 59/60.

coordinándolos con la nueva numeración de nuestra Ley Fundamental como consecuencia de la reforma constitucional de 1994.

X. LOS MINISTROS

a) Concepto, naturaleza y funciones

Los ministros son, institucionalmente, los colaboradores más directos del presidente de la República y están a cargo de un área específica de gobierno, bajo la jefatura de aquél.

La Constitución Nacional dedica el cap. IV de la sección segunda de la parte orgánica (arts. 100 a 107) a esta institución, bajo el título “Del jefe de Gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo”.

El art. 100, en su primera parte, dispone:

El jefe de Gabinete de Ministros y los demás ministros secretarios cuyo número y competencia será establecido por una ley especial, tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia.

Si tenemos en cuenta que nuestro Poder Ejecutivo es presidencialista y, por ende, unipersonal, los ministros no comparten la titularidad del órgano ejecutivo con el presidente, pero se desempeñan en su ámbito y bajo su dependencia.

Bidart Campos le asigna a esta institución la naturaleza de un órgano “extrapoder”, porque no forma parte de ninguno de los tres poderes, aun cuando se halle acoplado al Poder Ejecutivo²⁰.

También se discute si la Constitución ha querido instituir ministros o un órgano colegiado y complejo, del cual todos los ministros forman parte. La doctrina se pronuncia mayoritariamente por una definición amplia, comprensiva tanto del conjunto como de cada uno de sus componentes²¹.

Sagüés le da tal preeminencia al conjunto, que al analizar esta institución la denomina “gabinete”²².

Por nuestra parte, creemos que los constituyentes originarios previeron la institución de los ministros, mas una acentuada tendencia, impulsada por las necesidades dinámicas del poder, fue llevando, en

²⁰ BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, cit., t. II, p. 145.

²¹ Conf. ZUANICH, Alfredo R., *La institución ministerial*, Perrot, Buenos Aires, 1951, ps. 73 y ss.

²² SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 449.

la práctica —especialmente en los últimos años—, a requerir también de un ministerio o gabinete como conjunto. Ello ha sido reconocido por la reforma constitucional de 1994, que menciona en varias oportunidades la voz “gabinete” (arts. 53; 99, incs. 3º, 7º, 10 y 17; 100, 1º y último párrafo e incs. 4º, 5º y 6º, y 101, y disposición transitoria duodécima).

Las funciones constitucionalmente asignadas a los ministros son políticas y administrativas. En cuanto a las primeras, refrendan los actos del presidente (art. 100), cumplen sus directivas políticas, sugieren y proponen medidas que orientan las decisiones de gobierno en su área específica.

En lo que atañe a la función administrativa, los ministros tienen la jefatura de sus respectivos departamentos y pueden tomar por sí solos resoluciones concernientes únicamente al régimen económico y administrativo de aquéllos (art. 103).

Hay que diferenciar en la institución ministerial dos órganos: a) el jefe de Gabinete de Ministros y b) los demás ministros. Todos son ministros del Poder Ejecutivo, pero cabe hacer la diferenciación porque reciben un tratamiento constitucional parcialmente distinto en cuanto a sus atribuciones y forma de remoción. En cambio, todos comparten el mismo régimen constitucional de designación, responsabilidades, incompatibilidades y remuneraciones.

b) Designación y remoción

Los ministros, en nuestro sistema constitucional, son designados directamente por el presidente de la República. Se entiende que tal nombramiento deriva de una decisión personalísima del titular del Poder Ejecutivo. Al respecto, el art. 99 de la Constitución, en su inc. 7º, establece que el presidente “por sí solo nombra y remueve [...] a los demás ministros del despacho”. Esto refuerza el carácter unipersonal de la primera magistratura política de la República.

Consideramos, en consecuencia, que ni la designación ni la remoción de los ministros requieren refrendo ministerial. En sentido opuesto a esta opinión²³, Sagüés opina que ese requisito es necesario.

Si bien la designación de un ministro es un acto que siempre debe provenir del Poder Ejecutivo, no ocurre lo mismo con la remoción. Ésta puede ser consecuencia de una decisión del presidente o de la destitución resuelta por el Congreso mediante el juicio político (arts. 53, 59 y 60 de la Constitución). Esta última posibilidad, sin embargo, es de muy difícil operatividad.

²³ SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos...*, cit., t. I, ps. 449/50.

El juicio político ha demostrado, en su aplicación, una evidente inoperancia, más aún tratándose de funcionarios políticos. No parece políticamente viable que un presidente esté dispuesto a asumir el desgaste que significa el juicio político de un ministro, cuando tiene la posibilidad constitucional de removerlo por sí solo de su cargo.

Cabe recordar que nuestra Ley Fundamental, en este aspecto, no adoptó integralmente el sistema norteamericano. La Constitución de los Estados Unidos requiere para el nombramiento de los secretarios de Estado —equivalentes a nuestros ministros— el previo acuerdo del Senado (art. II, sección 2ª, cláusula 2ª).

c) Atribuciones

Los ministros del Poder Ejecutivo tienen previstas en la Constitución Nacional las siguientes atribuciones: 1) están a cargo del despacho de los negocios de la Nación (art. 100); 2) refrendan y legalizan los actos del presidente (ídem); 3) pueden adoptar resoluciones en lo concerniente al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos (art. 103), y 4) pueden concurrir a las sesiones del Congreso (art. 106).

1) *Despacho*: El art. 100 de la Constitución establece que los ministros “tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación”.

2) *Refrendo y legalización*: Los ministros, según el mismo artículo, “refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia”. Con el refrendo se presta conformidad a una decisión mediante la firma en el documento que la contiene. La legalización implica certificar que el documento y la firma del presidente son auténticos.

3) *Resoluciones*: El art. 103 de la Constitución dispone:

Los ministros no pueden por sí solos, en ningún caso, tomar resoluciones, a excepción de lo concerniente al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos.

4) *Concurrencia al Congreso*: Los ministros pueden “concurrir a las sesiones del Congreso y tomar parte en sus debates, pero no votar”. Es ésta una atribución poco utilizada, por lo general, en nuestro régimen institucional. La razón de esta falta de operatividad estriba en el fuerte liderazgo que ejerce el Poder Ejecutivo y en la conformación del Congreso de la Nación, el cual, según el sistema electoral imperante, brinda un respaldo importante al órgano ejecutivo.

La prohibición de votar está plenamente justificada por la falta de representatividad de los ministros.

Su designación no emana de la voluntad popular, sino de una decisión del presidente.

d) Responsabilidad y obligaciones

El art. 102 de la Constitución dispone:

Cada ministro es responsable de los actos que legaliza; y solidariamente de los que acuerda con sus colegas.

A su vez, el art. 104 establece que “luego que el Congreso abra sus sesiones, deberán los ministros del despacho presentarle una memoria detallada del estado de la Nación, en lo relativo a los negocios de sus respectivos departamentos”.

Además, los ministros están obligados a concurrir a las Cámaras legislativas cuando son requeridos por éstas para dar explicaciones e informes (art. 71)²⁴...

e) Incompatibilidades

Conforme con lo que dispone el art. 105 de nuestra Ley Fundamental, los ministros “no pueden ser senadores ni diputados, sin hacer dimisión de sus empleos”.

f) Remuneración

Con respecto a la remuneración de los ministros, el art. 107 preceptúa que “gozarán por sus servicios de un sueldo establecido por ley, que no podrá ser aumentado ni disminuido en favor o perjuicio de los que se hallen en ejercicio”.

g) Número de ministros

La Constitución de 1853 había establecido en cinco la cantidad de ministros del Poder Ejecutivo, asignándole a cada uno de ellos la materia o rubro de su incumbencia (art. 84).

²⁴ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que la presencia de un ministro en el Congreso, ya sea a requerimiento del cuerpo legislativo o en ejercicio de la facultad que le acuerda el art. 106 de la Ley Suprema a dicho funcionario, éste goza de la inmunidad que la Constitución le acuerda a los legisladores nacionales en los términos del art. 68 (Fallos 327:4376 del 19/10/2004). Entendemos que ello es extensivo al jefe de Gabinete.

La reforma constitucional de 1898 amplió a ocho aquel número y dejó condicionada a una ley del Congreso la asignación de la materia de cada uno (art. 87).

La última reforma, introducida en 1994, suprimió del texto constitucional la referencia a la cantidad de ministros, dejando a criterio del Congreso establecer su “número y competencia” (art. 100, 1^{er} párrafo).

XI. EL JEFE DE GABINETE DE MINISTROS

a) Concepto, naturaleza y funciones

La institución del jefe de Gabinete de Ministros fue incorporada a nuestra Ley Suprema con motivo de la reforma de 1994. Nació a impulso de opiniones que sostenían la conveniencia de introducir en nuestro régimen institucional algunas variantes del sistema parlamentario, con el propósito de atenuar el régimen presidencialista, mejorando la eficacia de éste y también con la pretensión de hacer más dúctil la relación del órgano ejecutivo con el Poder Legislativo y de fortalecer las funciones de control de éste sobre aquél.

Los antecedentes inmediatos de esta nueva institución se remontan al año 1984, oportunidad en que el presidente Raúl Alfonsín anunció la posibilidad de reformar la Constitución Nacional y creó un órgano específico —el Consejo para la Consolidación de la Democracia— con el objeto de estudiar las posibles modificaciones, entre las cuales se incluía la incorporación de un primer ministro.

Si bien aquel intento se vio frustrado ante la falta de consenso político suficiente, la firma del denominado “Pacto de Olivos”, en las postrimerías del año 1993, hizo renacer las mismas ideas, claro está que en medio de una realidad política diferente.

La solución propiciada por la reforma constitucional de 1994 dista, en nuestra opinión, de haber alcanzado las finalidades previstas por los impulsores de esta innovación. El presidencialismo ha salido indemne de la enmienda conservando plena vitalidad. Tampoco ha mejorado la relación del Poder Ejecutivo con el Legislativo, ni se ha fortalecido la función de control de éste sobre aquél. En cambio, cabe esperar algunos logros con la descarga de funciones del presidente en el jefe de Gabinete, en el ámbito administrativo.

El jefe de Gabinete es uno de los ministros del Poder Ejecutivo que tiene, como tal, las atribuciones que la Constitución les confiere a aquéllos y que puedan resultar aplicables, más las que específicamente le atribuye la Ley Fundamental. La relación que mantiene con

el presidente es jerárquica, más allá de las funciones de coordinación y cooperación.

b) Designación y remoción

Al igual que el resto de los ministros, el jefe de Gabinete de Ministros es designado por el Poder Ejecutivo, sin participación legislativa alguna. Al respecto, el inc. 7° del art. 99 establece que el Poder Ejecutivo “por sí solo nombra [...] al jefe de Gabinete de Ministros”. Esta modalidad le quita a la innovación toda reminiscencia del régimen parlamentario, en el cual la designación del jefe de Gobierno es atribución del Poder Legislativo.

Con respecto al procedimiento de remoción de este funcionario, la Constitución prevé tres alternativas: 1) destitución por juicio político (arts. 53, 59 y 60); 2) remoción –por sí solo– por el presidente de la República, y 3) remoción por moción de censura del Congreso (arts. 100, 2° párrafo y 101).

Si bien esta última alternativa parece tener vinculación con los sistemas parlamentarios, en la práctica prevalecerá siempre la voluntad del presidente, que tendrá a su disposición el recurso rápido y expeditivo de remover a su jefe de Gabinete y reemplazarlo por otro –por sí solo–, antes de correr el albur del desgaste político que implicaría una destitución mediante el juicio político o una moción de censura del Congreso.

c) Atribuciones

El art. 100, en su 2° párrafo, enuncia en trece incisos las atribuciones del jefe de Gabinete de Ministros. Si bien cuantitativamente sus facultades parecen amplias, en realidad, se trata de un compendio de atribuciones que en su mayoría denotan la subordinación jerárquica al presidente, por lo cual pueden, en ocasiones, ser asumidas por el órgano ejecutivo por avocación. De allí que deviene indispensable efectuar una lectura de esta cláusula constitucional comparándola con el art. 99, referido a las atribuciones del Poder Ejecutivo.

Para su mejor estudio, agruparemos las atribuciones del jefe de Gabinete de Ministros en las siguientes materias básicas: 1) administrativas y reglamentarias; 2) nombramientos; 3) económico-financieras; 4) colegislativas; 5) referendos especiales, y 6) de dirección y coordinación del gabinete.

1) *Administrativas y reglamentarias.* Con respecto a las atribuciones en materia administrativa, el inc. 1° del art. 100 dispone que le

incumbe al jefe de Gabinete de Ministros “ejercer la administración general del país”. Ello denota una evidente sujeción jerárquica al presidente de la República, dado que la propia Constitución le confiere a este último la categoría de “responsable político de la administración general del país” (art. 99, inc. 1°). En consecuencia, el órgano ejecutivo tiene la titularidad de la función y al jefe de Gabinete sólo le es asignado el ejercicio de ella bajo las directivas y la supervisión de aquél. En este aspecto, como ya lo hemos señalado, sigue teniendo plena vigencia la jefatura superior de la Administración Pública a cargo del Poder Ejecutivo.

Le corresponde, asimismo, al jefe de Gabinete de Ministros “expedir los actos y reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye este artículo y aquellas que le delegue el presidente de la Nación, con el refrendo del ministro secretario del ramo al cual el acto o reglamento se refiera” (art. 100, inc. 2°). Esta atribución de límites difusos también debe ser considerada en relación con las facultades reglamentarias del presidente de la República, en ejercicio de la jefatura de Gobierno y de la Administración Pública. En todos los casos, empero, la nueva cláusula sólo servirá para descargar en el jefe de Gabinete ciertas facultades del Poder Ejecutivo, quedando claro que se trata de una manifestación más de la relación jerárquica que vincula a ambos órganos.

2) *Nombramientos.* Le corresponde al jefe de Gabinete de Ministros “efectuar los nombramientos de los empleados de la Administración, excepto los que correspondan al presidente” (art. 100, inc. 3°). Si tenemos en cuenta que al presidente de la Nación le incumbe la designación de los funcionarios públicos que tienen previsto en la Constitución un procedimiento especial para ello (ministros, jefe de Gabinete de Ministros, embajadores, ministros plenipotenciarios, encargados de negocios, oficiales de su Secretaría, agentes consulares, jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores) y, además, la de “los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por esta Constitución” (art. 99, inc. 7°, *in fine*), llegamos a la conclusión que el jefe de Gabinete de Ministros sólo puede efectuar aquellas designaciones que le permita hacer el presidente.

3) *Económico-financieras.* El inc. 7° del art. 100 le asigna al jefe de Gabinete de Ministros la facultad de “hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la Ley de Presupuesto Nacional”. Considerada aisladamente, esta atribución aparece como relevante y capaz de operar las facultades del órgano ejecutivo y del Ministerio de Economía. Sin embargo, también en este caso la Constitución antepone otra de

mayor jerarquía en favor del Poder Ejecutivo, que “supervisa el ejercicio de la facultad del jefe de Gabinete de Ministros respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión, con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales” (art. 99, inc. 10).

4) *Colegislativas*. En este rubro ubicamos la facultad que tiene el jefe de Gabinete de Ministros para “enviar al Congreso los proyectos de Ley de Ministerios y de Presupuesto Nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo” (art. 100, inc. 6°). Se trata de una atribución casi superflua, que sólo parece cumplir la función de engrosar el compendio de facultades formales de este nuevo funcionario. Ello resulta más evidente si consideramos el verbo empleado por el constituyente: “enviar”, que significa, según el *Diccionario* de la Real Academia Española, “hacer que una cosa se dirija o sea llevada a alguna parte”.

En esta misma categoría cabe encuadrar otra de las atribuciones del funcionario que aquí tratamos, quien, por imperativo de la parte final del inc. 13 del art. 100 de la Constitución, “someter personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos [los de necesidad y urgencia y los que promulgan parcialmente leyes] a consideración de la Comisión Bicameral Permanente”.

5) *Refrendos especiales*. Además de la competencia que la Constitución Nacional le asigna al jefe de Gabinete —como a todo ministro— en cuanto a refrendar y legalizar los actos del presidente para que éstos tengan eficacia (art. 100, 1° párrafo), la misma norma le impone la necesidad de refrendar: a) los decretos reglamentarios de leyes (inc. 8°); b) los decretos que disponen la prórroga de las sesiones ordinarias del Congreso o la convocatoria de sesiones extraordinarias y los mensajes del presidente que promueven la iniciativa legislativa (inc. 8°); c) los decretos que impliquen el ejercicio de facultades delegadas por el Congreso (inc. 12); d) los decretos de necesidad y urgencia y los que promulgan parcialmente leyes (inc. 13).

6) *Dirección y coordinación del Gabinete*. Al jefe de Gabinete de Ministros le corresponde “coordinar, preparar y convocar las reuniones de Gabinete de Ministros, presidiéndolas en caso de ausencia del presidente” (art. 100, inc. 5°). Se trata, en este caso, de una función privativa que denota, además, una vinculación jerárquica entre el jefe de Gabinete y los restantes ministros. En contra se pronuncia Colautti, quien, con referencia al jefe de Gabinete de Ministros, expresa: “podemos concluir [...] que no existe una relación jerárquica entre este funcionario y los demás ministros. Por otra parte, la propia denominación del capítulo IV, Del jefe de Gabinete y demás ministros

del Poder Ejecutivo, indica que éste es un ministro —valga la redundancia— como los demás”²⁵. En cambio, Cassagne se pronuncia en favor de la relación jerárquica²⁶.

d) Responsabilidad y obligaciones

Con respecto a la responsabilidad, el jefe de Gabinete está alcanzado, en su condición de ministro, por la disposición del art. 102 de la Constitución Nacional; por tanto, “es responsable de los actos que legaliza; y solidariamente de los que acuerda con sus colegas”.

Debe presentar al Congreso, junto con los demás ministros una vez iniciadas las sesiones ordinarias, una memoria detallada del estado de la Nación en lo relativo a los negocios de los respectivos departamentos (art. 100, inc. 10).

Como todos los ministros, está obligado a concurrir a las Cámaras cuando es requerido por éstas para dar explicaciones e informes (arts. 71 y 101).

Tiene, asimismo, la obligación de “concurrir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar de la marcha del gobierno” (art. 101).

Debe también “producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las Cámaras solicite al Poder Ejecutivo” (art. 100, inc. 11).

e) Incompatibilidades

El jefe de Gabinete de Ministros tiene las incompatibilidades propias de su condición de ministro (art. 105, CN), a las cuales se agrega la prohibición de “desempeñar simultáneamente otro ministerio” (art. 100, *in fine*).

f) Remuneración

A falta de una norma especial, es de aplicación el art. 107, referido a los ministros en general y que mencionamos en parágrafos anteriores.

²⁵ COLAUTTI, Carlos E., *Derecho constitucional*, Universidad, Buenos Aires, 1996, p. 221.

²⁶ Conf. CASSAGNE, Juan C., “En torno al jefe de Gabinete”, cit.

CAPÍTULO XX
LAS ATRIBUCIONES
DEL PODER EJECUTIVO

I. LA JEFATURA DEL ESTADO

Dispone el inc. 1° del art. 99 de la Constitución que el presidente de la República “es el jefe supremo de la Nación”.

Si bien la Ley Fundamental se refiere a la jefatura “de la Nación”, en realidad corresponde considerar que lo es con relación a la comunidad política, o sea, como jefatura del Estado o de la República.

La jefatura del Estado implica la potestad de representar a éste, externa e internamente, como unidad indisoluble.

Es ésta una jefatura exclusiva desempeñada por el Poder Ejecutivo y no compartida, en consecuencia, con ningún otro poder del Estado. De allí la denominación de “primer mandatario” con que se inviste generalmente al presidente y que le da sentido al término “supremo”, utilizado por la citada cláusula constitucional.

La supremacía, en este caso –explica Bidart Campos–, “no es superioridad, sino exclusivamente expresión de la calidad de único jefe del Estado. Ni el Congreso ni la Corte Suprema invisten esa jefatura, que es excluyente, y no compartida ni compartible”¹.

II. LA JEFATURA DE GOBIERNO

Nuestro sistema institucional, en la jefatura de gobierno resalta el carácter unipersonal del Poder Ejecutivo, indicando que en el ámbito de ese poder del Estado su autoridad está por encima de la de cualquier otro órgano o autoridad.

¹ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 222.

El inc. 1° del art. 99 de la Constitución Nacional expresa que el presidente de la Nación es el “jefe del Gobierno”. La referencia a esta jefatura fue incorporada por la reforma constitucional de 1994.

El vocablo “gobierno” pareciera tener, en este caso, un significado diferente del que surge de su empleo en otras disposiciones constitucionales (arts. 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 35, 51, 62 y denominación de los títulos I y II de la segunda parte, entre varias otras), que lo tomaron como comprensivo de los poderes constituidos del Estado. Ello nos aparta de la modalidad vigente en los países parlamentaristas, en donde se identifica al “gobierno” con el Poder Ejecutivo.

En cambio, en esta cláusula del art. 99 creemos que sólo halla sentido si le asignamos el criterio restrictivo, propio de los países con organización parlamentaria. El constituyente reformador también le adjudicó este significado estricto en el art. 101.

La necesidad de incorporar esta nueva jefatura —que antes estaba implícitamente contenida en la del Estado— debe buscársela, a nuestro entender, en el reforzamiento de su supremacía con motivo de la creación de la Jefatura de Gabinete de Ministros. La norma constitucional pretendió, así, aventar cualquier tipo de duda, manteniendo indemne el carácter unipersonal del Poder Ejecutivo.

III. LA JEFATURA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El término “administración” deriva de la expresión latina *administrare*, que significa “servir a” y denota la idea de acción o actividad.

Aplicando este concepto en el ámbito de las instituciones del Estado, podemos distinguir dos enfoques: a) la doctrina orgánica, la cual, fundándose en la separación de funciones del Estado, vincula a la Administración Pública con la actividad del Poder Ejecutivo y b) la doctrina funcional, que hace prevalecer la sustancia de la actividad por sobre el autor de ella.

Siguiendo este último criterio, considera Marienhoff que la Administración Pública es la “actividad permanente, concreta y práctica, del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran”².

La Constitución Nacional, antes de la reforma de 1994, afirmaba que el presidente de la Nación era el jefe supremo de ésta y tenía a su cargo la administración del país (art. 86, inc. 1°). Después de la

² MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 60.

revisión, empero, le atribuye la calidad de “responsable político de la administración general del país” (art. 99, inc. 1°).

Ello es consecuencia de la creación de la Jefatura de Gabinete de Ministros, a la cual se le ha atribuido la facultad de “ejercer la administración general del país” (art. 100, inc. 1°).

El presidente sigue desempeñando la jefatura de la Administración Pública, pero en ella han sido diferenciados dos aspectos: a) la titularidad, que sigue a cargo del presidente de la República y b) su ejercicio, que es derivado, por la reforma, al jefe de Gabinete de Ministros³.

Que el presidente de la República ejerce la jefatura de la Administración Pública significa que es la autoridad superior o cabeza de toda la actividad administrativa que se desarrolla en el ámbito del Poder Ejecutivo y por medio de cualquiera de los órganos que de él dependan.

IV. LA JEFATURA DE LAS FUERZAS ARMADAS

La Constitución Nacional dispone que el presidente de la Nación “es comandante en jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación” (art. 99, inc. 12).

La norma constitucional, con alguna modificación, proviene de la Constitución originaria de 1853; tiene su antecedente en el art. II, sección 2ª, cláusula 1ª, de la Constitución de los Estados Unidos y había sido también propuesta por Alberdi en su Proyecto de Constitución (art. 85, inc. 18).

Sostenía Hamilton que “de todas las materias de gobierno, la dirección de la guerra es la que más particularmente reclama las condiciones y ventajas características del poder que se concentra en una sola mano”⁴.

El término “comandante” se refiere a quien ejerce el mando superior de la fuerza militar y el vocablo “jefe”, a quien es cabeza de ella. Por eso el texto constitucional ha sido claro y concluyente en atribuirle al presidente de la República el mando superior de las fuerzas militares de la Nación.

El comandante en jefe —expresa Farrando— “es la autoridad superior que manda a las fuerzas armadas administrativa y militarmente en ejercicio de un poder constitucional [...] y el presidente ejerce la facultad disciplinaria, administrativa y jerárquica sobre todos los grados y

³ Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, “En torno al jefe de Gabinete”, LL 1994-E-1267.

⁴ HAMILTON, Alejandro, *El federalista*, trad. de J. M. Cantilo, Imprenta del Siglo, Buenos Aires, 1868, p. 601.

jerarquías de las fuerzas armadas”⁵. Estas atribuciones son ejercidas tanto en tiempo de paz como en caso de guerra.

Consecuente con dicha finalidad, la ley 23.554, de defensa nacional del año 1988 dispone, en su art. 10 que “compete al presidente de la Nación, en su carácter de jefe supremo de la misma y comandante en jefe de las fuerzas armadas, la dirección de la defensa nacional y la conducción de las fuerzas armadas, en los términos establecidos por la Constitución nacional”.

El presidente puede ejercer directamente esta potestad o puede hacerlo por delegación, como por lo general ocurre. Al respecto, sostiene Matienzo: “En virtud de esta atribución constitucional, el presidente puede salir de la casa de gobierno y ponerse al frente de las tropas. Esto no lo han hecho sino dos presidentes argentinos: el general Urquiza, primero, y el general Mitre, después. Los otros no se han puesto al frente de las tropas, ni siquiera el general Roca, que era militar. Sarmiento introdujo entre nosotros la costumbre de ejercer esta facultad de la comandancia en jefe, disponiendo la marcha de los ejércitos en tal o cual sentido, por medio del envío de telegramas con instrucciones”⁶.

V. EL PODER REGLAMENTARIO

a) Noción y alcance

La potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo adquiere una envergadura tal, que con frecuencia se identifica a ella con el órgano ejecutivo; de manera que no sería concebible la existencia de este poder sin el ejercicio de aquella facultad.

Sin embargo, la Constitución no reserva al presidente de la Nación la potestad reglamentaria de modo exclusivo; también los restantes poderes del Estado pueden ejercer atribuciones de esta naturaleza.

Con respecto al Poder Legislativo, nuestra Ley Fundamental establece que “cada Cámara hará su reglamento” (art. 66). El art. 40 dispone que “el Congreso, [...] reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular”. Entre las atribuciones del Congreso de la Nación, el art. 75 también menciona las de “reglamentar un banco federal” (inc. 6°), “reglamentar la libre navegación de los ríos interiores” (inc. 10), “establecer reglamentos para las presas”

⁵ FARRANDO, Ismael, “La jefatura militar”, en PÉREZ GUILHOU, Dardo y otros, *Atribuciones del presidente argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1986, ps. 482 y 486.

⁶ MATIENZO, José N., *Lecciones de derecho constitucional*, 2ª ed., La Facultad, Buenos Aires, 1926, p. 421.

(inc. 26), “hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes” (inc. 32). En otras oportunidades se hace referencia a “leyes reglamentarias” (arts. 28, 39 y 85).

En el ámbito del Poder Judicial, el art. 113 de la Constitución Nacional dispone que “la Corte Suprema dictará su reglamento interior”. En el art. 114 se le atribuye al Consejo de la Magistratura la facultad de “dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia”.

Por tanto, queda corroborado que la facultad reglamentaria no es única del Poder Ejecutivo; empero, en este poder del Estado adquiere una relevancia superior a la de cualquier otro órgano y se identifica con su propia naturaleza.

b) Reglamentos: concepto

Los reglamentos son normas jurídicas y, como tales, podemos ubicarlos dentro del concepto amplio de “ley”, entendida ésta como disposición emanada de la autoridad pública competente y que tiene alcance general. Integran, en consecuencia, el concepto de “ley material”. Este último significado se opone al de “ley formal”, que se reserva sólo para aquellas normas jurídicas que han cumplido con el procedimiento previsto por la Constitución para la formación y sanción de las leyes (arts. 77 a 83).

La Constitución Nacional se refiere a la actividad reglamentaria con distinto significado. En algunas oportunidades utiliza el verbo “reglamentar” como virtual sinónimo de “legislar” o “dictar leyes” (arts. 28, 39, 85 y 75, incs. 6°, 10, 26 y 32); en otras, lo emplea con un significado más específico, haciendo referencia a las facultades que le corresponden a un órgano o poder del Estado para ejercer atribuciones normativas, sea con el objeto de reglar su propio funcionamiento o a fin de establecer disposiciones jurídicas generales en virtud de atribuciones que le han sido otorgadas (arts. 66; 99, inc. 2°; 100, incs. 2°, 8°, 12 y 13; 113 y 114). Es a esta última categoría a la cual nos referimos en este capítulo, en la medida en que derive de atribuciones concedidas por la Constitución Nacional al Poder Ejecutivo.

Los reglamentos implican, en principio, el ejercicio de funciones administrativas; de allí que constituyan la fuente más relevante del derecho administrativo. No resulta fácil, sin embargo, distinguirlos de la ley.

Los reglamentos son normas jurídicas emanadas de los poderes públicos del Estado, en ejercicio de atribuciones propias del órgano

emisor, que no requieren, en su elaboración, la aplicación del procedimiento de formación y sanción de las leyes. Por lo común, son dictados por el Poder Ejecutivo y tienen alcance general. A los reglamentos les falta la etapa deliberativa propia del proceso de formación de la ley.

c) Las leyes y los reglamentos

Las leyes y los reglamentos participan de caracteres que les son comunes; ello hace que resulte más sencillo verificar sus similitudes que advertir sus diferencias. Unas y otros son normas jurídicas o leyes en sentido amplio; se los presume conocidos, por lo cual su existencia no necesita ser probada; deben ser publicados, y son interpretados y aplicados por los jueces.

Las diferencias son más difíciles de determinar: se las ha procurado fundar en los distintos órganos de los cuales emanan, en los alcances, en los contenidos, en los procedimientos de elaboración, en la función del órgano emisor, etcétera.

En la doctrina administrativa han sido esbozados criterios diferentes. En tanto que Diez califica de "diferencia fundamental" al hecho de que "mientras el reglamento es general, la ley [...] puede ser particular", Marienhoff considera insuficiente este criterio y opina que "aparte del distinto órgano de que proceden habitualmente la ley formal y el reglamento [...] la diferencia esencial entre ambos radica en su contenido"⁷.

En nuestra opinión, los reglamentos, a diferencia de la ley, ponen en práctica las funciones propias de cada uno de los poderes. Las leyes, en cambio, son el fruto de la deliberación y la colaboración; los reglamentos son actos, en esencia, de ejecución, requeridos por necesidades de índole preferentemente administrativa.

En tanto que la ley exhibe, en principio, una aproximación mayor a las nociones de autoridad y legitimidad, los reglamentos aparecen más vinculados a los conceptos del poder y la legalidad.

d) La jerarquía normativa de los reglamentos

Es materia de discusión, en la doctrina constitucional y administrativa, la atinente al escalón jerárquico que los reglamentos ocupan con referencia a las leyes y en relación con el principio de supremacía constitucional.

⁷ DIEZ, Manuel M., *Derecho administrativo*, t. I, 2ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1974, p. 333; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. I, p. 236.

Un sector de la doctrina se inclina por considerar en todo caso a la ley con preferencia a los reglamentos. En este sentido, la opinión de Diez es concluyente al sostener que "en cuanto a la jerarquía del reglamento dentro del ordenamiento jurídico de las normas, tenemos que decir que está siempre por debajo de la ley; es decir que la pirámide jurídica se compondrá en la siguiente forma: Constitución, ley y reglamento"⁸.

Otra doctrina —que compartimos— estima que no se puede enunciar un criterio único para todos los reglamentos. Es claro que si lo que se reglamenta es una ley (reglamentos de ejecución), la regla impone la primacía de la ley; en cambio, si se trata del ejercicio de atribuciones privativas (reglamentos autónomos), la conclusión puede ser diferente⁹.

VI. LOS DISTINTOS TIPOS DE REGLAMENTOS

a) Los reglamentos de ejecución

Son reglamentos de ejecución los que completan a la ley y permiten su mejor aplicación. Están mencionados en el inc. 2º del art. 99, el cual dispone que el presidente de la Nación "expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias".

Estos reglamentos presentan, en la práctica, una interesante problemática, algunos de cuyos interrogantes principales resulta conveniente dilucidar: 1) ¿Deben las leyes ser reglamentadas para que entren en vigencia? 2) La falta de dictado del decreto reglamentario de la ley, que resulta necesario para la operatividad de ella, ¿es inconstitucional? 3) ¿Hay leyes que no pueden ser reglamentadas?

1) Respecto de la primera cuestión, es indispensable destacar que hay leyes que requieren la reglamentación, sin la cual constituyen normas inconclusas, de imposible operatividad. Otras, en cambio, pueden tener vida propia aunque no estén reglamentadas. Como principio general, cabe afirmar que las leyes entran en vigencia con independencia de la reglamentación ejecutiva, salvo, claro está, que por razones de hecho ello resulte imposible o que el propio Congreso, en su caso, lo haya condicionado a la existencia de la reglamentación.

2) La falta de dictado de la reglamentación, en los casos en que esta última resulta esencial para aplicar la ley, nos remite al tema de las

⁸ DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., t. I, p. 337.

⁹ Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. I, p. 235.

inconstitucionalidades por omisión. Es evidente, en estos casos, que el Poder Ejecutivo está frustrando el cumplimiento de una ley, que está obligado a hacer cumplir y lo está haciendo, además, sin enfrentar el eventual costo político que significa, en tales supuestos, el veto de ella.

Se trata de una patología constitucional grave, que lamentablemente no ha tenido aún remedio en el orden federal. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no admite, por el momento, las inconstitucionalidades por omisión que sí cuentan con respaldo doctrinal. Nos hemos referido a esta problemática en el capítulo I de la presente obra, al tratar la diferencia entre normas operativas y normas programáticas, a donde remitimos.

3) La cuestión referida a la existencia de leyes que tienen vedada su reglamentación es más novedosa. Esta prohibición podría provenir de una cláusula constitucional, de la materia de que se tratase, de la naturaleza misma de la ley o de un mandamiento expreso del legislador que en su propio texto la haya considerado autosuficiente.

El 4º párrafo del inc. 2º del art. 75 de la Constitución Nacional prohíbe la reglamentación de la ley-convenio sobre coparticipación federal de impuestos.

En relación con la materia, la legislación común, prevista en el inc. 12 del art. 75, tampoco puede ser objeto de reglamentación—salvo que medie delegación expresa del Congreso— porque su aplicación corresponde a las autoridades locales¹⁰.

Con referencia a la naturaleza de la ley, la problemática es más compleja, aunque pensamos que no sería constitucionalmente viable la reglamentación de una ley que regulara atribuciones propias de otros poderes (p. ej., el régimen de caducidad de los proyectos legislativos) o la que invadiera facultades reglamentarias reservadas por la Constitución a otros poderes (art. 66) o a órganos de control (art. 114, inc. 6º). Tampoco podrían ser objeto de reglamentación los tratados internacionales.

Distinta es la solución, estimamos, si la prohibición de reglamentar surge explícita de la ley. El Congreso de la Nación, en ejercicio de sus facultades, tiene un amplio campo de discrecionalidad y puede hacer una ley más o menos reglamentarista. No creemos, empero, que pueda prohibir la reglamentación, porque con ello estaría alterando el reparto constitucional de funciones. Así como el Ejecutivo no se puede convertir en legislador, más allá de los límites impuestos por la Constitución, tampoco corresponde aceptar que el legislador invada atribuciones propias del órgano ejecutivo.

¹⁰ Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. I, p. 259, quien es más concluyente, al afirmar que "el Ejecutivo no puede reglamentar el Código Civil".

Como corolario general, cabe afirmar que todas las leyes pueden ser, en principio, reglamentadas—salvo los casos de excepción—; pero ello no significa que deban serlo necesariamente, salvo, en nuestra opinión, cuando resulte indispensable para su operatividad.

En todos los casos en que se proceda a dictar el decreto reglamentario será obligación del Poder Ejecutivo cuidar "de no alterar su espíritu [el de la ley] con excepciones reglamentarias" (art. 99, inc. 2º, CN).

b) Los reglamentos autónomos

La categoría de los reglamentos autónomos ha merecido distintas consideraciones. Para algunos autores, tales reglamentos—también llamados "independientes"—son los que dicta el Poder Ejecutivo en caso de lagunas en la legislación, que dificultan la tarea del Estado y tienen vigencia hasta tanto se dicte la ley; para otros, son los que aquel Poder dicta en ejercicio de facultades exclusivas otorgadas por la Constitución y que integran la zona de reserva de la Administración¹¹.

En estas distintas concepciones subyace un debate constitucional de relevancia. Para quienes los reglamentos autónomos se limitan a suplir transitoriamente la falta de la ley, esta conclusión se impone ante la ausencia de una norma constitucional expresa que los autorice y, además, por la concesión de poderes implícitos al Congreso de la Nación (art. 75, inc. 32).

Para quienes sostienen que estos reglamentos son dictados en ejercicio de atribuciones propias y exclusivas del Poder Ejecutivo, ellos son consecuencia de facultades expresas, otorgadas por la Constitución al presidente de la República (jefatura de la Administración, etc.) y también del ejercicio de atribuciones implícitas, que todo poder del Estado debe tener para cumplir los fines para los cuales fue creado.

Por nuestra parte, entendemos que los reglamentos autónomos implican el ejercicio de facultades propias del órgano ejecutivo, integran su zona de reserva y no suplen la inacción del Poder Legislativo. Es más: este último poder no podría interferir en esa actividad del presidente de la Nación porque se trata del ejercicio de facultades que son consecuencia de las atribuciones otorgadas por la Constitución al Poder Ejecutivo.

Configuran típicos reglamentos autónomos los que organizan la Administración Pública, regulan el recurso jerárquico, etcétera.

¹¹ Participa del primer criterio DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., t. I, p. 343. Comparten la segunda posición, entre otros, MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. I, p. 241; BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1967, p. 83; BIANCHI, Alberto B., *La delegación legislativa*, Ábaco, Buenos Aires, 1990, p. 34.

c) Los reglamentos delegados

Son reglamentos delegados aquellos que emite el Poder Ejecutivo en virtud de una autorización previa del Poder Legislativo conferida en la ley. No se trata, en estos casos, de facultades autónomas del órgano ejecutivo, sino del ejercicio de facultades legislativas, que hallan su fundamento en un acto expreso del órgano delegante.

La calificación de “delegados” aplicada a estos reglamentos ha sido objetada por la doctrina, que también ha ensayado otras denominaciones, como “reglamentos de determinación de competencia” (Villegas Basavilbaso) o “reglamentos de integración” (Gordillo)¹².

Pese a que los reglamentos delegados tienen añejo arraigo en la doctrina jurídica, resulta paradójico que su supervivencia y evolución constitucional en nuestro país hayan ido consolidándose a la sombra de una jurisprudencia negatoria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que soslayó, por lo general, la posibilidad de delegar facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, al menos en forma amplia.

Ello motivó que en ciertas oportunidades se confundiera a los reglamentos de delegación con los de ejecución y que en otras, fueran incluidos entre estos últimos, típicos actos de delegación.

El rol participativo que ha asumido el Estado, en particular a partir de la difusión del constitucionalismo social; la creciente complejidad de la vida moderna, y la recurrencia, a veces injustificada, al procedimiento de formación y sanción de las leyes, han generado un fenómeno que bien puede ser calificado como de “inflación legislativa”, que en la generalidad de los casos supera las posibilidades y la eficacia del órgano respectivo.

Paralelamente a ello, se ha consolidado un acentuado liderazgo de la autoridad ejecutiva, que ha ido ampliando en forma paulatina sus competencias, por lo general a costa de las atribuidas al órgano legislativo.

En este marco de circunstancias, ha cobrado relevancia la problemática derivada de la posibilidad de la delegación legislativa, mediante la cual se procura descomprimir esta situación, aceptando que uno de los poderes —el Legislativo— le confiera autorización a otro —generalmente el Ejecutivo— para que haga total o parcialmente la ley.

En principio, esta posibilidad tropieza con un obstáculo constitucional muy sólido. El principio de la división de poderes o funciones impide que un órgano del Estado pueda asumir las funciones que tiene

¹² Conf. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, t. I, Tea, Buenos Aires, 1949, p. 275; GORDILLO, Agustín A., *Introducción al derecho administrativo*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 192.

asignado otro. Por lo demás, como consecuencia de este principio, el reparto de competencias entre los poderes del Estado lo efectúa la Constitución, por lo cual va de suyo que no puede ser objeto de alteración por los poderes constituidos, porque ello estará violentando el principio de supremacía constitucional.

La doctrina constitucional distingue, en este aspecto, dos clases de delegación de facultades: la propia y la impropia. La primera de ellas, también denominada “amplia”, tiene lugar cuando el órgano legislativo se desprende de la atribución que tiene y la transfiere a otro poder. A este tipo de delegación debe reputárselo prohibido por las circunstancias antes mencionadas. Si se aceptara la delegación propia, el sistema democrático y republicano se convertiría en un régimen autocrático de concentración de poderes.

La delegación impropia, también llamada “estricta”, es aquella en la cual el órgano legislativo, sin haberse desprendido de sus competencias, le trasfiere al Poder Ejecutivo, total o parcialmente, el ejercicio de ellas, dejando a su cargo establecer los pormenores y detalles que resulten necesarios para la aplicación de la ley.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación podría ser dividida en dos etapas; la primera ellas, donde no existía ningún tipo de previsión constitucional al respecto, va desde el año 1927 hasta la reforma de 1994. En la segunda, desde 1994 en adelante, la delegación legislativa fue expresamente contemplada en el texto constitucional.

Dicho esto, cabe destacar que en la primera de las etapas mencionadas la Corte ha mantenido, en general, una posición en apariencia reticente con respecto a la delegación legislativa, pero en la práctica, en realidad, la ha convalidado, sobre todo por la vía de los reglamentos de ejecución.

En el caso “A. M. Delfino y Cía.” de 1927, la actora cuestionaba una multa que le había sido aplicada por las autoridades portuarias, fundándose en la circunstancia de que aquélla estaba prevista en un reglamento que había dictado el Poder Ejecutivo y no en una ley.

Al resolverlo, la Corte afirmó con énfasis que “el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la Administración, ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos”.

También se expresó respecto de los límites que tiene la delegación legislativa, al sostener que “existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores para la ejecución de aquélla”.

El tribunal concluyó pronunciándose en favor de la constitucionalidad del reglamento del Poder Ejecutivo, entendiendo que este órgano se había limitado a reglamentar una ley y que al hacerlo, no se había apartado de los fines de ella¹³.

Esa jurisprudencia tuvo otro hito relevante en el caso “Mouviel, Raúl Oscar” de 1957, en que la Corte consideró que “la facultad de emitir edictos para reprimir actos no previstos por las leyes va mucho más allá de la facultad simplemente regulatoria que corresponde al Poder Ejecutivo o a las reparticiones administrativas, en su caso, e importa la de legislar en materia exclusivamente reservada al Congreso y, por lo tanto, indelegable”¹⁴.

En el caso “Bruno, Pedro” de 1957, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, remitiéndose al dictamen del procurador general Sebastián Soler, sostuvo que “la configuración de los delitos o de las faltas es una atribución de carácter legislativo que no es susceptible de ser delegada. En todo caso, el Poder Ejecutivo es el único al que puede reconocérsele la posibilidad de cooperar en la integración de los preceptos penales, pero ello sólo cuando actúa en el ejercicio legítimo de la atribución que le confiere el art. 86 [hoy, art. 99], inc. 2, de la Constitución y en la muy escasa medida que consienta la peculiar naturaleza de la ley penal”¹⁵.

Más recientemente, en el caso “Cocchia, Jorge Daniel v. Estado nacional, s/amparo” de 1993, la Corte ratificó la postura que venía sosteniendo en los precedentes que mencionamos, afirmando que “en nuestro sistema no puede considerarse la existencia de reglamentos delegados o de delegación legislativa, en sentido estricto, entendiendo por tal al acto del órgano legislativo por el cual se trasfiere –aun con distintos condicionamientos– en beneficio del Ejecutivo determinada competencia atribuida por la Constitución al primero de tales órganos constitucionales”¹⁶.

La Corte, sin embargo, diferenció los reglamentos de ejecución adjetivos, que disponen sobre cuestiones de procedimiento para la adecuada aplicación de la ley por parte de la Administración Pública, de los reglamentos de ejecución sustantivos, en los cuales el órgano legislativo encomienda al Poder Ejecutivo la determinación de aspectos relativos a la concreta aplicación de la ley. Unos y otros, a criterio de esta jurisprudencia, hallan su fundamento en la atribución que faculta

¹³ Fallos 148:430.

¹⁴ Fallos 237:636.

¹⁵ Fallos 238:586.

¹⁶ Fallos 316:2624.

al presidente para expedir “las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias” (actual inc. 2º del art. 99).

En una segunda etapa y ya existiendo un presupuesto en la letra de la ley suprema, la Corte Nacional comenzó a elaborar una línea jurisprudencial delimitando el alcance de la delegación legislativa. Así, en el emblemático fallo “Smith”¹⁷ de principios de 2002, el Tribunal analizó la regulación del denominado “corralito financiero”, efectuada a través de una serie de decretos dictados en virtud de la delegación de facultades conferidas al Poder Ejecutivo por la Ley de Emergencia Económica 25.561. En este caso la Corte sostuvo que las sucesivas reglamentaciones dictadas por el Poder Ejecutivo, excedían el marco de la delegación imponiendo condicionamientos y restricciones sobre los depósitos de los particulares en abierta violación de derechos constitucionales de los particulares (considerando 11). Este criterio fue ampliado al año siguiente en otro precedente de suma resonancia, así, en el caso “San Luis”¹⁸, el Tribunal advirtió una extralimitación en el ejercicio de facultades delegadas por parte del Poder Ejecutivo, configurada por la modificación unilateral y compulsiva del régimen de depósitos bancarios al convertir en pesos argentinos, los depósitos realizados en moneda extranjera.

En un precedente posterior denominado “Fecra”¹⁹ del año 2005, la Corte entendió que los actos dictados por el Poder Ejecutivo que establecían un conjunto de sanciones a determinadas empresas distribuidoras de combustibles, habrían excedido las facultades que le confirió la ley y que, además, se trataba de materias de exclusivas del Congreso. Esto es, el Tribunal no sólo analiza si la actividad del Poder Ejecutivo excede el marco fijado por la ley de la delegación, sino que, además, examina si la materia es susceptible de ser delegada.

En otro caso del año 2009 la Corte también declaró inconstitucional la delegación legislativa en razón de la materia delegada. Así, en el precedente “Consolidar”²⁰, se resolvió que la delegación efectuada por el Congreso para que el Poder Ejecutivo cuantifique un tributo era contraria a la letra de la Constitución. En este último caso, la declaración de inconstitucionalidad no recayó sobre el obrar del Poder Ejecutivo, sino sobre la ley en cuanto ésta se habría excedido dele-

¹⁷ Fallos 325:28, caso “Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita intervención urgente en autos ‘Smith, Carlos Antonio v. Poder Ejecutivo Nacional s/sumarísimo’” del 1/2/2002.

¹⁸ Fallos 326:417.

¹⁹ Fallos 328:940.

²⁰ Fallos 332:2872.

gando una materia que la propia Constitución le confiere de manera exclusiva al Poder Legislativo.

Manteniendo esta línea jurisprudencial, en un fallo del año 2010 el Címero Tribunal federal fijó dos principios troncales en materia de delegación de atribuciones legislativas. En el caso "Colegio de Abogados de la Capital Federal"²¹, la Corte dijo que está prohibida la delegación sin bases, por cuanto impide el debido control judicial y en caso que dicha delegación sea amplia e imprecisa "no confiere atribuciones más extensas, sino, al revés, a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente".

Por su parte, el nuevo art. 76 de la Constitución Nacional, fruto de la reforma de 1994, dispone:

Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

* La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

El mandamiento constitucional, de estructura literal contradictoria y ambigua, está destinado a provocar un encendido debate constitucional que ya ha tenido sus primeras manifestaciones²².

La primera consecuencia que señalamos estriba en que los reglamentos de delegación han hecho irrupción en el texto constitucional superando las posturas descalificadoras que le negaban acogimiento en nuestra Ley Fundamental.

La cláusula comienza imponiendo una prohibición categórica al establecer que "se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecuti-

²¹ Fallos 331:3406.

²² Sobre la nueva cláusula constitucional, señala con acierto Bianchi, luego de transcribir las opiniones de Alberto García Lema, Rodolfo C. Barra, Alberto Natale, Humberto Quiroga Lavié y Germán J. Bidart Campos, que "cinco opiniones recopiladas ofrecen otros tantos entendimientos diferentes sobre un mismo artículo. García Lema transita por los carriles clásicos de la jurisprudencia de los Estados Unidos; Natale cree ver en la norma un ensanchamiento de las facultades presidenciales, mientras que Quiroga Lavié —en la vereda opuesta— la aplaude convencido del recorte que la misma implica al poder reglamentario del presidente. Y lo más curioso es que los tres han sido convencionales constituyentes. A su turno, Bidart Campos y Badeni —también en las antípodas— invitan, respectivamente, a la interpretación amplia y a la interpretación restrictiva del artículo. Cinco juristas reconocidos y cinco opiniones diferentes, lo que significa, sin dudas, que el nuevo art. 76 es apto para hacer correr mucha tinta. Esto es lo único en que podemos estar de acuerdo" (BIANCHI, Alberto B., "La delegación legislativa luego de la reforma constitucional de 1994", JA 1996-IV-764).

tivo", sin hacer distinción de clase, por lo cual cabe interpretar que la veda es total. Sin embargo, la norma constitucional —siguiendo el contradictorio estilo que campea en los arts. 80 y 99, inc. 3º— inmediatamente consagra excepciones que desvanecen el principio general²³.

Con respecto al procedimiento a aplicar en el caso de los reglamentos delegados, la Constitución Nacional dispone, en el inc. 12 del art. 100, que le corresponde al jefe de Gabinete de Ministros "refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente".

Esta Comisión fue creada por ley 26.122 de 2006 y su misión no sólo es controlar los decretos dictados por el Poder Ejecutivo por delegación legislativa, sino que también lleva adelante el control en los términos de la Ley Suprema respecto de los decretos de necesidad y urgencia y los de promulgación parcial de leyes (art. 1º).

En su artículo tercero la norma prevé que la Comisión Bicameral Permanente estará compuesta por ocho diputados y ocho senadores "designados por el presidente de sus respectivas Cámara a propuesta de los bloques parlamentarios respetando la proporción de las representaciones políticas".

La Comisión cumple funciones aun con receso del Congreso (art. 6º).

El jefe de Gabinete deberá remitir al Congreso de la Nación en el término de diez días el texto del decreto para que la Comisión Bicameral se avoque a su análisis. En el caso de que el jefe de Gabinete no envíe el texto del decreto, la Comisión se podrá avocar de oficio al tratamiento del decreto que se trate.

Según lo establecido por los artículos 10, 13 y 14 de la ley 26.122, la Comisión Bicameral permanente deberá expedirse acerca de la validez o invalidez de los actos del Poder Ejecutivo y elevar un dictamen a cada Cámara en pleno, las que deberán darle inmediato tratamiento y expedir sendas resoluciones pronunciándose por el rechazo o aprobación de los decretos en cuestión (art. 22). Ello importará la validez o invalidez del decreto. Es importante destacar que la ley impide al Congreso efectuar modificaciones en el texto elaborado por el Poder Ejecutivo (art. 23).

²³ Interpretando la nueva cláusula constitucional, sostiene Colautti que "la norma comienza estableciendo el principio general: Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo... Pero a continuación establece las excepciones que desmienten la afirmación anterior: salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública... Desde mi punto de vista, estos conceptos carecen de precisión y vacían de contenido a la prohibición que establece la primera parte. En efecto: si las materias son de administración, los decretos o bien son autónomos o son reglamentarios; en consecuencia, la previsión es innecesaria" (COLAUTTI, Carlos E., "La delegación de facultades legislativas y la reforma constitucional", LL 1996-B-856).

La reforma constitucional de 1994 introdujo, además, la disposición transitoria 8ª, que guarda relación con el art. 76. Establece dicha cláusula que “la legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley”. En virtud de ello, mediante ley 26.519²⁴, se hizo la ratificación de la delegación legislativa efectuada por el Congreso con anterioridad al año 1994 y se creó una Comisión Bicameral para analizar la totalidad de la legislación delegante y su vigencia.

Si bien resulta importante la sanción de ambas leyes, pues cristalizan la voluntad del constituyente, entendemos que su dictado resultó algo tardío, pues hubiese sido conveniente por la trascendencia institucional del tema, reglamentarlo en un lapso relativamente cercano a la entrada en vigencia del texto constitucional de 1994. El retardo a la que hacemos referencia ha permitido al Poder Ejecutivo obrar durante 12 años, sin el debido control por parte del Congreso.

Algunas de las consecuencias que advienen con estas modificaciones de la Constitución Nacional son, a nuestro criterio, las siguientes:

1) Los reglamentos delegados tienen ahora reconocimiento constitucional expreso en el art. 76 de la Ley Suprema, sin que sea necesario, para lograr esa finalidad, apelar al recurso de ampliar los alcances del inc. 2º del art. 99.

2) La nueva norma constitucional se muestra tan amplia y ambigua como la propia jurisprudencia de la Corte Suprema anterior a la reforma²⁵. La cláusula referida termina acogiendo, en general, la precedente jurisprudencia, brindándole un sustento normativo expreso que antes aparecía difuso.

No obstante ello y a pesar de la ambigüedad de tal precepto, a partir de la reforma de 1994 la jurisprudencia de la Corte Suprema ha ido perfilando una postura más clara con respecto a la que mantuviera antes de la reforma. En este aspecto, el tribunal ha observado con rigor

²⁴ La norma indicada fue sancionada el 20/8/2009, excediendo notablemente el plazo indicado en la cláusula transitoria 9ª.

²⁵ Resultan ilustrativas, al respecto, las expresiones de Bianchi al afirmar que “no nos encontramos, precisamente, con una norma cuya intención sea la de mantener la línea jurisprudencial experimentada hasta el presente. Por el contrario, tengo la impresión de que el constituyente, consciente de la amplitud que la delegación había logrado —especialmente en *Cocchia v. Gobierno nacional*—, ha querido prohibirla como regla [...]. Sin embargo, séame permitido decir —a modo de reflexión final— que descreo de la vigencia futura de estos resultados. Hay dos motivos para ello: la naturaleza misma de la delegación y la redacción del art. 76” (BIANCHI, Alberto B., “La delegación legislativa...”, cit.).

que la actividad del Poder Ejecutivo no exceda el marco fijado por la delegación y por vía de principio se han establecido dos postulados: el primero de ellos determina que la delegación debe ser efectuada de modo claro y conciso, pues la que se realice de modo general debe ser interpretada restrictivamente retaceando las facultades del Poder Ejecutivo. El segundo, impide la delegación de facultades que según la Constitución son exclusivas del Congreso.

3) Como diferencias entre el criterio anterior a la reforma de 1994 y el posterior a ella, apuntamos el requerimiento de un “plazo fijado para su ejercicio”, que creemos necesario, aunque fácilmente soslayable, y la exclusión de la delegación a otros órganos administrativos, fuera del Poder Ejecutivo (subdelegación), que puede contribuir a fortalecer aún más a este órgano.

d) Los reglamentos de necesidad y urgencia

Con la denominación de “reglamentos de necesidad y urgencia” se conoce a las normas jurídicas que dicta el Poder Ejecutivo, asumiendo facultades que le corresponden al Poder Legislativo y que le son transitoriamente arrebatadas a éste, para conjurar situaciones de emergencia. Estas medidas de excepción están sometidas, por lo general, a la condición de una posterior revisión legislativa.

El fundamento de estos reglamentos lo configura una situación fáctica de emergencia que le crea al órgano ejecutivo la necesidad impostergable de legislar. Pero —como afirma Marienhoff— “ha de tratarse de una necesidad y urgencia súbita y aguda (terremotos, incendios, epidemias u otra repentina y grave necesidad del momento, incluso de orden económico) que torne indispensable su emanación sin tener que supeditarse a las comprensibles dilaciones del trámite legislativo. Si ese estado de necesidad y urgencia no existiere, el reglamento que se dictare sería nulo, por carecer de causa”²⁶.

En nuestro país, este tipo de reglamento no tuvo reconocimiento constitucional expreso hasta la reforma de 1994, pero desde mucho antes venía siendo considerado por la doctrina jurídica y también por la práctica institucional.

En el campo doctrinal, Joaquín V. González fue uno de los primeros autores que abogó por el reconocimiento de estos reglamentos, al sostener que “puede el Poder Ejecutivo, al dictar reglamentos o resoluciones generales, invadir la esfera legislativa, o en casos excepcionales o urgentes, creer necesario anticiparse a la sanción de una ley;

²⁶ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. I, ps. 254/5.

entonces, la ulterior aprobación de sus decretos por el Congreso da a éstos el carácter y fuerza de leyes²⁷. También se pronuncian por un reconocimiento limitado y condicionado a la aceptación posterior del Congreso, Bielsa, Villegas Basavilbaso, Romero, Marienhoff, Diez, Gordillo, Cassagne y Vanossi, entre otros²⁸. Este último autor propicia uno de los criterios más amplios, al afirmar que “los reglamentos de necesidad y urgencia son a las leyes lo mismo que los acuerdos ejecutivos o acuerdos en forma simplificada [...] son a los tratados; habida cuenta que median en ambas situaciones datos de común afinidad, a saber: hay circunstancias especiales de gravedad y de tiempo; rigen de inmediato, desde la emanación y difusión, aun sin publicación en el Boletín Oficial; y prolongan su valor y vigencia mientras el Congreso de la Nación no los derogue expresamente”.

En una posición más restrictiva se manifiestan Linares Quintana, Bidart Campos, Sagüés y Ekmekdjian, quienes los juzgaban inconstitucionales antes de la reforma de 1994²⁹.

En la práctica institucional de nuestro país, los reglamentos de necesidad y urgencia tuvieron sus primeros antecedentes a fines del siglo XIX, fueron utilizados en forma esporádica y, por lo general, en circunstancias graves por los gobiernos constitucionales que se sucedieron hasta 1976. Después de 1983, su aplicación cobró mayor intensidad.

Durante la presidencia de Raúl Alfonsín (1983-1989) fueron sancionados diez decretos de necesidad y urgencia, alcanzando especial repercusión el dec. 1096/1985, que dispuso una importante reforma monetaria, al crear un nuevo signo, con la denominación de “austral”.

A partir de la presidencia de Carlos Menem, en 1989, la recurrencia a los decretos de necesidad y urgencia adquirió inusual intensidad (fueron quinientos setenta decretos en diez años de gobierno, durante el período 1989-1999).

²⁷ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina (1853-1860)*, 24ª ed., Estrada, Buenos Aires, 1951, p. 538.

²⁸ BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, t. III, 4ª ed., El Ateneo, Buenos Aires, 1947, ps. 40/2; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, cit., t. I, ps. 289 y ss.; ROMERO, César E., *Derecho constitucional*, t. II, Zavalia, Buenos Aires, 1976, ps. 242/3; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. I, ps. 255/6; DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., t. I, ps. 364 y ss.; GORDILLO, Agustín A., *Tratado de derecho administrativo*, Macchi, Buenos Aires, 1974, ps. 38/9; CASSAGNE, Juan C., “La constitucionalidad del nuevo signo monetario”, *La Nación*, 20/6/1985; VANOSI, Jorge R., “Los reglamentos de necesidad y urgencia”, *JA* 1987-IV-885.

²⁹ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. IX, 2ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, p. 691; BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. II, p. 230; SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 470; EKMEDJIAN, Miguel A., *Manual de la Constitución Argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1991, ps. 300/3.

Esta negativa tendencia disminuyó levemente durante el gobierno de Fernando de la Rúa (dictó sesenta y dos decretos durante su trunca-do mandado desde 1999 hasta 2001) y alcanzó su punto más alto en la gestión del presidente interino Eduardo Duhalde, que fue el presidente que más decretos de necesidad y urgencia firmó (ciento cincuenta y cinco en un año y medio, desde principios de 2002 hasta mediados de 2003). Ello, en parte, se explica por haber desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo durante una muy grave crisis económica.

Por su parte, el presidente Néstor Kirchner dictó doscientos treinta y cinco decretos durante su mandato (desde 2003 hasta 2007), alcanzando así el promedio del ex presidente Menem.

La presidenta Cristina Fernández de Kirchner modificó esta tendencia, pues dictó desde que asumió su primer mandato en 2007 hasta 2011, veintinueve decretos de necesidad y urgencia.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo, en el caso “Peralta, Luis Arcenio y otro v. Estado nacional (Ministerio de Economía, BCRA)” de 1990, la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 36/1990, que había dispuesto limitar la devolución de los depósitos a plazo fijo existentes en bancos y entidades financieras a la suma de un millón de australes y el pago del resto con posterioridad, en bonos³⁰. Lo hizo recordando el antecedente del caso “Avico, Oscar Agustín v. De la Pesa Saúl C.” de 1934, en el cual la Corte convalidó la constitucionalidad de la ley 11.741 del año 1940, que había previsto una moratoria hipotecaria, basada en la existencia de una situación de emergencia económica³¹.

En el caso “Peralta”, la Corte se preocupó más por justificar el estado de emergencia económica que por elaborar una doctrina acerca de los reglamentos de necesidad y urgencia, a los cuales, mediando la primera situación, les concedió un alcance que consideramos excesivo. Corrobora esta afirmación el hecho de que veintisiete considerandos (32 a 58) del fallo estuvieron destinados a justificar el contenido de emergencia del dec. 36/1990 y tan solo dieciséis (16 a 31), a demostrar la procedencia de su instrumentación por decreto³².

Además de la recurrente mención de la situación habilitante de la emergencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se apoyó también en la necesidad de hacer una interpretación dinámica de la Constitución que preserve el funcionamiento de los poderes del Estado, evitando que éstos resulten inoperantes para resolver crisis económicas

³⁰ Fallos 313:1513.

³¹ Fallos 172:21.

³² Conf. COMADIRA, Julio R., “Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional”, LL 1995-B-825.

y sociales de magnitud, en la exigencia de la razonabilidad, en cuanto principio que obliga a considerar los medios empleados en relación con los fines perseguidos y en la aceptación tácita, por parte del Congreso, de otras disposiciones del mismo carácter en oportunidades anteriores³³.

Una vez que los decretos de necesidad y urgencia fueron explícitamente regulados en la Ley Suprema, la jurisprudencia de la Corte Suprema fue ajustándose al nuevo texto constitucional; así, y si bien en un primer momento el tribunal dejó entrever que el control de constitucionalidad de este tipo de reglamentos sólo procedía respecto a cuestiones formales³⁴, esta tendencia se fue modificando en distintos precedentes³⁵; incluso en el caso "San Luis"³⁶ la Corte expresó que si bien le está vedado juzgar el acierto o error de las decisiones del Poder Ejecutivo debe controlar su razonabilidad y constitucionalidad de tales medidas.

Bajo esta premisa de control de razonabilidad y constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo, en el precedente "Consumidores Argentinos"³⁷ de 2010, la Corte Suprema de Justicia sentó los principios en materia de decretos de necesidad y urgencia. Así juzgó necesaria para la validez de esta clase de reglamentos, la existencia de una situación de emergencia judicialmente comprobable, que sea imposible el dictado de una ley mediante su trámite ordinario y que la situación de emergencia requiera además una solución legislativa inmediata.

Dispone el inc. 3° del art. 99, en su 2° párrafo, que "el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo".

Este categórico enunciado constitucional parecería aniquilar la posibilidad de que el Poder Ejecutivo produzca algún tipo de reglamento con sustancia legislativa. Desde ya sabemos que ello no es así, porque anteriormente hemos estudiado que el art. 76 –incorporado por el mismo constituyente reformador– acepta la delegación de facultades legislativas en el órgano ejecutivo, bajo ciertas condiciones.

³³ Un excelente comentario del caso "Peralta" puede vérselo en BIANCHI, Alberto B., "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica", LL 1991-C-141.

³⁴ En la causa "Rodríguez" de 1997 (Fallos 320: 851), la Corte se limitó a analizar el trámite formal del decreto, sin efectuar mayores valoraciones sobre el mismo.

³⁵ La Corte paulatinamente fue ampliando el ámbito de control de constitucionalidad de este tipo de reglamentos en los casos "Verocchi" de 1999 (Fallos 322:1726); "Zofracor" de 2002 (Fallos 322:3122), y "San Luis" de 2003 (Fallos 326:417), entre otros.

³⁶ Fallos 326:417.

³⁷ Fallos 333:633.

Tampoco se trata de una cláusula prohibitiva de los reglamentos de necesidad y urgencia, porque el 3° párrafo del inc. 3° del art. 99, dispone:

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros.

A partir de la reforma de 1994, por tanto, los reglamentos de necesidad y urgencia –bajo la denominación de "decretos"– tienen reconocimiento constitucional expreso, dilatando aún más las atribuciones del Poder Ejecutivo.

La cláusula constitucional establece, empero, ciertas condiciones: a) la existencia de circunstancias excepcionales, que hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes; b) que no se trate de normas que regulen sobre materia penal, tributaria o electoral, o el régimen de los partidos políticos; c) que sean resueltos en acuerdo general de ministros, quienes deberán refrendarlos juntamente con el jefe de Gabinete de Ministros.

En lo que atañe a la primera exigencia, resulta comprensible e indispensable para salvaguardar el régimen republicano de gobierno. Observamos, empero, que el juicio acerca de la efectiva existencia de tales circunstancias de excepción queda librado, en principio, al propio Poder Ejecutivo, sin exigir una ratificación parlamentaria.

La prohibición de dictar decretos de necesidad y urgencia en materia penal, tributaria o electoral, o sobre el régimen de los partidos políticos, sólo contempla algunos temas, que si bien son importantes no parecen agotar una enumeración que debió ser, estimamos, mucho más rigurosa. Se podría regular mediante decretos de necesidad y urgencia –si nos atenemos a la redacción del inc. 3° del art. 99– cuestiones como la declaración de utilidad pública en la expropiación, las leyes regulatorias de los órganos de control, etc., que a nuestro entender no pueden ser sustraídas en modo alguno de su consideración por el Congreso.

La exigencia de que los decretos de necesidad y urgencia deban ser decididos en acuerdo general de ministros, con la presencia del jefe de Gabinete de Ministros y la ratificación por todos ellos, no plantea dificultades al Poder Ejecutivo, ni constituye garantía suficiente con respecto al cumplimiento de los recaudos constitucionales. Aquéllos

son designados y removidos, en nuestro sistema institucional, por la sola voluntad del presidente de la República.

El procedimiento a aplicar en los casos de decretos de necesidad y urgencia está contemplado en el párrafo final del inc. 3° del art. 99, que establece:

El jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta Comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

Este procedimiento pone de manifiesto un desequilibrio entre los poderes políticos del Estado. En tanto que la atribución otorgada al Poder Ejecutivo queda librada, en principio, a su exclusiva iniciativa y sólo está sujeta a exigencias fácilmente realizables, el trámite legislativo aparece como complejo e incierto.

El plazo de diez días para que el jefe de Gabinete de Ministros someta personalmente la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente nos parece excesivo, tratándose de una disposición de emergencia que implica una excepcional intromisión en el reparto de funciones del Estado; se tendría que haber previsto que la comunicación fuese inmediata³⁸.

Nada se dice con respecto a la necesidad de convalidación legislativa de los decretos de necesidad y urgencia, ni se contempla el caso del receso de las Cámaras. La cláusula constitucional sólo se refiere a la circunstancia de que la Comisión Bicameral Permanente "elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras". Ante ello, creemos que en el caso de silencio del Poder Legislativo debe prevalecer el criterio de considerar que el Congreso aprueba provisionalmente la medida adoptada por el Poder Ejecutivo³⁹. Estimamos que esta interpretación de la norma constitucional se impone ante la ambigüedad del texto, aunque hubiésemos preferido que el constituyente exigiera en un plazo breve la aprobación del Poder Legislativo

³⁸ Así lo determinan la Constitución de Italia de 1947 (art. 77) la cual ordena que la comunicación al Parlamento sea efectuada "en el mismo día" y la de España de 1978, que establece que los decretos deberán ser "inmediatamente" sometidos a consideración del Congreso de los Diputados (art. 86, inc. 2°).

³⁹ Conf. COMADIRA, Julio R., "Los decretos...", cit.

y que el silencio trajera aparejada la derogación del reglamento de necesidad y urgencia; si bien esta última postura ha sido adoptada por el legislador, hubiésemos preferido que esté expresada en el propio texto de la Constitución⁴⁰. Asimismo, y si bien la Comisión Bicameral debe funcionar aun durante el receso legislativo, la resolución del Congreso debe ser adoptada por las Cámaras en pleno, por lo cual salvo convocatoria del presidente a tal efecto, el dictamen de la Comisión emitido durante la época del receso deberá aguardar el inicio de las sesiones ordinarias.

El art. 99, inc. 3°, en su parte final, dispone que "una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso". El constituyente no estableció plazo alguno para sancionar esta ley, lo generó una prolongada demora en su sanción, pues la ley que crea la Comisión Bicameral y regula el control por parte del Congreso fue sancionada el 20 de julio de 2006, esto es casi doce años después de la reforma de 1994. Ello ha permitido, como lo expresamos en el acápite anterior, que durante todo este proceso el Ejecutivo eche manos a la negativa práctica de dictar decretos de necesidad y urgencia, sin el debido control legislativo.

En esta línea, otra falencia de la que adolece la ley, es que nada dice con relación al supuesto en que ambas Cámaras del Congreso se expidan de manera distinta, esto es, una por la aprobación del decreto y otra en sentido contrario. Entendemos, que en caso de que exista una divergencia de criterios entre ambos cuerpos, deberá estarse por la vigencia del decreto, aunque hubiese sido aconsejable que tal supuesto esté expresamente tratado en la norma.

También guarda silencio la norma constitucional con respecto a la necesidad o no de la publicación previa de los decretos de necesidad y urgencia para que entren en vigencia y si bien la norma prevé las resoluciones de las Cámaras que aprueben o rechacen el decreto de que se trate, sean publicadas en el Boletín Oficial; desde el dictado del decreto hasta la resolución de la Cámara puede transcurrir un holgado período de tiempo.

Estas graves carencias tampoco fueron resueltas por la ley reglamentaria 26.122, que lejos de establecer un control efectivo sobre los decretos de necesidad y urgencia, parece pensada para que éstos perduren indefinidamente vigentes. En tal sentido estimamos que resulta inconstitucional.

⁴⁰ El art. 22 de la ley 26.122, preceptúa que el pronunciamiento de las Cámaras deberá ser expreso conforme con lo que establece el art. 82 de la Constitución. No obstante por la trascendencia del tema, estimamos que tal disposición debería formar parte del art. 99, párr. 3°.

Los reglamentos de necesidad y urgencia tienen una acogida limitada en el derecho público provincial. Sólo los contemplan las Constituciones de Chubut de 1994 (art. 156), Río Negro de 1988 (art. 181, inc. 6°), Salta de 1986 (art. 142) y San Juan de 1986 (art. 157). En otros casos, se prevé la posibilidad de establecer, a pedido del Poder Ejecutivo, un trámite urgente para ciertos proyectos de leyes; si ellos no son tratados en el plazo fijado por la Constitución, se los considera tácitamente sancionados. Es el caso de las Constituciones de Córdoba de 1987 (arts. 115 y 144, inc. 3°), San Luis de 1987 (art. 138) y Tierra del Fuego de 1991 (art. 111). Esta última alternativa la consideramos de interés, por cuanto agiliza el trámite parlamentario y el órgano legislativo mantiene la plenitud de sus atribuciones.

VII. LOS NOMBRAMIENTOS

a) Con acuerdo del Senado

La Constitución Nacional le otorga al presidente de la Nación la atribución de nombrar a los jueces de la Corte Suprema de Justicia, con acuerdo del Senado. Ello significa que el presidente tiene la facultad de elegir al candidato y elevar tal nominación a la Cámara de Senadores, requiriendo el acuerdo de ésta. A partir de la reforma de 1994, este acuerdo lo debe prestar dicha Cámara “por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto” (art. 99, inc. 4°, 1° párrafo).

El primer mandatario nombra con el mismo acuerdo, pero sin mayoría calificada, a los demás jueces de los tribunales federales inferiores pero, en este caso, “en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, [...] en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos” (art. 99, inc. 4°, 2° párrafo)⁴¹.

También confirma, con acuerdo del Senado, el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores que han cumplido la edad de 75 años. Estas confirmaciones pueden ser realizadas por cinco años y sucesivamente re-

⁴¹ A los efectos de llevar a cabo el nombramiento de los jueces, ya sean de la Corte Suprema de Justicia de la Nación o jueces inferiores, se instauró un procedimiento consultivo y no vinculante en virtud de los decs. 222/2003 y 588/2003 del 16 de junio y 13 de agosto de 2003, respectivamente. Mediante el primero se estableció el procedimiento para la designación de los jueces de la Corte Suprema y por medio del segundo se extendió dicho procedimiento para el nombramiento del procurador general, el Defensor General y los jueces de los tribunales inferiores. Consideramos estas disposiciones innecesarias y perjudiciales. Al respecto nos remitimos al cap. XXIV, donde abordamos el tema.

novadas (art. 99, inc. 4°, 3° párrafo). No obstante, esta disposición habría quedado virtualmente derogada jurisprudencialmente con el precedente “Fayt”⁴² del año 2004. Allí, el Tribunal sostuvo que la ley 24.309 no habilitó a la Convención Constituyente de 1994 a efectuar modificaciones o incorporaciones al texto constitucional, respecto de la garantía de inamovilidad de los jueces.

Además nombra, también con acuerdo del Senado, “a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios” (art. 99, inc. 7°, 1° parte). En estos casos, el mismo procedimiento se emplea para la remoción de estos funcionarios.

Por último, el presidente de la República “provee los empleos militares de la Nación: con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las fuerzas armadas” (art. 99, inc. 13).

Con respecto a esta última facultad, la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que la norma constitucional que le confiere al presidente de la República la atribución de proveer por sí solo ciertos empleos militares de la Nación es comprensiva, aunque no la mencione, de la atribución de remover o destituir, porque ella está implícita y virtualmente comprendida en la facultad de nombrar (caso “Don Domingo Aguirre v. Gobierno nacional s/reincorporación al Ejército” de 1926⁴³).

b) Sin acuerdo del Senado

Dispone el inc. 7° del art. 99 de la Constitución Nacional, que el presidente de la Nación nombra por sí solo —es decir, sin requerir el acuerdo del Senado— “al jefe de Gabinete de Ministros y a los demás ministros del despacho, los oficiales de su Secretaría, los agentes consulares y los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por esta Constitución”. También por sí solo puede proceder a la remoción de estos funcionarios, de igual modo que por sí solo provee los empleos militares y concede grados militares en el campo de batalla, en ejercicio de la jefatura de las fuerzas armadas (art. 99, inc. 13, *in fine*).

c) Los nombramientos en comisión

Los nombramientos “en comisión” son aquellos que provienen de designaciones provisorias efectuadas por el Poder Ejecutivo, en

⁴² Fallos 322:1616 de fecha 19 de agosto de 1999.

⁴³ Fallos 148:157.

épocas de receso parlamentario, para cubrir vacantes de empleos que requieren el acuerdo del Senado y cuya cobertura no admite demoras. Al tener carácter precario, tales nombramientos están sujetos a la condición de su posterior convalidación por el Senado.

El art. 99, en su inc. 19, preceptúa que el presidente de la Nación “puede llenar las vacantes de los empleos, que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima legislatura”.

La disposición tiene su origen en la Constitución de los Estados Unidos, cuyo art. II de la sección 2ª establece que “el presidente tendrá el poder de llenar todas las vacantes que puedan sobrevenir durante el receso del Senado, otorgando comisiones que expirarán al fin del siguiente período de sesiones del Congreso”.

El tema es tratado más ampliamente en el capítulo XXIV, a donde remitimos para una consideración más pormenorizada.

VIII. EL INDULTO Y LA CONMUTACIÓN DE PENAS

El art. 99, inc. 5º, le otorga al presidente de la Nación la facultad de “indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados”.

La doctrina coincide en señalar, en forma mayoritaria, que el indulto importa el perdón de la pena, cuya consecuencia jurídica es la cesación de los efectos de la sentencia condenatoria, en cuanto a la aplicación de la pena impuesta por ella al delincuente, pero sin afectar la existencia del delito, de la sentencia ni de la pena.

La conmutación, a diferencia del indulto, consiste en el cambio de la pena impuesta en una decisión judicial condenatoria por otra pena menor.

La facultad presidencial de indultar o conmutar no implica el ejercicio de facultades judiciales, sino que constituye un acto político (caso “Díaz, Fabiana” de 1994⁴⁴).

El poder o la facultad de indultar o perdonar deriva de la tradicional prerrogativa que tenían los soberanos para conceder gracia, en nombre de la piedad y de la civilización.

Este poder era ejercido ya en Roma para abolir la ley en favor del reo y lo consagraban los más antiguos códigos españoles como una prerrogativa propia del soberano, que la utilizaba en ocasiones solemnes para la nación o para la humanidad.

⁴⁴ Fallos 314:1440.

Desde los primeros tiempos del gobierno inglés, fue considerado como un poder derivado de la propia dignidad del rey; era un acto absolutamente personal y discrecional de él. Más tarde sería adoptado por el derecho norteamericano que lo recibió del derecho inglés.

En nuestro país, el indulto tiene antecedentes tanto en el derecho indiano como en las instituciones patrias.

En las reales cédulas otorgadas en 1588 por Felipe II, así como en la extendida por Felipe III en 1614, se concedió a los virreyes la facultad de perdonar delitos que ejercieron en nombre y representación del monarca.

La Asamblea General Constituyente de 1813 dispuso, entre las decisiones adoptadas por ella, el indulto y la conmutación de penas. También el Congreso de 1816 adoptó idénticas medidas.

La Constitución de 1819 establecía, en su art. 89, que el Poder Ejecutivo “puede indultar de la pena capital a un criminal o conmutarla, previo informe del tribunal de la causa, cuando poderosos y manifiestos motivos de equidad lo sugieran o algún grande acontecimiento feliz haga plausible la gracia, salvo los delitos que la ley exceptúa”.

También la Constitución de 1826 le concedió al Poder Ejecutivo la facultad de indultar, aunque lo hizo por medio de una fórmula más breve y concisa que la anterior. Disponía el art. 99 que el presidente “puede indultar de la pena capital a un criminal previo informe del tribunal o juez de la causa, cuando medien graves y poderosos motivos, salvo los delitos que la ley exceptúa”.

En cambio, Alberdi, en sus *Bases*, le atribuía al Poder Ejecutivo la facultad de indultar, pero éste debía ejercerla con acuerdo del Senado.

La Constitución de los Estados Unidos, que tanta influencia ejerció en nuestros constituyentes, establece, en el art. II de la sección segunda, que “el presidente [...] estará facultado para suspender la ejecución de la sentencia y para conceder indultos por delitos contra los Estados Unidos, excepto en los casos de juicio político”.

Comentando esta disposición, González Calderón dice que esa norma de la Constitución norteamericana fue interpretada por la Corte Suprema de aquel país con la mayor amplitud de criterio en el caso “Garland”, por medio del cual sentó una notable jurisprudencia. El poder es prácticamente ilimitado; con la excepción establecida, se extiende a todo delito conocido legalmente y puede ser ejercido en cualquier tiempo después de su perpetración, ya sea antes del ejercicio de los procedimientos establecidos en la ley, durante su tramitación o después de su condenación y sentencia. A los ojos de la ley, en tales

casos, el delincuente es tan inocente como si nunca hubiera cometido el delito⁴⁵.

Una de las cuestiones más preocupantes que plantea la institución del indulto es la relativa a la forma y el tiempo de su aplicación.

En nuestra doctrina constitucional, un primer grupo de autores entienden que es necesario requerir, como condición indispensable para la procedencia del indulto, que haya una sentencia judicial condenatoria y firme. Es la posición sostenida, entre otros, por Joaquín V. González, Estrada, Linares Quintana, González Calderón y Bidart Campos⁴⁶.

Otros autores –Jofré, Anastasi y Lazzarini– estiman que la norma constitucional debe ser interpretada en consonancia con su fuente de la Constitución de los Estados Unidos, que admite el indulto de procesados⁴⁷.

Las mismas vacilaciones de la doctrina se reflejan en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el caso “Luengo, Simón y otros” de 1868, dicho tribunal consideró que el ejercicio de la facultad presidencial de indultar debe seguir al juzgamiento, en el cual se ha de calificar primero el delito y se ha de designar al delincuente y la pena, pues de otro modo no se podría indultar⁴⁸.

En cambio, en el caso “Ibáñez, José” de 1922, la Corte entendió, por mayoría, que “el ejercicio de la facultad de indultar es procedente [...] cuando existe proceso, ya sea antes o después de producida sentencia firme de condenación, puesto que en lo más está comprendido lo menos, con tal que preceda el informe del tribunal y no se trate de delitos exceptuados”⁴⁹.

En la causa “Hipólito Irigoyen” de 1932, en la cual el ex presidente de la República rechazó el indulto otorgado por el gobierno provisional de la Nación, volvió a sostener la Corte que “el indulto no puede producirse sino después de la imposición de la pena sobre la cual debe recaer”⁵⁰.

⁴⁵ Conf. GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1975, ps. 518/9.

⁴⁶ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual...*, cit., p. 543; ESTRADA, José M., *Curso de derecho constitucional*, t. I, Compañía Sud Americana de Billetes de Banco, Buenos Aires, 1901, ps. 181/2; LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado...*, cit., t. IX, p. 705; GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso...*, cit., ps. 519/20 y 524; BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. II, p. 253.

⁴⁷ Conf. JOFRÉ, Tomás, *El Código Penal de 1922*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1922, p. 136; ANASTASI, Leonidas, “Comentario al caso ‘Magdalena’”, JA 1918-I-94; LAZZARINI, José Luis, “Indulto presidencial durante el proceso”, LL 1989-D-116.

⁴⁸ Fallos 6:227.

⁴⁹ Fallos 136:244.

⁵⁰ Fallos 165:199.

El tema volvió a cobrar actualidad cuando el presidente Carlos Menem dictó, en 1989, los decs. 1002, 1003, 1004 y otros complementarios, mediante los cuales se indultó a procesados. Dicha medida fue luego convalidada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Riveros, Santiago Omar, y otros” de 1990⁵¹.

En el caso “Aquino, Mercedes s/denuncia” de 1992, la Corte Suprema reiteró que “resulta indudable la facultad constitucional del titular del Poder Ejecutivo nacional para indultar a personas sometidas a proceso”⁵².

Estas peligrosas vacilaciones en la interpretación de la referida facultad constitucional tornan necesaria la aclaración y actualización de la norma, que debe retomar su sentido más valioso. Y éste no puede ser otro que la exigencia de una condena firme como condición para su procedencia, lo cual salvaguarda la independencia de poderes y contribuye a afianzar la justicia.

Una iniciativa presentada en la Convención Constituyente de 1994 proponía, con buen criterio, agregar en el inc. 6º del art. 86 (actualmente, inc. 5º del art. 99) el término “firmes” luego de la palabra “penas” y propiciaba, además, el agregado de la mención de los delitos derivados de casos en que hubiere mediado la actuación de un jurado de enjuiciamiento de magistrados, que en manera alguna pueden, a nuestro entender, autorizar la procedencia del indulto.

El proyecto no fue considerado por la Convención, pero creemos que representa un precedente valioso que orienta el rumbo constitucional para dar firmeza a una norma ambigua, que como tal ha generado inseguridad jurídica.

Otro aspecto controvertido resulta ser la caracterización del indulto como acto discrecional del Poder Ejecutivo y, por tanto, impedido de ser revisado judicialmente.

Si bien la Corte tradicionalmente se aproximó a ese criterio a partir del Caso “Mazzeo”⁵³ de 2007, anuló indultos que habían sido dictados por el ex presidente de la República Carlos Menem con fundamento en que tal acto encubría una protección contra delitos de lesa humanidad.

⁵¹ Fallos 313:1392.

⁵² Fallos 315:2420. Votaron en disidencia los jueces Levene y Belluscio, para quienes “el ejercicio del derecho de indultar, acordado al presidente de la Nación, debe seguir a un verdadero juzgamiento, donde se ha de calificar primero el delito y designar al delincuente y la pena”.

⁵³ Fallos 330:3248. Votaron en disidencia los jueces Argibay y Fayt. Este último sostuvo en su voto que “si ya existió una imputación determinada respecto de un individuo concreto y luego se lo sobreseyó, como consecuencia de un indulto, no hay manera de disponer la reapertura del proceso”.

Cabe acotar que el nuevo art. 36 de la Constitución Nacional, incorporado por la reforma de 1994, excluye de la posibilidad del indulto y de la conmutación de penas a quienes sean pasibles de la sanción prevista en esa norma, esto es, a quienes interrumpan la observancia de la Constitución por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático.

Por la ubicación que la excepción tiene dentro del art. 36 (2º párrafo), pareciera que no quedan incluidos quienes, como consecuencia de actos de fuerza, usurpen funciones previstas para las autoridades de la Constitución, como tampoco quienes incurran en grave delito doloso contra el Estado, que implique enriquecimiento —supuestos tratados en la referida cláusula después de la excepción—. Hubiésemos preferido, sin embargo, que la prohibición del indulto fuese amplia y abarcadora de dichos casos.

IX. LAS FUNCIONES LEGISLATIVAS

El Poder Ejecutivo tiene reconocidas en la Constitución Nacional importantes atribuciones legislativas, que básicamente son las siguientes:

- a) presenta proyectos de ley ante las Cámaras (art. 77);
- b) promulga las leyes y las hace publicar (art. 99, inc. 3º, 1º párrafo);
- c) ejerce el derecho de veto respecto de los proyectos de leyes que sanciona el Congreso y puede promulgarlas parcialmente, en este último caso, cumpliendo las condiciones establecidas (arts. 78, 80 y 83);
- d) dicta decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3º, 3º y 4º párrafos);
- e) realiza la apertura de las sesiones ordinarias del Congreso de la Nación (art. 99, inc. 8º), y
- f) prorroga las sesiones ordinarias del Congreso y lo convoca a sesiones extraordinarias (art. 99, inc. 9º).

Además, puede convocar a consulta popular no vinculante y de voto facultativo (art. 40), aunque ello no implique necesariamente una función legislativa.

X. SUPERVISIÓN DE LA RECAUDACION E INVERSIÓN DE LAS RENTAS

El nuevo inc. 10 del art. 99, incorporado por la reforma de 1994, dispone que el presidente “supervisa el ejercicio de la facultad del jefe de Gabinete de Ministros respecto de la recaudación de las rentas

de la Nación y de su inversión, con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales”.

La cláusula constitucional debe ser interpretada junto con la norma del inc. 7º del art. 100, que faculta al jefe de Gabinete de Ministros para “hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la Ley de Presupuesto Nacional”.

La tarea de “supervisar” implica, según el *Diccionario* de la Real Academia Española, “ejercer la inspección superior en determinados casos”.

El jefe de Gabinete de Ministros debe, en consecuencia, encargarse operativamente de recaudar los ingresos económicos del Estado y el presidente inspecciona, controlando que se lo haga conforme a la ley y a sus propias instrucciones. Ello es una consecuencia de la jefatura de gobierno que este último ejerce y demuestra, una vez más, que el esquema presidencialista no ha sido atenuado. La relación que el jefe de Gabinete de Ministros mantiene, en este aspecto, con el presidente de la República no difiere de la que tradicionalmente ha tenido su ministro de Economía: tanto uno como el otro dependen del titular del Poder Ejecutivo y están subordinados a él.

XI. EMERGENCIAS INSTITUCIONALES

Teniendo en cuenta los caracteres que presenta el órgano presidencial —en especial, la continuidad—, así como sus relevantes funciones, que incluyen la jefatura de Estado y la de Gobierno, resulta fácil concluir que en los casos de emergencias institucionales este órgano adquiere un papel protagónico, que se halla reconocido en las importantes atribuciones que le otorga la Constitución en épocas de crisis.

Se ha afirmado, con razón, que esas épocas requieren presidentes que ejerzan un fuerte liderazgo y que puedan asumir, en esas circunstancias, una iniciativa política firme y amplia.

Dentro del cúmulo de atribuciones que la Constitución Nacional le asigna al presidente de la República en épocas de emergencia, podríamos señalar las siguientes facultades, que surgen del art. 99:

- a) dictar decretos de necesidad y urgencia (inc. 3º);
- b) declarar la guerra y ordenar represalias con autorización y aprobación del Congreso (inc. 15);
- c) declarar el estado de sitio (inc. 16), y
- d) declarar la intervención federal (inc. 20).

En virtud de que ya nos hemos referido, en párrafos anteriores, a las dos primeras atribuciones enunciadas, a continuación sólo haremos una sucinta referencia a las facultades presidenciales en los

casos de intervención federal y de estado de sitio. Para un estudio más amplio y pormenorizado de ellas, remitimos a los capítulos VI y XV de esta obra, en donde las estudiamos con más detenimiento.

a) Estado de sitio

La Constitución Nacional le asigna al Poder Ejecutivo facultades relevantes con motivo de la declaración del estado de sitio, sea ésta efectuada invocando la causal de ataque exterior o la de conmoción interior, aunque con distinto alcance.

Respecto de la primera causal, dispone el art. 99, inc. 16, 1ª parte, que el presidente de la República “declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de ataque exterior y por un tiempo limitado, con acuerdo del Senado”.

Con ello reitera el constituyente un mandamiento que ya había formulado en el art. 61, al establecer que “corresponde también al Senado autorizar al presidente de la Nación para que declare en estado de sitio uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior”.

Con referencia a los casos en que al estado de sitio se lo declara por conmoción interior, el art. 99, inc. 16, 2ª parte, establece que el presidente “sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El presidente la ejerce con las limitaciones prescritas en el art. 23”.

Pero, además, la declaración del estado de sitio implica un considerable ensanchamiento de las atribuciones de la institución presidencial, si tenemos en cuenta que durante su vigencia el presidente podrá arrestar o trasladar a las personas de un punto a otro de la Nación, si éstas no prefiriesen salir del territorio argentino (art. 23, CN):

Asimismo, como consecuencia de la suspensión de las garantías constitucionales, la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo se amplía considerablemente.

b) Intervención federal

Con respecto a la declaración de la intervención federal de una provincia, antes de la reforma de 1994 se discutía a qué poder del Estado le correspondía efectuarla, en vista de la difusa referencia contenida en el art. 6º de la Constitución, que le asigna esa facultad al “gobierno federal”.

Una corriente doctrinal y una práctica política muy reiterada sostenían, incluso, la facultad del presidente para producir el acto declarativo de esta medida de emergencia (ver el capítulo VI de esta obra).

La reforma de 1994 estableció, con buen criterio, que esta atribución le corresponde al Congreso de la Nación (art. 75, inc. 31), pero en épocas de receso parlamentario puede ejercerla el presidente, aunque simultáneamente éste debe convocar al Congreso para que se pronuncie acerca de la medida (art. 99, inc. 20).

La misma enmienda constitucional, por medio de la norma antes citada, amplió las posibilidades de intervención haciéndola extensiva, en iguales términos, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Al jefe de Estado le corresponde, además, en todos los casos, la designación del interventor federal, nombramiento que efectúa por sí solo (art. 99, inc. 7º).

XII. OTRAS FUNCIONES

a) Seguridad social

Dispone el inc. 6º del art. 99 que el presidente “concede jubilaciones, retiros, licencias y pensiones conforme a las leyes de la Nación”. Esta atribución es una consecuencia de la jefatura administrativa conferida por la Ley Fundamental.

Dicha facultad, si bien forma parte de las atribuciones discrecionales del presidente, debe ser ejercida por éste “conforme a las leyes de la Nación” que sancione el Congreso.

b) Relaciones internacionales

Como una consecuencia de la jefatura de Estado, el inc. 11 del art. 99 establece que el presidente de la República “concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules”.

Los tratados, según lo preceptuado por el art. 27 de la Ley Fundamental de la República, deberán guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos por la Constitución (ver lo que expresamos en el capítulo IV).

Los tratados, concordatos y otras negociaciones, ya sea con Estados extranjeros, con la Santa Sede o con organizaciones internacionales, después de suscriptos por el presidente deben ser aprobados por el Congreso (art. 75, incs. 22 y 24).

c) Poderes militares

El presidente de la República, en ejercicio de la jefatura militar, tiene atribuciones de organización y disposición de las fuerzas armadas y poderes de guerra.

Las primeras le están conferidas por el inc. 14 del art. 99, según el cual el Poder Ejecutivo “dispone de las fuerzas armadas, y corre con su organización y distribución según las necesidades de la Nación”. Estas facultades deben ser ejercidas en armonía con la disposición que atribuye al Congreso de la Nación “fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno” (art. 75, inc. 27).

Es el órgano legislativo, en consecuencia, quien prioritariamente debe determinar el número de efectivos de cada una de las fuerzas armadas de la Nación, pero le corresponde al presidente ordenar sus modalidades operativas, para lo cual puede disponer el establecimiento, supresión o traslado de unidades, su movilización dentro del territorio del país, etcétera.

Respecto de los poderes de guerra, el inc. 15 del mismo art. 99 expresa que el presidente “declara la guerra y ordena represalias con autorización y aprobación del Congreso”.

La iniciativa le corresponde al presidente, como comandante en jefe supremo del Estado y la función de control la ejerce el Congreso, al cual le incumbe “autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz” (art. 75, inc. 25).

El único antecedente de ejercicio de esta facultad que registra nuestra historia constitucional es la ley 125, sancionada el 6 de mayo de 1865, por medio de la cual se autorizó al presidente Bartolomé Mitre a “declarar la guerra al gobierno del Paraguay”.

La declaración de guerra constituye, a juicio de Marienhoff, el más grave de los actos institucionales, con el cual el presidente ejerce facultades discrecionales. Dicha decisión no puede ser objeto de revisión judicial⁵⁴.

d) Informes administrativos

El presidente de la República tiene, según el inc. 17 del art. 99, la facultad de pedir “al jefe de Gabinete de Ministros y a los jefes de

⁵⁴ Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. II, ps. 759 y ss. Define el autor al acto institucional como “el emitido por el Poder Ejecutivo para asegurar o lograr la organización o la subsistencia del Estado”, agregando: “Trátase, pues, de un acto de indiscutible trascendencia para la vida de la Nación”.

todos los ramos y departamentos de la Administración, y por su conducto a los demás empleados, los informes que crea convenientes, y ellos están obligados a darlos”.

Esta atribución es una consecuencia del desempeño de la jefatura de la Administración Pública (art. 99, inc. 1°) y de la relación jerárquica que mantiene con el jefe de Gabinete, los demás ministros del despacho y los oficiales de su Secretaría.

e) Autorización para ausentarse de la Nación

La última cláusula del art. 99 establece que el presidente “puede ausentarse del territorio de la Nación, con permiso del Congreso. En el receso de éste, sólo podrá hacerlo sin licencia por razones justificadas de servicio público” (inc. 18).

La primera parte del inciso citado, más que una atribución, constituye un deber. Siendo de tanta relevancia las funciones del presidente y teniendo en consideración que el funcionamiento del Poder Ejecutivo no admite recesos, el constituyente estimó necesario que el presidente de la República recabe la autorización del Congreso para salir del territorio.

CAPÍTULO XXI
EL PODER LEGISLATIVO

I. CONCEPTO

El Poder Legislativo es, por definición, el poder que hace las leyes, facultad que implica la posibilidad de regular, en nombre del pueblo, los derechos y las obligaciones de sus habitantes, en consonancia con las disposiciones constitucionales.

Para ejercer dicha facultad está investido de una incuestionable autoridad, que le otorga la representación de la voluntad popular. La ejerce, en consecuencia, con el consentimiento, previamente manifestado, de los propios obligados.

II. CARACTERES

El Poder Legislativo es derivado, porque constituye un desmembramiento de una única y primitiva autoridad, que concentró todas las funciones en un órgano ejecutivo.

Es político, en cuanto, junto con el Poder Ejecutivo y en el marco de sus respectivas competencias constitucionales, tiene a su cargo la dirección política del Estado.

Es colegiado por naturaleza, puesto que su forma de organización —para cumplir los fines de que está investido— no admite otra posibilidad que una integración plural y pluripersonal.

Por su modalidad de funcionamiento, se trata de un órgano discontinuo —a diferencia del Poder Ejecutivo—, por cuanto tiene períodos de funcionamiento pleno y otros de actividad más restringida y hasta de receso.

III. IMPORTANCIA

Si bien tanto el órgano ejecutivo como el legislativo derivan, en nuestro sistema institucional, de la voluntad popular, tradicionalmente se ha considerado al Poder Legislativo como el más representativo de la soberanía del pueblo.

En su seno convergen tanto el oficialismo como la oposición, lo cual supone una representación más amplia y dinámica de la voluntad popular que aquella que tiene el Poder Ejecutivo y que es manifestación originaria de la mayoría electoral obtenida por un sector o partido político.

Las decisiones legislativas son adoptadas mediante la deliberación pública y la confrontación de ideas, lo cual permite –teóricamente, al menos– que el pueblo se informe y participe en su gestación y elaboración.

La relevancia que tiene la atribución de hacer las leyes; las facultades de control que ejerce sobre los otros poderes del Estado, y esa cercanía a la soberanía popular, le otorgan al Poder Legislativo una importancia tan gravitante, que lo identifica con la democracia misma.

De allí que uno de los objetivos liminares del constitucionalismo fue emancipar al Parlamento de la autoridad ejecutiva, asegurando su independencia funcional. Es éste uno de los hitos principales en la lucha del hombre por sus derechos.

Esa perspectiva tan favorable y cercana a la libertad debe, empero, ser acompañada de comportamientos acordes con dicha finalidad y con procedimientos que privilegien la eficacia. En gran medida, la suerte del sistema democrático está vinculada al desempeño del órgano legislativo: si éste es capaz de estar en sintonía con la sociedad, acompañando e impulsando sus transformaciones, las instituciones se fortalecerán. Su claudicación, en cambio, genera la declinación de la libertad.

IV. SISTEMAS DE ORGANIZACIÓN LEGISLATIVA: UNICAMERALISMO Y BICAMERALISMO

El sistema organizativo de una asamblea deliberante, compuesta por dos órganos diferentes, fue adoptado por la Constitución norteamericana por razones históricas así como por exigencias circunstanciales de la realidad y necesidades operativas de su forma de Estado.

El sistema bicameral de los Estados Unidos siguió el ejemplo y la tradición del viejo Parlamento inglés, que había sido adoptado, además, por las colonias americanas de Inglaterra.

La otra cuestión –más circunstancial y operativa– que llevó a los convencionales de Filadelfia a volcarse por el sistema bicameral, estuvo vinculada con la resolución de una puja representativa. La doble composición del Congreso facilitó la concreción de un compromiso entre los Estados más importantes y los más pequeños, resolviendo, a manera de un acuerdo transaccional, que la Cámara de Representantes tuviese en cuenta, para su composición, la población de cada estado. En cambio, en el Senado, todos los estados aparecerían con la misma cantidad de legisladores.

Bidegain señala un tercer fundamento en favor del sistema bicameral en los Estados Unidos, al sostener que “no sólo por razones históricas y circunstanciales se adoptó la organización bicamarista, sino por considerársela la más adecuada para asegurar la prudencia y la deliberación en un momento en que se temían tanto las reformas radicales de la democracia como el auge del despotismo”¹.

El desarrollo del sistema bicameral de organización legislativa prácticamente no ha recibido críticas en el orden federal de los Estados Unidos. El derecho comparado también lo muestra como la modalidad más difundida de organización parlamentaria.

Lo mismo ha ocurrido en nuestro país. Ninguna reforma constitucional ha pretendido innovar en este tema pese a que la doctrina especializada muestra las ventajas y las desventajas tanto de este sistema como del unicameral.

En cambio, en la organización legislativa local de los estados o provincias, la evolución que se ha operado en nuestro país es diferente de la norteamericana.

En los Estados Unidos, todos los estados se han inclinado por la organización bicameral, excepto uno –Nebraska– que desde su Constitución de 1934 ha adoptado el sistema unicameral.

En nuestro país, la cuestión –siempre en el orden local– aparece más controvertida, tanto en la doctrina como en las soluciones que han formulado las constituciones provinciales.

Se han inclinado por el bicameralismo, en sus Constituciones, ocho provincias: Buenos Aires de 1994 (art. 68), Catamarca de 1988 (art. 71), Corrientes de 2007 (art. 84), Entre Ríos de 2008 (art. 93), Mendoza de 1965 (art. 64), Salta de 1986 (art. 93), San Luis de 1987 (art. 101) y Santa Fe de 1962 (art. 31). Tienen organización unicameral las Constituciones de otras quince provincias: Chaco de 1994 (art. 96), Chubut de 1994 (art. 124), Córdoba de 2001 (art. 77), Formosa de 2003 (art. 103), Jujuy de 1986 (art. 103), La Pampa de

¹ BIDEGAIN, Carlos M., *El Congreso de los Estados Unidos de América*, Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 44.

1994 (art. 53), La Rioja de 1986 (art. 84), Misiones de 1964 (art. 82), Neuquén de 1994 (art. 71), Río Negro de 1988 (art. 122), San Juan de 1986 (art. 131), Santa Cruz de 1994 (art. 85), Santiago del Estero de 2005 (art. 118), Tierra del Fuego de 1991 (art. 89) y Tucumán de 2006 (art. 44). La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996, ha establecido un sistema unicameral (art. 68).

V. LA ESTRUCTURA DEL CONGRESO DE LA NACIÓN

El Congreso de la Nación se compone, al igual que su similar de los Estados Unidos, de dos cuerpos, denominados Cámara de Diputados y Senado (art. 44). Si bien esta última norma constitucional parece aceptar la denominación de “Cámara de Diputados” y “Cámara de Senadores”, el constituyente se ha cuidado de mencionar a la segunda, en numerosas cláusulas constitucionales, como “Senado” (arts. 53; 54; 56 a 59; 61; 75, inc. 2º; 93; 99, incs. 4º, 7º, 13, 16 y 19). Es innegable en ello la influencia de la Constitución de los Estados Unidos que llama a estos órganos Cámara de Representantes (*House of Representatives*) y Senado (*Senate*), respectivamente.

VI. LA CÁMARA DE DIPUTADOS

a) Composición

El art. 45 de la Constitución Nacional dispone:

La Cámara de Diputados, se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios. El número de representantes será de uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos. Después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado.

La norma constitucional proviene, en lo sustancial, de la Constitución originaria de 1853 (art. 33), que había establecido la composición de esta Cámara a razón de un diputado por cada veinte mil habitantes o fracción que no bajara de diez mil. A su vez, la propia Constitución dispuso que para conformar por primera vez la Cámara de Diputados se determinaba un número fijo de legisladores por cada provincia (art. 34), sumando un total de cincuenta miembros. Los

distritos electorales con mayor representación eran la Capital Federal, Buenos Aires y Córdoba, con seis diputados cada uno y los que tenían la representación menor eran Entre Ríos, Jujuy, La Rioja, San Juan, Santa Fe y San Luis, con dos diputados cada uno. La reforma constitucional de 1860 modificó, en la conformación originaria de la Cámara, la representación de seis diputados por la Capital y seis por la provincia de Buenos Aires, fijándola en doce legisladores, correspondientes, todos ellos, a la provincia de Buenos Aires.

La cláusula fue objeto de modificaciones en la reforma constitucional de 1898, que elevó de veinte mil o fracción que no bajara de diez mil, a treinta y tres mil o fracción que no bajase de dieciséis mil quinientos, el número de habitantes requeridos para la elección de un diputado.

La Convención Nacional Constituyente de 1949 aumentó el número de habitantes exigido como representación para cada diputado, llevándolo a cien mil o fracción que no bajara de cincuenta mil. Además, resolvió que la representación por distrito no sería inferior a dos diputados (art. 42). También derogó el art. 38, referido al número de diputados necesarios para la primera conformación del Congreso. Las modificaciones perdieron vigencia en 1956, como consecuencia de la derogación de la citada reforma, dispuesta por el gobierno *de facto* de la “Revolución Libertadora”.

La reforma constitucional de 1994 le ha atribuido representación a la ciudad de Buenos Aires, sin perjuicio de reconocer que en caso de traslado también la tendrá la nueva Capital.

Una cuestión controvertida es la referente a la cantidad mínima de diputados que le corresponde a cada distrito electoral. La Constitución Nacional nada dispone al respecto, limitándose a fijar —como lo hemos expresado antes— un número de diputados para integrar la primera Legislatura, conforme a lo cual las provincias con menos representación eligen dos diputados.

En 1959 se planteó una situación que intensificó el debate sobre esta cuestión. La provincia de La Rioja, que había tenido siempre dos diputados, pasó a tener sólo uno a causa de la aplicación de la ley electoral vigente, que había adecuado a ochenta y cinco mil o fracción no inferior a cuarenta y dos mil quinientos, el número de habitantes para obtener una banca en la Cámara de Diputados.

Para remediar esta situación se sancionó, ese mismo año, la ley 15.264, que estableció que ninguna provincia podía tener una representación inferior a dos diputados. Ello, si bien era discutible, guardaba armonía con el mínimo de representación que determina el art. 46 de la Constitución para la conformación de la primera Legislatura.

Con posterioridad, la ley *de facto* 19.862 del año 1972, dispuso que el número de diputados a elegir sería de uno por cada ciento treinta y cinco mil habitantes o fracción que no bajase de sesenta y siete mil quinientos, agregándose a esta base, por distrito, tres diputados más, con excepción del territorio nacional de Tierra del Fuego, al cual se le asignaban dos diputados nacionales.

La ley 22.847 elevó el mínimo de diputados por distrito a cinco, criterio que continúa vigente.

La solución legal adoptada ha sido objetada y tachada de inconstitucional². Por nuestra parte, consideramos que el sistema empleado ha servido a la realidad, compensando mínimamente notorias e injustas desigualdades entre las provincias; pero es objetable en cuanto a su constitucionalidad, sobre todo porque se aparta del piso mínimo de dos diputados por distrito previsto en la Constitución de 1853 para la primera composición de la Cámara. Resulta, asimismo, criticable que la consideración de este tema haya sido soslayada en oportunidad de la reforma constitucional de 1994.

En las elecciones celebradas en 1983, para conformar la Cámara de Diputados se tuvo en consideración el censo realizado en 1980 y conforme a la ley 22.847, del año 1983, que prevé la proporción de un diputado por cada ciento sesenta y un mil habitantes o fracción que no baje de ochenta mil quinientos, dicha Cámara quedó constituida con doscientos cincuenta y cuatro miembros.

A partir de 1992, el número de sus integrantes se elevó a doscientos cincuenta y siete diputados, al incorporarse tres nuevos miembros por la reciente provincia de Tierra del Fuego, que como territorio nacional y por mandato legal, venía teniendo hasta entonces dos diputados.

b) Las condiciones de elegibilidad

Son requisitos para ser diputado: 1) tener una edad mínima de 25 años; 2) contar con cuatro años de ciudadanía en ejercicio, y 3) ser natural de la provincia que lo elija o tener dos años de residencia inmediata en ella. Estas condiciones son exigidas por el art. 48 de la Constitución Nacional.

La edad mínima prevista para el desempeño de la función de diputado nacional se relaciona con una estimación efectuada por el

² En este sentido se han manifestado, entre otros, BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 64; DEL CARRIL, Bonifacio, *Los colegios electorales en la democracia masiva*, Emecé, Buenos Aires, 1989, p. 79, y VERA VILLALOBOS, Enrique, *El poder de nuestro voto*, Planeta, Buenos Aires, 1994, p. 97.

constituyente, el cual entendió que a esa edad se está, regularmente, en posesión de la plenitud de condiciones para desempeñar ese mandato legislativo.

El requisito del ejercicio de cuatro años de la ciudadanía es de especial aplicación respecto de aquellas personas de origen extranjero y naturalizadas en nuestro país, que pretenden acceder a una banca legislativa. Para los argentinos nativos esta situación no plantea dificultades, por cuanto adquieren la ciudadanía automáticamente al cumplir los 18 años de edad y a los 25 años ya han superado con creces este requisito.

Por último, la norma constitucional requiere una vinculación entre el diputado y el distrito del cual emana su elección; ella puede derivar de que es nativo o natural de aquél, es decir, de que ha nacido en él o bien del hecho de tener dos años de residencia inmediata, como mínimo, en el distrito. Estos requisitos no habían sido previstos por la Constitución de 1853; fueron incorporados por la Convención Nacional Constituyente de 1860.

Todas las condiciones exigidas por el art. 48 de la Constitución Nacional son requeridas para el desempeño efectivo del mandato de diputado nacional; deben ser verificadas, en consecuencia, en el momento de la incorporación del legislador a la Cámara.

c) El procedimiento de elección

La Constitución establece, en el art. 45, 1ª parte, lo siguiente:

La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios.

Esta norma contiene tres pautas básicas para la elección de los diputados nacionales. Ella deber ser: a) directa, b) distrital y c) a simple pluralidad de sufragios.

Que sea directa significa que se trata de una elección de primer grado, que no hay intermediarios ni compromisarios entre la voluntad popular y el representante.

Que sea distrital implica que al territorio del país se lo divide en circunscripciones o secciones electorales, coincidentes con los límites de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires y de la Capital Federal, en caso de traslado. Esta especificación parece convertir en ficción la expresión de los arts. 44 y 49, que se refieren a los "diputados de

la Nación". En cuanto al origen de su representación, los diputados son representantes del pueblo de su provincia, de la ciudad de Buenos Aires o de la Capital Federal, en caso de traslado. También se sostiene que en definitiva son representantes de sus respectivos partidos políticos.

La expresión "a simple pluralidad de sufragios" ha generado problemas de interpretación. Esta referencia, según González Calderón, no puede tener otro sentido que aludir al sistema electoral de mayoría. Todos los candidatos —opina dicho autor— que obtengan más votos que otros serán quienes consigan la representación. Según este particular criterio, la representación de la minoría deviene inconstitucional³.

Otros prestigiosos autores, como Linares Quintana, Fayt, Sánchez Viamonte y Rivarola, consideran que el único mandato constitucional que deriva de esta expresión del actual art. 45 es, precisamente, impedir que para la elección de diputados nacionales se exija la mayoría absoluta de votos⁴.

Como conclusión, cabe afirmar que la Constitución contiene, en esta norma, principios operativos suficientemente elásticos como para dar cabida a cualquiera de los sistemas electorales conocidos, en la medida en que éstos no requieran la mayoría calificada de votos. Éste es el criterio que ha prevalecido en la doctrina constitucional y que compartimos.

d) La duración del mandato y la reelección

Los diputados nacionales ejercen su mandato por un período de cuatro años y son reelegibles (art. 50, CN). La misma disposición constitucional establece que "la sala se renovará por mitad cada bienio, a cuyo efecto los nombrados para la primera Legislatura, luego que se reúnan, sortearán los que deban salir en el primer período".

El lapso de cuatro años de duración del mandato parece prudente y no ha suscitado, en general, mayores reparos. La única reforma constitucional que modificó ese término fue la de 1949, que lo elevó a seis años (art. 44).

³ GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1981, ps. 291 y 296/7.

⁴ Conf. LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. VIII, 2ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, p. 93; FAYT, Carlos S., *Sufragio y representación política*, Bibliográfica Ormeba, Buenos Aires, 1963, ps. 77/8; SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de derecho constitucional*, 4ª ed., Kapelusz, Buenos Aires, 1954, ps. 212/3; RIVAROLA, Rodolfo, *Enciclopedia de la Constitución argentina*, Imprenta Coni, Buenos Aires, 1939, voz "Pluralidad de sufragios", p. 471.

Más discutible se presenta, en cambio, la conveniencia de la renovación parcial, por mitad y cada dos años. La reforma constitucional transitoria de 1972 la suprimió al entender que ocasionaba trastornos a la tarea de gobierno.

En estos aspectos, nuestros constituyentes se apartaron del texto de la Constitución de los Estados Unidos que establece para los representantes —así se denomina a los diputados— un mandato de dos años, sin renovación parcial (art. I, sección 2ª, cláusula 1ª).

El sorteo previsto por el art. 50 para la primera Legislatura tuvo que ser aplicado con reiteración en nuestro país, especialmente después de 1930, como consecuencia de sucesivas rupturas del orden institucional. Establecido, después, un gobierno democrático, era indispensable practicar ese sorteo para determinar quiénes debían irse al cabo de los dos primeros años de mandato.

En cuanto a la posibilidad de reelección de los diputados nacionales, se entiende que es indefinida, aun cuando puede generar dudas la comparación con la norma similar prevista para el Senado, en la cual se especifica que es así (art. 56).

e) Los casos de vacancia

El art. 51 de la Constitución Nacional dispone:

En caso de vacante, el gobierno de provincia, o de la Capital, hace proceder a elección legal de un nuevo miembro.

La modalidad prevista por el constituyente de 1853 le da prevalencia a la inmediatez en la representación popular para el caso de que se produzca una vacante en la Cámara de Diputados. En esas circunstancias, la provincia (o la capital) a que pertenezca el legislador que ha producido la vacante debe proceder a la elección de un nuevo miembro.

Con la aplicación de la norma, empero, fueron surgiendo problemas operativos. El número de integrantes de la Cámara de Diputados hace que sean bastante frecuentes las vacantes en su ámbito. Esto obliga a poner en funcionamiento el mecanismo electoral para proceder a la elección del reemplazante (los partidos políticos tienen que proclamar candidatos, éstos deben realizar campañas políticas, hay que confeccionar los padrones electorales, constituir mesas receptoras de votos, realizar escrutinios, etc.), a veces, incluso, para completar mandatos de escasa duración.

Estas dificultades han llevado a poner en práctica sistemas más simples, como lo es la proclamación de suplentes en las listas de candidatos, que son elegidos junto con los titulares.

En la actualidad, el Código Electoral Nacional (ley 24.444) dispone en su art. 164:

En caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un diputado nacional lo sustituirán quienes figuren en la lista como candidatos titulares según el orden establecido.

Una vez que ésta se hubiere agotado ocuparán los cargos vacantes los suplentes que sigan de conformidad con la prelación consignada en la lista respectiva. En todos los casos los reemplazantes se desempeñarán hasta que finalice el mandato que hubiere correspondido al titular.

Creemos que la solución provista por la ley satisface las necesidades operativas del sistema representativo; ello no impide, sin embargo, que la consideremos inconstitucional, porque altera la modalidad adoptada por el constituyente en el art. 51 de nuestra Ley Suprema.

Resulta poco comprensible que esta última cláusula constitucional no haya sido modificada por la reforma de 1994, que brindaba una ocasión propicia para llevar a la Constitución la solución consagrada hace ya tiempo por la ley. Por lo demás, esta norma tendría que haber sido modificada para acoger en sus disposiciones a los diputados por la ciudad de Buenos Aires, en armonía con el art. 45 de la Ley Fundamental.

VII. LA CÁMARA DE SENADORES

a) Composición

La Constitución originaria de 1853 estableció que el Senado estaría integrado por dos senadores por cada provincia y dos por la Capital.

Este criterio de integración sólo fue alterado por la enmienda transitoria de 1972, que amplió el número de senadores a tres por provincia e igual número por la Capital.

A partir de 1983 se puso nuevamente en vigencia el sistema originario, por lo cual en 1994 el Senado estaba integrado por cuarenta y ocho miembros, en representación de veintitrés provincias y la Capital Federal.

La reforma constitucional de 1994 modificó la composición del Senado ampliando el número de los miembros que lo integran. Expresa, al respecto, el actual art. 54 que "el Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante

al partido político que le siga en número de votos. Cada senador tiene un voto"⁵.

La modificación nos parece, en general, positiva. Tiene su fuente en el art. 46 de la reforma constitucional transitoria de 1972, aunque creemos que esta última le había otorgado mejor redacción.

Resulta objetable, sin embargo, la referencia que hace el art. 54 a la forma de distribución de las vacantes. Dispone, al respecto, que le corresponden "dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos". Entendida literalmente esta expresión, pareciera estatuir dos principios contradictorios con el art. 37 de la Constitución, introducido también por la reforma de 1994: a) la competencia exclusiva de los partidos políticos para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos y b) la pertenencia de las bancas a los partidos políticos.

Conforme al nuevo criterio de integración previsto por la reforma constitucional de 1994, el Senado de la Nación está compuesto, a partir de 1995, por setenta y dos miembros, en representación de veintitrés provincias y la ciudad de Buenos Aires.

b) Las condiciones de elegibilidad

Los requisitos para ser elegido senador están enumerados en el art. 55 de la Constitución y son los siguientes: 1) tener una edad mínima de 30 años; 2) contar con seis años de ciudadanía en ejercicio; 3) disfrutar de una renta anual de 2000 pesos fuertes o de una entrada equivalente, y 4) ser natural de la provincia que lo elija o tener dos años de residencia inmediata en ella.

1) La condición de mayor edad mínima para los senadores es reveladora del criterio del constituyente de concebir al Senado como una Cámara moderadora.

2) La exigencia de los seis años de ciudadanía en ejercicio adquiere particular relevancia para los argentinos naturalizados porque, tratándose de nativos, la sola edad hace suponer que reúnen con creces esa condición.

3) El requisito de contar con una renta mínima de 2000 pesos fuertes o una entrada equivalente implica un resabio del tinte aristocrático que tradicionalmente se le ha atribuido a esta Cámara en sus orígenes y contrasta con la afirmación del art. 16 de la propia Cons-

⁵ Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no media impedimento para que dos o más partidos presenten un mismo candidato, pero no pueden, salvo que se oficialice una lista única, acumular los votos obtenidos por un mismo candidato en listas diferentes. Fallos 326:1778, caso "Alianza Frente por un Nuevo País" del 4/6/2003.

titudin, que establece que "todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad".

La exigencia, empero, no ha sido aplicada y puede considerársela como abrogada en la Constitución material. Nos parece inconveniente que las sucesivas reformas constitucionales —salvo la de 1949— no la hayan derogado expresamente.

En cuanto a la verdadera cuantía de la exigencia constitucional, no es fácil efectuar una actualización del monto previsto por dicha cláusula, sobre todo si tenemos en cuenta los períodos de inestabilidad económica y de inflación, que obligaron en varias ocasiones al cambio de la moneda. Bidegain ha estudiado la cuestión y llega a la conclusión de que los 2000 pesos fuertes serían equivalentes a 3332 g de oro fino⁶.

4) Al igual que para el caso de los diputados nacionales, se exige ser natural de la provincia que lo elija o tener dos años de residencia inmediata en ella. Nos remitimos, en consecuencia, a lo expresado antes (punto VI, b, de este capítulo).

Cabe acotar que las condiciones previstas por la Constitución deben verificarse, en el caso de los senadores, en el momento de la elección y no al tiempo de su incorporación, como ocurre con los diputados. Ello es consecuencia de la diferente redacción que tienen, en este aspecto, los arts. 48 y 55 de la Constitución⁷.

c) El procedimiento de elección

En relación con la forma de elección de los senadores, es llamativo el paralelismo que guarda el sistema constitucional argentino con el norteamericano.

En los Estados Unidos, la Constitución de 1787 confió la elección de los senadores nacionales a las Legislaturas locales (art. I, sección 3ª, cláusula 1ª). Este sistema indirecto de elección de los senadores era defendido por Jay en *El federalista*, al expresar: "Como tanto las asambleas reunidas para elegir presidente, como las Legislaturas de los Estados que nombran a los senadores, estarán compuestas como regla general por los ciudadanos más informados y respetables, hay razones

⁶ BIDEGAIN, Carlos M., *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, t. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 44.

⁷ No hay acuerdo en la doctrina constitucional acerca de los motivos que llevaron al constituyente a formular esta diferenciación. Mientras González Calderón (GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso...*, cit., p. 323) se inclina por opinar que tuvo el propósito de acentuar el rigor de las condiciones para los senadores, Bidegain (BIDEGAIN, Carlos M., *Cuadernos...*, cit., t. IV, p. 42) entiende que pudo haberse originado en las distintas fuentes tenidas en cuenta por el constituyente al redactar ambos artículos.

para suponer que sus votos y su atención se dirigirán exclusivamente hacia esos hombres que más se hayan distinguido por su capacidad y su virtud y en quienes el pueblo encuentre motivos justificados para depositar su confianza"⁸.

La modalidad de elección indirecta por las legislaturas estatales provocó, ya en los primeros años de aplicación, situaciones conflictivas que hicieron aparecer en el Congreso norteamericano las propuestas de enmienda.

El 8 de abril de 1913 fue ratificada, finalmente, la enmienda XVII, que reemplazó a la cláusula 1ª, sección 3ª, del art. I de la Constitución norteamericana, estableciendo:

El Senado de los Estados Unidos estará integrado por dos senadores de cada estado, elegidos por el pueblo del mismo, para un período de seis años; cada uno de los senadores tendrá derecho a un voto. Los electores de cada estado deberán llenar los requisitos que se exigen para los electores de las secciones más numerosas de las Legislaturas estatales [...].

Explicando el sentido de esta enmienda, afirma Pritchett que "el movimiento en pro de la elección directa de los senadores fue motivado en parte por la inacción y los disturbios que caracterizaban las elecciones legislativas, y en parte por el desarrollo de un sentido más progresista en el país"⁹.

Nuestra Constitución siguió el modelo originario de los Estados Unidos, disponiendo también que los senadores nacionales fueran elegidos por las legislaturas provinciales. Confiando siempre en las bondades del sistema indirecto, estableció que los senadores por la Capital Federal serían elegidos en la misma forma que el presidente y el vicepresidente de la Nación. Cabe apreciar, en este último aspecto, una diferencia apreciable con la Constitución norteamericana, que no prevé la representación en el Senado del distrito federal.

El sistema indirecto de elección de los senadores nacionales también generó situaciones conflictivas en nuestro país, al igual que en los Estados Unidos¹⁰.

Ello motivó que tanto la reforma constitucional de 1949 (art. 47) como la enmienda transitoria de 1972 (art. 46) se inclinaran por el

⁸ HAMILTON, Alexander - MADISON, James - JAY, John, *El federalista*, 2ª ed., FCE, México, 1957, ps. 272/3.

⁹ PRITCHETT, Herman C., *La Constitución americana*, Tea, Buenos Aires, 1965, p. 217.

¹⁰ Conf. ZIULU, Adolfo G., "El Senado de la Nación en la reforma constitucional", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XXXIV, nro. 55, ps. 21/38. En este ensayo nos referimos a los principales conflictos que se plantearon con motivo de la elección de senadores nacionales.

sistema de elección directa de los senadores. La efímera vigencia de ambas reformas frustró su aplicación e hizo retomar, en 1983, la añeja modalidad de elección indirecta, que reprodujo también las situaciones inciertas y conflictivas¹¹.

La reforma de 1994 modificó el procedimiento de elección de los senadores. Expresa, al respecto, el art. 54 de la Constitución Nacional:

El Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos. Cada senador tendrá un voto.

Nos parece bien la elección directa, porque mejora el sistema representativo y evita ciertas manipulaciones electorales que se venían registrando con el sistema de elección indirecta.

Hasta aquí hemos observado algunos logros de la última revisión constitucional, que apuntan a un gradual mejoramiento del sistema representativo. Esta opinión, sin embargo y tal como lo indicáramos en ediciones anteriores, dejó paso a cierta sensación de frustración respecto de la aplicación de la disposición transitoria cuarta, de desmesurada extensión, que acompaña al nuevo texto constitucional.

Advertíamos por entonces, que en dicha disposición la elección directa de los senadores nacionales debió esperar hasta el año 2001. Ello es así porque, según dicha norma, "en ocasión de renovarse un tercio del Senado en 1995, por finalización de los mandatos de todos los senadores elegidos en 1986, será designado además un tercer senador por distrito por cada Legislatura". Esto implica que a partir del 10 de diciembre de 1995 hay tres senadores por provincia y tres por la Capital Federal. La designación, empero, siguió correspondiendo a las legislaturas locales hasta el año 2001, en que entró definitivamente en vigor la designación por voto popular directo. En el caso de la ciudad de Buenos Aires hubo elección directa en 1995, pero en 1998 se aplicó la elección indirecta, a cargo del órgano legislativo de la ciudad.

Esta compleja trama hubiera podido ser evitada si se establecía una fecha próxima de caducidad de mandatos y se empezaba, a partir de ella, con un Senado renovado conforme a las nuevas prescripciones constitucionales.

Además, estas designaciones por las legislaturas provinciales estarán lejos de mejorar el sistema actual, al cual le introducirán nuevas

¹¹ Conf. ZIULU, Adolfo G., "Consolidación democrática y patologías electorales", *Diario La Prensa*, 11/1/1993, Buenos Aires, p. 9.

complicaciones, que a nuestro entender irán en desmedro de la representación. Advirtamos, a este respecto, que cuando hubo que designar un senador por la minoría —esto sucedió desde 1995 hasta 2001—, lo hizo la respectiva Legislatura por mayoría de votos. Esto quiere decir que el partido mayoritario virtualmente también determinaba la elección del senador designado en representación de la minoría.

En cambio, estimamos acertada la previsión contenida en el quinto párrafo de la disposición transitoria 4ª, según la cual "la elección de todos los senadores a que se refiere esta cláusula se llevará a cabo con una anticipación no menor de sesenta ni mayor de noventa días al momento en que el senador deba asumir su función". Ella previene las designaciones anticipadas, que en ocasiones han servido para manipular las elecciones.

d) La duración del mandato y la reelección

La Constitución de los Estados Unidos determinó que la duración del mandato de los senadores se extendería a seis años, previendo una renovación parcial por tercios cada dos años. En la Convención de Filadelfia de 1787 —recuerda Bidegain— "hubo manifestaciones dispares sobre el término que debían permanecer los senadores en sus cargos. Hamilton era partidario de la designación vitalicia o, por lo menos, indefinida (mientras durase su buena conducta), para los senadores y para el presidente. Otros convencionales se manifestaron partidarios de términos de 3, 5, 7 o 9 años. Los partidarios del período largo destacaban la conveniencia de asegurar la independencia del Senado y la fiscalización de la Cámara joven, convencidos [de] que si no se daba a la otra Cámara una firme consistencia, la de Representantes, más numerosa y de origen directamente popular, la avasallaría. Finalmente, se llegó a un acuerdo y se adoptó el período de seis años, sin que a su respecto se escucharan las quejas que suscitan los términos fijados para el presidente y para los representantes"¹².

La Constitución argentina prefirió fijar en nueve años la duración del mandato de los senadores nacionales, con renovación parcial de la Cámara por tercios cada tres años.

Esta diferencia respecto del modelo norteamericano mereció el apoyo de Joaquín V. González. Al explicar las razones que habían motivado, a su entender, esta modificación, expresaba el ilustre constitucionalista riojano que "si se ha adoptado el término de nueve años, en vez de los seis de la Constitución de los Estados Unidos, se ha

¹² BIDEGAIN, Carlos M., *El Congreso...*, cit., p. 105.

querido evitar los inconvenientes de una perpetua movilidad e inestabilidad en la legislación, tan contrarias a un buen gobierno. Y para evitar el peligro opuesto, de un período de inamovilidad, abatimiento o despotismo, se ha establecido la renovación parcial de la Cámara misma cada tres años; de manera que, al final de cada nueve, se supone un nuevo Senado, sin que se pierda la unidad de la política o de los propósitos del Gobierno; porque siempre quedan en cada renovación dos tercios de senadores antiguos, que mantienen la tradición legislativa, y porque, además, el principio de reelección indefinida permite conservar en la Cámara aquellos hombres que por su influencia en los consejos, su sabiduría o experiencia en el gobierno, sean reconocidos por sus electores, y por la opinión de todo el país, necesarios para el poder que hace la ley y tiene a su cargo los más graves asuntos de la vida nacional”¹³.

Si bien hubo, con relación a la Constitución de los Estados Unidos, un cambio en cuanto a la duración del mandato de los senadores —lo mismo que respecto de los diputados y del presidente y el vicepresidente de la República—, no se deben apreciar estas innovaciones como un apartamiento de la filosofía que inspiró al modelo norteamericano. Por el contrario, está ínsita en ambos textos constitucionales la defensa del principio según el cual las elecciones deben ser realizadas en forma escalonada, de manera tal de no condicionar a una sola manifestación popular los cambios en la conformación del gobierno, los cuales tienen que producirse en forma gradual.

Estas razones, esgrimidas para fundamentar la duración del mandato de los senadores nacionales, pudieron haber tenido indudable razonabilidad en el siglo anterior, pero entendemos que hace ya tiempo que perdieron significación. Hoy, los cambios en las preferencias políticas sobrevienen súbitamente. Mucho tiene que ver en estas repentinas variantes la creciente influencia de los medios de comunicación social. Seguir alentando, en la actualidad, plazos de mandato tan amplios como los previstos por el constituyente de 1853 implica consagrar la posibilidad de convertir al Senado en un órgano irrepresentativo, cualquiera que sea el modo de elección de sus integrantes¹⁴.

La reforma constitucional de 1949 dispuso que los senadores durarían en sus cargos seis años y que podían ser reelegibles. La renovación de la Cámara tendría lugar por mitades cada tres años (art. 49).

¹³ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina (1853-1860)*, 24ª ed., Estrada, Buenos Aires, 1951, ps. 353 y 354.

¹⁴ Advierte Sartori que no puede haber sistema de representación política sin elecciones; pero, en cambio, la inversa no implica la misma certeza: puede haber elecciones sin representación (conf. SARTORI, Giovanni, *Elementos de teoría política*, Alianza Singular, Buenos Aires, 1992, p. 232).

También la reforma transitoria de 1972 innovó en esta cuestión al establecer que “los senadores duran cuatro años en el ejercicio de su mandato y son reelegibles indefinidamente” (art. 48). Se abrevió sustancialmente la duración de los mandatos y se suprimió la renovación parcial de la Cámara.

Finalmente, la reforma de 1994 dispuso:

Los senadores duran seis años en el ejercicio de su mandato, y son reelegibles indefinidamente; pero el Senado se renovará a razón de una tercera parte de los distritos electorales cada dos años [art. 56, CN].

Además, en la disposición transitoria 4ª estableció un complejo sistema de transición hasta el año 2001, según el cual los senadores que se venían desempeñando como tales al tiempo de la reforma completaron su mandato conforme al régimen anterior (nueve años) y los que resultaron elegidos por aplicación de dicha cláusula transitoria terminaron el suyo el 9 de diciembre del año 2001, fecha a partir de la cual se puso integralmente en vigencia el nuevo régimen de elección y de duración del mandato previsto por la citada reforma.

e) Los casos de vacancias

Con respecto a esta situación, el art. 62 de la Constitución Nacional dispone:

Quando vacase alguna plaza de senador por muerte, renuncia u otra causa, el gobierno a que corresponda la vacante hace proceder inmediatamente a la elección de un nuevo miembro.

El criterio seguido por el constituyente, como se puede observar, es similar al previsto para el caso de vacantes en la Cámara de Diputados (art. 51).

Sin embargo, la disposición transitoria 4ª, emanada de la reforma de 1994, preceptúa que “toda vez que se elija un senador nacional se designará un suplente, quien asumirá en los casos del art. 62” (7º párrafo).

La cláusula parece razonable si nos atenemos a las circunstancias de la realidad, que tornan dificultoso implementar la organización de actos electorales suplementarios y, además, postergan la cobertura de la vacante. Empero, la ubicación de esta disposición —como cláusula transitoria— no parece la mejor y despierta fundadas dudas acerca de su carácter definitivo o transitorio, sobre todo si consideramos que el mismo constituyente reformador mantuvo el texto del art. 62.

f) El presidente provisorio del Senado

El Senado de la Nación es presidido por el vicepresidente de la República, que no puede votar, excepto en caso de empate (art. 57, CN).

El art. 58 de la Constitución prevé, además, que "el Senado nombrará un presidente provisorio que lo presida en caso de ausencia del vicepresidente, o cuando éste ejerce las funciones de presidente de la Nación".

Esta disposición halla fundamento en la propia naturaleza de la institución del vicepresidente, el cual, como sustituto inmediato del presidente, está llamado a desempeñar el Poder Ejecutivo cada vez que su titular no lo pueda ejercer.

El presidente provisorio del Senado, que es elegido por sus pares, ocupa un lugar relevante en el orden sucesorio del Poder Ejecutivo porque, conforme a la Ley de Acefalía vigente (ley 20.972), reemplaza al presidente de la República cuando éste o el vicepresidente pueden desempeñar el cargo.

VIII. LA PERTENENCIA DE LAS BANCAS LEGISLATIVAS

En nuestro país se ha presentado con recurrencia el problema de la pertenencia de las bancas parlamentarias, planteando la duda acerca de si ellas son de los legisladores o pertenecen a los partidos políticos que éstos representan.

El debate nos parece ocioso y, además, bordea el límite de la falta de razonabilidad. Sería impensable que se planteara en sistemas políticos democráticos más consolidados, en donde se tiene en claro que un partido político no puede ser titular de una banca parlamentaria. No existen, en consecuencia, los legisladores fungibles.

Nuestra realidad es, sin embargo, diferente. Si bien la idea de la representatividad tiene cada vez más arraigo, no sucede lo mismo respecto de los sistemas electorales. No hay crisis de representación, pero sí una crisis severa del sistema electoral. En éstos, los partidos políticos cumplen una función esencial en la elección de los candidatos. De allí que se pueda sostener, conforme a esta realidad, que muchos legisladores han accedido a su banca más por el partido que presentó sus candidaturas que por el pueblo que los votó como integrantes de una larga e inmodificable lista de candidatos.

El tema cobra especial importancia cuando se presenta el caso de un legislador "indisciplinado" que discrepa de las directivas que le ha formulado su partido político. Es entonces cuando éste pretenderá reemplazarlo por un legislador "obediente", alegando que la banca es del partido y no del legislador.

En el ámbito del Congreso de la Nación se ha planteado en varias ocasiones el tema, que también ha sido objeto de consideración en diversos proyectos legislativos. No se registran, sin embargo, antecedentes favorables a la efectiva aplicación del criterio de pertenencia de las bancas a los partidos políticos, por lo cual éstas corresponden, en consecuencia, a los legisladores.

La reforma de 1994 introdujo, empero, un nuevo elemento en el análisis de esta cuestión al disponer, con respecto a la elección de los senadores nacionales por las provincias y por la ciudad de Buenos Aires, que le corresponden "dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos" (art. 54). Estas expresiones parecen contradecir el principio general antes enunciado, aunque pensamos que no deberían ser entendidas como idóneas para dar lugar al cambio del legislador si así lo pidiera el respectivo partido político.

IX. JURAMENTO

En el momento de incorporarse a sus respectivas Cámaras, los senadores y diputados nacionales tienen que prestar juramento asumiendo el compromiso "de desempeñar debidamente el cargo, y de obrar en todo en conformidad a lo que prescribe esta Constitución" (art. 67).

Los reglamentos internos de las Cámaras prevén diferentes fórmulas que se adaptan a la distinta convicción de los legisladores que prestan juramento.

X. DIETAS

Dispone el art. 74 de la Constitución Nacional:

Los servicios de los senadores y diputados son remunerados por el Tesoro de la Nación, con una dotación que señalará la ley.

Si bien la doctrina ha discutido sobre la necesidad de establecer la retribución de los servicios que se presta mediante el desempeño de funciones legislativas, entendemos que un elemental principio de justicia lleva a convalidar el criterio formulado por el constituyente.

Con respecto a su alcance, González Calderón expresa que se "deberá acordar retribución a los que realmente presten sus servicios y asistan a las Cámaras y no, como hasta ahora se ha hecho, fijando una asignación mensual, concurren o no"¹⁵.

¹⁵ GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso...*, cit., p. 365.

Bielsa considera que "es buena norma fijar en la propia Constitución reglas precisas que limiten el aumento de dietas durante el mandato, como lo estableció la Constitución [...] respecto del sueldo del presidente de la Nación y aun de manera general"¹⁶.

En los últimos años, estas retribuciones han merecido fuertes críticas, en particular por los medios de comunicación social. Consideramos que urge recuperar el sentido republicano que ellas deben tener, fijando montos razonables y otorgándoles debida publicidad, sin encubrirlas bajo rótulos engañosos y haciéndolas tributarias de los aportes e impuestos que corresponden a todos los servidores públicos. Ello también contribuirá a fortalecer al Poder Legislativo, para que recupere la jerarquía que debe tener.

XI. LAS INCOMPATIBILIDADES PARLAMENTARIAS

Las incompatibilidades derivan de la presencia de impedimentos que vedan el ejercicio de la función parlamentaria junto con otra actividad.¹⁷ A diferencia de las condiciones necesarias para desempeñar el cargo, que impiden el acceso a éste si no se las cumple, las incompatibilidades causan un impedimento relativo, al obligar a quien las tiene a optar por el desempeño de una u otra actividad.

La Constitución Nacional establece que la función de legislador es incompatible con el desempeño de las siguientes actividades: a) empleos o comisiones del Poder Ejecutivo, sin consentimiento de la Cámara respectiva, excepto los empleos de escala (art. 72); b) el sacerdocio regular (art. 73), y c) la gobernación de la provincia de la cual surge la representación (art. 73).

Las incompatibilidades enunciadas han sido entendidas, empero, con alcance diverso y no agotan los impedimentos que inhabilitan para el desempeño de la función legislativa.

La expresión "empleos o comisiones del Poder Ejecutivo" se refiere a aquellas actividades que se podría desempeñar en el ámbito de la Administración Pública, cualquiera que fuese su jerarquía. La prohibición constitucional, en este caso, reconoce dos excepciones: el consentimiento de la Cámara respectiva y los empleos de escala. Éstos son definidos por Joaquín V. González como "aquellos que constituyendo un estado o una profesión, se apartan del género de los favores o elección privativa del Poder Ejecutivo. Tales son los de maestro y profesor, para los cuales la Nación otorga un título científico inherente

¹⁶ BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, 2ª ed., Roque Depalma, Buenos Aires, 1954, p. 402.

a la persona, los de graduación militar, los eclesiásticos seculares y otros que puede crear la ley"¹⁷.

La prohibición establecida por el art. 73 respecto de los eclesiásticos regulares, quienes no pueden desempeñar cargos legislativos, representa, según entendemos, una rémora constitucional que la reforma de 1949, con buen criterio, había eliminado. Les corresponde a las leyes y a las autoridades eclesiásticas, en todo caso, determinar si existe o no la incompatibilidad. Para el acceso a la función legislativa debe resultar suficiente el voto popular.

En cuanto a la imposibilidad de que sean miembros del Congreso los "gobernadores de provincia por la de su mando", ha de ser entendida en sentido amplio, inhabilitando también el ejercicio de la función legislativa en representación de cualquier otro distrito electoral, aun cuando sea diferente de aquel en el cual se ejerce el Poder Ejecutivo.

El eventual nombramiento de un legislador nacional como ministro del Poder Ejecutivo, sin que renuncie a su banca parlamentaria, plantea una situación más controvertida. En principio, el caso está comprendido en los alcances de la expresión "empleo o comisión del Poder Ejecutivo", prevista en el art. 72 de la Constitución. Sin embargo, se ha de tener presente que el art. 105 de la Ley Fundamental dispone que los ministros "no pueden ser senadores ni diputados, sin hacer dimisión de sus empleos de ministros".

Las incompatibilidades que establecen los arts. 72 y 105, a nuestro entender, si bien son recíprocas, no resultan idénticas. Tratándose de los ministros, la incompatibilidad es absoluta: en cambio, respecto de los legisladores puede mediar una autorización de la Cámara respectiva. Hubiésemos preferido, en este último aspecto, una rigidez mayor de la cláusula constitucional, que tendiera a privilegiar el cumplimiento del mandato popular.

XII. LAS INMUNIDADES PARLAMENTARIAS

La Constitución Nacional, siguiendo un criterio muy arraigado en los países de Occidente, ha tutelado el desempeño de la función legislativa con prerrogativas especiales que garantizan la libertad física del legislador, su libertad de expresión y también la inmunidad relativa frente al proceso judicial.

En la práctica parlamentaria se las suele conocer con el nombre de "fueros", denominación que consideramos incorrecta, si nos atene-

¹⁷ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual...*, cit., p. 392.

mos a que éstos son privilegios que tienen determinadas personas para ser juzgadas por sus pares o iguales¹⁸. En la doctrina constitucional también han recibido el nombre de "privilegios parlamentarios"¹⁹.

Su origen se remonta al Parlamento inglés y a la lucha de éste frente a la Corona. Para asegurar cierto equilibrio entre estos dos poderes advino la exigencia de las inmunidades parlamentarias. Ello le permitió afirmar a González Calderón que "los privilegios parlamentarios nacieron en Inglaterra con la misma institución cuyo funcionamiento independiente tienden a proteger y afianzar"²⁰.

Del parlamentarismo inglés pasaron al presidencialismo norteamericano, en donde fueron reconocidos por la Constitución de 1787 (art. I, sección 6ª, cláusula 1ª).

Desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, las inmunidades parlamentarias han sido consideradas como una institución prevista por la Constitución que forma parte del derecho procesal penal al no afectar lo injusto ni la punibilidad, sino la persecución por parte de la justicia²¹.

La Constitución Nacional establece en tres normas sucesivas (arts. 68 a 70) otras tantas inmunidades parlamentarias, que protegen con distinto alcance a los legisladores: a) inmunidad de arresto; b) inmunidad de expresión u opinión, y c) inmunidad de proceso judicial. Las inmunidades parlamentarias se encuentran, a partir del año 2000, reglamentadas por la ley 25.320

a) La inmunidad de arresto

La inmunidad de arresto se halla prevista en el art. 69 de la Constitución que dispone:

Ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado; excepto el caso de ser sorprendido *in fraganti* en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante, u otra aflictiva; de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho.

La inmunidad que consagra la cláusula constitucional es amplia y se extiende "desde el día de su elección hasta el de su cese", a diferencia del texto norteamericano que sólo la otorga "durante su

¹⁸ Acerca de la significación de los fueros, remitimos al cap. X de esta obra.

¹⁹ Conf. GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso...*, cit., p. 347; ZARZA MENSAQUE, Alberto R., *El Congreso en la Argentina finisecular*, Universidad Nacional de Córdoba, 1986, p. 360.

²⁰ GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso...*, cit., p. 349.

²¹ Conf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. VII, 2ª ed., Losada, Buenos Aires, 1977, p. 53.

asistencia a las sesiones de las respectivas Cámaras y al ir o venir de las mismas".

En la práctica parlamentaria de los Estados Unidos, sin embargo, el término "sesión" es entendido en forma amplia, como comprensivo de "período de sesiones". Es decir que la inmunidad decae con el receso legislativo²².

La inmunidad, en nuestro derecho constitucional, sólo cesa en caso de que el legislador sea "sorprendido *in fraganti* en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante, u otra aflictiva".

La expresión *in fraganti* es una adaptación de la locución del latín jurídico *in flagrante crimine* y significa "en el mismo momento en que se está cometiendo el delito".

Para que la excepción tenga justificación, además, es necesario que se trate de "la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante, u otra aflictiva", que se ha de entender referida a los delitos graves. La Constitución norteamericana, en este aspecto, admite el quebrantamiento de la inmunidad en los casos de "traición, delito grave o quebrantamiento de la paz".

La Corte Suprema de Justicia sostuvo en el caso "Dr. Leandro N. Alem y Dr. Mariano N. Candiotti" de 1893, que "en tanto no se trate de un arresto autorizado por excepción, art. 61 [hoy, art. 69] de la Constitución, los miembros del Congreso Nacional no pueden ser arrestados. Las facultades del estado de sitio no alcanzan hasta ellos, sobre quienes sólo tiene jurisdicción, en estos casos, la propia Cámara a que pertenecen"²³.

En el caso "Gazcón, Manuel" de 1912, el mismo tribunal entendió que "el privilegio acordado a los miembros de los cuerpos legislativos no se extiende al arresto impuesto por desacato en los tribunales de justicia"²⁴.

La ley 25.320 por su parte establece en caso que un legislador sea detenido en situación de flagrancia, el juez o tribunal, deberán dar aviso inmediato de esta circunstancia al cuerpo legislativo correspondiente, quien decidirá dentro de los diez días por los dos tercios de los votos el desafuero o no del miembro del Congreso. En caso de negarse el desafuero, el juez deberá ordenar la inmediata libertad del legislador (art. 3º).

²² Conf. BIDEGAIN, Carlos M., *El Congreso...*, cit., ps. 110/1.

²³ Fallos 54:432.

²⁴ Fallos 116:96.

b) La inmunidad de opinión

El art. 68 de la Constitución Nacional establece:

Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador.

Esta inmunidad tiene fundamento en la necesidad de no poner obstáculos a la actividad del legislador, quien en ciertas oportunidades, en caso de no contar con esta prerrogativa, se podría hallar ante la disyuntiva de guardar silencio y no cumplir adecuadamente con su función o hablar y, en tal caso, verse involucrado en procesos judiciales de imprevisibles consecuencias.

Se trata de una inmunidad vitalicia, que protege al legislador desde el momento de su elección y se mantiene aun después de terminado el mandato, al solo efecto de resguardar las expresiones emitidas durante éste.

Los alcances de ella son discutidos en doctrina. Así, en tanto que González Calderón entiende que la tutela “se limita a las opiniones vertidas en el curso de la sesión, y no se extiende a lo que ha sido dicho fuera del ejercicio de sus funciones de legislador”, Colautti considera que “la inmunidad protege las expresiones de los legisladores en cuanto, para su mejor desempeño, deben gozar de absoluta libertad [...] una vez que se verifica esta conexidad, el privilegio es pleno, en el sentido de que importa la total irresponsabilidad penal del legislador”²⁵.

En el caso “Benjamín Calvete” de 1864, la Corte precisó que “las inmunidades del art. 60 [hoy, art. 68] de la Constitución deben interpretarse en el sentido más amplio y absoluto, porque si hubiera un medio de violarla impunemente, él se ampliaría con frecuencia por los que intentan coartar la libertad de los legisladores, dejando burlado su privilegio”²⁶.

La Corte también sostuvo que “toda incriminación a un legislador basada en la emisión de opiniones es política e institucionalmente dañosa o riesgosa, y debe ser excluida” (caso “Martínez Casas, Mario, s/querrela” de 1960²⁷).

En el caso “Varela Cid, Eduardo” de 1992, la Corte interpretó que “las previsiones del art. 60 de la Constitución nacional [...] tie-

²⁵ GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso...*, cit., p. 357; COLAUTTI, Carlos E., *Derecho constitucional*, Universidad, Buenos Aires, 1996, p. 116.

²⁶ Fallos 1:297.

²⁷ Fallos 248:462.

nen una elevada significación, pues su finalidad no es la de proteger a un miembro del Parlamento para su propio beneficio, sino que están destinadas a garantizar la independencia funcional de las Cámaras legislativas, habilitando a los representantes del pueblo a cumplir sus funciones sin temor a acciones civiles o criminales”²⁸.

En el precedente “Cossio, Ricardo Juan” de 2004, el Alto Tribunal profundizó este criterio expresando que cualquier tipo de incriminación de un legislador que se base en la expresiones de sus opiniones es institucional y políticamente dañosa, ya que es preferible tolerar el posible y ocasional exceso de un diputado o de un senador a introducir el peligro de que sea presionada o entorpecida la actividad del Poder Legislativo²⁹.

Asimismo, en el caso “Rivas” de 2005, el mismo tribunal expresó que más allá del medio en que se hagan públicas las expresiones —en el caso se trató de expresiones vertidas en un programa radial— si guardan nexo directo con la función legislativa gozan de inmunidad³⁰.

c) La inmunidad de proceso judicial

El art. 70 de la Constitución Nacional estipula:

Quando se forme querrela por escrito ante las justicias ordinarias contra cualquier senador o diputado, examinando el mérito del sumario en juicio público, podrá cada Cámara, con dos tercios de votos, suspender en sus funciones al acusado, y ponerlo a disposición del juez competente para su juzgamiento.

Esta inmunidad no registra antecedentes en el derecho norteamericano, en el cual no hay una prerrogativa de esta índole. El legislador puede ser juzgado y sólo estará inmune al eventual arresto cuando así corresponda.

Relata Bidegain que en los Estados Unidos “las Cámaras no han tomado iniciativa alguna para privar momentáneamente a esos miembros del ejercicio de sus funciones, pero en cambio éstos han preferido solicitar en algunos casos que se los omitiera en las comisiones [...] o han optado por no concurrir a la Cámara mientras se ventilaba la acusación”³¹.

En nuestro derecho constitucional, la cláusula planteaba problemas de interpretación que si bien no habían sido suficientemente de-

²⁸ Fallos 315:1470.

²⁹ Fallos 327:138 del 17/2/2004.

³⁰ Fallos 328:1893 del 7/6/2005.

³¹ BIDEGAIN, Carlos M., *El Congreso...*, cit., p. 117.

sentrañados por la doctrina y la jurisprudencia, fueron allanados con la sanción de la ley 25.320.

La norma constitucional, por su finalidad, se refiere al proceso penal y, en principio, no impide su iniciación, si nos atenemos a que ella expresa:

Quando se forme querrela por escrito ante las justicias ordinarias contra cualquier senador o diputado [...].

Así, se ha resuelto que tampoco impide la realización de diligencias sumariales, en la medida en que no se afecte la libertad física del legislador (casos "El procurador fiscal v. El senador Nicasio Oroño" de 1873; "Conte Grand, Héctor, v. Zunino, Marcelo" de 1939; "Colom, Eduardo" de 1946, y "Sabino, Horacio v. Melchor Posse" de 1965³²).

Por su parte la norma reglamentaria, en concordancia con el texto constitucional, prevé que la inmunidad es sólo operativa en el marco de procesos penales y no sólo no impide su iniciación sino que prevé además que el proceso podrá seguir adelante hasta su conclusión y, si en su transcurso se dicta una medida restrictiva de libertad en contra del legislador, ésta no podrá hacerse efectiva hasta tanto éste no sea removido, o separado de su cargo (art. 1°).

Para llevar adelante el proceso, el juez interviniente deberá solicitar a la Cámara a que pertenezca el legislador su desafuero, acompañando copia de la causa y las razones que justifiquen el dictado de esa medida.

El pedido de desafuero será girado de manera inmediata a la Comisión de Asuntos Constitucionales, la que deberá emitir un dictamen. La Cámara evaluará, en todos los casos, "el mérito del sumario en juicio público" y resolverá en un plazo no mayor a 180 días de ingresado el pedido de desafuero si hace o no lugar a la medida solicitada por el juez requirente.

Para ordenar el desafuero se requiere el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara.

El desafuero produce, según la norma constitucional, dos consecuencias: a) suspende en sus funciones de legislador al acusado y b) lo pone a disposición del juez competente para su juzgamiento.

Respecto de la primera consecuencia, se trata de una "suspensión" y no de una "destitución"; puede tener o no un plazo determinado y en este último caso estimamos que no podrá superar el tiempo que demande el juicio hasta la sentencia firme, si el legislador permanece en libertad.

³² Fallos 14:223, 185:360, 205:544 y 261:33, respectivamente.

La puesta del legislador a disposición del juez competente procura, en nuestro criterio, que sólo el juez requirente, cuyo sumario fue examinado por la Cámara, pueda llevar adelante el proceso judicial. No fue ésta, empero, la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en el caso "Balbín, Ricardo" de 1950, admitió la posición amplia, según la cual, producido el desafuero del legislador, éste puede ser juzgado aun por aquellos delitos que no estaban previstos como motivos determinantes de la privación de la inmunidad de proceso judicial³³.

XIII. LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

a) Concepto

Se denomina "Asamblea Legislativa" a la reunión conjunta de ambas Cámaras del Congreso en sesión única. Ello constituye un caso de excepción dentro de nuestro sistema bicameral de organización legislativa, que se caracteriza por el funcionamiento diferenciado, aunque simultáneo, de las Cámaras.

b) Los casos de asambleas legislativas

La Constitución Nacional contempla los siguientes casos de Asamblea Legislativa: 1) para tomar juramento al presidente y al vicepresidente (art. 93); 2) para la apertura de las sesiones ordinarias del Congreso (art. 99, inc. 8°), y 3) para la consideración de la renuncia del presidente y el vicepresidente de la Nación por el Congreso (art. 75, inc. 21).

La ley que trata sobre la acefalía del Poder Ejecutivo también prevé la reunión del Congreso en Asamblea Legislativa en el caso de que aquélla sea definitiva y a los efectos de elegir a un nuevo presidente (arts. 1° a 3°, ley 20.972).

La práctica parlamentaria también registra otros supuestos de sesión conjunta de ambas Cámaras, que tienen lugar, por lo general, en oportunidad de efectuar sesiones especiales (p. ej., para recibir a un visitante ilustre o en casos de manifiesta gravedad institucional, etc.).

³³ Fallos 217:122.

XIV. LAS SESIONES LEGISLATIVAS

Se denomina "sesión", en el ámbito parlamentario, a la reunión plenaria que realizan las Cámaras en ejercicio de sus potestades constitucionales.

Básicamente, hay cuatro tipos de sesiones: a) preparatorias, b) ordinarias, c) de prórroga y d) extraordinarias.

También corresponde mencionar las sesiones especiales que las Cámaras están facultadas a realizar, por sus reglamentos, para tratar algún tema de interés específico.

a) Las sesiones preparatorias

Las sesiones preparatorias tienen lugar unos pocos días antes del comienzo del período ordinario de sesiones, con la finalidad de organizar el trabajo parlamentario (incorporar legisladores electos, fijar días y horas de sesión, nombrar a los integrantes de las comisiones asesoras permanentes, etc.). No están previstas en el texto constitucional, pero surgen de la necesidad funcional que tienen los cuerpos legislativos de organizar su tarea. Están reguladas en los respectivos reglamentos internos de las Cámaras.

Dado que en nuestro país, desde 1983 en adelante, la incorporación de los legisladores electos —en los casos de renovación de las Cámaras— se verifica el 9 de diciembre y no al comienzo del período ordinario, también tienen lugar sesiones preparatorias antes de esa fecha en los años de renovación legislativa.

b) Las sesiones ordinarias

Las sesiones ordinarias son aquellas en que las Cámaras ejercen la plenitud de sus competencias. Están referidas en el art. 63, 1ª parte de la Constitución, que dispone:

Ambas Cámaras se reunirán por sí mismas en sesiones ordinarias todos los años desde el 1 de marzo hasta el 30 de noviembre.

La ampliación a nueve meses del período ordinario de sesiones fue dispuesta por la reforma de 1994, extendiendo el lapso de cinco meses (mayo a septiembre) previsto en la Constitución originaria.

Le corresponde al presidente de la República efectuar la apertura de las sesiones ordinarias del Congreso de la Nación, reunido en Asamblea Legislativa. En esa ocasión, el titular del Poder Ejecutivo tiene que dar "cuenta [...] del estado de la Nación, de las reformas prometidas por la Constitución, y recomendando a su consideración las medidas que juzgue necesarias y convenientes" (art. 99, inc. 8º).

La reforma de 1994 también introdujo la posibilidad de que las Cámaras inicien "por sí mismas" su período de sesiones ordinarias (art. 63), lo cual se podría verificar en el caso de que el presidente de la Nación no concurriera a la apertura de ellas.

Durante el período de sesiones ordinarias, las Cámaras ejercen la totalidad de sus facultades: se reúnen regularmente en plenario, pueden tratar cualquiera de los proyectos en consideración, tienen funcionamiento pleno sus comisiones asesoras, prestan acuerdos, etcétera.

c) Las sesiones de prórroga

Las sesiones de prórroga, como su propio nombre lo indica, son un eventual apéndice del período ordinario y se desarrollan inmediatamente después de terminado éste. Se hallan contempladas, al igual que las sesiones ordinarias, en el art. 63, que en su última parte expresa:

Pueden también [las Cámaras] ser convocadas extraordinariamente por el presidente de la Nación o prorrogadas sus sesiones.

La primera referencia de esta segunda parte del art. 63 es para las sesiones extraordinarias; que según el mandamiento constitucional deben ser convocadas por el presidente de la República; la segunda es para las sesiones de prórroga.

Con respecto a estas últimas, la norma constitucional parece poco clara en lo atinente a qué órgano tiene competencia para su convocatoria. Las demás normas constitucionales tampoco arrojan una luz decisiva para dilucidar la cuestión. Así, el art. 99, inc. 9º, estatuye que el presidente de la Nación "prorroga las sesiones ordinarias del Congreso [...]".

Una primera consecuencia surge en forma indubitable: el Poder Ejecutivo puede convocar al Congreso de la Nación a sesiones de prórroga. Más controvertida es la problemática que plantea la posibilidad de que sea el propio Congreso el que resuelva la realización de esas sesiones.

En la doctrina constitucional han sido esbozados diferentes criterios. Así, en tanto que Ramella, Lazzarini y Zarza Mensaque opinan que la convocatoria a sesiones de prórroga es atribución exclusiva del Poder Ejecutivo, Bidart Campos entiende que tanto éste como el Congreso de la Nación tienen competencia para convocar a dichas sesiones³⁴.

³⁴ RAMELLA, Pablo A., *Derecho constitucional*, 2ª ed., Depalma (distribuidor), Buenos Aires, 1982, p. 658; LAZZARINI, José L., *Debates parlamentarios*, Depalma (distribuidor), Buenos Aires, 1985, p. 125; ZARZA MENSAQUE, Alberto R., *El Congreso...*, cit., p. 401; BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1967, p. 254.

Nos inclinamos por la última solución, que nos parece la más acorde con la necesidad del equilibrio entre los poderes. Además, si la reforma constitucional de 1994 ha dispuesto que las Cámaras pueden autoconvocarse para iniciar su período ordinario de sesiones, creemos que la misma solución se impone, aún con más razón, respecto de las sesiones de prórroga. Es siempre preferible para la República que se opte por la solución que más favorezca el pleno funcionamiento del Poder Legislativo y no por la que lo obstaculice.

Durante las sesiones de prórroga, para las cuales la Constitución no establece plazo, el Congreso sigue ejerciendo la plenitud de sus funciones, al igual que durante el período ordinario.

d) Las sesiones extraordinarias

Las sesiones extraordinarias están reguladas en el art. 63 de la Constitución. Sólo es admisible su convocatoria por el Poder Ejecutivo (arts. 63 y 99, inc. 9º), a cuyos efectos es condición indispensable que “un grave interés de orden o de progreso lo requiera” (art. 99, inc. 9º).

Durante las sesiones extraordinarias, el Congreso de la Nación ejerce facultades restringidas que se limitan al tratamiento de los temas que motivaron su convocatoria.

La enmienda constitucional transitoria de 1972 había establecido, con buen criterio, que “ambas Cámaras [...] pueden disponer su prórroga por un plazo no mayor de treinta días corridos. También pueden ser convocadas extraordinariamente por el presidente de la Nación o a solicitud de la cuarta parte de los miembros de cada Cámara. En esta última alternativa el presidente de cualesquiera de ellas deberá citarlas, correspondiendo a los cuerpos decidir si su realización está justificada” (art. 55).

La doctrina se ha preguntado si una vez convocadas las Cámaras por el presidente para tratar determinados proyectos, pueden, por añadidura, ejercer otras atribuciones, como, por ejemplo, otorgar acuerdos, plantear cuestiones de privilegio, promover juicios políticos, etc. En general, los autores que han tratado la cuestión se inclinan mayoritariamente por el criterio positivo³⁵. Nos parece que este criterio es el que más satisface los fines y principios de la Constitución. No sería justificable que se designara a un juez en comisión, por ejemplo, en momentos en que el Senado de la Nación se halla en funcionamiento.

Otra cuestión de aristas polémicas es la relativa a la posibilidad de que el Poder Ejecutivo convoque al Congreso a sesiones extraordina-

³⁵ RAMELLA, Pablo A., *El Congreso...*, cit., p. 659; GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso...*, cit., p. 337; COLAUTTI, Carlos E., *Derecho constitucional*, cit., p. 131, entre otros.

rias para tratar un proyecto originado en aquél y, luego de comenzar su estudio, pretenda retirarlo o clausurar las sesiones extraordinarias. Creemos que la Constitución sólo le otorga al Poder Ejecutivo la facultad de convocar motivadamente a las Cámaras a sesiones extraordinarias; iniciadas éstas, la competencia del órgano legislativo para tratar la cuestión sometida a su consideración es plena y resulta irrelevante que el presidente pretenda retirar la iniciativa en tratamiento³⁶.

XV. SIMULTANEIDAD DE SESIONES

El principio de la simultaneidad de las sesiones está contenido en el art. 65 de la Constitución que establece:

Ambas Cámaras empiezan y concluyen sus sesiones simultáneamente. Ninguna de ellas, mientras se hallen reunidas, podrá suspender sus sesiones más de tres días, sin el consentimiento de la otra.

Con la enunciación de esta regla el constituyente procuró afirmar el principio de igualdad entre las Cámaras. Su aplicación, especialmente en relación con el momento de inicio y clausura, es rigurosa cuando está en juego el tratamiento de atribuciones que conciernen a ambas Cámaras. Entendemos, sin embargo, que no resultaría inconstitucional la convocatoria a sesiones extraordinarias de una sola Cámara si lo fuera para tratar exclusivamente asuntos privativos de ella. Así lo había reconocido, en relación con el Senado, la reforma constitucional de 1949 (art. 56).

XVI. PRERROGATIVAS DE LAS CÁMARAS

a) Juicio de las elecciones, derechos y títulos

El art. 64 de la Constitución dispone:

Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez.

Se trata de una añeja prerrogativa que tiene sus primeros antecedentes en el Parlamento inglés.

Mediante ella, las Cámaras se reservan el control de la admisión de los nuevos miembros, pronunciándose acerca de las “elecciones, derechos y títulos”.

La Corte Suprema de Justicia en un primer momento sostuvo que las decisiones de las Cámaras, en ejercicio de estas facultades,

³⁶ En sentido contrario se manifiesta LAZZARINI, José L., *Debates...*, cit., ps. 129/33.

constituyen actos políticos que están, por tanto, exentos del control de constitucionalidad (caso “Dr. Mariano Varela v. Comisario de policía Avelino Anzó s/daños y perjuicios” de 1881³⁷).

Pero este criterio fue modificado en el precedente “Bussi”³⁸, donde el Máximo Tribunal de la República entendió que determinar el alcance del art. 64 era una cuestión justiciable. Luego de un sinuoso trámite judicial, la Corte, en el mismo caso, expresó que no era competencia de la Cámara de Diputados aprobar la designación de un diputado que había sido elegido legítimamente por el pueblo en elecciones, pues ello implicaba una violación al principio de soberanía popular. Este criterio fue ratificado en el caso “Patti, Luis Abelardo” del 8/4/2008³⁹.

Entendemos que el criterio expresado por el más Alto Tribunal de la República, no resiente la independencia funcional del Poder Legislativo en la medida en que se acepta un control judicial razonable acerca de este tema.

b) Reglamento

La facultad de reglamentación es una consecuencia necesaria para asegurar la independencia funcional de las Cámaras. En nuestra Constitución Nacional se halla enunciada en el art. 66, el cual dispone que “cada Cámara hará su reglamento”. El reglamento es un cuerpo de normas de procedimiento que rigen, en armonía con la Constitución, el funcionamiento de cada Cámara.

Al reglamento se lo aprueba por resolución de la propia Cámara y es de práctica que no puede ser modificado sobre tablas, es decir, sin que el tema figure previamente en el orden del día de la respectiva sesión y tenga dictamen de comisión. Ello evita la manipulación de las reglas de funcionamiento previamente establecidas.

En caso de duda acerca de la interpretación del reglamento, le corresponde a la propia Cámara expedirse, como facultad privativa de ella.

c) Facultades disciplinarias

Las Cámaras tienen poder disciplinario con relación a sus propios miembros. Al respecto, el art. 66 establece que “cada Cámara [...] podrá con dos tercios de votos, corregir a cualquiera de sus miembros

³⁷ Fallos 23:257.

³⁸ Fallos 324:3358 y 330:3160.

³⁹ Fallos 331:549.

por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones, o removerlo por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación, y hasta excluirlo de su seno”.

Los casos contemplados en la cláusula transcrita son los siguientes: 1) corrección por desorden de conducta; 2) remoción por inhabilidad física o moral, y 3) exclusión. Este último término no tiene, en el texto constitucional, una explicación precisa en cuanto a las causas que la pueden originar y a las diferencias que guarda con la remoción.

En general, la doctrina se ha inclinado por sostener –en criterio que compartimos– que la exclusión implica una sanción de indignidad. Ambas, claro está, producen el mismo efecto: el cese del legislador como miembro de la Cámara.

En todos estos casos se requiere que la decisión de la Cámara sea aprobada “con dos tercios de votos”, acerca de lo cual tanto la doctrina mayoritaria como la práctica parlamentaria han entendido que dicha proporción está referida a los presentes.

En disidencia respecto de esta posición, sostiene Bidegain que corresponde distinguir los casos de corrección disciplinaria de los de remoción y exclusión. En los primeros regirá el cómputo sobre los presentes; en los restantes, dada su mayor gravedad, se requerirá que la mayoría sea sobre la totalidad de los miembros⁴⁰.

Además del ejercicio de facultades disciplinarias con relación a sus propios miembros, las Cámaras tienen atribuciones de esta índole también respecto de terceros. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se altera el orden de las sesiones o se impide el funcionamiento de las Cámaras.

En tales casos, creemos que el poder disciplinario de éstas no puede ir más allá de asegurar el debido funcionamiento del cuerpo, reservando las cuestiones de mayor gravedad –si se hubiese cometido algún delito, por ejemplo– a la actuación posterior del Poder Judicial.

Las Cámaras también se han atribuido facultades disciplinarias con relación a terceros que aun cuando no participen de las sesiones legislativas, puedan tener expresiones consideradas lesivas para la dignidad o el decoro del cuerpo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido, desde fines del siglo pasado, que esta prerrogativa es propia de las Cámaras y tiene su fundamento en el hecho de que ellas cuentan con poderes implícitos (casos “Lino de la Torre s/recurso de hábeas corpus” de 1877; “Eliseo Acevedo” de 1885, y “Sojo, Eduardo s/hábeas corpus” de 1887⁴¹).

⁴⁰ Conf. BIDEGAIN, Carlos M., *Cuadernos...*, t. IV, p. 75.

⁴¹ Fallos 19:231, 19:406 y 32:120, respectivamente; en el último, según dictamen del procurador general Eduardo Costa.

Más recientemente, la Corte nacional rechazó el recurso extraordinario interpuesto por el Senado frente a la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca de hacer lugar al hábeas corpus presentado por un dirigente político de la provincia de Neuquén, quien había sido sancionado por el Senado de la Nación con cuarenta y ocho horas de arresto domiciliario, por publicar una solicitada en un diario de Neuquén acusando de "traición" a los senadores nacionales de esa provincia.

La Corte sostuvo, en el caso, que "la extensión de los poderes implícitos no podría ir más allá de lo que fuere rigurosamente necesario para que la facultad expresa no resulte ilegítima y gravemente impedida, por lo que mal podría depender el establecimiento de sus límites de la discreción del órgano que los ejercite" (caso "Peláez, Víctor s/hábeas corpus preventivo" de 1995⁴²).

XVII. QUÓRUM

Con este término, de origen latino, se hace referencia a la cantidad mínima de miembros presentes que un cuerpo de naturaleza colegiada necesita para funcionar como tal.

La Constitución Nacional establece en el art. 64, con referencia al funcionamiento de las Cámaras, que "ninguna de ellas entrará en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros; pero un número menor podrá compeler a los miembros ausentes a que concurran a las sesiones, en los términos y bajo las penas que cada Cámara establecerá".

La mayoría absoluta implica la presencia de más de la mitad de los miembros totales que componen la Cámara. Este criterio, si bien tiene arraigo doctrinal, no ha sido tenido en consideración por los reglamentos internos de las Cámaras, que establecen que el cómputo válido para obtener el *quórum* previsto por el art. 64 de la Constitución es la presencia de la mitad más uno de sus miembros totales.

El quórum se verifica al inicio de la sesión legislativa y al momento de efectuar la votación. Si no se lo logra, la propia norma constitucional prevé que "un número menor podrá compeler a los miembros ausentes a que concurran a las sesiones", como forma de prevenir la obstrucción de las sesiones parlamentarias. En la práctica, empero, esta solución carece de operatividad.

⁴² Fallos 318:1967.

XVIII. EL DEFENSOR DEL PUEBLO

a) Concepto

El Defensor del Pueblo —denominado *Ombudsman* en los países nórdicos— es un órgano de control de la Administración Pública, generalmente vinculado al Poder Legislativo, que tiene por función la defensa de los intereses de los administrados, detectando el desenvolvimiento irregular del poder administrador y procurando la modificación de su accionar. No interfiere con el Poder Judicial, en cuanto no puede ordenar procesamientos, dictar sentencias, ni establecer condenas. Sí puede presentar denuncias ante los jueces y realizar las gestiones necesarias ante los organismos que dependen del Poder Ejecutivo. Su instrumento básico es la persuasión y no la coacción.

b) Antecedentes

Esta institución registra sus primeros antecedentes a principios del siglo XIX en Suecia, donde la Constitución de 1809 dividió el poder entre el rey, los tribunales y el Parlamento, facultando a éste para designar un *Ombudsman*, cuya misión consistía en vigilar la administración del Estado y la forma de impartir justicia. En 1919 fue establecida en Finlandia.

Su cometido principal era la defensa del administrado, a cuyos efectos estaba facultado para intervenir ante actos arbitrarios o abusivos, privilegiando siempre la situación del gobernado, en una actitud razonable y objetiva.

En una segunda etapa, que podemos ubicar en la segunda posguerra, se produjo la difusión de la institución, que comenzó a ser aceptada y adoptada por diversos países (Dinamarca en 1953; Noruega en 1963; Nueva Zelanda en 1962; Gran Bretaña en 1966), siempre vinculada a la protección del ciudadano ante la Administración Pública.

Una ulterior etapa se inició con la Constitución de España de 1978, cuyo art. 54, insertado casi al final del título I, destinado al tratamiento constitucional de los derechos y deberes fundamentales, estableció:

Una ley orgánica regulará la institución del defensor del pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.

Comenzó, así, a vislumbrarse un nuevo perfil en el desarrollo de esta institución, la cual, sin abandonar sus funciones originarias de defensa del ciudadano frente a las irregularidades de la Administración Pública, agregó otra más amplia aún, como lo es el resguardo de los derechos humanos.

Fue éste el modelo que más influencia tuvo en los países latinoamericanos, que paulatinamente fueron incorporando esta institución, otorgándole, en la mayoría de los casos, inserción constitucional.

En nuestro país, fue el derecho público provincial el que realizó los primeros aportes, mediante su reconocimiento constitucional, hoy ampliamente difundido⁴³.

En el orden federal, fue instituido por la ley 24.284 de 1993. La reforma de 1994 le otorgó jerarquía constitucional (art. 86), ubicándolo en el nuevo capítulo séptimo, sección primera, referida al Poder Legislativo, dentro del título primero, correspondiente al gobierno federal.

Con posterioridad a la citada reforma, el Congreso de la Nación sancionó la ley 24.379, que modificó parcialmente la anterior ley 24.284, a los efectos de adecuar las disposiciones de ésta a la nueva cláusula constitucional.

c) Naturaleza y funciones

Desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, el Defensor del Pueblo es un típico órgano de control respecto de la actividad de la Administración Pública y de tutela de los administrados, que actúa generalmente por delegación del Poder Legislativo.

En lo que atañe a sus funciones han sido verdaderas opiniones diferentes. Para algunos autores, su función genuina no es otra que la fiscalización del funcionamiento administrativo en resguardo de la tutela de los administrados. Es el caso de Padilla, quien comenta: "Tampoco es su incumbencia la defensa de los derechos humanos ni de los intereses difusos, como lo prescriben legislaciones provinciales y algunas extranjeras, pero no europeas. Se trata, sin duda, de valiosos bienes jurídicos, pero su protección debe ser encomendada a otras instituciones o funcionarios"⁴⁴.

⁴³ Lo establecen, entre otras, las Constituciones de Buenos Aires de 1994 (art. 55), Córdoba de 1987 (art. 124), Formosa de 1991 (art. 150), La Rioja de 1986 (art. 144), Río Negro de 1988 (arts. 167 a 169) y San Luis de 1987 (art. 235). También la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 137).

⁴⁴ PADILLA, Miguel M., "La creación del Ombudsman nacional", *Diario La Prensa*, 8/12/1993, p. 9. Del mismo autor se puede ver *La institución del comisionado parlamentario*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1976.

En cambio, otros autores creen que el Defensor del Pueblo debe actuar en la doble función de fiscalizador administrativo y de defensor de los derechos subjetivos y de los intereses difusos⁴⁵.

El art. 86 de la Constitución Nacional se ha inclinado por un reconocimiento amplio de funciones del Defensor del Pueblo, al disponer que "su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas".

Para cumplir esta relevante misión, la Constitución le ha reconocido "legitimación procesal" (art. 86) y lo ha facultado -junto al afectado y a las asociaciones que propendan a esos fines- para interponer la acción de amparo "contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general" (art. 43, 2° párrafo).

Según nuestro Superior Tribunal federal ambas normas deben ser interpretadas armónicamente a los efectos de determinar cuál es la competencia del Defensor del Pueblo. Este criterio fue puesto de manifiesto por la Corte en el año 2007, al dictar sentencia en un caso donde se debatía la constitucionalidad del dec. 1570/2001 que ordenó la indisponibilidad de los depósitos bancarios (lo recordamos como "corralito financiero"). La Corte sostuvo que el Defensor del Pueblo no puede ser parte en cualquier tipo de proceso para ejercer la defensa de todo tipo de derechos, sino de aquellos de incidencia colectiva, esto es un derecho supraindividual e indivisible. De este modo quedó exceptuada la participación del Defensor del Pueblo en aquellos casos en que el objeto de la cuestión sea de contenido eminentemente particular⁴⁶.

Sin embargo este criterio restrictivo ha sido revisado por el mismo tribunal en aquellos casos en que se trataba de derechos de los consumidores en general, donde no sólo se ha permitido la participación del Defensor del Pueblo, sino que además se destacó que la sentencia que se dictase en tales procesos alcanzaría al universo de usuarios⁴⁷.

⁴⁵ Conf. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, "El Ombudsman y sus posibilidades en España y países iberoamericanos", *Revista uruguaya de Derecho Procesal*, nro. 3, Montevideo, 1979, p. 13; CAPPELLETTI, Mauro - GARTH, Bryant, *El acceso a la justicia*, Colegio de Abogados de La Plata, 1983, p. 19.

⁴⁶ Fallos 330:2800. Este criterio fue ratificado posteriormente en el caso "Halabi", donde la Corte trazó, por mayoría, la distinción entre derechos individuales de incidencia colectiva que tiene por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos; destacó el Tribunal que el Defensor del Pueblo tiene legitimación para ejercer su función para tutelar los derechos mencionados en segundo término. Ver Fallos 332:111 del 24/2/2009.

⁴⁷ Fallos 332:1578 del 11/8/2009.

El Defensor del Pueblo, en principio carece de competencia para intervenir en un asunto si el interesado ha interpuesto un recurso administrativo o acción judicial. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "el defensor del pueblo carece de competencia para formular exhortaciones al tribunal sobre las causas en trámite" (caso "Frías Molina, Nélide N. v. Instituto Nacional de Previsión Social" de 1996⁴⁸). No obstante ha admitido su intervención en aquellos procesos donde se susciten cuestiones relacionadas con los derechos colectivos, aunque en carácter de tercero y sin alterar sustancialmente el trámite del proceso en curso⁴⁹.

d) Designación

El Defensor del Pueblo es designado por el Congreso de la Nación, con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras (art. 86).

Tal elección es llevada a cabo mediante un complejo procedimiento, que se halla regulado en la ley 24.284 (art. 2°) de la siguiente forma:

a) Ambas Cámaras del Congreso deben elegir una Comisión Bicameral Permanente, integrada por siete senadores y siete diputados cuya composición debe mantener la proporción de la representación del cuerpo.

b) En un plazo no mayor de treinta días a contar desde la promulgación de la presente ley, la Comisión Bicameral reunida bajo la presidencia del presidente del Senado debe proponer a las Cámaras de uno a tres candidatos para ocupar el cargo de defensor del pueblo.

Las decisiones de la Comisión Bicameral se adoptan por mayoría simple.

c) Dentro de los treinta días siguientes al pronunciamiento de la Comisión Bicameral, ambas Cámaras eligen por el voto de dos tercios de sus miembros presentes a uno de los candidatos propuestos.

d) Si en la primera votación ningún candidato obtiene la mayoría requerida en el inciso anterior debe repetirse la votación hasta alcanzarse.

e) Si los candidatos propuestos para la primera votación son tres y se diera el supuesto del inc. d las nuevas votaciones se deben hacer sobre los dos candidatos más votados en ella.

⁴⁸ Fallos 319:1828.

⁴⁹ Fallos 329:3445, caso "Mendoza" del 24/8/2006.

e) Duración y remoción

El Defensor del Pueblo dura en sus funciones cinco años y puede ser reelecto por una sola vez (art. 86, CN).

Puede ser removido, conforme a la misma cláusula constitucional, por el Congreso de la Nación. El art. 10 de la ley 24.284 establece que son causas del cese de funciones del Defensor del Pueblo las siguientes: a) renuncia; b) vencimiento del plazo de su mandato; c) incapacidad sobreviniente; d) haber sido condenado mediante sentencia firme por delito doloso, y e) notoria negligencia en el cumplimiento de los deberes del cargo, o haber incurrido en la situación de incompatibilidad prevista en la misma ley.

La ley 24.379, modificatoria de la anterior, dispuso que si el cese se produce por renuncia o incapacidad sobreviniente o por haber sido condenado por delito doloso, será dispuesto por los presidentes de ambas Cámaras, debiendo acreditar, en el supuesto de incapacidad, su carácter fehaciente (art. 11).

Consideramos que esta disposición de la ley 24.379 es inconstitucional, en cuanto delega en los presidentes de ambas Cámaras atribuciones que la Constitución le otorga al Congreso de la Nación. A la renuncia, además, debe reconocérsela como acto bilateral, que únicamente podrá tener efectos si es aceptada. La aceptación o el rechazo corresponde a las Cámaras en pleno.

En caso de que la destitución del cargo se produzca por notoria negligencia o por haber incurrido en situación de incompatibilidad, la ley 24.379 estatuye que "el cese se decidirá por el voto de los dos tercios de los miembros presentes de ambas Cámaras, previo debate y audiencia del interesado" (art. 11).

En caso de muerte, se procederá a su reemplazo provisorio, hasta que se elija a un nuevo Defensor del Pueblo.

Según el art. 7° de la ley 24.284, modificado por la ley 24.379, "el cargo de defensor del pueblo es incompatible con el desempeño de cualquier otra actividad pública, comercial o profesional, a excepción de la docencia, estándole vedada asimismo la actividad política partidaria".

XIX. LA CRISIS LEGISLATIVA Y LA REFORMA PARLAMENTARIA

La formulación de críticas al Poder Legislativo es, en nuestra época, un hecho tan frecuente como incontrastable. Se tilda al órgano deliberativo de lento, obstruccionista y dispendioso. Se le endilga tanto su proclividad a las discusiones estériles y a reacciones tardías como

su falta de representatividad. Las encuestas de opinión reflejan un fuerte escepticismo social, que amenaza con afectar su incuestionable legitimidad.

Esta crisis del Poder Legislativo tuvo sus primeras manifestaciones en las décadas iniciales del presente siglo, cuando comenzó a insinuarse el liderazgo del Poder Ejecutivo, al amparo de una visión del Estado que privilegiaba su misión intervencionista en la actividad económica y social. La continuidad en el funcionamiento del órgano ejecutivo y su mayor capacidad de respuesta le otorgaron una rápida ventaja.

En esa mutación tuvo influencia el constitucionalismo social, que al asignar nuevas funciones al Estado desbordó al órgano legislativo, poniendo en evidencia su falta de eficacia. Las instituciones parlamentarias pretendieron afrontar este desafío con métodos de trabajo anacrónicos, heredados del constitucionalismo liberal.

El Poder Legislativo también está afectado de una severa crisis de representatividad. Existe la convicción de que se puede llegar a él sin un genuino caudal de votos y de que los sistemas electorales no reflejan adecuadamente la voluntad popular. Ello genera una evidente desvinculación entre el representante y el representado.

En los países con democracias más consolidadas se promovió una profunda reforma parlamentaria para revertir esta situación. En los Estados Unidos —en especial, a partir de la segunda posguerra— fueron jerarquizados los servicios de información parlamentaria, se racionalizó a las comisiones permanentes, reduciendo su número y privilegiando su eficacia y se les sustrajo a los legisladores tareas impropias del ámbito parlamentario.

En Italia se delegó en las comisiones permanentes la función de hacer las leyes, reservándose el plenario de las Cámaras la posibilidad de discutir las en el recinto sólo en aquellos casos en que lo requiera una parte relevante de sus miembros. También fueron admitidos procedimientos abreviados para los proyectos de ley declarados de urgencia (art. 72, Constitución de 1947).

En nuestro país, la crisis legislativa es aún más grave si tenemos en consideración las reiteradas rupturas del orden constitucional que afectaron el funcionamiento continuado del Congreso de la Nación. Ello impidió que el órgano legislativo pudiera encarar las reformas que necesitaba para responder a los nuevos desafíos que exigía la realidad.

Las modificaciones efectuadas en los reglamentos de las Cámaras, la enmienda constitucional transitoria de 1972 y, en menor medida, la reforma de 1994, introdujeron algunas variantes que resultaron, empero, insuficientes para revertir la situación.

Pese a estas críticas, el Poder Legislativo sigue constituyendo un instrumento básico y fundamental del sistema democrático y uno de

los pilares insustituibles del principio republicano de la separación de poderes, conservando su calidad de órgano representativo de la unidad nacional. Si ello no ocurre, el poder queda concentrado en el órgano ejecutivo y se resiente la libertad, porque la distribución de poderes ha sido concebida para asegurar el control entre los órganos que los ostentan.

Algunas de las posibles reformas para mejorar la eficacia del Congreso de la Nación podrían ser, en nuestra opinión, las siguientes: jerarquizar las comisiones permanentes, reduciendo su número, aumentando sus atribuciones y privilegiando la publicidad de sus actos; implementar una carrera legislativa que posibilite la adopción de criterios de selección y ascenso por idoneidad y forme personal técnico altamente especializado; mejorar la administración del tiempo, evitando la utilización política del quórum; disminuir los homenajes y evitar proyectos estériles o carentes de relevancia; racionalizar y dar a publicidad el uso de los recursos económicos; reivindicar las facultades de control, etcétera.

Para superar la crisis de representación será necesario encarar la reforma del sistema electoral vigente evitando recurrir a listas plurinominales que colocan al ciudadano ante la alternativa de votar, junto a sus candidatos preferidos, a otros que no conoce y que sólo tienen el favor de las autoridades partidarias.

La modernización parlamentaria requiere decisiones relevantes y urgentes. El Poder Legislativo tiene que afrontar, en nuestro tiempo, la problemática derivada del empleo de los medios electrónicos interactivos de comunicación que comienza a ahondar la profundidad de la crisis representativa. Avizorar un futuro mejor para la institución legislativa es un desafío insoslayable que compromete a la democracia.

CAPÍTULO XXII

LAS ATRIBUCIONES DEL PODER LEGISLATIVO

I. LAS FUNCIONES DEL CONGRESO DE LA NACIÓN

Resulta complejo sistematizar las atribuciones del órgano legislativo, tema respecto del cual la doctrina presenta criterios diversos.

Algunos autores optan por analizarlas sin pretender sistematizarlas o clasificarlas, en su estudio siguen el orden en que son tratadas en la Constitución. Es el caso de Estrada y Montes de Oca¹.

Otros, en cambio, prefieren clasificarlas por materias. Es el criterio propiciado por Alberdi, quien distinguía las atribuciones concernientes a interior, relaciones exteriores, rentas y hacienda, y guerra. También es seguido, aunque con variantes de importancia, por Ramella, Bidart Campos, González Calderón y Linares Quintana².

En cambio, Bidegain prefiere distinguir las atribuciones conforme a las funciones que ejerza el Congreso en cada caso. Así, parte de la distinción entre la función normativa y las decisiones políticas y en cada caso analiza cada una de las facultades que le concierne en uso de esas funciones³.

¹ Conf. ESTRADA, José M., *Curso de derecho constitucional*, t. III, Compañía Sud Americana de Billetes de Banco, Buenos Aires, 1902, ps. 229 y ss.; MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones de derecho constitucional*, t. II, La Buenos Aires, Buenos Aires, s/d., ps. 223 y ss.

² Conf. ALBERDI, Juan B., *Organización política y económica de la Confederación Argentina. I) Bases y puntos de partida para la organización política y económica de la Confederación Argentina*, s/d. sobre editorial, Besanzón (Francia), 1856, ps. 183 y ss.; RAMELLA, Pablo A., *Derecho constitucional*, 2ª ed., Depalma (distribuidor), Buenos Aires, 1982, ps. 701 y ss.; BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1992, ps. 121 y ss.; GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1981, ps. 379 y ss.; LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. IX, 2ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, ps. 509 y ss.

³ Conf. BIDEGAIN, Carlos M., *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, t. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, ps. 99 y ss.

En principio, vamos a seguir este criterio, aunque con algunas variantes, que procuran una mejor adecuación a la realidad. Por tanto, clasificaremos a las atribuciones del Congreso conforme a tres funciones principales: a) función preconstituyente; b) función legislativa, y c) función de control.

II. LA FUNCIÓN PRECONSTITUYENTE

Está expuesta en el art. 30 de la Constitución Nacional y su estudio lo abordamos al tratar el tema del poder constituyente y la reforma constitucional, en el capítulo III de esta obra, al cual remitimos.

Esta atribución, si bien está expresada en términos sobrios y precisos en la Constitución histórica, justificaba que se considerara su modificación en la reforma llevada a cabo en 1994, sea para la aclaración de la cláusula constitucional o para una innovación algo más profunda. Ello, empero, no fue posible, pues la propia ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma, estableció que “la Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el capítulo único de la primera parte de la Constitución nacional” (art. 7°).

Sin embargo, la realidad había demostrado que el problema derivado del cómputo de la mayoría era un tema que había cobrado impensada actualidad días antes de la firma del Pacto de Olivos que hizo viable la citada revisión constitucional.

La reforma por una convención constituyente, prevista por el art. 30, a la luz del derecho constitucional comparado, es un método obsoleto que presenta más inconvenientes que ventajas. Nuestros constituyentes lo tomaron de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, aun cuando en dicho país nunca fue aplicado. Todas las enmiendas de su Constitución federal fueron hechas por el Congreso con posterior aprobación, por lo general, de las legislaturas locales⁴.

Expresa Joaquín V. González, en ese sentido, que “según es el progreso de las instituciones políticas, así son los sistemas ideados para sancionar las reformas constitucionales. El más perfecto, como más próximo a la verdad democrática, es el llamado del referéndum, que consiste en reservarse el pueblo el derecho de aprobar o iniciar las leyes que discutan y voten las asambleas deliberantes”⁵.

⁴ Sólo en el caso de la enmienda XXI, que derogó a la enmienda XVIII, el Congreso de los Estados Unidos exigió para su convalidación la convocatoria a convenciones estatales.

⁵ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina (1853-1860)*, 24ª ed., Estrada, Buenos Aires, 1951, ps. 721 y 722.

Abogamos, en igual sentido, por la adopción de un procedimiento que faculte al Congreso de la Nación, con mayorías calificadas, para proponer las reformas constitucionales y al pueblo, para pronunciarse definitivamente sobre ellas. Las ventajas nos parecen indudables: se evita la convocatoria de la Convención; el pueblo tiene una participación más directa y efectiva, sin otorgar un cheque en blanco a los convencionales constituyentes, no se paraliza el Congreso durante el período de funcionamiento de aquélla; es, además, menos costoso.

En este aspecto, la reforma constitucional de 1994 ha sido de índole conservadora. Las atribuciones del Congreso quedaron, en este quehacer preconstituyente, igual que antes. Sin embargo, pensamos que el Congreso no salió indemne de esta cuestión. Se vio precisado a aprobar en 1993 –en este caso, el Senado– dos proyectos de leyes de declaración de la reforma con pocos días de diferencia y con distintos contenidos. En ambos casos, lo hizo a instancia del Poder Ejecutivo, el cual demostró, una vez más, que sin tener facultades atribuidas por la Constitución formal, es el verdadero impulsor de las revisiones constitucionales.

Por lo demás, la aprobación de dos proyectos distintos de declaración de necesidad de la reforma, sin respetar el trámite parlamentario previsto en el anterior art. 71 (actual art. 81, modificado) de la Constitución, también contribuyó a deteriorar el poder y la imagen del Congreso.

III. LA FUNCIÓN DE CONTROL

a) El juicio político

El juicio político, que se lleva a cabo en el ámbito legislativo, es un proceso por medio del cual el Congreso de la Nación, con mayorías calificadas, puede destituir y eventualmente inhabilitar a determinados funcionarios públicos.

La Constitución Nacional lo incorporó siguiendo el modelo de la Constitución norteamericana de 1787, que tuvo, a su vez, por antecedente la institución del *impeachment* o acusación de alta traición, del derecho inglés.

El *impeachment* es un procedimiento utilizado en Inglaterra, desde hace muchos siglos, para juzgar la responsabilidad de los lores, ministros de la Corona y funcionarios de alto rango. La acusación es planteada por la Cámara de los Comunes y los jueces son los lores. Este procedimiento puede, eventualmente, terminar en una condena y la consecuente aplicación de pena para el enjuiciado. En 1680, lord

Stafford fue condenado a morir en el patíbulo luego de que la Cámara de los Lores lo hallara culpable de instigar un complot contra el rey Carlos II.

En los Estados Unidos, este procedimiento de control, que recibe el nombre de "juicio de residencia", se halla regulado en el art. I, sección tercera, cláusulas sexta y séptima y en el art. II, sección cuarta, de la Constitución federal. Son enjuiciables el presidente, el vicepresidente y todos los funcionarios civiles por las causales de traición, cohecho u otros delitos y faltas graves. La acusación le corresponde a la Cámara de Representantes y el juzgamiento al Senado, que necesitan a tal efecto mayorías calificadas. El fallo del Senado puede disponer la destitución del cargo y la inhabilitación para ocupar otras funciones públicas, además de su derivación a la justicia ordinaria.

Esta institución, poco empleada en los Estados Unidos, ha recibido muchas críticas fundadas en la ineficacia. Desde 1787 a la fecha, la historia política de los Estados Unidos sólo registra quince juicios políticos que llegaron al Senado, de los cuales apenas cinco terminaron en destituciones⁶. Un solo presidente norteamericano llegó a ser juzgado en el Senado: fue Andrew Johnson y ocurrió en 1868. En este caso, al Senado le faltó un voto para destituirlo.

En 1974, el presidente republicano Richard Nixon estuvo muy cerca de ser enjuiciado por el Congreso de los Estados Unidos tras el descubrimiento de actos de espionaje en el hotel donde funcionaba la convención del Partido Demócrata, opositor a su gobierno, lo cual dio origen al llamado "Caso Watergate". Nixon, en tal situación, elevó su renuncia al cargo, convirtiéndose en el primer presidente de los Estados Unidos que dimitió.

En nuestro país, la Constitución Nacional regula el funcionamiento de este instrumento de control en los arts. 53, 59 y 60. Son pasibles de este procedimiento el presidente y el vicepresidente de la República, el jefe de Gabinete de Ministros, los ministros del Poder Ejecutivo y los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Constitución de 1853 incluía entre los funcionarios enjuiciables a los gobernadores de provincia y a los miembros de ambas Cámaras. La reforma constitucional de 1860, con buen criterio, eliminó a los mandatarios provinciales de la posibilidad del juicio político. Los gobernadores quedaron sujetos a lo que establecieran las respectivas constituciones provinciales. Los diputados y senadores nacionales sólo pueden ser removidos o excluidos de su función por su propia Cámara (art. 66, Constitución Nacional). La misma reforma de 1860

⁶ Conf. TOINET, Marie-France, *El sistema político de los Estados Unidos*, FCE, Méjico, 1994, p. 110.

agregó entre los funcionarios enjuiciables a los jueces de los tribunales inferiores.

La reforma constitucional de 1994 incluyó al jefe de Gabinete de Ministros y excluyó a los jueces de los tribunales inferiores, cuyo eventual juzgamiento delegó a un jurado de enjuiciamiento, integrado por legisladores, magistrados y abogados (art. 115, CN).

Son causales que habilitan la promoción del juicio político el mal desempeño del cargo, la comisión de delitos en el ejercicio de la función o la comisión de crímenes comunes.

La causal de mal desempeño es amplia y queda librada a la discreción del Congreso de la Nación; puede comprender, entre otros, los casos de falta de aptitud, enfermedad, insolvencia moral, etcétera.

La causal de delito en el ejercicio de la función hace referencia a aquellos casos en que la comisión de un delito —que ha de estar tipificado como tal en el Código Penal y sus leyes complementarias— tiene origen en el desempeño del cargo (malversación de caudales públicos, abuso de autoridad, violación de los deberes de los funcionarios públicos, cohecho, negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones, exacciones ilegales, enriquecimiento, etc.).

La causal de crímenes comunes se refiere a delitos graves, sin que se requiera, en estos casos, una vinculación entre el hecho ilícito y el desempeño de la función pública.

Al igual que en el sistema norteamericano, nuestra Constitución diferencia dos etapas sucesivas en el juicio político: la acusación y el juicio propiamente dicho.

Para que prospere la acusación es necesario que así lo disponga la Cámara de Diputados de la Nación, con el voto de las dos terceras partes, al menos, de sus miembros presentes (art. 53, CN).

En dicha Cámara funciona una comisión asesora permanente de juicio político, que tiene por objeto investigar y dictaminar en las causas de responsabilidad intentadas contra los funcionarios públicos sometidos a juicio político por la Constitución, así como en las quejas o denuncias presentadas contra ellos en la Cámara.

En los casos en que prospere la denuncia de la Cámara de Diputados, el juzgamiento lo realizará el Senado de la Nación, en juicio público, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto (art. 59, CN). La misma norma constitucional aclara que si el enjuiciado fuere el presidente de la República, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Si bien la decisión que adopte el Senado será de índole eminentemente política, ello no excluye que la tramitación del juicio deba respetar los aspectos esenciales del debido proceso establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional. Por tanto, se debe asegurar que se trate

de una acusación clara, resguardar el derecho de defensa del acusado y sustanciar la prueba que fuere pertinente. El pronunciamiento final, si bien es de carácter político, deber ser motivado y razonable.

Los efectos del juicio político están previstos en el art. 60 de la Ley Fundamental. Se limitan –igual que en el caso de la Constitución norteamericana– a disponer la eventual destitución del acusado, su inhabilitación para ocupar cargos públicos en la Nación y la remisión de los antecedentes a los tribunales ordinarios, si correspondiera. Para que ello proceda se requiere el voto favorable de las dos terceras partes, al menos, de los miembros presentes del Senado.

La pena de inhabilitación, cuya duración deber ser establecida por el fallo del Senado, a nuestro entender es accesoria de la destitución. No se puede, en consecuencia, inhabilitar sin destituir. Nada impide, en cambio, destituir sin inhabilitar⁷.

En nuestro país, esta institución de control hace gala de una marcada ineficacia. Con razón advertía Matienzo, hace muchos años, que el juicio político establecido por la Constitución es una pieza de artillería pesada,⁸ carente de movilidad y que por tanto no puede ser utilizada⁸. Nunca sirvió para enjuiciar a un presidente, a un vicepresidente o a un ministro del Poder Ejecutivo. Sólo se lo aplicó, en muy contadas ocasiones, para juzgar la conducta de los jueces.

Apenas once juicios políticos terminaron en la destitución en toda la historia constitucional argentina hasta 1996 y en todos los casos fueron magistrados judiciales los enjuiciados.

Esta institución debió soportar también una impropia intervención del Poder Ejecutivo, cuando éste aceptó las renuncias a sus cargos de funcionarios que ya habían sido acusados por la Cámara de Diputados. Con ello se frustró el juicio ante el Senado y se evitó una eventual sanción de inhabilitación de éste hacia el funcionario. Sería conveniente prever tal patología constitucional, agregando en la Ley Fundamental una cláusula que disponga que en caso de que el funcionario acusado por la Cámara de Diputados presente su renuncia, ésta sólo podrá ser considerada por el presidente de la Nación una vez concluido el juicio político.

Se discute si el fallo del Senado puede ser objeto de cuestionamiento ante los tribunales de justicia. Tradicionalmente, el juicio político ha sido considerado entre las causas políticas no pasibles de revisión judicial (Bielsa). Sin embargo, en la doctrina actual prevalece el criterio

⁷ En sentido contrario se manifiesta VANOSI, Jorge R., "La posibilidad constitucional del juicio político a los ex funcionarios", JA 1985-II-766.

⁸ MATIENZO, José N., *Lecciones de derecho constitucional*, 2ª ed., La Facultad, Buenos Aires, 1926, p. 355.

de aceptar el control judicial, aunque con alcances variados (Bidart Campos, Sagüés, Quiroga Lavié, entre otros⁹).

Sin perjuicio de que entendemos que la decisión de fondo recaída en un juicio político, por su naturaleza de tal, no debe ser objeto de revisión judicial, creemos que ello no tiene que impedir la revisión de otros aspectos, como el cumplimiento de las mayorías parlamentarias exigidas y las garantías del debido proceso, en especial en lo que atañe al resguardo del derecho de defensa.

Durante mucho tiempo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no tuvo oportunidad de expedirse sobre este tema, lo cual era comprensible si nos atenemos a la escasa aplicación de esta institución en el orden federal.

En cambio, hubo pronunciamientos de la Corte con respecto a la posibilidad de revisión de juicios políticos sustanciados en el ámbito de las provincias. En el caso "Joaquín Castellanos" de 1922, la Corte rechazó la posibilidad de revisión, sosteniendo que era incompetente para entender por apelación acerca de resoluciones de los poderes de provincia en el juicio político. Fundando esta decisión, sostuvo la Corte que no mediaba en el caso decisión judicial previa alguna, por cuanto no había intervenido con anterioridad ningún tribunal de justicia. También invocó, en favor del mismo criterio, la reforma constitucional de 1860, que suprimió del art. 101 de la Constitución la competencia de la justicia federal para dirimir los conflictos entre poderes públicos de una misma provincia¹⁰.

En 1987, la Corte comenzó a admitir el recurso extraordinario, al resolver varios casos derivados de la destitución por juicio político de los jueces del Superior Tribunal de San Juan. Si bien en ninguno de ellos prosperó la revisión del juicio político, lo cierto fue que la Corte admitió la judicabilidad de las decisiones adoptadas en procesos de esa índole cuando se alegaba la violación de las reglas del debido proceso, garantizadas por la Constitución federal (caso "Magín Suárez, Luis s/denuncia" de 1987¹¹).

Este pronunciamiento de la Corte produjo reacciones disímiles en la doctrina constitucional. Así, mientras Oyhanarte le restó perfil innovador, Bidart Campos lo alabó, sosteniendo que el fallo había descartado al juicio político de entre las causas no judiciales. En una

⁹ Conf. BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, cit., p. 489; BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. II, ps. 188/9; SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1993, ps. 251 y 519; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1984, ps. 556/7.

¹⁰ Fallos 136:147.

¹¹ Fallos 310:2845.

posición más moderada –que compartimos–, Bianchi advirtió que la Corte nunca había expresado que el juicio político en sede provincial no fuera judicializable por ser una causa política, como tampoco descartó que lo fuese aun en el propio caso “Magín Suárez”¹².

En 1993, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el caso “Nicosia, Alberto Oscar s/recurso de queja”, que impugnaba el proceso de juicio político que había culminado en el Senado de la Nación con la destitución del actor. Si bien la presentación fue rechazada por la Corte, ésta sostuvo que “las decisiones dictadas en los llamados juicios políticos o enjuiciamiento de magistrados en la esfera nacional, por órganos ajenos al Poder Judicial, configuran cuestión judicializable cuando se invoca [...] la violación del debido proceso”¹³.

Esta posición fue posteriormente ratificada por la Corte Suprema en el caso “Torrealday, Ignacio E.” de 1995. Se trataba de un juez que había sido removido de su cargo por un tribunal de enjuiciamiento de la provincia de Neuquén¹⁴. El mismo criterio adoptado ha sido aplicado en los precedentes más recientes “Moline O’Connor” (2004) y “Boggiano” (2006), en los que se impugnó la decisión del Senado de destituir a dos jueces de la propia Corte¹⁵.

Estos casos han venido a clarificar una cuestión compleja y de límites difusos. La decisión de destituir que pronuncia el Senado en el marco del juicio político es irrevisable, en lo sustancial, en sede judicial, salvo el caso de manifiesta arbitrariedad, supuesto en el cual creemos que sí debería ser revisada. En cambio, lo atinente a la observación de las garantías constitucionales del debido proceso habilita su consideración judicial.

b) El control de la cuenta de inversión

Este tema fue desarrollado en el capítulo IX de esta obra, al cual remitimos.

c) Las facultades de investigación

La investigación es una técnica necesaria del derecho parlamentario, que le permite al Poder Legislativo conocer y constatar por sí

¹² OYHANARTE, Julio, “La Corte Suprema y el juicio político a jueces provinciales”, ED 128-456; BIDART CAMPOS, Germán J., “Una cuestión no judicializable que ha desaparecido: el enjuiciamiento político”, ED 128-465; BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 1992, ps. 350 y ss.

¹³ Fallos 316:2940.

¹⁴ Fallos 318:2266.

¹⁵ Fallos 327:1914 y 329:1205, respectivamente.

mismo, evitando quedar sujeto a la información que le hagan llegar los restantes poderes del Estado.

“Investigar” implica ejercer la facultad de realizar averiguaciones y pesquisas y recopilar datos, hechos u objetos, recurriendo al examen de documentos, al interrogatorio de personas u otros medios de indagación.

Al respecto, acota Bidart Campos que “las investigaciones parlamentarias son generalmente admitidas, casi sin excepción. Y [...] con alcance muy amplio, que abarca todo el funcionamiento del Estado”¹⁶.

En el ámbito federal, en el cual no hay normas constitucionales expresas sobre las facultades de investigación de las Cámaras legislativas, ellas han sido objeto de reconocimiento en la práctica parlamentaria. Más aún: en varias ocasiones el Congreso de la Nación ha defendido estas atribuciones cuando los otros poderes pretendieron desconocerlas o entorpecerlas. Por lo general, se las ha vinculado a los poderes implícitos otorgados al Poder Legislativo por el inc. 32 del art. 75 de la Constitución Nacional.

En la sesión de la Cámara de Diputados de la Nación del 7 de diciembre de 1894, Indalecio Gómez defendió con enjundia las facultades investigadoras del cuerpo, sobre la base de tres argumentos principales: a) todo poder tiene la extensión necesaria para llenar sus fines; b) quien quiere los fines que inviste un poder tiene que darle los medios necesarios para el cumplimiento pleno de ellos, y c) la característica del poder es ejecutarse a sí mismo¹⁷.

Al respecto, comenta Pellet Lastra “que la facultad legislativa de investigar encuadra en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según la cual si el Congreso ha recibido un poder por parte de la Constitución, debe contar con todos los elementos e instrumentos necesarios para hacer efectivo ese poder. Y así, por ejemplo, si era necesario que en 1934-1935 legislara sobre el comercio de las carnes, correspondía crear una comisión que investigara ese comercio para probar, como se probó, que los frigoríficos extranjeros que operaban en el país lo hacían mediante prácticas monopólicas”¹⁸.

Algunas de estas investigaciones parlamentarias cobraron gran notoriedad y en algunos casos recogieron informaciones relevantes. Entre otros, merecen ser citados el caso del comercio de las carnes (años 1934/35), el de las tierras del Palomar –que culminó con la renuncia del

¹⁶ BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1967, p. 289.

¹⁷ Conf. GÓMEZ, Indalecio, *Los discursos de Indalecio Gómez*, t. II, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1953, ps. 218/9.

¹⁸ PELLET LASTRA, Arturo, *El Congreso por dentro*, Sainte Claire, Buenos Aires, 1992, p. 275.

presidente Ortiz— (año 1940), el de Aluar, el de la industria automotriz, el de los contratos telefónicos (1973/75), el del movimiento de fondos del ex Ministerio de Bienestar Social y de la Cruzada de la Solidaridad (1975) y, más cercanamente, el caso Italo (1983/84). En los últimos años, también han sido constituidas comisiones investigadoras con motivo de los casos de los atentados terroristas contra la Embajada de Israel y la mutual israelita (1996) y el de la “Aduana paralela” (1996).

Cabe acotar que pese a la insuficiencia de las normas constitucionales, tanto en el orden federal como en el derecho público provincial, los reglamentos internos de las Cámaras contienen algunas previsiones mínimas con respecto a las comisiones de investigación.

El tratamiento del tema —entendemos— merecería una consideración específica en la Constitución Nacional, más allá de las disposiciones legislativas ordinarias o reglamentarias. Es que a menudo, como consecuencia de las investigaciones legislativas, resultan afectados derechos y garantías personales de terceros, cuya limitación no creemos que pueda ser resuelta con la aplicación de meras cláusulas reglamentarias.

Es éste un criterio que cuenta con el consenso doctrinal de importantes autores. Así, César E. Romero expresa que “las declaraciones y antecedentes recordados demuestran la necesidad de la sanción de una ley que esclarezca el problema de los poderes implícitos y la facultad de investigación parlamentaria, a fin de que el Congreso no encuentre obstáculos en su función constitucional y los particulares o las instituciones no sean víctimas del cercenamiento de sus derechos fundamentales”¹⁹.

Se debe otorgar a las comisiones investigadoras del Congreso de la Nación todas las atribuciones necesarias para ejercer con eficacia la función de control. Sin embargo, en los casos en que estas facultades pueden afectar derechos y garantías el criterio debe ser muy estricto.

También se debe mantener incólume la división de poderes, estableciendo que las resoluciones de las comisiones no serán vinculantes para los tribunales de justicia ni afectarán las decisiones judiciales.

Se trata, en definitiva, de que el Poder Legislativo recobre el pleno ejercicio de una de sus funciones más relevantes, la cual, de ser ejercida con mesura y eficiencia, le permitirá al ciudadano reconocer en el Congreso de la Nación un sitio institucional apto y confiable para el ejercicio del control político, que salvaguarde los derechos de todos y asegure un límite definido al ejercicio del poder.

La ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional de 1994, habilitó la consideración de este tema, al establecer

¹⁹ ROMERO, César E., *Derecho constitucional*, t. II, Zavalía, Buenos Aires, 1976, p. 230.

en su art. 3º, inc. H), la posibilidad de introducir reformas acerca de las “facultades del Congreso respecto de pedidos de informes, interpelación y comisiones de investigación, por reforma al art. 63 de la Constitución nacional”. La Convención Nacional Constituyente, en una omisión criticable, no se pronunció sobre el tema.

d) El requerimiento de informes

El art. 71 de la Constitución Nacional dispone:

Cada una de las Cámaras puede hacer venir a su sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes.

Los reglamentos internos de ambas Cámaras del Congreso, en consonancia con este precepto, regulan los denominados “proyectos de solicitud de informes”, de muy frecuente uso en el ámbito parlamentario. Por medio de ellos se requiere el suministro de información a diversas áreas del Poder Ejecutivo nacional.

Este mecanismo, lamentablemente, afronta escollos en su operatividad. La falta de plazos precisos para la contestación de las solicitudes hace que algunas veces se vean demoradas y pierdan eficacia. Los intentos de establecer reglas más claras mediante la sanción de leyes reglamentarias no han logrado superar, en el ámbito parlamentario, los comportamientos proclives a bloquear iniciativas de este tipo. Ello se ve favorecido, en nuestro sistema, por la circunstancia de que el partido político que está en el gobierno tiene mayoría legislativa en alguna de las dos Cámaras del Congreso o en ambas.

Desde otra perspectiva, la oposición suele utilizar esta vía para hacer oír su protesta y su condena frente a ciertos actos de gobierno, más que para pedir información concreta.

Una variante menos utilizada en la práctica parlamentaria es la “interpelación”, que implica la presencia de uno o más ministros del Poder Ejecutivo en cualquiera de las Cámaras, previa requisición de éstas. En realidad, esta “interpelación”, a diferencia de lo que acontece con los regímenes parlamentarios, constituye un mero informe verbal del ministro a la Cámara requirente.

La reforma constitucional de 1994 ha puesto en manos del Congreso de la Nación, como instrumento de control, la concurrencia periódica del jefe de Gabinete de Ministros a las Cámaras (al menos una vez por mes, alternativamente a cada una). También ha previsto que ese mismo funcionario puede ser interpelado y hasta removido de su cargo por el órgano legislativo (art. 101). Hemos tratado este tema en el capítulo XXI, al cual remitimos.

IV. LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

Esta función la ejerce el Congreso Nacional mediante la sanción de leyes, que por sus alcances y las consecuencias de su aplicación suelen ser diferenciadas en tres categorías básicas: a) leyes locales; b) leyes comunes, y c) leyes federales. Según los casos —ha sostenido la Corte Suprema—, el Congreso ejerce una potestad o atribución distinta al sancionarlas (causas “Alcari, Leopoldo Darío s/calumnias e injurias” de 1959 y “Pedro Oberti v. Santiago Panziraghi” de 1960, entre muchos otros²⁰).

Esta distinción, empero, resulta ambigua y presenta aristas discutibles que han tenido que ser dirimidas, en cada caso, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación.

Teniendo en cuenta la índole de esta obra, en los párrafos siguientes nos limitaremos a brindar una orientación al lector, sin incursionar con amplitud en la casuística jurisprudencial.

a) Las leyes locales

Son las que dicta el Congreso de la Nación en su carácter de Legislatura local para la Capital Federal. Dispone el inc. 30 del art. 75, al respecto, que le corresponde al Congreso “ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital de la Nación”.

Esta atribución ha sido objeto de un pronunciado recorte por la reforma constitucional de 1994. La Capital Federal está instalada en la ciudad de Buenos Aires y ésta ha adquirido, con esa reforma, un rango institucional prominente.

La ciudad de Buenos Aires —ahora expresamente mencionada en los arts. 44; 45; 54; 75, inc. 2° (tres veces); 75, inc. 31; 99, inc. 20; 124; 125; 129 (dos veces), y en las cláusulas transitorias cuarta, séptima y decimoquinta (dos veces); o sea, dieciséis veces en doce normas de la Constitución vigente— ha adquirido autonomía política y económica y dicta su propia Constitución (art. 129).

Son también leyes locales las dictadas por las provincias y por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en ejercicio de las atribuciones propias, reconocidas como tales por la Constitución Nacional.

b) Las leyes comunes

Son aquellas que emanan de la facultad reconocida al Congreso de la Nación de “dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería,

²⁰ Fallos 245:455 y 248:781, respectivamente.

y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones” (art. 75, inc. 12, 1ª parte).

También están incluidas en esta categoría las leyes que complementan a estos códigos de fondo y las que los modifican.

La aplicación de estas normas corresponde, en principio, a la justicia ordinaria local y no a la justicia federal.

La Constitución Nacional se diferenciò, en este tema, de la Constitución de los Estados Unidos, que no trata sobre esta categoría de legislación.

En este aspecto, la reforma constitucional de 1994 innovó poco: apenas agregó una aclaración casi superflua y que recoge una exigencia de la realidad. El nuevo art. 75, inc. 12, al referirse a la facultad del Congreso para dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social, ahora aclara que podrá ser ejercida “en cuerpos unificados o separados”.

c) Las leyes federales

Resultan generalmente definidas por descarte de las anteriores categorías, por lo cual se puede decir —siguiendo este criterio— que son todas aquellas normas que sanciona el Congreso de la Nación, salvo las que tienen naturaleza de legislación local o común. Este criterio de definir las por exclusión de las restantes ha sido utilizado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (caso “Control Seguros, s/orden de allanamiento” de 1942²¹). Estas leyes constituyen lo que se ha dado en llamar “derecho federal”.

En sentido positivo, éste es definido por Sagüés como aquel que “tiene por objeto regular los poderes federales y sus competencias en la prosecución de fines federales (no de derecho común o de derecho local)”²².

En primer lugar, cabe reconocer el carácter de ley federal a la Constitución Nacional. También lo son las leyes dictadas por el Congreso en cumplimiento de los fines y principios establecidos en la Constitución (salvo aquellas que tengan naturaleza común o local). En sentido más amplio aún, cabe incluir entre el derecho federal los decretos del Poder Ejecutivo referidos a tales leyes, en ejercicio de la facultad reconocida por el art. 99, inc. 2°; los reglamentos autónomos,

²¹ Fallos 193:115.

²² SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos...*, cit., t. I, p. 625.

los reglamentos emanados de cualquiera de los poderes del Estado federal, los actos de autoridades federales, etcétera.

Son ejemplos de leyes federales: la Ley de Ciudadanía, la Ley de Acefalía del Poder Ejecutivo, la Ley de Expropiaciones, la Ley Orgánica de los Partidos Políticos, el Código Electoral, la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, el Código Aeronáutico, el Código de la Navegación, etcétera.

V. LAS ATRIBUCIONES LEGISLATIVAS

Las atribuciones legislativas del Congreso de la Nación constituyen la parte medular de sus facultades. Tras haber efectuado una referencia a las leyes locales y comunes, en los siguientes párrafos haremos una incursión en las restantes competencias que tiene atribuidas el Congreso de la Nación por el art. 75 de la Constitución en relación con las leyes federales. Al efectuar este desarrollo intentaremos esbozar una mínima sistematización temática de las principales atribuciones legislativas del Congreso en ese orden, a los efectos de permitir su tratamiento pormenorizado y facilitar su comprensión.

a) Tributarias

Las facultades legislativas en materia tributaria se hallan establecidas en los incs. 1° y 2° del art. 75 de la Constitución. Ellas son consecuencia, además, del principio de legalidad, que en esta materia aparece respaldado por otras normas constitucionales (arts. 4°, 17 y 52).

1. *Derechos de importación y exportación.* Según el inc. 1° del art. 75, le corresponde al Congreso "legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación".

Esta disposición es consecuencia del carácter estrictamente federal que las aduanas exteriores tienen en nuestro país y del principio de libertad territorial de circulación (arts. 9°, 10, 11 y 12, CN).

La reforma de 1994 eliminó del texto de esta cláusula la disposición que permitía satisfacer estos gravámenes con "la moneda que fuese corriente en las provincias respectivas". Sólo se le ha quitado al inc. 1° del art. 75 actual lo que el tiempo había convertido en hojarasca. Los impuestos indirectos externos —gravámenes a la exportación y a la importación— continúan siendo atribución exclusiva del Congreso Nacional.

2. *Impuestos directos e indirectos internos.* El art. 75, inc. 2°, faculta al Congreso para "imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan" (1ª parte).

Esta cláusula, en su redacción actual, proviene de la reforma de 1994, que ha establecido en forma expresa el carácter concurrente de los impuestos indirectos internos. Si bien la norma no hace referencia a los impuestos "internos", cabe interpretar que de ellos se trata, pues los otros impuestos indirectos son los "externos", que están legislados en el inc. 1° del art. 75.

La reforma de 1994 se ha limitado a recoger lo que la práctica institucional venía reflejando. Los principios jurídico-políticos de la tributación permanecen inmutables. En cuanto al reparto de competencias, todo sigue como estaba antes, pero ahora la letra de la Constitución se acerca a la praxis constitucional.

Con relación a los impuestos indirectos internos, el inc. 2° del art. 75 dispone que la atribución del Congreso es una facultad concurrente con las provincias. En el anterior texto constitucional nada se establecía, aunque la jurisprudencia había dirimido la cuestión en favor del criterio que terminó adoptando la reforma llevada a cabo recientemente.

Los impuestos directos quedan sujetos al mismo régimen vigente con anterioridad a la reforma. El nuevo inc. 2° del art. 75 preceptúa que le corresponde al Congreso "imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien del Estado lo exijan". Es decir que estos impuestos son, en principio, provinciales y que por excepción pueden ser establecidos por el Congreso.

3. *Coparticipación.* La reforma de 1994 ha traído la novedad de la constitucionalización del régimen de coparticipación federal que se venía aplicando desde hace muchos años en nuestro país. El inc. 2° del art. 75 establece pautas acerca de los recursos coparticipables, modalidades, criterios de distribución y creación de un órgano federal de control.

Son recursos coparticipables los regulados en ese inc. 2° del art. 75, es decir, los impuestos indirectos internos y los directos establecidos por el Congreso de la Nación, cuando la defensa, la seguridad común y el bien general del Estado lo exigen, con excepción de la parte o el total de los que tengan asignación específica.

En cuanto a las modalidades del sistema de reparto, se establece que éste será dispuesto por "una ley-convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias". Esa ley debe garantizar "la automaticidad en la remisión de los fondos".

Con respecto a los criterios de distribución, se estipula que ésta será efectuada entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires. La asignación a cada una deberá realizársela "en relación directa a las competencias, servicios y funciones [...] contemplando criterios objetivos de reparto; ser equitativa, solidaria y dar prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional". No podemos menos que compartir estos loables criterios, aunque vislumbramos el carácter eminentemente programático que van a tener estos enunciados.

La reforma también establece que la ley-convenio tendrá al Senado "como Cámara de origen", por lo cual la iniciativa podrá provenir de los propios senadores o del Poder Ejecutivo. También requerirá para su aprobación la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Se aclara que dicha ley-convenio "no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada".

Nos parece inconveniente la última expresión contenida en el cuarto párrafo del inc. 2° del art. 75 de la Constitución Nacional, en cuanto dispone que la ley-convenio sancionada por el Congreso "será aprobada por las provincias". Creemos que se trata de una inaceptable intromisión en las autonomías provinciales.

La misma norma constitucional aclara que "no habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por la ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso".

Por último, la cláusula constitucional crea un órgano federal inominado, que "tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determine la ley, la que deber asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires en su composición".

Cabe acotar que la disposición transitoria sexta introdujo un virtual congelamiento del régimen de coparticipación vigente, que debía ser objeto de nueva legislación "antes de la finalización del año 1996". También se difería hasta esa fecha la ley reglamentaria del órgano federal creado por la cláusula prevista en el inc. 2° del art. 75.

El inc. 3° del mismo art. 75 determina, como necesaria consecuencia de lo dispuesto en el inciso anterior, que es atribución del Congreso Nacional "establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial

aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara".

La materia tributaria está excluida de la posibilidad de ser reglada mediante decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3°). Tampoco podrá ser objeto de iniciativa popular (art. 39). Nada se dispone, en cambio, con respecto a la consulta popular (art. 40).

b) Presupuestarias

El inc. 8° del art. 75 le atribuye al Congreso la facultad de "fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2 de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas".

Si bien esta norma fue objeto de modificaciones por la reforma de 1994, se mantuvo la facultad del Congreso de "fijar anualmente" el presupuesto. Tanto la reforma de 1949 como la de 1972 habían establecido la posibilidad de sancionar presupuestos plurianuales. La primera de ellas disponía que el presupuesto podía ser fijado "por un año, o por períodos superiores hasta un máximo de tres años, a propuesta del Poder Ejecutivo" (art. 68, inc. 7°). La reforma temporaria de 1972, a su vez, decidió que "a iniciativa del Poder Ejecutivo el presupuesto podrá comprender ejercicios de más de un año de duración, pero en ningún caso exceder el período del mandato del presidente de la Nación en ejercicio" (art. 67, inc. 7°).

Con relación al trámite del proyecto de Ley de Presupuesto, el art. 100, inc. 6°, incluye entre las atribuciones del jefe de Gabinete de Ministros la de "enviar al Congreso los proyectos de Ley de Ministerios y de Presupuesto Nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo". Era más clara, en este aspecto, la reforma constitucional de 1972, que había establecido que "la iniciativa de las leyes de presupuesto y ministerios corresponde exclusivamente al Poder Ejecutivo" (art. 68).

El proyecto de Ley de Presupuesto no puede ser objeto de iniciativa popular (art. 39). Nada preceptúa, en cambio, la Constitución Nacional con respecto a la posibilidad de aplicar en esta materia la consulta popular (art. 40), aunque este instrumento nos parece poco indicado para resolver cuestiones de esta índole.

Hemos tratado este tema más ampliamente en el capítulo IX de esta obra, al cual remitimos.

c) Bancos y emisión de moneda

Es atribución del Congreso, reconocida por el inc. 6° del art. 75, la de “establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales”.

El Banco Central de la República Argentina —así denominado por ley; la Constitución lo llamaba “banco nacional”— ha pasado a ser “banco federal” después de la reforma de 1994 y, como el anterior, tendrá la facultad de emitir moneda.

Esta última reforma suprimió la exigencia de que ese Banco debía tener residencia “en la Capital”, como también la de “sus sucursales en las provincias”, ambas contenidas en el anterior inc. 5° del art. 67. En cambio, agregó la facultad de establecer y reglamentar “otros bancos nacionales”.

Con relación a la emisión de moneda, le corresponde al Congreso de la Nación “hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras; y adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas para toda la Nación” (art. 75, inc. 11).

d) Comerciales

1. *Navegación.* El inc. 10 del art. 75 dispone que le corresponde al Congreso de la Nación “reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes, y crear o suprimir aduanas”. Esta cláusula tiene su origen en el inc. 9° del art. 67, anterior a la reforma de 1994, con relación al cual presenta una variante: el nuevo inciso suprimió la parte final del antecedente, que expresaba: “sin que puedan suprimirse las aduanas exteriores que existían en cada provincia al tiempo de su incorporación”.

2. *Cláusula comercial.* El inc. 13 del art. 75 de la Constitución le atribuye al Congreso de la Nación la facultad de “reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí”. Este principio está tomado casi textualmente del anterior art. 67, inc. 12 y es conocido en la doctrina constitucional con el nombre de “cláusula comercial”.

El vocablo “comercio” (del latín: “mercancía”) según el *Diccionario* de la Real Academia Española significa, en una primera acepción, “negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías”. Aunque también refiere a “comunicación y trato de unas gentes o pueblos con otros” (tercera acepción).

El comercio —como expresa Carlevari— integra el conjunto de actividades que se ha dado en llamar el sector terciario, para diferenciarlo,

por su índole de los sectores productivos de bienes, que conforman los sectores primario y secundario. No es una actividad productiva en sí, pero es concurrente en el proceso económico de una comunidad evolucionada²³.

A los efectos de la aplicación de la cláusula del inc. 13 del art. 75, empero, el concepto de comercio es mucho más amplio, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Bidart Campos refiere que comercio no es sólo tráfico o intercambio, sino también comunicación; o sea comprende el tránsito de personas, el transporte, la transmisión de mensajes, la navegación, la energía eléctrica e hidroeléctrica, los servicios telefónicos, telegráficos, etcétera²⁴.

En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene expresado que “el vocablo comercio usado por la Constitución americana igual al de nuestro inc. 12 del artículo 67 [actual artículo 75 inciso 13] ha sido interpretado en el sentido de comprender, además del tráfico mercantil y la circulación de efectos visibles y tangibles por todo el territorio de la Nación, la conducción de personas y la transmisión por telégrafo, teléfono u otro medio, de ideas, órdenes y convenios”²⁵.

Más recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que “el vocablo comercio comprende, además del tráfico mercantil y la circulación de efectos visibles y tangibles para todo el territorio de la Nación, la conducción de personas y la transmisión por telégrafo, teléfono u otro medio, de ideas, órdenes y convenios”²⁶.

En la medida en que el comercio o transporte sea interjurisdiccional, su regulación le compete de manera exclusiva al Congreso Nacional, no pudiendo las provincias alterar el normal desenvolvimiento del mismo mediante legislación local²⁷. En igual sentido, cuando la actividad comercial de que se trate ha sido legislada por el Congreso Nacional, excluye a la legislación provincial²⁸.

Según el criterio de la Corte, la cláusula comercial busca mantener un mercado único de bienes y servicios en todo el territorio nacional, evitando medidas proteccionistas por parte de los gobiernos locales. Por ello, ha dicho el Alto Tribunal, que para interpretar dicha cláusula,

²³ CARLEVARI, Isidoro, *La Argentina. Estructura humana y económica*, Macchi, Buenos Aires, 1994, p. 641.

²⁴ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, cit., t. II, p. 135.

²⁵ Fallos 154:112.

²⁶ Fallos 317:397.

²⁷ Fallos 333:538.

²⁸ Fallos 327:1292.

debe acudir a esa noción integradora de la actividad económica en el territorio nacional²⁹.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene expresado que “el poder para regular el comercio es propio del Congreso Nacional, cuyo ejercicio le corresponde de una manera tan completa como en un país de régimen unitario” (caso “Harengus SA v. Provincia de Santa Cruz” del 19/4/1994³⁰).

3. *Correos*. Según el inc. 14 del art. 75, le corresponde al Congreso de la Nación “arreglar y establecer los correos generales de la Nación”. Esta disposición tiene su antecedente inmediato en el inc. 13 del art. 67 de la Constitución Nacional, anterior a la reforma de 1994, con la única diferencia de que esta última cláusula se refería, además de los correos, a las “postas”.

e) Empréstitos

Contraer deudas ofreciendo como respaldo la garantía del Estado representa un hecho de particular relevancia por las consecuencias que puede importar. Ello está previsto en el art. 4° de la Constitución, que al referirse a los recursos que forman el Tesoro nacional menciona a “los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación”.

Esa cláusula constitucional les asigna manifiestamente carácter extraordinario a los empréstitos, a los cuales admite “para urgencias de la Nación”. En la práctica, sin embargo, los empréstitos se han convertido en recursos corrientes, para hacer frente a los gastos del Estado, que recurre a ellos, incluso, para pagar otros préstamos anteriores.

En consonancia con la disposición del art. 4°, el art. 75, en su inc. 4° dispone que le corresponde al Congreso de la Nación “contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación”. Entendemos que esta cláusula debió ser más severa y requerir para la aprobación una mayoría calificada. No es lo mismo contraer un empréstito —que muchas veces afecta a varias generaciones de ciudadanos— que aprobar otras leyes ordinarias.

En el derecho público provincial, algunas constituciones adoptan el criterio de exigir mayorías especiales.

Si nos atenemos a estos principios, no sería válido que el Poder Ejecutivo contratara un empréstito por medio de un decreto de necesi-

²⁹ Fallos 326:4816.

³⁰ Fallos 317:397.

dad y urgencia. Empero, debemos admitir que la redacción del inc. 3° del art. 99, por sí sola, no excluye esa posibilidad. Consideramos, no obstante, que la intervención del Congreso de la Nación es insoslayable a la luz de tales principios.

f) Tierras públicas

Entre los recursos que contribuyen a la formación del Tesoro nacional, el art. 4° de la Constitución menciona “la venta o locación de tierras de propiedad nacional”.

El art. 75, inc. 5°, a su vez, faculta al Congreso para “disponer del uso y enajenación de las tierras de propiedad nacional”.

Esta facultad conferida por el constituyente al Poder Legislativo es ejercida, por lo general, mediante el dictado de leyes regulatorias de estos actos. No es necesario, en consecuencia, que el Congreso acepte o rechace cada una de las operaciones de venta o locación de tierras fiscales que realice el Poder Ejecutivo, pero sí que sancione una normativa apta aplicable a los distintos casos. Ello, sin perjuicio de reservarse el ejercicio del control en cuanto al cumplimiento de esa legislación.

g) Militares

Con respecto a este tema cabe destacar las siguientes atribuciones del Congreso: 1) poderes de guerra; 2) represalias y presas; 3) organización de las fuerzas armadas, y 4) introducción y salida de tropas.

1. *Poderes de guerra*. Están preceptuados en el inc. 25 del art. 75, según el cual le corresponde al Congreso de la Nación “autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz”. Su antecedente es el inc. 21 del art. 67 anterior a la reforma de 1994.

La Constitución hace una referencia al mismo tema en el art. 99, inc. 15, que le otorga al presidente de la Nación la facultad de declarar la guerra y ordenar represalias con autorización y aprobación del Congreso.

2. *Represalias y presas*. Según el inc. 26 del art. 75, es atribución del Congreso “facultar al Poder Ejecutivo para ordenar represalias, y establecer reglamentos para las presas”. La disposición deriva del inc. 22 del art. 67 anterior a la reforma de 1994, norma esta, que se refería, además, a la atribución de “conceder patentes de corso”, suprimida con acierto por dicha reforma.

Las represalias —según lo enseña Joaquín V. González— “son todos los medios admisibles en el derecho de las naciones, por los cuales

los súbditos de un Estado ofendido por otro en las personas de sus ciudadanos, o en su capacidad colectiva, o en sus bienes, retribuyen la ofensa o procuran recuperar la integridad de su soberanía. Pueden ser precursoras, preliminares, o un modo de empezar la guerra, y también la guerra misma, como en el caso de represalias generales³¹.

Las represalias pueden ser medios lícitos para resguardar la defensa nacional. En la actualidad, su necesidad y efectividad están demostradas (intervenciones, bloqueos, confiscación de la propiedad enemiga, etc.). A veces se las vincula, incluso, a un estado de guerra incompleto, que no recurre a declaraciones solemnes, pero que atiende a la eficacia de las medidas coercitivas.

Esta relación con los poderes de guerra haría aconsejable que ambas atribuciones fueran reunidas en un único inciso³².

3. *Organización de las fuerzas armadas.* Le corresponde al Congreso de la Nación "fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno" (art. 75, inc. 27). El anterior inc. 23 del art. 67 sólo hacía referencia a "fijar la fuerza de línea de tierra y de mar".

Esta atribución debe ser interpretada en armonía con los incs. 12 y 14 del art. 99.

4. *Introducción y salida de tropas.* El inc. 28 del art. 75 faculta al Congreso de la Nación para "permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él". El texto es idéntico al inc. 25 del art. 67 de la Constitución anterior a la reforma de 1994. A tal fin, la ley 25.880 de marzo de 2004, ha reglamentado el procedimiento en virtud del cual el Poder Ejecutivo debe requerir la correspondiente autorización, ya sea para la salida de tropas nacionales, como para el ingreso al país de tropas extranjeras.

Entre los aspectos más importantes de la norma, se puede mencionar que ésta estipula que los pedidos de autorización se harán mediante un proyecto de ley del Poder Ejecutivo, el que deberá ser refrendado por los ministros competentes (art. 4°); determina además que el presidente, mediante acto fundado, podrá prescindir de la autorización del Congreso por razones de ceremonial, emergencia por catástrofes naturales, búsqueda y rescate para la salvaguardar de la vida humanas e instrucción o adiestramiento de tropas nacionales (art. 6°). También

³¹ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual...*, cit., ps. 470/1.

³² Este criterio lo sostenía DE VEDIA, Agustín, *Constitución argentina*, Imprenta Coni, Buenos Aires, 1907, p. 341.

la norma faculta al Congreso Nacional a revocar las autorizaciones cuando así lo aconsejaren nuevas circunstancias relativas a la política exterior y de defensa de la Nación (art. 9°) y veda la posibilidad de ingresar al país armas de destrucción masiva (art. 11).

h) Educativas y culturales

La Constitución Nacional, luego de la reforma antedicha, establece entre las atribuciones del Congreso de la Nación la de "sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales" (art. 75, inc. 19).

El nuevo precepto constitucional se refiere inicialmente a la facultad del Congreso para "sancionar leyes de organización y de base de la educación". Las leyes de base son aquellas normas emanadas del Poder Legislativo que sólo definen aspectos fundamentales del tema legislado, otorgándole al Poder Ejecutivo una atribución amplia para completar el desarrollo de la ley por medio de la reglamentación.

Esas normas jurídicas son instrumentos de la delegación legislativa. En este aspecto, nos parece un error de la reforma de 1994 haber incorporado en nuestra Constitución tal categoría. Las leyes de base pueden resultar más útiles en regímenes parlamentarios, pero en sistemas presidencialistas como el nuestro, que se caracterizan, además, por un fuerte grado de dependencia legislativa hacia el Poder Ejecutivo (el presidente casi siempre tiene mayoría en una de las Cámaras o en ambas), no hacen más que concentrar poder en el titular de este órgano, profundizando la crisis del reparto de funciones. Por lo demás, aun sin autorización expresa, nuestra práctica institucional muestra una fuerte tendencia a la delegación.

Una novedad que presenta la reforma última es la expresa mención de la autonomía universitaria, que a partir de la revisión de 1994 quedó incorporada en el texto constitucional. Este concepto, empero, ha sido entendido en la doctrina especializada con muy diferentes alcances.

Así, Quiroga Lavié estima que "la autonomía es la potestad de todo sujeto titular de decisión de establecer sus propias reglas de acción" y, que "en tal sentido la autonomía es la sustancia misma del

concepto de libertad, definida ésta como autodeterminación". Tras agregar que "la autonomía es un género, y la soberanía, y la autarquía y la libertad individual, manifestaciones de aquélla", concluye señalando que las universidades "son entes públicos no estatales, creados por la ley como reconocimiento a la sociedad organizada de su potestad pública para generar cultura" y que "debe vetarse la intervención del Ejecutivo en sus asuntos propios"³³.

En parecidos términos se expresa Zarini, al afirmar que "la autonomía y autarquía de las universidades nacionales, [...] importa el reconocimiento de las mismas como personas jurídicas de derecho público no estatales, lo que —entre otras consecuencias de importancia— significa independizarlas de los gobiernos y del Estado, salvo en lo que importe vinculación con los recursos que éste debe asignarles en la Ley de Presupuesto"³⁴.

En cambio, desde una postura más acotada, se sostiene que "la autonomía de la universidad no implica su aislamiento respecto del entramado institucional; está inmersa en el universo de las instituciones públicas, es afectada por aquéllas y a su vez influye en las mismas; debe responder a los controladores institucionales, propios del Estado de derecho"³⁵.

En una interpretación similar, Cassagne sostiene, con cita de Marienhoff, que "parece realmente un esfuerzo prácticamente inútil intentar sostener que las universidades son autónomas en el mismo sentido en que lo son las provincias, ya que no obstante el matiz político que posee su régimen, pertenecen al tipo jurídico de las entidades autárquicas, esto es, de aquellos entes públicos que se administran a sí mismos, poseen un patrimonio y un fin público estatal y se rigen por una ley que les es impuesta"; y agrega que el sentido que corresponde atribuirle a la autonomía universitaria "no es otro que una autonomía relativa al sistema peculiar de elección propio de cada claustro y de las autoridades que gobiernan la universidad, adicionada a una autodeterminación académica, es decir, relativa tanto a la enseñanza y los planes de estudio cuanto a la libertad de cátedra"³⁶.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación había expresado al respecto, poco antes de la reforma constitucional de 1994, que "a

³³ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "La autonomía universitaria", LL 1987-B-724.

³⁴ ZARINI, Helio J., *Constitución argentina, comentada y concordada*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 296.

³⁵ DROMI, Roberto - MENEM, Eduardo, *La Constitución reformada*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 249.

³⁶ CASSAGNE, Juan C., "Acerca del sentido y alcance de la autonomía universitaria", ED 124-870.

diferencia de las provincias, que en nuestra estructura constitucional son las únicas entidades autónomas, porque se dictan sus propias normas, [...] las universidades nacionales sólo están dotadas de autarquía administrativa, económica y financiera, para adoptar y ejecutar por sí mismas las decisiones que hacen al cumplimiento de sus fines, de conformidad a las normas que les son impuestas [...] y la necesidad de defender la llamada autonomía universitaria, no debe llevar a confundir su verdadero alcance —centrado en los aspectos académicos del funcionamiento de la vida universitaria— con aquel que debe regir el control de legitimidad de los órganos y entes estatales, pertenezcan éstos a la administración central o descentralizada" (caso "Jurio, Mirta L. v. Universidad Nacional de La Plata" de 1993³⁷).

Sin embargo y pese a tan distintas opiniones, consideramos que está fuera de discusión que, sea cual fuere el alcance que se atribuya a la autonomía universitaria, no media impedimento para que el Congreso, en ejercicio de la facultad conferida por el art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional, establezca el alcance de los títulos universitarios. Éstos pueden limitarse al reconocimiento del grado académico o también incluir la aptitud para el ejercicio profesional.

Esta posibilidad es admitida, incluso, por Quiroga Lavié, partidario del criterio más amplio, quien luego de sostener con referencia a las universidades privadas, que "lo que sí puede hacer el Congreso es no permitirles otorgar títulos habilitantes para el ejercicio profesional", reconoce que "ello puede hacerlo también en relación con las universidades nacionales"³⁸.

La Ley de Educación Superior (24.521) del año 1995, al reglamentar dicha norma constitucional, determinó sus alcances estableciendo, en su art. 29:

Las instituciones universitarias tendrán autonomía académica e institucional, que comprende básicamente las siguientes atribuciones:

- a) dictar y reformar sus estatutos, los que serán comunicados al Ministerio de Cultura y Educación a los fines establecidos en el art. 34 de la presente ley;
- b) definir sus órganos de gobierno, establecer sus funciones, decidir su integración y elegir sus autoridades de acuerdo a lo que establezcan los estatutos y lo que prescribe la presente ley;
- c) administrar sus bienes y recursos, conforme a sus estatutos y las leyes que regulan la materia;
- d) crear carreras universitarias de grado y posgrado;

³⁷ Fallos 316-1723.

³⁸ Conf. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Zavalla, Buenos Aires, 1996, p. 428.

- e) formular y desarrollar planes de estudio, de investigación científica y de extensión y servicios a la comunidad, incluyendo la enseñanza de la ética profesional como materia autónoma;
- f) otorgar grados académicos y títulos habilitantes conforme a las condiciones que se establezcan en la presente ley;
- g) impartir enseñanza, con fines de experimentación, de innovación pedagógica o de práctica profesional docente, en los niveles preuniversitarios, debiendo continuar en funcionamiento los establecimientos existentes actualmente que reúnan dichas características;
- h) establecer el régimen de acceso, permanencia y promoción del personal docente y no docente;
- i) designar y remover al personal;
- j) establecer el régimen de admisión, permanencia y promoción de los estudiantes, así como el régimen de equivalencias;
- k) revalidar, sólo como atribución de las universidades nacionales, títulos extranjeros;
- l) fijar el régimen de convivencia;
- m) desarrollar y participar en emprendimientos que favorezcan el avance y aplicación de los conocimientos;
- n) mantener relaciones de carácter educativo, científico-cultural con instituciones del país y del extranjero;
- o) reconocer oficialmente asociaciones de estudiantes, cumplidos que sean los requisitos que establezca la reglamentación, lo que conferirá a tales entidades personería jurídica.

Como se advierte, resulta evidente que la ley reglamentaria ha incluido entre las atribuciones propias de las universidades, en ejercicio de su autonomía, la de conferir la habilitación profesional, además del grado académico. Esta facultad surge, en consecuencia, de la ley y no expresamente de la Constitución.

i) Protección de los pueblos indígenas

Según el nuevo inc. 17 del art. 75, fruto de la reforma constitucional de 1994, le corresponde al Congreso de la Nación:

Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

Estimamos correcto el criterio del constituyente de tratar esta cuestión en una cláusula distinta de la referida a la seguridad de las fronteras (art. 75, inc. 16), como lo había hecho la Constitución antes de la reforma de 1994.

Esta mención de los derechos de los pueblos indígenas que hace el constituyente, introduciendo una discriminación que juzgamos positiva, es muy amplia, pero también de muy difícil implementación práctica, que por lo demás es derivada al Congreso de la Nación.

En el espíritu de la nueva norma constitucional subyace una reivindicación que no por tardía resulta menos valiosa.

Tanto en el constitucionalismo americano como en el derecho público provincial de nuestro país es frecuente la inserción de cláusulas que tutelan con especificidad los derechos de los pueblos indígenas³⁹. Ello es favorable para la libertad.

El primer párrafo del inciso transcrito tiene las características de una verdadera declaración, que no parece operativa, puesto que está condicionada al reconocimiento del Congreso.

El segundo párrafo consagra una serie de derechos singulares de los pueblos indígenas, entre los cuales son mencionados: 1) el respeto de su identidad; 2) la educación bilingüe e intercultural; 3) la personería jurídica de sus comunidades; 4) el arraigo en sus tierras, y 5) la participación en la gestión de sus recursos naturales y otros intereses.

En su última expresión, el inc. 17 del art. 75 señala, con buen criterio, que estas atribuciones otorgadas al Congreso de la Nación pueden ser ejercidas en concurrencia por las provincias. El tema merece que así sea tratado, porque tanto el gobierno federal como las provincias —especialmente aquellas que albergan en su territorio comunidades indígenas— son, del mismo modo, responsables de asegurar sus derechos.

Esta disposición constitucional ha recibido, en la doctrina nacional, el respaldo amplio de Bidart Campos y la crítica aguda de Natale, Segovia y Padilla; en todos los casos, con amplio despliegue de fundamentos⁴⁰.

³⁹ Una interesante reseña de estos antecedentes puede ser consultada en TRAVIESO, Juan A., *Los derechos humanos en la Constitución de la República Argentina*, Eudeba, Buenos Aires, 1996, ps. 153/72.

⁴⁰ Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho constitucional humanitario*, Ediar, Buenos Aires, 1996, ps. 167/78; NATALE, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 93/6; SEGOVIA, Juan F. - SEGOVIA, Gonzalo, "La protección de los indígenas", en PÉREZ GUILHOU, Dardo y o.s., *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 317 y ss., y PADILLA, Miguel M., "Un peligroso precedente", *Diario La Prensa*, 31/7/1994.

Por nuestra parte, creemos que la redacción de la norma no parece reflejar del modo más adecuado las justas aspiraciones que se pretende reivindicar. Se trata de una cláusula de alto contenido programático, aun en lo que atañe al reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, que está condicionada a un acto del Congreso de la Nación.

j) Prosperidad y desarrollo humano

El inc. 18 del art. 75 estatuye que le corresponde al Congreso de la Nación "proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo".

Esta disposición constitucional, que es conocida con el nombre de "cláusula del progreso", "de la prosperidad" o "del bienestar", tiene su origen en la Constitución de 1853 y es de clara inspiración alberdiana. El Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina de Juan B. Alberdi preveía una disposición similar en su art. 67, inc. 3°.

En la cláusula constitucional resalta el valor prominente que nuestro constituyente originario le asignó a la educación, al atribuirle al Congreso de la Nación, como primera misión para el logro de la prosperidad del país, la de dictar "planes de instrucción general y universitaria".

La interpretación de esta norma, de evidente cuño liberal, debe ser hecha en consonancia con el Preámbulo de nuestra Ley Fundamental.

El inc. 19 del art. 75, incorporado por la reforma de 1994, completa en sus dos primeros párrafos los enunciados anteriores, agregando que es, asimismo, atribución del Congreso de la Nación "proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento" (párr. 1°).

Esta disposición, que denota una clara influencia del constitucionalismo social, sin negar ni contradecir los objetivos de la "cláusula del progreso" —a la cual la reforma dejó indemne—, aclara que el progreso económico debe lograrse "con justicia social" y que la productivi-

dad de la economía nacional debe ir acompañada de la generación de empleo y de la formación profesional de los trabajadores. Y también que es tan importante la defensa del valor de la moneda como la investigación y el desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Este enunciado constitucional descarta, con buen criterio, el economicismo.

En su segundo párrafo, esta misma norma constitucional, denominada "del desarrollo humano", establece como atribución del Congreso de la Nación la de "proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones [...]" (1ª parte).

El precepto es digno de encomio y apoyo, pero parece de muy difícil realización y hasta contradictorio con otros contenidos que también incorporó la reforma de 1994.

No nos caben dudas acerca de la necesidad de asegurar los fines que la norma constitucional enuncia. Nuestro país, sin embargo, pese a la solemne declaración federal que proclama su Constitución, muestra uno de los desequilibrios más notorios que se pueda imaginar. La ciudad de Buenos Aires es una de las más importantes megalópolis del mundo y, el conurbano bonaerense que la circunda, uno de los conglomerados humanos más populosos. Ello, en un país de escasa población.

k) Tratados internacionales

La reforma de 1994 introdujo variantes de importancia en la consideración de este tema. Si bien formalmente el art. 31 de la Constitución Nacional no estaba habilitado para su consideración por el constituyente reformador, terminó sufriendo las consecuencias derivadas de modificaciones de otras normas de aquélla.

Ahora, nuestra Constitución reconoce, al menos, seis tipos diferentes de tratados internacionales, a los cuales les otorga un tratamiento distinto. Veámoslos:

1) El art. 75, referido a las atribuciones del Poder Legislativo, dispone en su inc. 22, párr. 1°, que es atribución del Congreso de la Nación "aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes".

La cláusula hace mención de lo que podríamos denominar "tratados ordinarios o comunes", que no se hallan previstos en ninguna de

las otras categorías especiales descritas por el constituyente. Es ésta, en consecuencia, una categoría residual.

La referencia a los tratados con organizaciones internacionales resulta novedosa en la Constitución argentina, que en su texto anterior sólo contemplaba los tratados internacionales con potencias extranjeras. La omisión había sido suplida mediante una interpretación dinámica de la Ley Fundamental.

La mención de los concordatos deriva de la consideración del Acuerdo con la Santa Sede que desde 1966 regula en la República Argentina las relaciones entre el Estado y la Iglesia Católica. La inserción de ese tratado en el derecho interno había tenido lugar por procedimientos que suscitaban dudas acerca de su constitucionalidad, más allá del amplio acuerdo en cuanto a sus contenidos⁴¹. Sus disposiciones han recibido, en virtud de la reforma de 1994, pleno acogimiento.

Estos tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes, como lo afirma esta norma constitucional. Ello consolida un criterio jurisprudencial que hemos analizado al referirnos a las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional (capítulo IV).

2) El segundo párrafo del inc. 22 del art. 75 de la Constitución dispone que “la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

Con esta disposición se ha adoptado el criterio de otorgarles “jerarquía constitucional” expresa a diez convenciones internacionales de derechos humanos (en realidad, ocho tratados y dos declaraciones). La enumeración, pese a ser en principio taxativa, es abierta, porque,

⁴¹ Conf. ZIULU, Adolfo G., “Las relaciones entre el Estado y la Iglesia”, LL 1991-E-1527.

como se expresa al final de ese mismo párrafo, los tratados que incluye pueden ser denunciados por el Congreso con las mayorías calificadas que allí se determina, en cuyo caso dejarán de tener esa categoría constitucional.

La referencia a estas convenciones internacionales ha merecido reparos en la doctrina constitucional. Algunos autores han considerado innecesaria la mención de añejas convenciones, que en general están comprendidas en los acuerdos internacionales más recientes. Otros han objetado la omisión de otros tratados internacionales sobre derechos humanos, como la Convención de Ginebra sobre combatientes, prisioneros y civiles o la Convención de Refugiados⁴².

Los tratados, convenciones y declaraciones sobre derechos humanos que menciona el art. 75, inc. 22, 2º párrafo de nuestra Ley Suprema tienen jerarquía constitucional, conforme a lo dispuesto por esa norma, que también ha establecido condiciones. Ellos —entendemos— ocupan el mismo plano que la Constitución, pero, como la propia cláusula lo determina, son complementarios de ésta y no derogan artículo alguno de la primera parte de ella. Esta jerarquía constitucional se mantendrá mientras no sean denunciados por el Poder Ejecutivo y ratificada la denuncia por los dos tercios de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

3) El tercer párrafo del inc. 22 del art. 75 establece que “los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

Estos tratados, una vez aprobados por el Congreso con las mayorías requeridas, ocupan el mismo grado constitucional que los referidos en el punto anterior. Como consecuencia de ello, después de la reforma de 1994, las convenciones internacionales sobre derechos humanos pueden ser ubicadas, en la República Argentina, en cualquiera de las tres categorías hasta aquí analizadas, según cuenten con jerarquía constitucional expresa, se incorporen a ella por cumplir los requisitos necesarios o conformen la categoría de tratados comunes u ordinarios.

4) El art. 75, en su inc. 24, párr. 1º, le asigna al Congreso competencia para “aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”.

⁴² Conf. TRAVIESO, Juan A., “La reforma constitucional argentina de 1994. Relaciones entre derecho internacional, derecho interno y derechos humanos”, LL 1994-E-1318.

En este apartado sólo nos referiremos a los tratados de integración que cumplan esas exigencias y sean firmados con Estados latinoamericanos. Dispone, al efecto, la misma norma constitucional que “la aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara” (art. 75, inc. 24, 2° párrafo, parte inicial).

Lo que caracteriza a los tratados de esta especie es la delegación de competencias y jurisdicción a organismos internacionales. Esta cualidad hace que el constituyente requiera, para su aprobación legislativa, la mayoría calificada de más de la mitad de los miembros totales de cada una de las Cámaras.

Por lo demás, estas convenciones ocupan la misma categoría constitucional que los tratados ordinarios: están por encima de las leyes, pero debajo de la Constitución.

Se ha dicho con insistencia que la reforma llevada a cabo en 1994 ha tenido, en este aspecto, la finalidad de otorgar respaldo y jerarquía constitucional al Mercosur. Creemos, sin embargo, que ello requiere formular algunas precisiones.

Si la referencia, en tal sentido, es al Tratado de Asunción –piedra basal del Mercosur–, estimamos que deberíamos ser más cautos en la conclusión.

Este tratado fue suscripto por la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay el 26 de marzo de 1991, y no reúne, a nuestro criterio, una condición básica exigida por la nueva norma constitucional para ubicarlo entre los tratados de integración con países latinoamericanos, por cuanto en él no se delega “competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales”. Sólo han sido creados órganos intergubernamentales, pero no comunitarios⁴³.

Es más: en sentido estricto, tampoco podría estar comprendido en dicha cláusula, porque su fecha de celebración es anterior a la de creación de la norma constitucional y ésta no podía prever una exigencia (p. ej., mayoría legislativa agravada) que se aplicara retroactivamente respecto de convenciones que recibieron aprobación del Congreso Na-

⁴³ En coincidencia con esta apreciación, manifiesta Ruiz Díaz Labrano: “No nos encontramos, por tanto, técnicamente, ante una entidad supranacional porque el Mercosur no está dotado de organismos supranacionales, las decisiones no se adoptan por mayoría simple o calificada, sino por consenso, y los órganos tienen claras limitaciones” (RUÍZ DÍAZ LABRANO, Roberto, *Mercosur: balance y perspectivas*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, p. 21).

El mismo autor agrega que el Protocolo de Ouro Preto del 17 de diciembre de 1994, parece haber ratificado este mismo criterio, al establecer en el art. 2° que “son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur”.

cional antes de la citada enmienda constitucional⁴⁴. Y si ése hubiese sido el criterio del constituyente reformador, habría bastado una cláusula transitoria o complementaria que así lo dispusiera.

La finalidad de la norma constitucional nos parece clara al propiciar un fuerte impulso del proceso de integración, que compartimos; la redacción de la cláusula, empero, es imprecisa y genera dudas que afectan la seguridad jurídica y que hubiese sido preferible obviar. Se plantea, en consecuencia, un conflicto entre la interpretación axiológica y la dinámica, por una parte, y la literal, por la otra, que resolveríamos en favor de las primeras.

5) Los tratados de integración con países no latinoamericanos que deleguen competencias y jurisdicción en organizaciones supraestatales requieren, para su aprobación, un procedimiento especial, diferente de los anteriores. Establece el inc. 24 del art. 75, en su segundo párrafo, última parte, que “en el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo”.

En estos casos, cambia el procedimiento de aprobación, que deviene más agravado, pues requiere dos votaciones sucesivas. La jerarquía constitucional, empero, es idéntica a la de los anteriores.

Tanto los tratados referidos en el punto anterior como los analizados en éste pueden ser objeto de denuncia por el mismo procedimiento legislativo. Así lo estatuye el último párrafo del inc. 24 del art. 75, según el cual “la denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

Otra cuestión interesante para dilucidar es la relativa a la jerarquía constitucional que ocupa la legislación secundaria, derivada de los tratados de integración aprobados por el Congreso de la Nación⁴⁵.

El tema es de indudable interés, sobre todo a la luz de los progresos registrados en los últimos años en el ámbito del Mercosur. Si bien este procedimiento integrador no tiene un órgano legislativo propio –al estilo del Parlamento Europeo–, creemos que la existencia de un

⁴⁴ La disposición transitoria decimosexta de la reforma constitucional de 1994 determina: “Esta reforma entra en vigencia al día siguiente de su publicación” (1ª parte).

⁴⁵ En el derecho comunitario cabe distinguir “dos categorías básicas: a) el derecho originario o primario, formado por los tratados constitutivos y aquellos otros que los han modificado o completado, y b) el derecho derivado o secundario, constituido por los actos normativos emanados de las instituciones comunitarias” (LÓPEZ LECUBE, Alejandro F., *Manual de derecho comunitario*, Ábaco, Buenos Aires, 1996, p. 181).

derecho derivado o secundario no puede ser desconocida. El Tratado de Asunción de 1991 faculta a los órganos intergubernamentales para adoptar “decisiones”.

En este aspecto, la previsión contenida en el inc. 24 del art. 75 (párr. 1º, *in fine*), al determinar que “las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”, debe ser entendida en el sentido de que otorga plena legitimidad a esas disposiciones, en la medida en que sea posible su autosuficiencia u operatividad y se supere favorablemente el conflicto de interpretación –antes referido– que generan las fuentes primarias⁴⁶. Sin embargo, estarán siempre sujetas al juicio de compatibilización con nuestra Constitución, teniendo en cuenta que sólo se ubican, en el orden institucional, por sobre las leyes, pero no por encima de aquélla.

La cláusula constitucional también exige que los “tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales” cumplan dos condiciones: a) reciprocidad e igualdad y b) respetar el orden democrático y los derechos humanos.

6) En la última categoría ubicamos a los convenios internacionales que celebran las provincias en virtud de la autorización del art. 124 de la Constitución, el cual dispone que “las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto” (párr. 1º).

Entendemos que ellos están subordinados a la Constitución y a las leyes federales y que ocupan, por tanto, un grado jerárquico inferior a éstas.

La exigencia del “conocimiento del Congreso de la Nación” tiene directa vinculación con el anterior requisito de verificar que las convenciones internacionales que haya suscripto la provincia “no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al gobierno federal o el crédito público de la Nación”⁴⁷.

⁴⁶ A la misma conclusión llegan, entre otros, Cassagne y López Lecube (conf. CASSAGNE, Juan C., “El Mercosur y las relaciones con el derecho interno”, LL 1995-C-875; LÓPEZ LECUBE, Alejandro F., *Manual...*, cit., p. 274).

⁴⁷ Es éste también el criterio de interpretación que siguen ZARINI, Helio J., *Constitución argentina...*, cit., ps. 462/3, y QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Estudio analítico de la reforma constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 69.

Esta última categoría es abierta, porque la ciudad de Buenos Aires, en esta materia, “tendrá el régimen que se establezca a tal efecto” (art. 124, 1ª parte, *in fine*). Ello, dentro de los límites establecidos por la Constitución Nacional⁴⁸.

l) Fronteras y población

El Congreso de la Nación tiene la facultad de “proveer a la seguridad de las fronteras” (inc. 16 del art. 75).

El texto de este inciso proviene de la reforma constitucional de 1994, aunque la Constitución anterior también lo contemplaba en una cláusula más amplia, que establecía como facultad del órgano legislativo la de “proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”.

Constituía una verdadera rémora jurídica relacionar la seguridad de las fronteras y el trato con los pueblos indígenas, dado que son cuestiones que tienen que estar convenientemente desvinculadas y diferenciadas, como lo ha hecho con acierto la reforma constitucional.

Por lo demás, carecía de sentido mantener la referencia al “trato pacífico con los indios”, cuando el mantenimiento de la paz interior –conforme surge del Preámbulo constitucional– es un imperativo que concierne a todos los habitantes por igual, sin distinción de razas, credos ni nacionalidades.

Del mismo modo, la referencia constitucional a “promover la conversión de ellos al catolicismo” resultaba incompatible con el reconocimiento de elementales derechos humanos, que tienen su razón de ser en la naturaleza misma del hombre.

m) Límites y territorios nacionales

Las facultades del Congreso con relación a este tema, contenidas en el inc. 15 del art. 75, fueron objeto de análisis al tratar la problemática de los límites del Estado y de las provincias. Los territorios nacionales han sido estudiados en el capítulo VI.

⁴⁸ La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada en 1996, dispone, a ese respecto, que el jefe de gobierno “concluye y firma los tratados, convenios y acuerdos internacionales e interjurisdiccionales. También puede celebrar convenios con entes públicos nacionales, provinciales, municipales y extranjeros y con organismos internacionales, y acuerdos para formar regiones con las provincias y municipios, en especial con la provincia de Buenos Aires y sus municipios respecto del área metropolitana, en todos los casos con aprobación de la Legislatura. Fomenta la instalación de sedes y delegaciones de organismos del Mercosur e internacionales en la Ciudad” (art. 104, inc. 3º).

n) Subsidios a las provincias

El art. 75, inc. 9º, le concede al Congreso de la Nación la facultad de “acordar subsidios del Tesoro nacional a las provincias, cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios”.

La palabra “subsidio” implica ayuda, auxilio o socorro. La atribución del Congreso, en este aspecto, ha sido concebida con carácter extraordinario o para ayudar a las provincias que por contingencias excepcionales no puedan hacer frente a sus gastos.

En la práctica, empero, estos subsidios han adquirido habitualidad y son distribuidos con discrecionalidad por el Congreso de la Nación, buscando la subordinación política de las provincias al poder central, más que satisfacer una ayuda prioritaria en casos graves y de verdadera emergencia.

Tanto los subsidios como el régimen de coparticipación impositiva han terminado por comprometer la autonomía de las provincias y, con ello, por distorsionar el sistema federal de gobierno. Urge, creemos, un replanteo de esta relación entre el Estado federal y las provincias, la cual —como sostiene Frías— debe estar fundada en los principios de subsidiariedad y de solidaridad⁴⁹.

En ese nuevo y superador esquema, los subsidios deben volver a ser lo que se pretendió que fueran: una ayuda extraordinaria en casos de catástrofes o calamidades que superen las previsiones que las autoridades provinciales debieron razonablemente hacer. Para ello será estrictamente necesario, también, que las provincias reciban los recursos genuinos que la Constitución les ha asignado.

ñ) Pago de la deuda interior y exterior

El inc. 7º del art. 75 le asigna al Congreso la atribución de “arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación”.

El término “arreglar” ha sido utilizado por el constituyente en el sentido de “concertar”. Así lo emplea, además, la Constitución en los incs. 14 y 15 del mismo art. 75.

La deuda será interior o exterior según que haya sido contraída con acreedores del país o con Estados u organizaciones extranjeras o internacionales.

No es el Congreso, empero, el órgano que tiene a su cargo la formulación de tales convenios, sino que esas negociaciones son realizadas por el Poder Ejecutivo, generalmente, por medio del Ministerio

⁴⁹ Conf. FRÍAS, Pedro J., “La coparticipación tan temida”, *Diario La Nación*, 26/6/1994.

de Economía. La Ley de Ministerios ha delegado en este último órgano relevantes funciones en tal aspecto.

En esas circunstancias, la tarea que se reserva el Congreso de la Nación es la de fiscalizar dichos acuerdos, cuyas erogaciones forman parte del presupuesto general de la Nación, que el Congreso debe aprobar anualmente.

o) Emergencias institucionales

Le incumbe al Congreso Nacional “declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo” (art. 75, inc. 29).

Si el estado de sitio es establecido invocando la causal de ataque exterior, la declaración la efectúa el presidente de la República, con acuerdo del Senado (arts. 61 y 99, inc. 16).

La reforma constitucional de 1994 incorporó en la Constitución Nacional el inc. 31 del art. 75, atribuyendo al Congreso de la Nación la facultad de “disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires. Aprobar o revocar la intervención federal decretada, durante su receso, por el Poder Ejecutivo”.

En consonancia con esa norma constitucional, el inc. 20 del art. 99, también introducido por la reforma de 1994, dispone que el presidente de la Nación “decreta la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso, y debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento”.

Ambas disposiciones configuran un plexo constitucional armónico que afirma las facultades del órgano legislativo en una cuestión que ha sido, en nuestro país, objeto de abuso por el Poder Ejecutivo, a cuyo cargo estuvo la declaración de la mayoría de las intervenciones federales.

Cabe recordar que la Constitución originaria adolecía de una definición clara acerca del órgano que podía ordenar la intervención. Las innovaciones introducidas en este aspecto por la última revisión constitucional, por tanto, han resuelto satisfactoriamente esta problemática.

p) Legislación exclusiva sobre la Capital. Establecimientos de utilidad nacional

Estas atribuciones se hallan contenidas en el inc. 30 del art. 75, que fue objeto de análisis al tratar el régimen institucional de la Capi-

tal y las zonas de jurisdicción federal, en el capítulo VI de esta obra, a donde remitimos.

q) Renuncia del presidente y del vicepresidente

Si bien la renuncia del presidente o del vicepresidente implica un acto personal de dichos funcionarios, la Constitución, con buen criterio, reservó al Congreso de la Nación, en ejercicio de su función de control y como órgano más representativo de la voluntad popular, la facultad de pronunciarse acerca de la aceptación o el rechazo de ella (art. 75, inc. 21).

La renuncia, para ser efectiva, se convierte así, en un acto complejo, constituido por la dimisión del presidente o el vicepresidente más la aceptación del Congreso.

Si bien la cláusula constitucional no establece en forma expresa el procedimiento a seguir en estos casos, tanto la doctrina especializada como la práctica parlamentaria se inclinan por sostener la procedencia de una Asamblea Legislativa.

En armonía con la disposición sobre la acefalía presidencial, contenida en el art. 88 de la Constitución, el inc. 21 del art. 75 expresa, en su parte final, que también es atribución del Congreso, si correspondiere, “declarar el caso de proceder a nueva elección”.

VI. OTRAS ATRIBUCIONES LEGISLATIVAS

El inc. 20 del art. 75 de la Constitución le otorga al Congreso facultades para “establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia; crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones, dar pensiones, decretar honores, y conceder amnistías generales”.

El constituyente ha agrupado en esta cláusula una serie de atribuciones de índole diversa, que merecen, por tanto, una consideración diferenciada.

a) Creación de tribunales inferiores

La creación de tribunales federales inferiores representa una atribución relevante que tiene el Congreso con relación a la organización del Poder Judicial. La Constitución sólo ha creado un tribunal de justicia –la Corte Suprema– subordinando la existencia de los demás a una decisión del Poder Legislativo. Así lo dispone, además, el art. 108 de nuestra Ley Fundamental.

Respecto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Congreso tiene la facultad de establecer su composición, determinando por ley el número de sus integrantes.

b) Empleos

La atribución de crear y suprimir empleos ha de ser entendida en armonía con la facultad que tiene el presidente de la República de nombrar y remover “a los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por esta Constitución” (art. 99, inc. 7°). Es al órgano legislativo al que le incumbe, en consecuencia, crear o suprimir los cargos o empleos y al presidente de la Nación, designar a los empleados.

La reforma constitucional de 1994 estableció también, como atribución del jefe de Gabinete de Ministros, la de “efectuar los nombramientos de los empleados de la Administración, excepto los que corresponden al presidente” (art. 100, inc. 3°).

c) Pensiones

Estos beneficios, mencionados en el inc. 20 del art. 75, son aquellos derivados de actos gratificables y de reconocimiento por actos prestados a la República.

Las pensiones ordinarias, cuyo régimen legal también le corresponde al Congreso establecer, son concedidas por el Poder Ejecutivo conforme a esas normas dictadas por el Poder Legislativo (art. 99, inc. 6°).

d) Honores

El honor, que es un bien suficientemente tutelado por nuestra Constitución y por las leyes y tratados internacionales, pertenece a cada uno de los habitantes. No puede ser patrimonio de ciertas personas o instituciones por el hecho de que integren o no órganos del Estado; tampoco –creemos– corresponde a éste otorgarlo.

La función pública no atribuye ningún otro honor que aquel que reconozca el pueblo por la integridad y rectitud de la conducta de sus funcionarios.

Adecuar el uso del lenguaje a los principios que sustentan nuestra forma de gobierno contribuye a generar, tiempo mediante, un comportamiento social que priorice el protagonismo del ciudadano. Ni el funcionario público ni las instituciones tienen un honor diferente del

de cada una de las personas. Será el buen desempeño de éstas y no el mero hecho de integrar órganos estatales o de conferir distinciones, lo que las hará dignas del respeto y la consideración del pueblo. Por ello, creemos conveniente que se elimine del texto constitucional esta facultad y se inserte una cláusula prohibitiva.

Cabe acotar que la supresión de los tratamientos honoríficos tiene vigencia en la mayoría de los Estados republicanos. En algunos de ellos, como consecuencia de una normativa constitucional o infraconstitucional y en otros, porque es resultado de un comportamiento republicano profundamente arraigado.

La Constitución de la República Oriental del Uruguay prevé, en su art. 9° que "ninguna autoridad de la República podrá conceder título alguno de nobleza, ni honores o distinciones hereditarias". Ello es consecuencia de un claro principio republicano, sentado en el art. 8° de su Ley Fundamental:

Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes.

También en el derecho público provincial se advierte una importante tendencia en el mismo sentido.

e) Amnistías

El vocablo "amnistía" significa "olvido". Se lo aplica, en el ámbito jurídico, para hacer referencia a la atribución que tiene el órgano legislativo para extinguir, con efectos genéricos, la acción y la pena en ciertas circunstancias y con el fin de salvaguardar la paz social⁵⁰.

De Vedia define a la amnistía como "el acto político por excelencia, a favor del cual se busca la reconciliación y la armonía de la familia nacional. Es el consejo supremo de la sabiduría y la experiencia humana, ante la convicción de la esterilidad y la impotencia de la fuerza para apaciguar los espíritus, cicatrizar las heridas, adormecer los odios"⁵¹.

El carácter eminentemente político de la amnistía ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (caso "Alcari, Leopoldo Darío s/calumnias e injurias" de 1959⁵²).

Los efectos que produce la amnistía son amplios, pues comprenden la extinción de la acción penal y, eventualmente, de la pena; por

⁵⁰ Un tratamiento pormenorizado de las amnistías en nuestro país puede verse en VITOLO, Alfredo, *Amnistías políticas argentinas*, Desmemoria, Buenos Aires, 1999.

⁵¹ DE VEDIA, Agustín, *Constitución...*, cit., p. 318.

⁵² Fallos 245:455.

tanto, benefician a los procesados, condenados y aun a quienes, hallándose en situación de ser perseguidos por los delitos que fueron objeto de olvido, no han sido sometidos a proceso judicial. No hace desaparecer, sin embargo, la figura delictiva, que como tal continúa vigente y es aplicable a los hechos posteriores a la amnistía.

Sin perjuicio de lo anterior, entendemos que esa facultad no es absoluta ni puede ser ejercida en forma indiscriminada en beneficio de aquellas personas que se hallen investigadas o condenadas por delitos de lesa humanidad, en los cuales su gravedad impide la aplicación del presente instituto. Éste fue el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el precedente "Barrios Altos", en contra del Estado de Perú⁵³.

VII. LAS FACULTADES PRIVATIVAS DE CADA CÁMARA

Si bien en los sistemas de organización legislativa bicameral rige, en general, el principio de que ambas Cámaras están en paridad de condiciones, en la realidad hay diferencias. Éstas, empero, no son reconocidas en la Constitución formal, que se cuida de mantener el equilibrio entre los dos órganos. Así, dispone que "ambas Cámaras empiezan y concluyen sus sesiones simultáneamente. Ninguna de ellas, mientras se hallen reunidas, podrá suspender sus sesiones más de tres días, sin el consentimiento de la otra" (art. 65).

El mismo criterio se manifiesta en el proceso de formación y sanción de las leyes, en el cual, en general, cualquiera de los dos órganos puede cumplir, según las circunstancias y salvo casos especiales, la función de Cámara de origen o de Cámara revisora.

Por excepción, las Cámaras pueden asumir una función que le está vedada a la otra. En estos casos, la doctrina entiende que nos hallamos ante facultades privativas de cada Cámara.

a) Las facultades privativas del Senado

En el texto constitucional podemos observar que el Senado de la Nación tiene las siguientes facultades privativas:

1) juzga en juicio público a los funcionarios acusados por la Cámara de Diputados (arts. 59 y 60);

2) autoriza al presidente de la Nación para que declare en estado de sitio uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior (arts. 61 y 99, inc. 16);

⁵³ LL 2001-D-557.

3) es Cámara de origen de la ley-convenio sobre coparticipación (art. 75, inc. 2°);

4) es Cámara de origen en las leyes en que el Congreso ejerce la facultad de "proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones" (art. 75, inc. 19, 2° párrafo);

5) presta el acuerdo para el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en sesión pública convocada al efecto y por mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes (art. 99, inc. 4°);

6) presta el acuerdo para la designación de los demás jueces federales, en sesión pública, en la cual tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos (art. 99, inc. 4°);

7) presta el acuerdo para un nuevo nombramiento de los jueces federales que hayan cumplido 75 años, a requerimiento del Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 4°);

8) presta el acuerdo para el nombramiento y la remoción de embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios, a propuesta del Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 7°);

9) presta acuerdo al Poder Ejecutivo en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las fuerzas armadas (art. 99, inc. 13).

b) Las facultades privativas de la Cámara de Diputados

La Constitución Nacional le reconoce a la Cámara de Diputados las siguientes atribuciones privativas:

1) es Cámara iniciadora en los proyectos de iniciativa popular (art. 39);

2) ejerce la iniciativa para someter a consulta popular un proyecto de ley (art. 40);

3) tiene la iniciativa exclusiva (es Cámara de origen) en las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas (art. 52);

4) ejerce el derecho de acusación ante el Senado en el juicio político (art. 53).

VIII. LOS PODERES IMPLÍCITOS

Con la expresión "poderes implícitos" se hace referencia a aquellas facultades que pese a no ser expresadas, están incluidas en otras análogas o más generales.

El art. 75, inc. 32 de la Constitución Nacional le confiere poderes implícitos al Congreso de la Nación, al establecer que le corresponde "hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al gobierno de la Nación Argentina".

Esta cláusula tiene origen en la expresión final del art. I, sección 8, de la Constitución de los Estados Unidos, respecto de la cual presenta, no obstante, algunas diferencias. Dispone el texto norteamericano que el Congreso tendrá facultad "para dictar todas las leyes adecuadas y convenientes para la observancia de todas las facultades que preceden, y todas las demás que esta Constitución delegue en el gobierno de los Estados Unidos o en cualquiera de sus dependencias o funcionarios".

Como se podrá advertir, el inc. 32 del art. 75 de nuestra Ley Suprema muestra dos diferencias de importancia con relación al texto norteamericano. La primera de ellas es la sola mención de las leyes y reglamentos que sean "convenientes"; la Constitución de los Estados Unidos requiere, en cambio, que sean "adecuadas y convenientes".

La otra diferencia relevante está configurada por los límites que tienen estos poderes implícitos del Congreso en cuanto a las competencias delegadas o reservadas, en su caso, por los Estados.

El texto norteamericano es más categórico en lo que atañe al resguardo del federalismo, al establecer que los poderes implícitos sólo pueden referirse a las facultades delegadas por los Estados.

Señala Cooley, comentando aquel texto constitucional, que esa disposición tiene plena justificación en la regla según la cual la concesión de lo principal incluye lo que incidentalmente resulta necesario y conveniente, y sin lo cual esa concesión se tornaría ineficaz⁵⁴.

Pese a las diferencias de redacción con el texto norteamericano, creemos que las facultades implícitas del Congreso de la Nación tienen, en nuestro país, dos límites infranqueables, representados por los poderes no delegados por las provincias y, además, por las atribuciones conferidas a los restantes poderes del Estado federal. En la medida en que su ejercicio altere esa distribución de competencias, se convierte en inconstitucional.

Cabe acotar que el Poder Legislativo es el único de los poderes del Estado al cual la Constitución Nacional le reconoce expresamente poderes implícitos. La doctrina y la jurisprudencia, en su caso, han admitido la existencia de atribuciones implícitas en el Poder Ejecutivo y en el Poder Judicial, aunque ellas no aparecen consagradas explícitamente en la Constitución.

⁵⁴ COOLEY, Thomas M., *Principios generales de derecho constitucional*, trad. de Julio Carri, 2ª ed., Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1898, p. 89.

IX. LA DELEGACIÓN DE FACULTADES LEGISLATIVAS

Este tema fue objeto de consideración y análisis al tratar los reglamentos delegados (capítulo XX). Remitimos allí para su estudio.

CAPÍTULO XXIII

EL PROCEDIMIENTO DE FORMACIÓN Y SANCIÓN DE LAS LEYES

I. LA LEY Y LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

La función de hacer las leyes es la más genuina de las misiones de todo órgano legislativo. Ella se vincula con la decisión política, como función del Estado y es la que nutre de esencia y fundamento a la existencia misma del Poder Legislativo. No es la única función de este poder, pero sí la principal.

En el Estado, el Poder Legislativo no es el único órgano con capacidad para producir disposiciones normativas, éstas también pueden emanar de los otros poderes, como sucede con los decretos reglamentarios dictados por el Poder Ejecutivo o con las acordadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que también tienen, por lo general, sustancia legislativa.

Tampoco puede atribuírsele al Poder Legislativo una función excluyente en cuanto a la creación de las leyes que este órgano produce, porque el proceso de formación y sanción de éstas es una actividad que comparte, dentro de los límites que le impone la Constitución, con el Poder Ejecutivo. Cabe acotar, en este aspecto, que de las cuatro etapas reconocidas en ese procedimiento, el Poder Legislativo sólo interviene con exclusividad en una de ellas. En consecuencia, la ley aparece como un acto complejo que requiere la colaboración entre los poderes políticos del Estado.

II. LAS LEYES FORMALES Y LAS LEYES MATERIALES

La clasificación de las leyes en materiales y formales ha sido admitida desde hace tiempo por la doctrina jurídica.

Las leyes, en sentido material, son aquellas normas jurídicas emanadas de la autoridad pública competente que tienen alcance general (ejemplos: la Constitución, las leyes, los decretos del Poder Ejecutivo, las ordenanzas, los edictos de policía, etc.).

Las leyes, en sentido formal, constituyen una categoría restringida, en el ámbito federal, a las normas jurídicas en cuya elaboración se ha seguido el trámite indicado en la Constitución Nacional para el proceso de formación y sanción de las leyes (arts. 77 a 84).

Estas leyes reciben un número correlativo que las identifica como tales y pueden ser o no, al mismo tiempo, leyes materiales. Por excepción, hay leyes formales que sólo tienden a regular cuestiones que por su índole particular no afectan a la generalidad (concesión de una pensión, otorgamiento de premios, honores, etc.)¹.

Pensamos que esta distinción sólo tiene el mérito de mostrar y resaltar la diferencia entre aquellas normas sancionadas por el Poder Legislativo, mediante la deliberación pública y las demás disposiciones jurídicas. La diferenciación pierde, sin embargo, importancia cuando intenta demostrar que hay leyes formales sin contenido material. Aun en aquellos casos en que la ley procura solucionar una situación individual, lo es porque está en consideración el interés general de la comunidad.

Se sostiene, también, que la discusión pública de las normas jurídicas, a las cuales la comunidad va a quedar sujeta, las dota de una legitimidad que no tienen, en principio, otras (como los reglamentos del Poder Ejecutivo) que no requieren esa instancia. La conclusión es válida desde la perspectiva política sustancial, pero siempre que se recuerde que cada poder del Estado debe ejercer sus atribuciones en el marco establecido por la Constitución.

III. EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO Y SUS DIVERSAS ETAPAS

El procedimiento de elaboración de una ley es un acto complejo que requiere la actuación armónica de dos poderes del Estado (el Poder Legislativo, por medio de ambas Cámaras y el Poder Ejecutivo) y el cumplimiento de diversas acciones que se hallan previstas en la Constitución Nacional.

Distinguimos en él las siguientes etapas: a) iniciativa; b) deliberativa o de sanción; c) promulgación (o veto), y d) publicación. La segunda etapa es denominada también "constitutiva". Algunos autores

¹ Se ha sostenido, incluso, que el presupuesto general de la Nación sería una ley formal, criterio que no compartimos. Nos hemos referido a esta cuestión en el capítulo IX.

prefieren subsumir las dos últimas en una única y tercera etapa, que denominan "de eficacia".

Cabe acotar que el Congreso de la Nación sólo tiene intervención exclusiva en la instancia deliberativa.

IV. LA INICIATIVA

El primer paso en la creación de una ley es la elaboración de un proyecto que debe ser presentado ante las Cámaras legislativas.

Al respecto, el art. 77 de la Constitución Nacional dispone:

Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, por proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo, salvo las excepciones que establece esta Constitución.

Ello significa que pueden presentar proyectos de ley en el Congreso de la Nación los diputados y los senadores nacionales, y también el presidente de la República.

El reconocimiento de la facultad del Poder Ejecutivo de elevar proyectos de ley al Congreso no estaba contemplado en la Constitución de los Estados Unidos. El fundamento de su inclusión en nuestra Ley Fundamental reside en la intención de los constituyentes de fortalecer las atribuciones de ese órgano.

Refiriéndose a las prácticas parlamentarias de los Estados Unidos sobre el particular, comenta Bidegain: "La Constitución norteamericana no dispone, como la argentina, que el presidente puede presentar proyectos de ley al Congreso. Tiene el derecho de recomendar las medidas que juzgue necesarias y adecuadas, y puede creerse que nada le impide dar a sus recomendaciones la forma de proyectos; pero en defecto de una cláusula terminante como la que tiene la Constitución argentina, el Congreso ha negado al presidente el derecho de presentar proyectos de ley y ha juzgado que esa pretensión es lesiva a su independencia [...]. Acaso con buen tino, el presidente prefiere no herir la susceptibilidad del Capitolio y, por lo menos públicamente, se limita a enviar mensajes, y no proyectos. Pero esto no impide que por otros conductos lleguen al Congreso proyectos originados en la Casa Blanca y que son presentados por algún legislador, ordinariamente por los presidentes de las comisiones competentes en la materia"².

La expresión contenida en el art. 77, atinente a "las excepciones que establece esta Constitución", fue incluida por la reforma consti-

² BIDEGAIN, Carlos M., *El Congreso de los Estados Unidos de América*, Depalma, Buenos Aires, 1950, ps. 425/6.

tucional de 1994 y estuvo motivada en el reconocimiento del derecho de iniciativa popular.

El art. 39 de la Constitución Nacional establece que “los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses.

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deber contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa.

En ejercicio de esta facultad, el Congreso de la Nación sancionó el 27 de noviembre de 1996 la ley 24.747, conforme a la cual “la iniciativa popular requerirá la firma de un número de ciudadanos no inferior al uno y medio por ciento del padrón electoral utilizado para la última elección de diputados nacionales y deberá representar por lo menos a seis distritos electorales” (art. 4°).

Con respecto a la distribución electoral, la ley dispone:

Quando la materia de la iniciativa sea de alcance regional, el requisito porcentual se cumplirá considerando únicamente el padrón electoral de las provincias que componen dicha región sin tener en cuenta la cantidad de distritos que prevé el primer párrafo [art. 3°].

La misma cláusula constitucional del art. 39 establece que “no serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal”.

Los proyectos de ley pueden ser indistintamente presentados en cualquiera de las dos Cámaras del Congreso, salvo que se refieran a materias en que una de las Cámaras ejerza en forma exclusiva la iniciativa.

Están comprendidos en esta excepción los casos de iniciativa popular (art. 39), de leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas (art. 52) y de las que promuevan la consulta popular (art. 40), que deben tener inicio en la Cámara de Diputados.

En cambio, las leyes que procuren “proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones”, deberán ser iniciadas en el Senado (art. 75, inc. 19, 2° párrafo) y también las leyes-convenio sobre coparticipación federal de impuestos (art. 75, inc. 2°, 4° párrafo).

V. LA ETAPA DELIBERATIVA

a) Noción general

Es la etapa en que se estudia el proyecto en las Cámaras y se procede a su tratamiento y eventual aprobación.

El estudio de las iniciativas es realizado, por lo general, en las comisiones asesoras permanentes, que terminan produciendo un dictamen mediante el cual aconsejan al plenario de la Cámara respectiva aprobar o rechazar el proyecto, sugiriendo, en su caso, las modificaciones que consideren necesarias.

Quando una Cámara presta acuerdo a un proyecto de ley, que debe pasar para su tratamiento a la otra Cámara, se dice que ella ha “aprobado” la iniciativa o le ha otorgado “media sanción”. En cambio, si la aprobación importa la finalización del trámite parlamentario y la consecuente remisión del proyecto al Poder Ejecutivo, se expresa, por lo general, que la ley ha sido “sancionada” por el Congreso³.

En el sistema de organización legislativa bicameral, la Cámara que comienza el tratamiento del proyecto es denominada “Cámara de origen” y la que lo trata en segundo término, “Cámara revisora”. Ambas pueden actuar indistintamente en uno u otro carácter, salvo los casos ya citados de iniciativa exclusiva de alguna de ellas.

b) Trámite simple

En la etapa deliberativa se pueden presentar distintas alternativas. Una de ellas –la más simple– es la descrita por el art. 78 de la Constitución Nacional, que establece:

Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley.

Para la aprobación y eventual sanción de un proyecto se requiere que las Cámaras tengan quórum constitucional y que se verifique la mayoría de votos requerida por la Constitución. Recordamos que para el funcionamiento de aquéllas es indispensable, salvo especificación en contrario, un quórum mínimo de más de la mitad de sus miembros totales –la mitad más uno, según los reglamentos de las Cámaras– y una

³ Estas expresiones, si bien en la práctica parlamentaria son utilizadas en el sentido indicado, tienen en el texto constitucional una significación más ambigua. Así, el art. 84 se refiere a que ambas Cámaras “decretan o sancionan con fuerza ley”; el art. 83, en cambio, parece dar a entender que la sanción es el acto de aprobación de cada una de las Cámaras.

mayoría de votos igual, pero, en este caso, de los miembros presentes (remitimos para su ampliación al capítulo XXI). En un punto siguiente hacemos mención de los casos de las mayorías calificadas o especiales.

c) Trámite complejo

Este procedimiento tiene que ser utilizado en aquellos casos en que la Cámara revisora, luego de estudiar el proyecto previamente aprobado por la Cámara de origen, decide efectuarle correcciones que pueden implicar, agregados, quitas o modificaciones respecto del texto anterior. Media, en estos casos, una actitud positiva de la Cámara revisora hacia la iniciativa, con la cual se está de acuerdo en general pero se pretende mejorarla introduciéndole alguna variante.

Dispone, al respecto, el art. 81:

Si el proyecto fuere objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indicarse el resultado de la votación a fin de establecer si tales adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes.

Para que la Cámara revisora pueda modificar el proyecto aprobado por la Cámara de origen deberá hacerlo por mayoría absoluta de los presentes o por el voto de las dos terceras partes de los presentes, lo cual tendrá que ser indicado expresamente.

El texto constitucional transcrito ha sido producto de la reforma de 1994 que en este aspecto procuró abreviar el procedimiento de formación y sanción de las leyes: antes de la citada revisión, éste podía tener, en la instancia deliberativa, hasta cinco intervenciones de las Cámaras previamente a su sanción. La finalidad, sin embargo, no nos parece alcanzable por medio de esta enmienda⁴.

La modificación genera, además, dudas importantes que pueden afectar la seguridad jurídica. Nada dispone, por ejemplo, acerca del criterio a aplicar cuando se trata de proyectos de ley para los cuales la propia Constitución requiere mayorías calificadas y que son, tal vez, los más relevantes. Si nos atenemos a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que no admite, como regla general, la judicabilidad de las causas en que se discuta el procedimiento legislativo, le corresponder al propio Congreso dirimir cada caso, lo cual,

⁴ Explica Natale que "la reforma no tendrá la importancia que teóricamente podría asignarsele en la prontitud con que se sancionen las leyes, en razón de que la vertiginosidad del trámite parlamentario depende de la voluntad política que exista, y no de los pasos previstos por la Constitución. Desde 1983 hasta el presente [1995], sólo una ley tuvo que transitar cinco veces por los dos recintos del Congreso" (NATALE, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 83).

a nuestro juicio, no siempre es lo más conveniente (causa "Petrus SA de Minas v. Gobierno nacional s/devolución de impuestos" de 1948⁵).

Tras la aprobación del proyecto, con modificaciones, por la Cámara revisora —por mayoría absoluta o por dos tercios de los presentes— pasa a la Cámara de origen, que tendrá que pronunciarse nuevamente.

El art. 81 establece que en esos casos "la Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria, a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes. En este último caso, el proyecto pasar al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, salvo que la Cámara de origen insista en su redacción originaria con el voto de las dos terceras partes de los presentes".

Cuando la Cámara de origen trate un proyecto adicionado o corregido por la Cámara revisora sólo tendrá dos opciones: insistir en su propia iniciativa o aceptar las modificaciones propuestas por la otra Cámara. Así lo dispone la Constitución en el art. 81, al expresar:

La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora.

La Cámara de origen tampoco podrá, en esta instancia, votar por el rechazo del proyecto. Ello es prohibido por el mismo art. 81, que estatuye que "ninguna de las Cámaras puede desechar totalmente un proyecto que hubiera tenido origen en ella y luego hubiese sido adicionado o enmendado por la Cámara revisora".

VI. LA PROMULGACIÓN

a) Concepto

Una vez que el Congreso de la Nación ha sancionado un proyecto de ley, éste pasa al Poder Ejecutivo "para su examen", conforme lo expresa el art. 78. Ello implica que la intervención del presidente de la República, en esta etapa del trámite de la ley, es sustancial y no meramente formal. Debe estudiar el proyecto sancionado por el Congreso y pronunciarse sobre el particular.

El Poder Ejecutivo tiene, en esta instancia, dos alternativas: aprobarlo o rechazarlo; no puede, en principio, introducirle modificacio-

⁵ Fallos 210:855.

nes. Al primer acto se lo denomina "promulgación"; al segundo, "veto".

b) Promulgación expresa y promulgación tácita

La promulgación puede ser expresa o tácita. El primer caso tiene lugar cuando el presidente, dentro del plazo de "diez días útiles", previsto en el art. 80 de la Constitución, dicta un decreto aprobando la ley y ordenando su publicación.

La promulgación tácita se produce cuando el presidente deja pasar el plazo de diez días útiles sin pronunciarse. Ello implica la aprobación de la iniciativa sancionada por el Congreso. Así lo dispone el art. 80 de la Constitución, al establecer que "se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles". A este plazo se lo entiende referido a días hábiles.

c) Promulgación parcial

Puede suceder, también, que el presidente esté de acuerdo con una parte de la ley y en desacuerdo con otra, en cuyo caso podría hacer uso del veto parcial. El problema se presentaba cuando se pretendía promulgar la parte no vetada de la ley, enviando al Congreso sólo la parte vetada.

La posibilidad de promulgar y mandar a publicar una ley parcialmente vetada era una cuestión que no aparecía expresamente resuelta en la Constitución Nacional antes de la reforma de 1994.

La doctrina había formulado interpretaciones diferentes, que sintetizamos en tres criterios básicos:

a) la promulgación parcial era siempre inconstitucional (Linares Quintana, Bidart Campos, González Calderón, Quiroga Lavié, Ekmejdjian⁶);

b) la promulgación parcial era compatible con la Constitución (Sampay, Vanossi, Romero⁷), y

⁶ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. IX, 2ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, p. 322; BIDART CAMPOS, Germán J., "Veto parcial y promulgación parcial de la ley", ED 19-360; GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 377; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho constitucional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978, p. 829; EKMEJDJIAN, Miguel A., *Manual de la Constitución argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 391.

⁷ SAMPAY, Arturo R., "El derecho de veto parcial en la Constitución argentina", LL 18-828; VANOSI, Jorge R., "Problemas constitucionales del veto", *Revista de Derecho del Trabajo*, t. XXVI, 1966, p. 291; ROMERO, César E., *Derecho constitucional*, t. II, Víctor P. de Zavallia, Buenos Aires, 1976, p. 224.

c) sólo era admisible en caso de excepción, siempre que lo vetado fuera autónomo o separable del texto no vetado y no afectara la unidad de la ley (Bielsa, Ramella, Bidegain⁸).

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es escasa en esta materia. Ello se explica si tomamos en cuenta que el proceso de formación y sanción de las leyes ha sido considerado como materia política y, por tanto, no judicial, salvo casos de excepción (causa "Guerrero, Juana Ana Soria de v. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. SA" de 1963⁹).

En el caso "Giulitta, Orencio A. y otros v. Estado nacional" de 1941, la Corte afirmó que "el veto parcial es, en realidad, independiente de la promulgación. Ese derecho tiene el efecto de suspender la promulgación de la ley en relación a la parte vetada, es decir, impedir que se produzca el efecto de la promulgación tácita por el transcurso de diez días útiles que existe respecto de toda ley no observada dentro de ese término"¹⁰.

Otro precedente —más concreto y preciso que el anterior— es el caso "Colella, Ciriaco v. Fevre y Basset SA y otro s/despido" de 1967, que tuvo origen en el dictado del dec. 3943/1966, del presidente Arturo Illia, mediante el cual el Poder Ejecutivo nacional vetó numerosas disposiciones de un proyecto de ley sobre contrato de trabajo que había sido sancionado por el Congreso de la Nación. Las normas no vetadas fueron promulgadas.

La Corte Suprema, luego de estimar que había motivo suficiente para entrar a juzgar acerca de una cuestión que tradicionalmente se consideraba privativa de los poderes políticos, se pronunció por la inconstitucionalidad del citado decreto, al entender que el proyecto sancionado por el Congreso Nacional constituía un todo inescindible, de modo que las normas no promulgadas no podían ser separadas del texto total sin detrimento de la unidad de éste¹¹.

Tras la reforma de 1994 es admisible la promulgación parcial de la ley, que la Constitución sujeta a ciertos requisitos. Ella debe emanar de un acto expreso (decreto) que así lo establezca y reunir las condiciones preceptuadas en el art. 80 de la Constitución. Dispone esta cláusula:

⁸ BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, 2ª ed., Roque Depalma, Buenos Aires, 1954, ps. 435/6; RAMELLA, Pablo A., *Derecho constitucional*, 2ª ed., Depalma (distribuidor), Buenos Aires, 1982, p. 691; BIDEGAIN, Carlos M., *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, t. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, ps. 91/2.

⁹ Fallos 256:556.

¹⁰ Fallos 189:156.

¹¹ Fallos 268:352.

Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia.

La norma, que es fruto de la reforma constitucional de 1994, comienza sustentando un principio general inobjetable, al afirmar que “los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante”, para luego aceptar excepciones tan amplias que contradicen ese enunciado.

En nuestro país, la promulgación parcial se había convertido, antes de la citada reforma constitucional, en una patología que afectaba el proceso de formación y sanción de las leyes.

Respecto de las condiciones exigidas para la procedencia de la promulgación parcial, el art. 80 prevé que “las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso”. Es visible la intención del constituyente de adoptar criterios similares a los sostenidos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹².

Entendemos que la concesión de esta nueva facultad al Poder Ejecutivo, en el texto de la Constitución formal, resulta inconveniente, porque amplía desmesuradamente sus atribuciones y profundiza el desequilibrio de los poderes. Tenemos en consideración, para formular esta conclusión, que el juicio acerca del cumplimiento de los requisitos constitucionales va a ser realizado inicialmente por el propio Poder Ejecutivo y que el Congreso de la Nación —por los sistemas electorales vigentes— carece, en la gran mayoría de los casos, de la fuerza necesaria para oponerse a una medida de esa índole¹³.

Además, si se llevara el tema a los estrados judiciales habría que superar el difícil escollo de una afianzada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que viene sosteniendo que el procedimiento de formación y sanción de las leyes constituye una materia política, exenta, por tanto —salvo casos de arbitrariedad mani-

¹² Confirma este criterio un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el cual, interpretando los alcances del art. 80 de la Constitución vigente, ratificó la doctrina judicial que ese tribunal venía sosteniendo antes de la reforma de 1994 (caso “Bustos, Julio O. v. Servicios Especiales San Antonio SA” de 1996, Fallos 319:1479).

¹³ Creemos superior el sistema implementado por la Constitución de Córdoba de 1987, cuyo art. 114, última parte, dispone: “Vetada en parte una ley por el Poder Ejecutivo, éste sólo puede promulgar la parte no vetada si ella tuviera autonomía normativa y no afectare la unidad del proyecto, previa decisión favorable por parte de la Cámara de origen”.

fiesta—, del control de constitucionalidad (caso “Petrus SA de Minas” de 1948¹⁴).

Colautti entiende que al haber sido incorporado a la Constitución Nacional un procedimiento de control legislativo, que tiene principio en la Comisión Bicameral Permanente, con respecto a la promulgación parcial de las leyes (art. 80) y a los decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3°), cabe conjeturar que una vez que sea reglamentado no se ejercerá, de allí en adelante, el control judicial de constitucionalidad¹⁵.

El cuanto al trámite a seguir por los proyectos promulgados parcialmente por el Poder Ejecutivo, el art. 80 de la Constitución establece que será de aplicación “el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia”, que hemos analizado en el capítulo XX, al cual remitimos.

VII. EL VETO

a) Concepto

Se denomina “veto” a la facultad que tiene el presidente de la Nación para desaprobado un proyecto de ley sancionado por el Congreso, impidiendo así su entrada en vigencia.

El veto, si bien puede ejercérselo, eventualmente, como una modalidad preventiva del control de constitucionalidad, tiene una finalidad mucho más amplia, que se vincula con razones de conveniencia política y de armonización del funcionamiento de los poderes del Estado.

Aunque la Constitución Nacional no le dedica a este tema una cláusula específica, contiene varias referencias, tanto expresas como implícitas. Así, el art. 78 se refiere al envío de los proyectos de ley sancionados por el Congreso al Poder Ejecutivo “para su examen”; el art. 80 menciona “los proyectos desechados parcialmente” por el Poder Ejecutivo, y el art. 83 expresa que “desechado en el todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo, vuelve con sus objeciones a la Cámara de su origen”.

El veto del Poder Ejecutivo no resulta aplicable en tres supuestos previstos por la Constitución Nacional:

a) cuando se trata de un proyecto de ley de convocatoria a una consulta popular (art. 40);

¹⁴ Fallos 210:855. En este caso se cuestionaba una ley impositiva que no había tenido iniciación en la Cámara de Diputados.

¹⁵ Conf. COLAUTTI, Carlos E., “Nuevas precisiones acerca de la promulgación parcial de las leyes”, LL 1997-C-61.

b) en el caso de un proyecto de ley votado afirmativamente por el pueblo en una consulta popular (art. 40), y

c) si media insistencia del Congreso de la Nación ante un proyecto de ley previamente vetado por el Poder Ejecutivo (art. 83).

Creemos que tampoco puede ser aplicable, pese a que la Constitución guarda silencio al respecto, en otros supuestos, como el de las leyes que desapruaban un decreto de necesidad y urgencia dictado por el Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 3º), las que revocan la intervención federal dispuesta por el órgano ejecutivo, en receso del Congreso de la Nación (art. 75, inc. 31) o las que suspenden el estado de sitio declarado por el presidente durante el receso parlamentario (art. 75, inc. 29).

b) El veto total y el parcial

Las expresiones del constituyente permiten formular algunas conclusiones con relación al veto:

a) el presidente puede vetar los proyectos de ley;

b) "el veto debe ser siempre expreso; es decir, no se admite la desaprobación tácita;

c) puede ser absoluto, en cuyo caso afecta a la totalidad del proyecto de ley o parcial, cuando se refiere a determinados contenidos de éste;

d) siempre debe fundárselo, y

e) es transitorio, en cuanto puede ser revertido por el Congreso.

No hay que confundir el veto parcial con la promulgación parcial de la ley. Para que ésta sea posible siempre tiene que mediar un veto parcial, pero no ocurre lo mismo con la situación inversa, pues un veto parcial no implica, de por sí, la promulgación y publicación de la norma en la parte no vetada. Esta última es tan solo una de las alternativas si se cumplen las condiciones previstas por la Constitución.

El veto, sea total o parcial, sólo puede tener efecto dentro del plazo previsto para la promulgación de la ley, es decir, dentro de los diez días hábiles a partir del momento en que el Poder Ejecutivo recibe del Congreso de la Nación el proyecto de ley sancionado. La reforma constitucional de 1949 había ampliado este término a veinte días hábiles (art. 71).

En los Estados Unidos se admite, en ciertas circunstancias, el veto tácito. El presidente norteamericano está autorizado, en los casos en que el vencimiento del plazo de diez días hábiles de que dispone para vetar coincida con el receso del Congreso, para no pronunciarse. Ello es interpretado como un veto tácito de la iniciativa. Esta institución es conocida con el nombre de "veto de bolsillo", porque basta

que el presidente "guarde" el proyecto para que éste no sea puesto en vigencia.

c) La insistencia del Congreso

El veto produce, como primera consecuencia, la suspensión transitoria de la entrada en vigencia de un proyecto de ley sancionado por el Congreso, al carecer la iniciativa de los requisitos de la promulgación y la publicación.

Es transitoria porque en todos los casos hay procedimientos que le permiten al Congreso —teóricamente, al menos— hacer prevalecer su insistencia sobre la voluntad del Poder Ejecutivo de frustrar la entrada en vigor de la norma. La práctica indica, empero, que el Congreso de la Nación sólo insistirá con respecto a un mínimo porcentaje de vetos¹⁶.

El procedimiento está previsto en el art. 83 de la Constitución, según el cual, "desechado en todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo, vuelve con sus objeciones a la Cámara de su origen; ésta lo discute de nuevo, y si lo confirma por mayoría de dos tercios de votos, pasa otra vez a la Cámara de revisión. Si ambas Cámaras lo sancionan por igual mayoría, el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación. Las votaciones en ambas Cámaras serán en este caso nominales, por sí o por no; y tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes, como las objeciones del Poder Ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa. Si las Cámaras difieren sobre las objeciones, el proyecto no podrá repetirse en las sesiones de aquel año".

Vetado un proyecto de ley por el Poder Ejecutivo, éste debe remitirlo a la Cámara de origen, es decir, a aquella que trató en primer término la iniciativa. Si dicha Cámara vuelve a aprobarlo —"confirma", dice la cláusula constitucional— con la mayoría calificada de las dos terceras partes de sus miembros presentes, pasa a la Cámara revisora, en la cual se requiere igual mayoría calificada para que el proyecto resulte sancionado.

Obtenidas estas aprobaciones, "el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación". Ello quiere decir que el presidente no puede oponer objeciones a la norma ratificada por el Congreso y debe limitarse a ordenar su publicación. El constituyente ha sido claro al expresar, respecto de esta segunda sanción con mayorías calificadas, que el texto confirmado que las Cámaras envían al Poder Ejecutivo "es ley" (art. 83). En cambio, cuando se le remite al presidente por primera

¹⁶ Una interesante estadística a este respecto puede ser consultada en MOLINELLI, N. Guillermo, *Presidentes y congresos en Argentina: mitos y realidades*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1991, ps. 221 y ss.

vez la iniciativa sancionada, la Constitución se refiere al "proyecto de ley" (arts. 78, 80, 81 y 83).

En cuanto a la mayoría de los dos tercios de votos exigida a las Cámaras para doblegar los efectos del veto del Poder Ejecutivo, debe computársela teniendo en cuenta a los miembros presentes, aunque este último término no aparezca expresado en el art. 83. El lenguaje utilizado por la norma, al referirse a los "dos tercios de votos", es también coherente con esta interpretación: se vota estando presente en el recinto. Ello es, además, consecuencia de la interpretación sistemática de la Constitución, que al tratar sobre el procedimiento de sanción y promulgación de las leyes se refiere a los presentes. La doctrina constitucional y la práctica parlamentaria son pacíficas en la aceptación de este criterio¹⁷.

El art. 83 de la Constitución exige que la votación en las Cámaras para insistir en la sanción de un proyecto de ley vetado por el Poder Ejecutivo sea "nominal". Ello significa que cada uno de los legisladores presentes, al momento de votar, se identificará con su nombre y apellido.

El voto tiene que ser dado —según la misma cláusula— "por sí o por no", con lo cual será inadmisibles cualquier modificación que se pretenda hacer al proyecto. Se vota por la aceptación o el rechazo, en definitiva, del veto del Poder Ejecutivo.

La norma que estamos analizando le otorga especial relevancia a la prensa como medio para hacer conocer a la opinión pública los actos de gobierno, asegurando su publicidad. Por ello requiere que "tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes, como las objeciones del Poder Ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa".

Por último, el art. 83 establece que "si las Cámaras difieren sobre las objeciones, el proyecto no podrá repetirse en las sesiones de aquel año". Interpretamos que la misma consecuencia resulta aplicable si las Cámaras no se pronuncian acerca del veto.

La referencia a "las sesiones de aquel año" la entendemos con relación al año legislativo, es decir, el que se inicia el 1 de marzo y se prolonga —mediante las distintas sesiones— hasta la finalización del mes de febrero del año siguiente.

¹⁷ Cabe recordar que el art. 72 (actual art. 83, tras la reforma de 1994) fue utilizado como argumento para contrarrestar la interpretación estricta del art. 30 de la Constitución Nacional. Con motivo de la reforma de 1949, este fundamento fue esgrimido por el convencional Pessagno en la 10ª reunión, del 1 de marzo de 1949 (*Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1949*, t. I, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1949, p. 479).

VIII. LA DELEGACIÓN EN COMISIONES

La votación de los proyectos de ley que se componen de varios artículos es realizada, en el Congreso de la Nación, en dos momentos sucesivos en cada Cámara. En el primero se vota la iniciativa en general; es decir, las Cámaras deben pronunciarse acerca del sentido global del proyecto.

Si esta votación resulta afirmativa se realiza otra con relación a lo particular, o sea, artículo por artículo. A medida que se los va leyendo se les puede introducir, eventualmente, modificaciones y se los vota. En los textos normativos más complejos, a estas votaciones se las suele hacer por capítulos, secciones o grupos de artículos.

La reforma de 1994 incorporó, en relación con este tema, una nueva norma constitucional, estableciendo que "cada Cámara, luego de aprobar un proyecto de ley en general, puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular del proyecto, con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. La Cámara podrá, con igual número de votos, dejar sin efecto la delegación y retomar el trámite ordinario. La aprobación en comisión requerirá el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. Una vez aprobado el proyecto en comisión, se seguirá el trámite ordinario" (art. 79).

La enmienda ha perseguido el propósito de agilizar el trámite legislativo, finalidad que consideramos de difícil concreción. En general, la demora en el tratamiento de los proyectos se produce antes de que sean considerados por el plenario de las Cámaras. Una vez que cualquiera de éstas les ha otorgado aprobación en general, no se registran grandes dilaciones para el tratamiento en particular.

Una técnica más eficiente consistiría en delegar en las comisiones permanentes el tratamiento y la sanción de las leyes, salvo que un número relevante de miembros de la Cámara exija su tratamiento en el plenario. Es ésta la solución instituida en las Constituciones de Italia de 1947 (art. 72) y España de 1978 (art. 75). En nuestro derecho público provincial, han adoptado esta modalidad las Constituciones de Córdoba de 1987 (art. 116), San Juan de 1986 (art. 162) y Santiago del Estero de 1986 (art. 118).

IX. LAS MAYORÍAS ESPECIALES

Los proyectos de ley ordinarios necesitan, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros presentes de cada Cámara, reunida con quórum constitucional.

Sin embargo, hay numerosas excepciones a este principio general, en especial después de la reforma de 1994. Se trata de casos en que

el constituyente entendió que por su relevancia debían contar con mayorías calificadas de votos.

Estas mayorías calificadas comprenden las siguientes exigencias:

- a) dos terceras partes del total de los miembros de cada Cámara;
- b) dos terceras partes de los miembros presentes;
- c) mayoría absoluta de los miembros totales de cada Cámara.

En los párrafos siguientes enunciaremos, en forma agrupada, los distintos supuestos previstos en la Constitución Nacional que requieren mayorías calificadas en el proceso de formación y sanción de las leyes.

a) Mayoría de los dos tercios del total

Los proyectos de ley, para cuya aprobación es indispensable la mayoría de las dos terceras partes de los miembros totales de cada Cámara, son los referidos a las siguientes materias:

1) declaración de la necesidad de la reforma constitucional (art. 30). En este caso, tal exigencia no surge del texto expreso de la Constitución, aun cuando es compartida por la doctrina mayoritaria. Hemos desarrollado esta cuestión en el capítulo III de esta obra, al cual remitimos.

2) otorgamiento de jerarquía constitucional a otros tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los previstos en forma expresa en el art. 75, inc. 22, por la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22, párr. 3°);

3) denuncia de los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional otorgada por la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22, párr. 2°). Estimamos que la misma solución cabría aplicar al caso de la eventual denuncia de un tratado internacional sobre derechos humanos que adquiriera jerarquía constitucional con posterioridad a esa reforma y por decisión del Congreso de la Nación.

b) Mayoría de los dos tercios de los presentes

Requieren el voto de los dos tercios de los miembros presentes de cada Cámara los proyectos de ley vetados por el Poder Ejecutivo cuya insistencia procura el Congreso (art. 83). Dicha mayoría los convierte en ley. La referencia, en este caso, a los "presentes" no está contenida en el texto constitucional, sino que deriva de la interpretación y de la práctica parlamentaria¹⁸.

¹⁸ Conf. BIDEGAIN, Carlos M., *Cuadernos...*, cit., t. IV, p. 92; RAMELLA, Pablo A., *Derecho constitucional*, cit., p. 25; ZARINI, Helio J., *Constitución argentina, comentada y concordada*,

También requiere esta misma mayoría la insistencia de la Cámara de origen respecto de un proyecto de ley modificado por la Cámara revisora por mayoría de los dos tercios de sus miembros presentes (art. 81).

c) Mayoría absoluta de los miembros totales

Exigen el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los miembros totales de cada Cámara los proyectos de ley que versen sobre los temas siguientes:

- 1) ley reglamentaria de la iniciativa popular (art. 39);
- 2) ley reglamentaria de la consulta popular (art. 40);
- 3) ley-convenio sobre coparticipación de impuestos (art. 75, inc. 2°, 4° párrafo);
- 4) ley especial sobre establecimiento y modificación de asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado (art. 75, inc. 3°);
- 5) aprobación y denuncia de tratados de integración con Estados latinoamericanos que deleguen competencias y jurisdicción en organizaciones supraestatales, en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos (art. 75, inc. 24, 2° párrafo);
- 6) aprobación y denuncia de tratados de integración con Estados no latinoamericanos que deleguen competencias y jurisdicción en organizaciones supraestatales, en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos (art. 75, inc. 24, 2° párrafo). En el supuesto de aprobación de estos tratados, dicha mayoría es exigida en oportunidad de ser otorgada la ratificación, después de transcurridos ciento veinte días desde la declaración previa efectuada por el Congreso —en este caso, con la mayoría absoluta de los presentes—;
- 7) leyes que regulen el régimen electoral y los partidos políticos (art. 77, 2° párrafo);
- 8) proyectos de ley aprobados en general por una Cámara cuyo tratamiento en particular se delegue en sus comisiones. La misma mayoría se requiere para dejar sin efecto tal delegación (art. 79);
- 9) ley reglamentaria de la Auditoría General de la Nación (art. 85). En este caso, la cláusula constitucional se limita a afirmar que la norma "deber ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara", sin aclarar si se trata de la totalidad de sus

Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 331; SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 412.

integrantes o sólo de los presentes. Nos inclinamos por la primera alternativa;

10) ley especial de regulación del trámite y los alcances de la intervención del Congreso de la Nación en los decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3°);

11) ley especial de regulación del Consejo de la Magistratura y sobre integración y funcionamiento del jurado de enjuiciamiento de magistrados (arts. 114 y 115).

X. CADUCIDAD DE LOS PROYECTOS

Es de práctica en las instituciones legislativas la fijación de plazos de caducidad para los proyectos elevados a las Cámaras. Ello evita que iniciativas que fueron presentadas hace largo tiempo y que han perdido actualidad continúen su trámite, con el consecuente dispendio de tiempo y esfuerzo, que termina por perturbar el estudio y tratamiento de las más actuales.

La Constitución Nacional establece, respecto de esta cuestión, que “ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año” (art. 81, 1ª parte).

Ello significa que cuando un proyecto de ley sea rechazado por el plenario de cualquiera de las Cámaras, esa iniciativa, u otra igual, no podrá ser tratada hasta el próximo período legislativo (esto es, hasta el 1 de marzo del año siguiente). A la expresión “sesiones de aquel año” la entendemos comprensiva de todas las reuniones de las Cámaras, incluyendo las ordinarias, las de prórroga y las extraordinarias.

En cuanto a los proyectos que todavía no han recibido tratamiento en las Cámaras, la ley 13.640 del año 1949, modificada por la ley 23.821 de 1990, dispone en su art. 1° que “todo proyecto de ley sometido a la consideración del Congreso que no obtenga sanción [aprobación o media sanción] en una de sus Cámaras durante el año parlamentario en que tuvo entrada en el cuerpo, o en el siguiente, se tendrá por caducado. Si obtiene sanción en alguna de ellas, en el término indicado, éste se prorrogará por un año más”.

Están exceptuados de este tratamiento los proyectos de códigos, los que se refieran a tratados internacionales y los que sean presentados por el Poder Ejecutivo y tengan por objeto la provisión de fondos para pagar créditos contra la Nación (art. 2°, ley 13.640).

XI. EXCLUSIÓN DE LA SANCIÓN TÁCITA

La reforma de 1994 introdujo en nuestra Ley Fundamental el nuevo art. 82 que dispone:

La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta.

El contenido de la novedosa cláusula nos parece superfluo, ya que su única función es dejar asentado, en el texto constitucional, que no son admisibles aquellas modalidades que en el procedimiento de formación y sanción de las leyes impliquen que el paso de determinado período de tiempo produce efectos convalidantes de la voluntad de las Cámaras.

La enmienda transitoria de 1972 había reconocido procedimientos de esta índole al disponer que “en cualquier período de sesiones el Poder Ejecutivo puede enviar al Congreso proyectos con pedido de urgente tratamiento, que deberán ser considerados dentro de los treinta días corridos de la recepción por la Cámara de origen y en igual plazo por la revisora. Estos plazos serán de sesenta días para el proyecto de Ley de Presupuesto. Cuando éste fuere desechado, para considerar el nuevo proyecto cada Cámara tendrá treinta días. La solicitud de tratamiento de urgencia de un proyecto puede ser hecha aún después de la remisión y en cualquier etapa de su trámite. Se tendrá por aprobado aquel que dentro de los plazos establecidos no sea expresamente desechado. Cada Cámara, con excepción del proyecto de Ley de Presupuesto, puede dejar sin efecto el procedimiento de urgencia si así lo resuelve una mayoría de dos tercios de sus miembros presentes, en cuyo caso se aplica, a partir de ese momento, el ordinario” (art. 69).

Entendemos que la modalidad de la eventual sanción ficta, si va unida a un sólido sistema de garantías, no debería ser descartada como instrumento para agilizar el trámite de formación y sanción de las leyes y mejorar, en consecuencia, la eficacia legislativa. En el derecho público provincial ha sido establecida por las Constituciones de las provincias de San Luis (art. 138) y Córdoba (art. 113), ambas de 1987.

XII. LA PUBLICACIÓN

a) Nociones generales

La publicación de la ley —como dice Sampay— “es la notificación de un mandamiento legislativo que se hace a la comunidad”¹⁹. Este

¹⁹ SAMPAY, Arturo R., *Estudios de derecho público constitucional, de gentes y eclesiástico*, Toaiteia, Buenos Aires, 1951, p. 18.

acto, realizado por los poderes públicos, cumple una doble finalidad: otorgarle autenticidad a su texto y conferirle obligatoriedad.

La publicación de la ley tiene fines distintos que la difusión de ella. Ésta tiende más directamente a su conocimiento material y puede ser realizada tanto por el Estado como por los particulares.

La difusión es oficial cuando el Estado se encarga de divulgar la ley mediante avisos en los medios de comunicación, afiches, folletos, etc. Una variante de ella es la divulgación imperativa a que obliga la propia ley (p. ej., respecto del peligro de consumir medicamentos sin consejo médico, el transporte de sustancias peligrosas, el riesgo para la salud que acarrea el consumo de cigarrillos, etc.)²⁰.

Antes de la reforma de 1994, la Constitución Nacional no se ocupaba en forma general de esta instancia última del proceso de formación y elaboración de una ley.

Sin embargo, la publicidad de la ley siempre fue considerada un principio general e indispensable para su efectiva vigencia, que sólo podía ser omitida en casos de manifiesta gravedad.

Además, la necesidad de la publicidad de la ley es fruto del sistema republicano de gobierno adoptado por nuestra Ley Fundamental (art. 1°).

El silencio constitucional anterior a la última reforma podía justificarse, tal vez, por dos razones. La primera, derivada de la convicción de que la publicación no es un acto constitutivo de la ley, sino una condición intrínseca, exigida para que ésta pueda obligar, lo cual lleva a concluir que no hay mandamiento legal obligatorio sin ley publicada.

Al segundo justificativo puede hallárselo en las teorías que consideran que la publicación integra el acto amplio y complejo de la promulgación de la ley. Afirma, al respecto, Sampay: "La publicación es uno de los elementos constituyentes del acto promulgativo de la ley [...] por el cual el Poder Ejecutivo afirma, en primer término, que el texto legal ha sido regularmente sancionado por las Cámaras legislativas; en segundo lugar, declara que no se requiere una nueva deliberación de las Cámaras por haberlo aprobado también el Poder Ejecutivo; por último, manda ejecutar la publicación de la ley, a los efectos más arriba apuntados, como remate de la operación jurídica compleja que es la promulgación"²¹.

²⁰ Otro ejemplo de esta índole lo constituye el art. 20 de la ley 24.193, de trasplantes de órganos, el cual establece que "el Poder Ejecutivo realizará en forma permanente una adecuada campaña educativa e informativa a través de los medios de difusión masiva tendiente a crear la conciencia solidaria de la población en esta materia".

²¹ SAMPAY, Arturo R., *Estudios de derecho público...*, cit., ps. 19 y 20.

El silencio constitucional, empero, fue suplido por la ley 697 del año 1874 que facultó al Poder Ejecutivo "para hacer la publicación de las leyes en la forma que sea más conveniente" (art. 2°). El decreto del 2 de mayo de 1893 estableció que la publicación oficial de las leyes sería efectuada por medio del "Boletín Oficial", que tendría aparición diaria en la Capital de la República (art. 1°).

La reforma constitucional de 1994 incluyó entre las atribuciones del Poder Ejecutivo la de publicar las leyes (art. 99, inc. 3°).

Cabe acotar que el art. 2° del Código Civil estatuye:

Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial.

b) Las leyes secretas

La expresión "leyes secretas" encierra, en sí misma, una contradicción inaceptable. Si la publicidad de la ley es considerada condición esencial para su obligatoriedad, sin ella el mandamiento legal carece de la coerción, que es atributo vital de su existencia.

Además, la no publicación de las leyes también transgrede el sistema republicano de gobierno que tiene como uno de sus pilares básicos la publicidad de los actos de los gobernantes. Pese a ello, el examen de la realidad muestra que estas leyes existen, aunque con un marco de justificación cada vez más acotado.

En nuestro país, la primera ley secreta, que data del año 1891, fue la ley 2802; hasta 1973 habían sido dictadas alrededor de cien leyes de este tipo²².

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de fijar posición sobre este tema al expedirse en el caso "Ex Cámara Federal Penal de la Nación s/seis de los magistrados que la integraron solicitan urgente pronunciamiento" de 1973, en el cual se discutió la constitucionalidad de la ley secreta 19.111, desconociéndole carácter normativo ante su falta de publicación y por no estar referida a graves asuntos de Estado²³.

La tesis de la constitucionalidad de las leyes secretas ha sido sostenida por González Calderón, quien entiende que "tal conclusión fluye obviamente de que las Cámaras pueden celebrar sesiones secretas para tratar graves asuntos de Estado [...] y si la promulgación, pues,

²² Los datos están contenidos en el enjundioso estudio realizado por SAGUÉS, Néstor P., *Las leyes secretas*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 24.

²³ Fallos 286:62.

puede ser tácita [...], nada obsta a que existan leyes secretas, y las hay"²⁴.

El criterio de la inconstitucionalidad es defendido por Sagüés, para quien "normativamente [...] la Constitución no ampara a las normas secretas. Su justificación, pero de carácter extranormativo, únicamente sería viable a tenor de los principios del estado de necesidad, teoría [...] que actúa sólo cuando de manera excepcionalísima e insubsanable por las normas vigentes, está en peligro la suerte de la República, o la subsistencia de la comunidad nacional. Aun en estas hipótesis, no obstante, jamás podrán afectarse derechos elementales relativos a la dignidad del hombre"²⁵.

En una posición más moderada, Bidegain entiende que "excepcionalmente, las sesiones y las leyes secretas pueden estar justificadas respecto de asuntos que afecten a la defensa o seguridad de la Nación, sin que ellas lesionen sustancialmente el carácter republicano de gobierno"²⁶.

En el año 2005 la Justicia Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, tuvo oportunidad de expedirse respecto de este controvertido instituto jurídico. En dicho precedente un abogado de la matrícula (en tal carácter y además como ciudadano) presentó el caso ante los tribunales ordinarios, denunciando que mediante la ley secreta 18.302 de "gastos reservados", se abonaban indebidamente un emolumento vulgarmente denominado "sobresueldo" a distintos funcionarios de la Administración nacional. El estado público que tomó el caso, motivó la sanción de la ley 26.134 del 24 de agosto de 2006, que prohíbe el dictado de las leyes de carácter secreto o reservado (art. 3º) y a la vez ordena publicar todas las leyes sancionadas con tal carácter. La única excepción prevista, que entendemos es razonable, son aquellas vinculadas a cuestiones de inteligencia, seguridad y defensa nacional.

Creemos que la mencionada disposición legislativa ha venido a dar una solución, con un criterio superador a una patología del sistema institucional, pues entendemos que las leyes secretas representaban un anacronismo jurídico que agravaba al sistema republicano de gobierno y eran por tanto, inconstitucionales.

²⁴ GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso...*, cit., p. 378.

²⁵ SAGÜÉS, Néstor P., *Las leyes secretas*, cit., p. 102.

²⁶ BIDEGAIN, Carlos M., *Cuadernos...*, cit., t. IV, p. 95.

XIII. CONTROL JUDICIAL DEL PROCESO DE FORMACIÓN Y SANCIÓN DE LAS LEYES

Durante mucho tiempo no existió controversia respecto a este tema, pues la Corte federal invariablemente declinaba la posibilidad de abordar el análisis de esta problemática, por entender que sólo debía conocer respecto de las leyes cuando éstas existan como tales²⁷.

Esta línea jurisprudencial tuvo entre sus primeras expresiones en el caso "Compañía Azucarera Tucumana" de 1924, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que el proceso de formación de una ley era eminentemente político y que no se encontraba entre sus facultades revisar el ámbito de actuación de otros poderes²⁸.

En el caso "Orencio Giulitta" de 1939, si bien estableció la necesidad que ambas Cámaras del Congreso expresen su voluntad, reiteró que el proceso de sanción y publicación no podía ser revisado judicialmente²⁹.

Tal postura era sustentada en el principio de separación de poderes. Este criterio fue ratificado en el precedente "Petrus" del año 1948. Allí la actora argüía la inconstitucionalidad de la ley 12.161 en virtud de la cual se creaba un impuesto, por cuanto ésta no había tenido origen en la Cámara de Diputados. La Corte expresó en esa oportunidad que no tenía facultades para juzgar cómo las leyes han sido creadas por el Congreso y sólo conocía de ellas una vez que existen como tales³⁰. Este criterio fue sostenido con algunas oscilaciones de menor envergadura en los años subsiguientes³¹.

Ese criterio fue variando hacia una postura más favorable al control de constitucionalidad. Un hito relevante lo constituye el precedente "Nobleza Piccardo" de 1998³². En ese caso se planteó una interesante situación: mediante ley 23.905 se extendió el plazo de la obligación de abonar un tributo (creado originariamente por ley 23.562) hasta el año 1991. La Cámara de Diputados había autorizado extender el cobro de dicho impuesto hasta el 31 de mayo de 1991; la Cámara de Senadores modificó esa fecha y la prorrogó hasta el 31 de diciembre de dicho año. El proyecto de ley no se reenvió a la Cámara de origen y se publicó con la modificación hecha por el Senado. En virtud de ello, la empresa actora solicitó ante la justicia la devolución de lo abonado

²⁷ Fallos 210:855.

²⁸ Fallos 141:271.

²⁹ Fallos 189:156.

³⁰ Fallos 210:855.

³¹ Ver al respecto Fallos 256:556, 268:532 y 317:335.

³² Fallos 321:3487.

en demasía, por entender que el pago del impuesto por el período que va desde mayo hasta diciembre de 1991, carecía de sustento legal.

La Corte expresó en aquella oportunidad que no había mediado acuerdo entre ambas Cámaras del Congreso respecto de la extensión hasta la cual debía pagarse el impuesto en cuestión y, al no haber sido aprobado un proyecto común por ambas Cámaras, no debió haber pasado al Poder Ejecutivo para su promulgación.

Este criterio fue reiterado dos años después en el precedente "Famyl SA"³³, donde en particular referencia al art. 83 de la Ley Suprema, el Tribunal expresó que de no mediar confluencia de voluntades por parte de ambas Cámaras del Congreso no puede considerarse que exista una ley en los términos de la Constitución.

Consideramos loable esta postura, pues si bien el proceso de formación y sanción de leyes es un ámbito privativo del Congreso que no debería ser invadido por el resto de los poderes, no podría tampoco convalidarse que dicho proceso se haga al margen de la Constitución.

Ello ha llevado a autores como Bianchi a considerar que existen dos clašes de inconstitucionalidad: de fondo y de forma. La primera se da cuando una ley contraría o se aparta de los principios o derechos reconocidos en la Constitución y la segunda clase se da cuando una ley es sancionada al margen de los mecanismos y procedimientos previstos en ella³⁴.

XIV. LA FÓRMULA DE LA SANCIÓN

El art. 84 de la Constitución Nacional prescribe que "en la sanción de las leyes se usará de esta fórmula: El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, [...] decretan o sancionan con fuerza de ley".

Este artículo, de estructura literal imperfecta y significación ambigua, tuvo por origen una disposición similar de la Constitución de 1853. La Convención Constituyente de 1860 se limitó a sustituir en ella la palabra "Confederación" por "Nación", lo cual fue consecuencia de la incorporación del art. 35 de la Constitución, que establece el uso obligatorio de la expresión "Nación Argentina" en la formación y sanción de las leyes. La norma en cuestión no registra antecedentes³⁵.

³³ Fallos 323:2256.

³⁴ BIANCHI, Alberto, "Una cuestión política que ha dejado de serlo: el proceso de formación y sanción de las leyes", ED 182-1107.

³⁵ Así lo confirman ZARINI, Helio J., *Análisis de la Constitución Nacional*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 261 y LOZADA, Salvador M., *La Constitución Nacional anotada*, A. Peña Lillo Editor, Buenos Aires, 1961, p. 173.

La reforma constitucional de 1949 había superado algunos de los inconvenientes de dicha cláusula, pero mantuvo otros, disponiendo:

En la sanción de las leyes se usará de esta fórmula: El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, sancionan con fuerza de ley [art. 74].

CAPÍTULO XXIV
EL PODER JUDICIAL

I. NOCIONES GENERALES

a) Importancia y ubicación institucional

En la organización constitucional de nuestro país, el Poder Judicial es uno de los poderes del Estado y, como tal, integra el gobierno. Se trata del criterio instaurado por la Constitución de los Estados Unidos de 1787.

En los regímenes autoritarios, la función judicial aparece subordinada al poder político, del cual es dependiente. Existen órganos judiciales que son meros ejecutores de decisiones políticas, mas no tienden a la realización del valor "justicia", si entendemos por ésta la interpretación y aplicación imparcial de la ley razonable.

Tampoco el constitucionalismo democrático europeo se ha inclinado por otorgarle la categoría de "poder" a la función judicial, ni por integrarlo a la noción de "gobierno"¹. Ello es consecuencia de la naturaleza parlamentaria de tales sistemas políticos, que reconocen, en general, un origen monárquico anterior. Esto —entendemos— no impide lograr la realización de la justicia si las garantías son adecuadas y los comportamientos políticos resultan acordes a los principios democráticos.

El Poder Judicial es el custodio de las reglas de juego de un sistema político. Sin un criterio recto en el modo de impartir justicia se desvanecen valores básicos como la seguridad, el orden y la paz, lo cual termina por ofender la libertad. Recuerda Joaquín V. González, con

¹ Una excepción es la Constitución de Portugal de 1976, cuyo art. 113 reconoce a los tribunales de justicia como órganos de la soberanía, con rango de poder político. El ejemplo es mencionado por DROMI, José R., *El Poder Judicial*, Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, Tucumán, 1982, p. 26.

palabras imperecederas, que “ningún pueblo de la Tierra ha gozado de la libertad mientras no ha tenido asegurada su justicia”².

El menoscabo institucional del Poder Judicial es grave, dado que se trata, intrínsecamente, del poder del Estado que más necesita la tutela de los restantes poderes. Hamilton explicaba que el Poder Judicial carece tanto de la bolsa como de la espada, que son atributos del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, respectivamente, y “que ha de apoyarse, en definitiva, en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos”³.

b) Funciones

En el esquema clásico de la tripartición de funciones o poderes, se reserva al Poder Judicial la misión de resolver las controversias, interpretando la ley y aplicándola al caso concreto. Actúa como árbitro y moderador respecto de los actos de los restantes poderes, cuidando que su funcionamiento se desenvuelva con sujeción a los principios y normas constitucionales.

En nuestro sistema institucional, el Poder Judicial ejerce el control de constitucionalidad, garantizando la supremacía de la Constitución Nacional, lo cual implica tanto la tutela de la primacía del derecho federal sobre el derecho local como el aseguramiento de los derechos y garantías previstos en la Ley Fundamental.

Esto hace que el Poder Judicial —que institucionalmente es el más débil— tenga atribuciones relevantes y amplias, pero, al mismo tiempo, limitadas. Ello, porque —a diferencia de los restantes poderes— “los tribunales no tienen la libertad de ir a buscar problemas y tratar de resolverlos”⁴. Deben dirimir disputas concretas y reales que les sean sometidas a su consideración.

c) Caracteres

La doctrina constitucional le ha atribuido al Poder Judicial diversos caracteres propios con el fin de diferenciarlo de los demás poderes

² GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, 24ª ed., Estrada, Buenos Aires, 1951, p. 569.

³ HAMILTON, Alexander - MADISON, James - JAY, John, *El federalista*, 2ª ed. en español, FCE, Méjico, 1957, cap. LXXVIII, p. 331.

⁴ Del discurso pronunciado por Sandra Day O'Connor, jueza adjunta de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, en el Encuentro de las Cortes Supremas de Estados Unidos de Norteamérica y la República Argentina, en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Separación de poderes. Libertad de expresión*, Buenos Aires, 1995, p. 18.

del Estado y definir mejor su perfil institucional. Entre ellos, cabe citar aquellos que lo tipifican como: 1) derivado; 2) multiorgánico y colegiado; 3) descentralizado; 4) independiente, y 5) discontinuo.

1. *Derivado*. Durante muchos siglos de la historia, la autoridad judicial apareció confundida con la autoridad política, integrando el Poder Ejecutivo. La paulatina separación de éste representó un hito notable en la lucha del hombre por la libertad, que Joaquín V. González califica como “conquista posterior de la razón y de la cultura”⁵.

2. *Multiorgánico y colegiado*. El Poder Judicial es desempeñado por varios órganos, que están a cargo, a su vez, de muchas personas. El art. 108 de la Constitución establece:

El Poder Judicial de la Nación, será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.

La Constitución ha creado un único tribunal, que es la Corte Suprema de Justicia y ha facultado al Congreso de la Nación para crear por ley los demás tribunales (art. 75, inc. 20).

Estos rasgos de la multiplicidad de órganos y del pluripersonalismo son necesarios para procurar su independencia y servir de garantía contra la arbitrariedad. No aseguran por sí solos estas finalidades, pero crean las condiciones propicias mínimas para alcanzar esos logros.

3. *Descentralizado*. Mientras el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo centralizan su actividad en órganos que constituyen un centro único de poder y se hallan en la Capital Federal, los órganos del Poder Judicial federal, por propio mandato constitucional (art. 108), están distribuidos en todo el territorio de la Nación.

4. *Independiente*. La independencia del Poder Judicial es condición vital para su jerarquización e imparcialidad. Ella implica que tanto el órgano que la ejerce como las personas a cargo de éste tienen que estar libres de influencias, ya provengan de los otros poderes, de la opinión pública, de factores o grupos de poder o de presión, etcétera.

Advertía Montesquieu que “no hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo”⁶.

⁵ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual...*, cit., p. 569, citando a H. Summer Maine.

⁶ MONTESQUIEU (Charles Louis de Secondat, barón de La Brède y de Montesquieu), *Del espíritu de las leyes*, versión castellana de Nicolás Estévez, Casa Editorial Garnier, París, 1926, título I, ps. 225 y 234. En ese mismo capítulo explica que “los jueces [...] no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”.

El concepto de independencia lleva también, necesariamente, a exigir que el Poder Judicial tenga el monopolio de la administración de justicia, de manera que todos los conflictos puedan ser resueltos en última instancia con su intervención⁷.

La Constitución Nacional contiene disposiciones expresas que vedan la intervención del Poder Ejecutivo en materia judicial. El art. 109 preceptúa:

En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.

Esta prohibición rige aun en épocas de emergencia y aunque haya sido declarado el estado de sitio. El art. 23 dispone, en ese sentido, que "durante esta suspensión [de las garantías constitucionales] no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas".

Entre las garantías establecidas por la Constitución para asegurar la independencia del Poder Judicial cabe citar la inamovilidad de los magistrados y la irreductibilidad de sus remuneraciones (art. 110). Creemos, empero, que si bien ellas son necesarias, en nuestra época resultan insuficientes.

En cambio, la participación protagónica de los poderes políticos en la designación de los jueces —atenuada, pero no neutralizada, por la reforma constitucional de 1994— debe ser conceptuada como una limitación de la imparcialidad de aquéllos⁸.

Otro aspecto capaz de restringir seriamente la independencia del Poder Judicial resulta de la insuficiencia de los recursos que se le otorga para cumplir su función. Esos recursos, en nuestro sistema institucional, tienen que ser asignados por los poderes políticos.

5. *Discontinuo*. Si bien el Poder Judicial es un órgano permanente del Estado, para actuar necesita el incentivo de la causa o controversia. El art. 116 de la Constitución determina que las atribuciones del Poder Judicial están referidas a "causas", o sea, que se dan en el marco de contiendas, pleitos o juicios.

Por ello, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido reiteradamente que la actuación de los jueces

⁷ Este aspecto de la independencia judicial es resaltado por LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1982, ps. 295/6.

⁸ Advertía SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de derecho constitucional*, 2ª ed., Kapelusz, Buenos Aires, 1956, p. 288: "En rigor, el Poder Judicial no puede tener verdadera independencia si el nombramiento de sus miembros proviene del Poder Ejecutivo, aunque sea con acuerdo del Senado, y mucho menos si se reconoce la existencia de una carrera judicial en que los ascensos los concede también el Poder Ejecutivo".

no es procedente fuera de ese ámbito; no pueden éstos, por ejemplo, contestar meras consultas en el ejercicio de su función (casos "Consulta del juez letrado de Formosa" de 1888; "Juez letrado del territorio nacional de La Pampa s/consulta" de 1895, y "Presidente de la Cámara Federal de La Plata, Dr. Alfredo Masi s/planteo cuestión al tribunal" de 1963, entre otros⁹).

Esta característica diferencia muy claramente al Poder Judicial del Poder Ejecutivo. Este último es continuo porque no admite pausa alguna en su accionar¹⁰.

II. LA DESIGNACIÓN DE LOS JUECES

a) Diferentes sistemas

La determinación del procedimiento mediante el cual se designa a los magistrados judiciales es de vital importancia para establecer el grado de independencia que el Poder Judicial tiene en un sistema político y también para el logro de la eficacia en el cumplimiento de sus funciones.

Los procedimientos de designación, en el ámbito judicial, guardan relación, de ordinario, con los mecanismos de remoción de los jueces. Cuanto mayor sea el grado de incidencia política en los nombramientos judiciales, mayor será, generalmente, la participación de los órganos políticos en la remoción de aquéllos.

En el derecho comparado han sido ensayadas diversas variantes para la designación de los magistrados judiciales, que resumimos —por meras razones didácticas— en tres grandes sistemas: 1) designación por los órganos políticos; 2) selección por idoneidad, mediante concursos públicos y abiertos; 3) designación por elección popular.

1. *Designación por los órganos políticos*. Una de las manifestaciones más tradicionales de esta tipología es el sistema inglés, en donde los jueces son designados por la Corona, con el consejo del primer ministro (caso del lord canciller u otras magistraturas relevantes), del lord canciller (jueces asesores y de circuitos) o directamente por éste (jueces de paz). En todos los casos, sólo se llega al desempeño de la

⁹ Fallos 34:62, 61:97 y 256:114, respectivamente.

¹⁰ Al respecto, comenta Bidart Campos: "Y en cuanto al Poder Judicial, ya sabemos que para poner en movimiento su función de administrar justicia requiere el impulso de parte interesada. O sea que el órgano legislativo y el órgano judicial actúan con intermitencias, en tanto el ejecutivo no se detiene nunca" (BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1967, p. 18).

magistratura judicial luego de un largo y fecundo tránsito por el ejercicio profesional¹¹.

Otra variante de este sistema es la impuesta por la Constitución de los Estados Unidos, país en donde el nombramiento de los jueces necesita de un acto complejo que se integra con la propuesta del Poder Ejecutivo y el posterior acuerdo del Senado (art. II, sección 2ª, cláusula 2ª).

Ello va acompañado del reconocimiento del principio de inamovilidad de los jueces, de manera que cada gobernante de turno sólo podrá designar, en la medida en que se produzcan vacantes, un número limitado de magistrados, debiendo aceptar la continuidad de los nombrados en anteriores gobiernos.

En Suiza, los miembros titulares y los suplentes del Tribunal Federal son nombrados por el órgano legislativo, que es la Asamblea Federal (art. 107).

Esta modalidad, que privilegia la influencia de los poderes políticos en la selección y designación de los jueces, ha funcionado aceptablemente bien en regímenes democráticos muy consolidados (Inglaterra, Estados Unidos, Suiza), pero se resiente cuando la discontinuidad constitucional transgrede el principio de la inamovilidad de los jueces. Requiere, además, comportamientos políticos muy firmes y arraigados en la convicción y en el cumplimiento de los principios constitucionales.

En favor del sistema, se ha expresado que "asegura el equilibrio entre los poderes". En cambio, si no va acompañado de una rígida conducta que privilegie la idoneidad profesional y moral, resiente seriamente la igualdad de acceso a las magistraturas judiciales y la transparencia y el control de las designaciones.

Entendemos que este sistema es portador de una contradicción intrínseca: no se puede asegurar la independencia del Poder Judicial si sólo se llega al desempeño de las magistraturas judiciales por nombramientos "políticos".

2. Selección por idoneidad mediante concursos públicos y abiertos. Esta modalidad tuvo origen, hace unas décadas, en algunos países continentales de Europa, en donde la justicia constituía una función administrativa, aunque con cierta autonomía del Poder Ejecutivo.

¹¹ Conf. JÁUREGUI, Carlos, *Generalidades y peculiaridades del sistema legal inglés*, Depalma, Buenos Aires, 1990, ps. 88 y ss. Expresa el autor: "No cualquier profesional llega a juez en Inglaterra. Explicado esto se comprenderá fácilmente, que los jueces ingleses no son elegidos al azar. La carrera no es distinta a la que sigue un profesional de la ley que llega, en el ejercicio de su actividad privada profesional, a una posición de prestigio por su ilustración y reconocida conducta de honorabilidad".

Se procura, por este medio, asegurar la independencia de la función judicial y dotarla de los mejores recursos humanos, para posibilitar una actuación eficiente, que acreciente la confianza del ciudadano.

Su variante más difundida es la del Consejo de la Magistratura (también conocido con otras denominaciones), al cual nos referiremos más adelante.

Esta modalidad es entusiastamente defendida, en nuestra doctrina nacional, por Sagüés. En cambio, es vista con reservas por Ramella¹².

Entendemos que constituye, teóricamente considerado, el mejor sistema para asegurar la igualdad de posibilidades de acceso a las magistraturas judiciales y privilegiar la idoneidad ética y profesional, aspectos estos que contribuyen a afianzar la independencia de la función judicial. En la práctica, como cualquier otra institución, también puede ser manipulada, sobre todo si el control del sistema queda sólo a merced de los órganos políticos.

3. Designación por elección popular. Este sistema se fundamenta en el principio de soberanía popular según el cual el poder proviene del pueblo. Siendo el Poder Judicial uno de los poderes del Estado —se sostiene—, le corresponde al cuerpo electoral su elección. Una de sus consecuencias es la movilidad en el desempeño de la función judicial, para permitir así, la renovación periódica.

Aplicado en muchos estados norteamericanos (más de treinta), se difundió a partir de mediados del siglo anterior a impulso de la llamada "revolución jacksoniana" que proclamaba la necesidad del autogobierno¹³.

La doctrina no ha sido benévola al evaluar esta experiencia norteamericana. Respecto de ello, dice Morenilla Rodríguez: "El nivel profesional de los jueces tenía que ser bajo, ya que la corta duración del mandato judicial, la incertidumbre de una campaña política y la modestia del sueldo no podían atraer a abogados de prestigio, por lo que los jueces [...] se reclutaban entre abogados mediocres que no arriesgaban perder las ventajas de una buena clientela que no tenían y que después trataban de obtener la reelección u otro cargo político"¹⁴.

La innegable ventaja del sistema es que la elección popular compromete más intensamente al pueblo con la designación de los jueces.

¹² SAGÜÉS, Néstor P., "El perfeccionamiento de los mecanismos de selección de magistrados y su problemática constitucional", LL 1977-C-846; RAMELLA, Pablo A., *Derecho constitucional*, 2ª ed., Depalma (distribuidor), Buenos Aires, 1982, p. 788.

¹³ La denominación deriva del presidente Andrew Jackson, que ejerció el poder entre 1829 y 1837.

¹⁴ MORENILLA RODRÍGUEZ, José M., *La organización de los tribunales y la reforma judicial en los Estados Unidos de América*, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1968, p. 231.

Al contrario, parece que la lucha política para lograr el favor popular puede llegar a resentir la independencia en el ejercicio del mandato.

Este tipo de designación es practicado también en cantones suizos, pero goza de muy escaso predicamento en la doctrina nacional¹⁵. En nuestro país, la elección popular de los jueces estaba prevista por la Constitución de San Juan de 1878, para los jueces de paz (art. 126) y por la ley 1532, de los territorios nacionales de 1884, que la contemplaba para la elección de los jueces de paz en las secciones con población mayor de mil habitantes (art. 110).

b) La designación de los jueces antes de la reforma constitucional de 1994

Con anterioridad a la reforma de 1994, todos los jueces federales, incluyendo los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, eran designados a propuesta del Poder Ejecutivo y con posterior acuerdo del Senado de la Nación. A este acuerdo se lo otorgaba, habitualmente, en sesión secreta de ese cuerpo, al menos desde 1870¹⁶. Recién en 1994 el Senado modificó su reglamento restableciendo la publicidad de esas sesiones.

Nuestra Constitución se había adscripto al sistema de designación política de los jueces, siguiendo el modelo de la de los Estados Unidos de 1787. Las circunstancias, empero, eran muy diferentes. En nuestro país, la falta de estabilidad institucional había hecho que la composición del Poder Judicial sufriera cambios abruptos, en especial cuando se pasaba de un gobierno constitucional a uno *de facto* y luego nuevamente a un gobierno *de iure*.

Además, las designaciones de magistrados judiciales realizadas en el sigilo del poder político ponían de manifiesto, en muchas oportunidades, marcados contrastes con el principio de idoneidad. Por ello, antes de la reforma de 1994, se había instalado en la doctrina constitucional una tendencia creciente a reclamar la modificación de los procedimientos de selección y designación de los jueces.

¹⁵ Se pronuncian abiertamente en contra MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones de derecho constitucional*, t. II, Tipo-Litografía La Buenos Aires, Buenos Aires, s/d., p. 410; GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual...*, cit., p. 578; GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 554.

¹⁶ Conf. AGUIRRE LANARI, Juan R., "El Consejo de la Magistratura y su incidencia en la independencia del Poder Judicial", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1996, anticipo de *Anales*, nro. 33, año XL, 2ª época, p. 10.

c) La designación de los jueces después de la reforma constitucional de 1994

La reforma de 1994 introdujo cambios importantes con relación a la designación de los jueces. Dejó subsistente el sistema de designación política para el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero le agregó algunos recaudos importantes para la prestación del acuerdo del Senado: éste debe ser otorgado "por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto" (art. 99, inc. 4º). La modificación, según entendemos, mejora el procedimiento de designación de los jueces de la Corte Suprema.

El 19 de junio de 2003, el Poder Ejecutivo de la Nación dictó el dec. 222/2003 que estableció una serie de recaudos previos a la selección de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tal como se desprende de la lectura de la norma, la modalidad establecida tiene el aparente propósito de lograr una mayor participación de la ciudadanía en la selección de los magistrados, teniendo en miras acrecentar la idoneidad ética y jurídica de los candidatos para lograr, como fin último, una mejora en la calidad del servicio de justicia¹⁷. El

¹⁷ En dicha norma, compuesta de once artículos, se afirma que la finalidad perseguida es la de asegurar la correcta valoración de las aptitudes morales, idoneidad técnica y jurídica, trayectoria y compromiso con la defensa de los derechos humanos y los valores democráticos, de los candidatos, que los hagan merecedores de tan importante función (art. 2º).

A su vez, en su art. 3º, se establece que en cada propuesta, se deberá tener presente, en la medida de lo posible, la composición general del Máximo Tribunal para posibilitar que la inclusión de nuevos miembros permita reflejar las diversidades de género, especialidad y procedencia regional en el marco del ideal de representación de un país federal.

Por otra parte, establece que producida una vacante en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un plazo máximo de treinta días, se publicarán los nombres y antecedentes de los posibles candidatos a cubrir la vacante, en el Boletín Oficial y en al menos dos diarios de circulación nacional por un plazo de tres días. Por otra parte, esa misma información se difundirá en la página oficial de la red informática del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Asimismo, el o los candidatos deberán presentar una declaración jurada sobre su situación patrimonial, la nómina de asociaciones civiles y sociedades comerciales que integren o hayan integrado, los estudios jurídicos a los que pertenecieren, la nómina de clientes o contratistas, y en general cualquier otra clase de compromiso que pudiera afectar la imparcialidad (art. 5º).

Una vez transcurridos quince días desde la última publicación en el Boletín Oficial, vencerá el plazo para que cualquier ciudadano, organizaciones no gubernamentales, colegios y asociaciones profesionales, entidades académicas y de derechos humanos; presenten ante el Ministerio, por escrito y de modo fundado y documentado, las posturas, observaciones y circunstancias que consideren de interés expresar respecto de los candidatos incluidos en el proceso de preselección, con declaración jurada respecto de su propia objetividad respecto de los propuestos.

En igual plazo, se podrá recabar la opinión de organizaciones de relevancia en el ámbito profesional, judicial, académico, social, político y de derechos humanos a los fines de su valoración.

También se deberá recabar información de la Administración Federal de Ingresos Públicos, a fin de determinar si los candidatos han dado cumplimiento a sus obligaciones impositivas.

dec. 588/2003 amplió su aplicación respecto de la designación de los jueces inferiores.

Estimamos, empero, que dichos recaudos y aun otros todavía más exigentes, pueden ser recabados directamente por el Poder Ejecutivo, sin necesidad de norma que lo establezca. Por lo demás, la norma reglamentaria no establece ningún modo de control respecto de su efectivo cumplimiento, ni asigna efectos vinculantes.

En cuanto a los demás jueces federales, el art. 99, inc. 4°, establece que el Poder Ejecutivo " nombra a los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos".

Como se puede advertir, la reforma no sustituyó el añejo sistema de designación política de los jueces por el más moderno de los concursos por idoneidad, sino que pretendió complementarlos. Sigue vigente, en consecuencia, la designación política, pero ahora acotada por la intervención previa del Consejo de la Magistratura, nuevo órgano creado por el constituyente reformador, que será objeto de análisis en el punto siguiente.

Cabe advertir, según nuestro criterio, que esta posición del constituyente, por sí sola, no denota la voluntad de un cambio profundo en las actitudes, sino, más bien, cierta concesión en aras de mostrar mayor transparencia en el proceso de designación de los magistrados judiciales.

Esta conjunción de instituciones, de raigambre tan diferente, no garantiza —a nuestro entender— innovaciones demasiado relevantes, aun cuando valoramos el sentido hacia el cual apuntan las nuevas normas constitucionales, que posiblemente se conviertan, con el transcurrir del tiempo, en un antecedente importante para generar otras modificaciones más sustanciales.

Si bien podemos decir que a partir de 1994 se ha abandonado el sistema de designación de los jueces, fundado en la voluntad exclusivamente política¹⁸, lo cierto es que el nuevo sistema adoptado, aún se apoya en ella para tal designación.

¹⁸ Por último, en un término no mayor a quince días desde el vencimiento del plazo para la presentación de posturas u observaciones, el Poder Ejecutivo deberá elevar o no la propuesta respectiva, haciendo mérito de las razones que abonaron la decisión tomada. En caso de decisión positiva, se enviará con lo actuado al Senado para el nombramiento respectivo, a los fines del acuerdo.

¹⁸ Fallos 329:1723, "Carranza Latrubesse, Gustavo s/acción de amparo", voto en disidencia del Dr. Fayt.

III. EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

a) Antecedentes

El Consejo de la Magistratura es una institución que la doctrina constitucional vincula, básicamente, al proceso de selección y designación de magistrados judiciales mediante la realización de concursos públicos, tendientes a la concreción del principio de idoneidad. En ocasiones son agregadas otras funciones relevantes, como la participación de este órgano en el control disciplinario del Poder Judicial, la remoción de los jueces, la concesión de indultos y hasta el gobierno del Poder Judicial.

Suele recibir también otras denominaciones, como Consejo General del Poder Judicial, en España (art. 122, Const. de 1978); Consejo Superior de la Magistratura, en Italia (arts. 104 a 107, Const. de 1947); Consejo Superior de la Judicatura, en Colombia (arts. 254 a 257, Const. de 1991); Consejo de la Judicatura, en Venezuela (art. 217, Const. de 1961).

Sus orígenes se remontan al comienzo de la segunda mitad del siglo XIX en los países europeos continentales, acompañando los procesos de democratización de algunas monarquías moderadas¹⁹.

En nuestro país, sus primeros antecedentes relevantes aparecieron en oportunidad de ser convocada la Convención Nacional Constituyente de 1957 y en el derecho público provincial, con la sanción de las Constituciones del Chaco (art. 173) y Río Negro (art. 126), ambas de 1957.

b) Naturaleza jurídica y composición

La reforma constitucional de 1994 incorporó esta institución por medio del art. 114 que dispone:

El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

¹⁹ Conf. SPOTA, Alberto A., *El Consejo de la Magistratura*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 1995, ps. 7 y 8.

El Consejo de la Magistratura está en la Constitución Nacional y ello es positivo; es fruto de una larga e incesante prédica doctrinal²⁰. El sistema anterior de designación política de los magistrados judiciales, empero, no ha sido abandonado; ahora, habrá Consejo de la Magistratura más la propuesta del Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado. Ello no nos parece lo más conveniente; hubiésemos preferido un cambio más decidido y firme.

El origen europeo de la institución del Consejo de la Magistratura y su supuesta raigambre monárquica no descalifica ni desmerece su esencia, aunque reconocemos que ha entrado a la Constitución por medio de una de sus variantes más débiles. Hay provincias que han realizado apuestas mucho más decididas y audaces, como Río Negro, Chubut y Tierra del Fuego.

Respecto de su naturaleza jurídica y consecuente ubicación institucional, nos inclinamos a pensar que el Consejo de la Magistratura es un órgano no jurisdiccional del Poder Judicial con autonomía relativa.

La norma constitucional debió establecer más claramente la composición del Consejo de la Magistratura (¿Son cuatro o cinco los estamentos que deben tener representación? ¿Equilibrio equivale a igualdad matemática de representación o a peso relativo?) Ello no puede quedar librado a la reglamentación, aun cuando se exija una mayoría calificada. El Consejo de la Magistratura, tal como surge del art. 114 de la Constitución Nacional, es un órgano relativamente numeroso y con fuerte predominio político en su composición.

Este nuevo órgano constitucional nació de la necesidad; es consecuencia del descreimiento en la justicia. Aspiramos a que la innovación sirva para mejorar y no sólo para mostrar que se quiere cambiar. Ha tenido origen en la crisis del Poder Judicial, una crisis que es de eficacia, de transparencia, pero sobre todo de independencia. Sagüés se refiere a una crisis de calidad, de imparcialidad y de eficacia²¹.

Como sostuvimos en la edición anterior de esta obra, el problema de mayor trascendencia que deberá superar el Consejo de la Magistratura consistirá, seguramente, en los comportamientos políticos²².

²⁰ COLMO, Alfredo, *La justicia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1957, p. 70, quien aclara en la página siguiente que no sería necesario crear un organismo nuevo, porque la Corte Suprema, por su función, se podría convertir en Consejo; SAGÜÉS, Néstor P., "El Consejo de la Magistratura", ED 113-850; BERIZONCE, Roberto O., "Designación de los magistrados y funcionarios judiciales", *Revista de Estudios Procesales*, nro. 14, Rosario, diciembre de 1972, ps. 3 a 10.

²¹ SAGÜÉS, Néstor P., "Variables y problemática del Consejo de la Magistratura en el reciente constitucionalismo latinoamericano", ED 161-931.

²² Al respecto, comenta Ventura: "La Argentina tenía en su Constitución nacional una verdadera fortaleza para asegurar que sus jueces fueran verdaderamente independientes. Normas similares a las nuestras dieron mucho mejor resultado en otros países —una vez más insistimos que no hay normas a prueba de malos ciudadanos—. Al crearse el Consejo se decidió abrir una

c) Atribuciones

El art. 114 de la Constitución determina, en los seis incisos de su segunda parte, las facultades del Consejo de la Magistratura. Se advierte, inicialmente, que ellas son muy amplias, pues abarcan: 1) la selección de candidatos; 2) la formación de ternas de éstos y su elevación al Poder Ejecutivo; 3) la administración de los recursos económicos y la ejecución del presupuesto del Poder Judicial; 4) el ejercicio de facultades disciplinarias sobre magistrados; 5) la decisión sobre la apertura del procedimiento de remoción de éstos, y 6) las facultades reglamentarias. Las analizaremos muy brevemente en los párrafos siguientes.

1) Dispone el inc. 1° de la norma en estudio que es atribución del Consejo de la Magistratura "seleccionar mediante concursos públicos los postulantes de las magistraturas inferiores".

Entendemos que los concursos públicos deberían ser de antecedentes y oposición. Habría que exigir, además, criterios predeterminados de evaluación, que en este caso únicamente podría fijarlos la reglamentación. No sólo se debe tomar en cuenta la idoneidad profesional, sino también la derivada de condiciones éticas intachables.

Las decisiones en relación con su función de selección y elevación de las ternas de postulantes tienen que sujetarse a las disposiciones y a los principios de la Constitución Nacional y se debe admitir el control judicial de constitucionalidad. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Carranza Latrubesse, Gustavo s/acción de amparo", sentencia del 23 de mayo de 2006, tuvo oportunidad de expedirse al respecto y por mayoría rechazó un recurso extraordinario interpuesto por un concursante que había sido descalificado por el Consejo de la Magistratura y excluido de la terna, con fundamento en que pesaban sobre él deudas irrecuperables²³.

2) Establece el inc. 2° del art. 114 de la Constitución que es facultad del Consejo de la Magistratura "emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores".

La adopción del sistema de proposición de ternas de candidatos deja un amplio espacio a la discrecionalidad política, sobre todo si consideramos el desigual peso que los distintos poderes tienen en el

de las puertas de la fortaleza, no la que da a la pradera, sino a un precipicio, y se nos invita a cruzar a través de un puente débil, aunque flamante. El Consejo es una puerta a un futuro incierto. No puedo asegurar que vaya a ser bueno o malo. Sólo deseo que no sea más de lo que tenemos hasta ahora" (VENTURA, Adrián, *Consejo de la Magistratura*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 364).

²³ Fallos 329:1723.

procedimiento de designación de los jueces. Además, facilita el tráfico de influencias y da ocasión para la tentación.

Entendemos, además, que el sistema adoptado deja margen a otra discrecionalidad del órgano ejecutivo o, eventualmente, del Poder Legislativo y es la relativa a la posibilidad de que guarden silencio o de que rechacen la terna elevada por el Consejo de la Magistratura.

3) También se le reconoce a este último organismo la atribución de "administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia" (art. 114, inc. 3°), lo cual implica otorgarle facultades muy amplias, que en caso de que no se las ejerza conforme a los fines previstos en la Constitución pueden lesionar la independencia del Poder Judicial.

Si bien es cierto que el ejercicio de estas tareas le irroga un tiempo importante al Tribunal Superior de la República, el desprendimiento de ellas debilita a la Corte y la convierte en un órgano dependiente del Consejo.

4) Según el inc. 4° del art. 114, corresponde al Consejo de la Magistratura "ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados".

La atribución de facultades disciplinarias al nuevo órgano creado por la reforma de 1994 la consideramos acertada y constituye, a nuestro entender, junto con la selección de los magistrados judiciales, uno de sus aspectos más relevantes.

5) Además, se lo faculta para "decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente" (art. 114, inc. 5°).

También la consideramos superadora del régimen vigente con anterioridad a la reforma de 1994. Es preferible, para la tutela de la independencia del Poder Judicial, que sea el Consejo de la Magistratura y no el Congreso por medio de sus Cámaras, el que pueda disponer estas medidas.

La cláusula transitoria decimocuarta establece:

Las causas en trámite ante la Cámara de Diputados al momento de instalarse el Consejo de la Magistratura, les serán remitidas a efectos del inc. 5 del art. 114. Las ingresadas en el Senado continuarán allí hasta su terminación.

6) Por el inc. 6° del art. 114, el Consejo de la Magistratura tiene la facultad de "dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia".

Esta atribución ha venido ejerciéndola la Corte Suprema de Justicia de la Nación y nos parece inconveniente su traspaso al Consejo de la Magistratura. Además, estimamos que la cláusula es poco coherente

al expresar que esta facultad tiene por objeto "asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia". No se alcanza a percibir cómo un órgano más político en su composición que la Corte podrá lograr ese propósito tan loable.

d) Reglamentación

Al crear el Consejo de la Magistratura, el constituyente reformador de 1994 se limitó a delinear algunos contornos de la institución con trazos gruesos y pocos definidos. Ello implica que ha delegado en el legislador ordinario aspectos relevantes, tanto de la estructura del nuevo órgano como de su funcionamiento.

Con respecto a la ley especial reglamentaria, el art. 114 dispone que deberá ser "sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara".

Además, la cláusula transitoria decimotercera de la reforma de 1994 expresa que "a partir de los trescientos sesenta días de la vigencia de esta reforma, los magistrados inferiores solamente podrán ser designados por el procedimiento previsto en la presente Constitución. Hasta tanto se aplicará el sistema vigente con anterioridad".

El Congreso de la Nación recién logró sancionar la ley reglamentaria 24.937 en las postrimerías del año 1997; norma que fue rápidamente modificada por la ley 24.939. Esas normas fueron unificadas mediante el texto ordenado dispuesto por el dec. 816/1999.

Dichas normas establecieron que el Consejo de la Magistratura "es un órgano permanente del Poder Judicial de la Nación" (art. 1°).

Se dispuso, asimismo, que el Consejo de la Magistratura estaría integrado por veinte miembros, según el siguiente detalle: 1) el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que lo presidía; 2) cuatro jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el sistema D'Hont, debiéndose garantizar la representación igualitaria de los jueces de Cámara y de primera instancia y la presencia de magistrados con competencia federal del interior de la República; 3) ocho legisladores designados por los presidentes de las Cámaras, a propuesta de los respectivos bloques políticos, correspondiendo cuatro legisladores a cada una de ellas, debiendo recaer la designación en dos legisladores del bloque mayoritario, en uno de la primera minoría y en uno de la siguiente minoría; 4) cuatro representantes de los abogados de la matrícula federal, designados por el voto directo de los profesionales que posean esa matrícula, con aplicación del sistema D'Hont y garantizando la presencia de abogados del interior del país; 5) un representante del Poder Ejecutivo, y 6) dos representantes del ámbito

científico y académico, de los cuales uno correspondía que fuera profesor titular de una cátedra universitaria de una facultad de derecho nacional y el otro una persona de reconocida trayectoria y prestigio que haya sido acreedora de menciones especiales en ámbitos académicos y/o científicos. En el primer caso, el Consejo Interuniversitario confeccionaba el padrón y organizaba la elección respectiva; en el segundo, el mismo Consejo lo elegía requiriéndose el voto de los dos tercios de sus miembros.

La reglamentación estableció que los consejeros durarían cuatro años en el ejercicio de sus funciones, pudiendo ser reelectos en una sola oportunidad consecutiva.

Para ser miembro del Consejo de la Magistratura se requería tener las condiciones exigidas para ser juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En cuanto a su funcionamiento las leyes 24.937 y 24.939 establecieron que el Consejo de la Magistratura actuaría por medio de sus comisiones y en sesiones plenarias. Se crearon cuatro comisiones: 1) de Selección y Escuela Judicial, 2) de Disciplina, 3) de Acusación y 4) de Administración y Financiera.

A su vez se facultó al nuevo órgano para el dictado de su propio reglamento.

Por otra parte y según las mencionadas normas, el quórum para sesionar en forma plenaria era de doce miembros y para la toma de decisiones sería exigida una mayoría absoluta de los miembros presentes, salvo, claro está, los casos de mayorías especiales.

Los concursos para cubrir vacantes judiciales deberían ser públicos y abiertos, de antecedentes y oposición y, en estos casos, la última decisión mediante la cual se conformara la terna definitiva debería ser adoptada por los dos tercios de los miembros presentes del Consejo siendo, de conformidad a la ley, irrecurrible.

Posteriormente, la ley 26.080 de 2006 modificó aspectos sustantivos tanto de la conformación, como del funcionamiento del Consejo de la Magistratura. En relación con lo primero determinó que el Consejo de la Magistratura estaría conformado por trece miembros, según el siguiente detalle: 1) tres jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el sistema D'Hont, debiéndose garantizar la representación igualitaria de los jueces de Cámara y de primera instancia y la presencia de magistrados con competencia federal del interior de la República; 2) seis legisladores, designados por los presidentes de las respectivas Cámaras, a propuesta de los bloques políticos parlamentarios, correspondiendo dos a la mayoría y uno a la primera minoría; 3) dos representantes de los abogados de la matrícula federal designados por el voto directo de los profesionales que posean esa matrícula,

debiendo uno de ellos tener domicilio en el interior del país; 4) un representante del Poder Ejecutivo, y 5) un representante del ámbito académico y científico que debería ser profesor regular de una cátedra universitaria de alguna facultad de derecho nacional y contar con una reconocida trayectoria y prestigio, el cual sería elegido por el Consejo Interuniversitario Nacional con mayoría absoluta de sus integrantes.

La nueva ley mantuvo en cuatro años la duración de los miembros del Consejo de la Magistratura, pero dispuso que sólo sería admisible la posibilidad de reelección con intervalo de un período.

Respecto de su funcionamiento, la ley 26.080 estableció que lo haría en sesiones plenarias y por medio de sus comisiones. Estas últimas se mantuvieron en cuatro, pero según el siguiente detalle: 1) de Selección de Magistrados y Escuela Judicial; 2) de Disciplina y Acusación; 3) de Administración y Financiera, y 4) de Reglamentación.

Fijó el quórum necesario para sesionar en forma plenaria en el número de siete miembros y la mayoría absoluta de los miembros presentes, para sus decisiones, salvo los casos de mayorías especiales establecidos en la misma normativa.

La ley 26.080 dispuso que el presidente del Consejo de la Magistratura debería ser designado por sus propios miembros, con una mayoría de dos tercios de los votos del total de sus integrantes.

En el nuevo régimen legal se mantuvo el criterio según el cual los concursos para cubrir vacantes judiciales deberían ser públicos y abiertos, de antecedentes y oposición y, en estos casos, la última decisión mediante la cual se conformaría la terna definitiva debería ser adoptada por los dos tercios de los miembros presentes del Consejo siendo ella irrecurrible. Empero, se estableció que "el plenario podrá revisar de oficio las calificaciones de los exámenes escritos, de los antecedentes, impugnaciones y dictámenes" (art. 9°).

Otra variante sustancial la constituyó el hecho de atribuirle carácter abrogatorio al concurso, si mediare un rechazo del pliego propuesto por el Poder Ejecutivo en el Senado de la Nación. En efecto establece el art. 9° de la ley 26.080 que "el rechazo por el Senado del pliego del candidato propuesto por el Poder Ejecutivo importará la convocatoria automática a un nuevo concurso para cubrir la vacante de que se trate".

El funcionamiento del Consejo de la Magistratura en su etapa fundacional y hasta la sanción de la ley 26.080 mereció apoyos y críticas. Expresamos con anterioridad que este ensamble de dos sistemas diferentes, como lo son el de designación política de los jueces y el que procura su nombramiento por idoneidad, lo hace endeble y vulnerable.

La ley 26.080, si bien incorpora algunos criterios, en nuestra opinión, superadores (v.gr.: la reducción del número de miembros del

Consejo de la Magistratura, la prohibición de la reelección inmediata de sus integrantes) también incrementa *a priori* la posibilidad de una excesiva politización en el proceso de selección de los magistrados judiciales.

En el año 2013, bajo el pretendido argumento de democratizar la justicia, el gobierno impulsó un conjunto de leyes, entre las cuales se sancionó y promulgó la ley 26.855 de reforma del Consejo de la Magistratura.

Por medio de dicha ley se sustituyeron los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 7°, 9°, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 24, 30 y 33 de la ley 24.937 y se incorporó el art. 3 bis, entre otras tantas modificaciones introducidas.

En lo sustancial la ley varió la composición del órgano, el procedimiento de elección de sus miembros, las atribuciones del plenario y las mayorías exigidas para la toma de decisiones.

En cuanto a la composición del órgano, quedaría integrado del siguiente modo: tres jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal (dos representantes por la lista que resulte ganadora por simple mayoría y uno por la que resulte en segundo lugar); tres representantes de los abogados de la matrícula federal, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal (dos representantes por la lista que resulte ganadora por simple mayoría y uno por la que resulte en segundo lugar); seis representantes de los ámbitos académico o científico, de amplia y reconocida trayectoria en alguna de las disciplinas universitarias reconocidas oficialmente, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal (cuatro representantes por la lista que resulte ganadora por simple mayoría y dos por la que resulte en segundo lugar); seis legisladores, a cuyo efecto, los presidentes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán tres legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos a la mayoría y uno a la primera minoría, y un representante del Poder Ejecutivo (art. 2°).

Respecto del procedimiento de elección de los miembros representantes del ámbito académico y científico, de los jueces y de los abogados de la matrícula federal, su elección se realizaría en forma conjunta y simultánea con las elecciones nacionales en las cuales se eligiera presidente.

La elección sería por una lista de precandidatos postulados por agrupaciones políticas nacionales que postularan fórmulas de precandidatos presidenciales, mediante elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias.

No podrían constituirse agrupaciones políticas al único efecto de postular candidaturas al Consejo de la Magistratura, al igual que oficializar candidaturas a más de un cargo y por más de una agrupación política.

Las precandidaturas y, en su caso, candidaturas a consejeros de la Magistratura integrarían una única lista con cuatro (4) representantes titulares y dos (2) suplentes de los académicos, dos (2) representantes titulares y un (1) suplente de los jueces y dos (2) representantes titulares y un (1) suplente de los abogados de la matrícula federal.

La lista conformaría un cuerpo de boleta que iría adherida a la derecha de las candidaturas legislativas de la agrupación por la que fueran postulados, que a ese efecto manifestarían la voluntad de adhesión a través de la autorización expresa del apoderado nacional ante el Juzgado Federal Electoral de la Capital Federal.

Tanto el registro de candidatos como el pedido de oficialización de listas de candidatos a consejeros del Consejo de la Magistratura se realizarían ante esa misma sede judicial.

A su vez, se dispuso que se aplicarían para la elección de integrantes del Consejo de la Magistratura, del ámbito académico y científico, de los jueces y de los abogados de la matrícula federal, las normas del Código Electoral Nacional, las leyes 23.298, 26.215, 24.012 y 26.571, en todo aquello que no estuviera previsto en la ley 26.855 y que no resultara opuesta a sus disposiciones (art. 4°)²⁴.

²⁴ Asimismo, se modificaron los requisitos exigidos para ser consejero. El art. 4° de la ley 24.937 fijaba como requisitos para ser consejero, las mismas condiciones exigidas para ser juez de la Corte Suprema. En cambio la nueva ley, estableció que para ser consejero se deben reunir las condiciones mínimas exigidas para ser diputado.

Además, dispuso que no podrían ser consejeros aquellas personas que hubieran desempeñado cargo o función pública jerárquica durante la última dictadura cívico-militar o respecto de quienes se verifiquen condiciones éticas opuestas al respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos.

En cuanto a las atribuciones del plenario se introdujeron numerosas reformas en los distintos incisos que integran el art. 7° de la ley 24.937 y sus modificatorias.

Referida a la facultad reglamentaria, se establecía que el plenario tendría la atribución de "dictar los reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye la Constitución Nacional y esta ley a fin de garantizar una eficaz prestación del servicio de la ministración de justicia. A tal fin, entre otras condiciones, deberá garantizar: a. Celeridad en la convocatoria a nuevos concursos al producirse las respectivas vacantes. b. Agilidad y eficiencia en la tramitación de los concursos. c. Contralor sobre el acceso igualitario y por concurso a la carrera judicial, tanto para empleados como para funcionarios. d. Igualdad de trato y no discriminación en los concursos para acceder a cargos de magistrados entre quienes acrediten antecedentes relevantes en el ejercicio de la profesión o la actividad académica o científica y aquellos que provengan del ámbito judicial. e. Capacitación permanente" (inc. 2°).

Una de las principales innovaciones se estableció en el inc. 6° en el que dispuso que: "Por mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros podrá instruir a la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial que proceda a la convocatoria a concursos con anterioridad a la producción de vacantes, orientados por fuero e instancia judiciales. Entre

En el marco de fuertes críticas, los distintos sectores afectados por la nueva norma (colegios de abogados, asociaciones de magistrados, partidos políticos y abogados) impulsaron diversos reclamos judiciales con el fin de declarar la inconstitucionalidad de varios de sus artículos. En particular plantearon la inconstitucionalidad de la nueva integración del Consejo de la Magistratura por cuanto vulnera el equilibrio que debe existir entre los diferentes estamentos que lo componen, el modo de selección de los consejeros representantes de abogados, jueces, académicos y científicos por elecciones directas, por cuanto vulnera su representatividad, entre otros.

Las causas iniciadas fueron varias²⁵ y la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de expedirse al resolver el caso "Rizzo, Jorge Gabriel v. Poder Ejecutivo Nacional"²⁶ el 18 de junio de 2013. Allí se resolvió que "la ley resulta inconstitucional en cuanto: a) rompe el equilibrio al disponer que la totalidad de los miembros del Consejo resulte directa o indirectamente emergente del sistema político partidario, b) desconoce el principio de representación de los esta-

quienes aprueben el concurso previo se confeccionará una nómina, cuya vigencia será de cinco (5) años. Dentro de dicho plazo, en función de las vacantes que se produzcan, el plenario establecerá la cantidad de ternas que deberán cubrirse con los postulantes incluidos en la nómina, por riguroso orden de mérito. Una vez conformadas dichas ternas, la vigencia de la nómina caducará", y en el inc. 9º al establecer que deben: "Dictar los reglamentos para la designación de jueces subrogantes y designar jueces subrogantes en los casos de licencia o suspensión del titular y en casos de vacancia para los tribunales inferiores de acuerdo a la normativa legal vigente".

A su vez, especificó que la aprobación de los concursos y la remisión de las temas vinculantes al Poder Ejecutivo debían adoptarse por la mayoría absoluta del total de los miembros (inc. 7º).

En cuanto a su participación en la conformación del anteproyecto de presupuesto anual del Poder Judicial, mantuvo las mismas facultades, pero estableció que deben atenderse los criterios de transparencia y eficiencia en la gestión de los recursos públicos (inc. 10).

En cuanto a la apertura del procedimiento de remoción de los jueces se modificaron la mayoría exigida, fijada en la ley vigente en dos tercios de los miembros presentes (inc. 7º, art. 7º de la ley 24.937) por la mayoría absoluta de los miembros totales (inc. 15).

A su vez, tanto la remoción como las sanciones disciplinarias, podrían disponerse respecto de los jueces titulares, subrogantes y jubilados convocados de conformidad con el art. 16 de la ley 24.018.

También se reducía el quórum para sesionar que sería de diez miembros y sus decisiones se adoptarían por la mayoría absoluta de los miembros presentes, salvo mayoría especial indicada en la ley (art. 7º, ley 26.855). En cuanto a las comisiones, se mantuvieron en cuatro y se varió su integración.

²⁵ A modo de ejemplo se pueden citar: "Spinelli, Ana María v. Estado Nacional", "Federación Argentina de Colegios de Abogados v. Estado Nacional", "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otros v. Estado Nacional", "Fargosi, Alejandro Eduardo v. Estado Nacional", "Lopez Kölln, Valeria Andrea v. Estado Nacional", "De Felipe, Ricardo v. Estado Nacional", "Será Justicia v. Estado Nacional", "Colegio de Abogados Departamento Judicial de La Plata, Levene Fernando Pablo v. Poder Ejecutivo Nacional", "Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires v. Poder Ejecutivo Nacional", entre muchos otros.

²⁶ No publicado aún en la colección de *Fallos* de la Corte, referencia R.369.XLIX.

mentos técnicos al establecer la elección directa de jueces, abogados, académicos y científicos, c) compromete la independencia judicial al obligar a los jueces a intervenir en la lucha partidaria, y d) vulnera el ejercicio de los derechos de los ciudadanos al distorsionar el proceso electoral".

La Corte declaró la inconstitucionalidad de los arts. 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855 y del dec. 577/2013 y dispuso que mantuviera su vigencia el régimen anterior previsto en las leyes 24.937 y sus modificatorias 24.939 y 26.080 y dejó sin efecto el llamado a elecciones para los nuevos cargos de consejeros.

Por consiguiente, en lo concerniente a la composición del órgano, como al modo de elecciones de los consejeros, se mantiene vigente el régimen anterior.

Consideramos que la Corte de Justicia de la Nación ha dictado un fallo ejemplar, acorde con los principios republicanos y democráticos que inspiraron a los fundadores de nuestra patria. Como intérprete final de nuestra Constitución y cumpliendo con el deber de defender su supremacía, decretó la inconstitucionalidad de aquellos artículos que estaban en evidente contradicción con el sistema previsto y diseñado por los constituyentes de 1994 que incorporaron la figura del Consejo de la Magistratura en aras de alcanzar una mayor transparencia y mejorar la calidad de los funcionarios que se desempeñan en el Poder Judicial y del servicio de justicia.

IV. LOS JUECES EN COMISIÓN

En el derecho público de nuestro país, la expresión "en comisión" es usada para aludir a la situación en que se hallan determinados funcionarios o agentes públicos que en el ejercicio de su función sólo tienen carácter provisorio o precario y no gozan de estabilidad plena. Aplicada al ámbito judicial, los jueces "en comisión" son aquellos designados provisoriamente por el Poder Ejecutivo, en épocas de receso parlamentario, para cubrir vacantes. No tienen inamovilidad, porque les falta el acuerdo del Senado.

El art. 99, en su inc. 19, dispone que el presidente de la Nación "puede llenar las vacantes de los empleos, que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima legislatura".

La disposición tiene su origen en la Constitución de los Estados Unidos, que en el art. II de la sección 2ª establece que "el presidente tendrá el poder de llenar todas las vacantes que puedan sobrevenir durante el receso del Senado, otorgando comisiones que expirarán al fin del siguiente período de sesiones del Congreso".

En el derecho público provincial, los nombramientos en comisión —llamados, en algunos casos, “transitorios”— están contemplados en varias provincias, aunque con condiciones mucho más rigurosas y términos más breves.

Estas disposiciones forman parte, en nuestro criterio, del derecho constitucional extraordinario, lo cual supone que su aplicación debe restringirse a los casos absolutamente necesarios. Su aplicación amplia y extensiva tiene que ser observada con reserva y hasta con desconfianza.

La cláusula de nuestra Constitución federal plantea algunas dudas en cuanto a su interpretación: a) ¿Es necesario que la vacante se produzca durante el receso parlamentario, o puede ser anterior? b) ¿Qué significado cabe atribuir a la expresión “al fin de la próxima legislatura”? c) ¿Puede el Poder Ejecutivo pedir luego el acuerdo de un candidato diferente para cubrir la vacante?

a) Respecto de la primera cuestión, entendemos que no es forzoso que la vacante se haya producido durante el receso parlamentario, aun cuando cabe ser exigente en la interpretación de la norma, en cuanto se trata de una situación de emergencia cuya solución siempre deber guardar compatibilidad con los fines de la Constitución. No sería válido, por tanto, que el Poder Ejecutivo, por meras razones de especulación política, demorara ex profeso la cobertura de vacantes esperand el receso parlamentario.

Una muy interesante cuestión se planteó en 1990, cuando la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en acuerdo general, resolvió tomar juramento a dos jueces, sobre un total de siete, que habían sido designados “en comisión” por el Poder Ejecutivo.

Tal discriminación estuvo basada en que los primeros habían sido nombrados para cubrir vacantes producidas en épocas de receso parlamentario, situación que no se daba respecto de los cinco restantes. En cuanto a estos últimos, se difirió ese acto a las resultas de lo que dispusiera la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Este último Tribunal dictó la res. 1494/1990, en la cual sostuvo el criterio amplio de interpretación de la cláusula constitucional que convalidó las designaciones. En minoría se pronunció el juez Belluscio, quien entendió que la norma constitucional debía ser interpretada restrictivamente²⁷.

²⁷ Fallos 313:1232. Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., “El nombramiento de los jueces en comisión”, ED 140:717. También se puede consultar allí el texto completo de la resolución 1494/1990 y el acuerdo general de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

A la expresión “receso”, con relación al Senado, la entendemos referida al período del año legislativo que no se halla cubierto por las sesiones ordinarias y, eventualmente, por las de prórroga.

b) La frase “al fin de la próxima legislatura”, como término de expiración de los nombramientos “en comisión”, resulta ambigua.

Interpretamos que ante la imprecisión de la norma cabe reconocer el criterio amplio, según el cual el período legislativo está integrado por las sesiones ordinarias y, eventualmente, las de prórroga y las extraordinarias; es el que comienza el 1 de marzo de cada año y termina el último día de febrero del año siguiente.

c) Respecto de la tercera cuestión, entendemos que no resulta incompatible con la cláusula constitucional en análisis la propuesta de un candidato diferente del designado en comisión, si bien este supuesto deber tener una justificación suficientemente razonable. Con ello nos apartamos de una arraigada doctrina constitucional en sentido contrario.

Los nombramientos realizados “en comisión” están sujetos a una condición suspensiva²⁸. Si esa designación no se integra con la intervención del Consejo de la Magistratura —una vez constituido— y del Senado, caducará en el término fijado por la Constitución.

Los jueces designados “en comisión” no gozan tampoco de una inamovilidad irrevocable durante el período de su designación; pueden ver acortado el lapso de permanencia en la función por la designación de otro magistrado judicial con los recaudos previstos en la Constitución Nacional. Así, por lo demás, lo dispuso la Corte Suprema al resolver el caso “Montero, Belisario s/amparo” de 1958²⁹.

Interpretamos que dichos magistrados pueden también ser removidos, en su caso, por aplicación del procedimiento que para tal fin está previsto respecto de los demás jueces.

Consideramos que una vez instalado el Consejo de la Magistratura, el Poder Ejecutivo deberá requerir a este órgano —si se tratare de la cobertura de vacantes de jueces inferiores—, antes de efectuar la designación en comisión, una terna vinculante de candidatos. Este recaudo sólo podrá ser soslayado en el caso de que no se halle en funcionamiento el Consejo o ante una irrazonable demora de éste en la elevación de la terna. La existencia de ésta será, no obstante, requisito indispensable para realizar la elección de la propuesta definitiva que se someterá al acuerdo del Senado.

²⁸ Conf. BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, 2ª ed., Roque Depalma, Buenos Aires, 1954, p. 523.

²⁹ Fallos 241:151.

Creemos, por lo demás, que los nombramientos en comisión han perdido legitimación después de la reforma constitucional de 1994, al haber ampliado ésta el período de sesiones ordinarias del Congreso de la Nación de seis a nueve meses. Por ello hubiera sido aconsejable, a nuestro entender, la supresión del inc. 19 del art. 99 de la Constitución.

V. LA INAMOVILIDAD DE LOS JUECES

El art. 110 de la Constitución Nacional establece el principio de inamovilidad, que tradicionalmente aparece vinculado a las garantías que aseguran la independencia del Poder Judicial. Dispone la citada cláusula constitucional:

Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta.

A este respecto Joaquín V. González expresaba: "Se ha propuesto nuestra Constitución, como la de los Estados Unidos, con la inamovilidad de los jueces, asegurar su independencia no sólo respecto a los otros poderes del Gobierno, sino también con respecto al pueblo, porque tiene la facultad de juzgar los actos de unos y otros para mantenerlos dentro de los términos de la Constitución. Una ley que crease un tribunal nacional con funciones limitadas en el tiempo, sería nula en cuanto a este tiempo y no podría desempeñar ninguna parte del Poder Judicial de la Nación"³⁰.

La reforma de 1994 atenuó los alcances de este principio, al preceptuar que "un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de 75 años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite" (art. 99, inc. 4°).

La norma alcanza a todos los jueces federales, incluso a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El nuevo nombramiento que necesitarán estos magistrados, una vez cumplidos los 75 años de edad, no requerirá la intervención del Consejo de la Magistratura y provendrá, en consecuencia, de una nueva propuesta del Poder Ejecutivo y el posterior acuerdo del Senado.

La inamovilidad, por tanto, aparece ahora limitada por razones de edad (haber cumplido 75 años) y también adviene en nuestra Cons-

³⁰ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 551.

titución la periodicidad para ciertos nombramientos judiciales (el de aquellos magistrados que ya han cumplido esa edad). No estimamos conveniente esta limitación, sobre todo en momentos en que los adelantos científicos y la mejoría en la calidad de vida indican que a esa edad una persona puede conservarse en las condiciones de aptitud para desempeñar la función judicial. Si ello no sucediera y el propio magistrado no lo reconociera, siempre estaría expedito el procedimiento de remoción previsto en los arts. 53, 59 y 60 y 114 y 115 de la Constitución, según el caso.

Bidart Campos juzga inconstitucional la aplicación de la norma respecto de los jueces que han sido designados con anterioridad al establecimiento de ella, entendiéndolo que a partir de su nombramiento han adquirido un derecho de función que no puede ser alterado en su sustancia durante el tiempo de su desempeño³¹.

Por nuestra parte, no creemos que la disposición contenida en el último párrafo del inc. 4° del art. 99 sea inconstitucional cuando se la aplica a magistrados judiciales designados con anterioridad al advenimiento de ella, en cuanto emana del poder constituyente; pero sí la juzgamos inconveniente.

Según la disposición transitoria undécima, la limitación prevista en el art. 99, inc. 4°, entrará en vigor "a los cinco años de la sanción de esta reforma constitucional". Ello significa que la aplicación de aquella norma respecto de quienes fueron designados con anterioridad a la sanción de ella corresponderá recién a partir del 22 de agosto de 1999.

Como lo hemos analizado en el capítulo referido al poder constituyente y a la reforma constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Fayt, Carlos Santiago v. Estado Nacional s/ proceso de conocimiento"³², del 19 de agosto de 1999, declaró nula la cláusula contenida en el art. 99, inc. 4°, apartado tercero, de la Constitución Nacional, así como la disposición transitoria undécima, ambas introducidas por la reforma de 1994.

En cuanto al régimen establecido en las constituciones provinciales, en líneas generales, siguen los lineamientos de la Constitución Nacional originaria. Sin embargo algunas provincias han establecido límites temporales en razón de la edad del magistrado o bien se trata de cargos que tienen una vigencia temporal.

³¹ Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI, Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 449.

³² Fallos 322:1616. Sobre este caso puede verse HERNÁNDEZ, Antonio M., *El caso Fayt y sus implicancias constitucionales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1991.

Así la Constitución de Catamarca en el art. 195 establece que los magistrados e integrantes del Ministerio Público son inamovibles hasta cumplir la edad de setenta y cinco años.

La Constitución de Chaco establece en el art. 154 que los magistrados que se encuentren en condiciones de acceder a la jubilación podrán optar por su permanencia en el cargo hasta haber cumplido los setenta años. Cumplida esa edad será necesario un nuevo nombramiento para mantenerse en el cargo.

La Constitución de La Rioja en el art. 130 disponía que los miembros del Tribunal Superior de Justicia y el Procurador General, a partir de los setenta y cinco años de edad requerirán de una nueva propuesta y designación para mantenerse en el cargo, la que se prolongará durante cinco años más y podría repetirse indefinidamente. Sin embargo estas limitaciones fueron eliminadas en la última reforma constitucional de 2008.

La Constitución de Santa Fe, que en su art. 88, luego de consagrar la inamovilidad de los magistrados y funcionarios del Ministerio Público, establece que cesa su inamovilidad a los sesenta y cinco años de edad si están en condiciones de obtener jubilación ordinaria.

La Constitución de Salta en el art. 156 establece un sistema dual. Respecto de los jueces de la Corte de Justicia duran seis años en sus funciones pudiendo ser nombrados nuevamente. En cambio los jueces inferiores son inamovibles hasta tanto puedan obtener la jubilación, en cuyo caso, un nuevo nombramiento del Poder Ejecutivo, precedido de igual acuerdo, pero sin la intervención del Consejo de la Magistratura, será necesario para mantener en el cargo al magistrado por cinco años más, pudiendo tal designación repetirse por igual trámite.

Por último, la Constitución de Santiago del Estero en la reforma de 2005 introdujo una cláusula similar a la de la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994. En el art. 178 establece que la inamovilidad de los miembros del Poder Judicial cesa al alcanzar la edad de 70 años, en cuyo caso, un nuevo nombramiento del Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura será necesario para mantenerse en el cargo, en cuyo caso la designación será por cinco años.

En cuanto a la validez de estas cláusulas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1999, en la causa "Iribarren, Casiano Rafael v. Santa Fe, provincia de s/acción declarativa"³³, tuvo oportunidad de expedirse al respecto. Iribarren, en su condición de juez de la

³³ Fallos 322:1253. El juez Vázquez en su considerando 24 expresó que "establecido, entonces, que el principio de la inamovilidad vitalicia de los jueces hace a la forma republicana de gobierno que adoptó la Constitución Federal, forzoso resulta concluir que su aplicación se impone, sin condicionamientos, a las administraciones judiciales provinciales en función de lo establecido por el art. 5° de la Constitución Nacional".

Corte Suprema de la provincia de Santa Fe, inició una acción declarativa de certeza contra ese Estado a fin de lograr un pronunciamiento que declare la inconstitucionalidad del art. 88 de su Constitución en cuanto dispone el cese de la inamovilidad de los magistrados a partir de los 75 años de edad si están en condiciones de obtener la jubilación ordinaria. La Corte en aquella oportunidad por mayoría hizo lugar a la acción declarando la inconstitucionalidad de la cláusula constitucional.

Asimismo, en el año 2002, a raíz de dos amparos iniciados respectivamente por Alfredo Ricardo Amerisse³⁴ y por Luis Ramón Casermeiro³⁵, jueces de cámara, la Corte hizo lugar a las medidas cautelares solicitadas contra la provincia de Salta, decretando la prohibición de innovar, con relación a las acciones que se pudieran adoptar fundadas en el art. 156 de la Constitución provincial, que determinaba el cese de la inamovilidad en el momento en el que el magistrado pudiera obtener la jubilación. Posteriormente, el Tribunal no tuvo oportunidad de expedirse sobre el fondo de la cuestión, dado que en el año 2008 hizo lugar a una excepción de incompetencia planteada por la provincia³⁶.

La inamovilidad comprende, además del grado, la instancia, el tribunal y la sede³⁷. Ello imposibilita que un juez pueda ser trasladado de un tribunal a otro –aun cuando esto suponga un ascenso en su carrera– si no media el consentimiento del propio magistrado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció este alcance amplio de la inamovilidad en el caso "Dana Montaña", al sostener que "el traslado de los jueces importa la violación de la garantía aludida [de la inamovilidad] si no media el consentimiento de los trasladados o los superiores intereses de una mejor organización de la justicia" ("Dana Montaña, Salvador M." de 1945³⁸).

Al resolver el caso "Barraco Mármol, Rodolfo" (acordada) de 1945, la Corte ordenó la libertad y la reposición en el cargo de un juez federal de la ciudad de Córdoba que había sido arrestado y separado de su función luego de haber acogido varios hábeas corpus que cuestionaban medidas dispuestas por el Poder Ejecutivo *de facto* en aplicación del estado de sitio³⁹.

³⁴ Fallos 325:3514.

³⁵ Esta decisión de la Corte no ha sido publicada en *Fallos* pero se la puede encontrar en *Fallos Completos* C.1429.XXXVII, "Casermeiro, Luis Ramón v. Salta, Provincia de s/amparo", sentencia del 18 de diciembre de 2002.

³⁶ Fallos 331:1302.

³⁷ Fallos 316:451, voto en disidencia del juez Fayt (considerando 20).

³⁸ Fallos 201:245 (voto del juez Tomás D. Casares).

³⁹ Fallos 203:5.

En los casos "Grau, Armando Emilio" y "Ventura Estévez", ambos de 1974, la Corte Suprema respaldó la inamovilidad de magistrados judiciales a quienes se pretendía trasladar sin su consentimiento, exigiendo además que el cargo a cubrir fuera nuevo y de igual jerarquía⁴⁰.

Con posterioridad, la Corte en minoría se pronunció por una postura contraria en los casos "Del Castillo" y "Valle Puppo"⁴¹. En el primero de ellos, el juez Bacqué se pronunció en contra de los traslados de magistrados sin nuevo acuerdo senatorial y en el segundo, los jueces Petracchi y Belluscio se manifestaron por la no admisión de traslados con posterioridad a la reforma de 1994.

VI. LAS INCOMPATIBILIDADES

La Constitución Nacional no contiene, en la sección tercera dedicada al Poder Judicial, disposición alguna que se refiera a las incompatibilidades para ejercer la magistratura judicial.

En cambio, el art. 34 de nuestra Ley Suprema se limita a disponer que "los jueces de las cortes federales no podrán serlo al mismo tiempo de los tribunales de provincia"⁴².

Pese a este virtual silencio constitucional, entendemos que para que la garantía de la independencia del Poder Judicial sea realmente efectiva se ha de admitir un rígido régimen de incompatibilidades que puede emanar de la ley.

Así, el dec.-ley 1285/1958, luego de la modificación introducida por la ley 21.341, dispone:

Es incompatible la magistratura judicial con toda actividad política, con el ejercicio del comercio, con la realización de cualquier actividad profesional, salvo cuando se trate de la defensa de los intereses personales, del cónyuge, de los padres y de los hijos, y con el desempeño de empleos públicos o privados, excepto la comisión de estudios de carácter honorario. No estará permitido el desempeño de los cargos de rector de universidad, decano de facultad o secretario de las mismas. Los magistrados de la justicia nacional podrán ejercer, exclusivamente,

⁴⁰ Fallos 288:386 y 288:387, respectivamente.

⁴¹ Fallos 313:330, considerando 9º, y 319:339, respectivamente.

⁴² Al respecto, explica Joaquín V. González que además de consignar el principio de la separación entre los gobiernos de provincia y de la Nación, se corrigió un grave abuso, dado que durante el gobierno de la Confederación, en el Paraná, los jueces federales estaban también en la Corte de la Provincia de Entre Ríos, trastornando todo el orden judicial, de allí que la reforma de 1860 haya incorporado el art. 34, cuyo fundamento doctrinal es asegurar la imparcialidad de la Corte Federal que debe juzgar las causas en las que son parte las Provincias (GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, cit., p. 555).

la docencia universitaria o de enseñanza superior equivalente, con la autorización previa y expresa, en cada caso, de la autoridad judicial que ejerza la superintendencia. A los jueces de la Nación les está prohibido practicar juegos de azar, concurrir habitualmente a lugares destinados a ellos o ejecutar actos que comprometan la dignidad del cargo [art. 9º].

A su vez, en el Reglamento para la Justicia Nacional (acordada del 17/12/1952 y sus modificatorias) se establecen las obligaciones de magistrados, funcionarios y empleados, entre las cuales se enuncian algunas incompatibilidades a saber:

a) Residir en el lugar en que desempeñen sus tareas o dentro de un radio de pronta comunicación que no exceda de 70 kilómetros del mismo. La Corte Suprema podrá dispensar temporalmente de esta obligación a los magistrados de todas las instancias, y a los funcionarios y empleados de ella. Los demás funcionarios y empleados deberán requerir esta dispensa de las respectivas cámaras de apelaciones que, en el caso de concederlo, deberán comunicarlo a la Corte Suprema con expresión de causa: b) guardar absoluta reserva con respecto a los asuntos vinculados con las funciones de los respectivos tribunales; c) no evacuar consultas ni dar asesoramiento en los casos de contienda judicial actual o posible; d) no gestionar asuntos de terceros ni interesarse por ellos, salvo los supuestos de representación necesaria; e) no podrán estar afiliados a partidos o agrupaciones políticas, ni actuar en política (la presente prohibición no rige respecto de los empleados conforme a lo dispuesto por el art. 10 del mismo reglamento); f) rehusar dádivas o beneficios; g) no practicar juegos por dinero, ni frecuentar lugares destinados a ellos; h) levantar en el plazo de sesenta días contados desde la fecha de su notificación cualquier embargo que se trabare sobre sus sueldos o el concurso que se hubiere decretado. Excepcionalmente, y con mención explícita de la razón que lo determine, la respectiva autoridad de superintendencia podrá ampliar este plazo o aun eximir al interesado del cumplimiento de esta obligación; i) no ejercer profesiones liberales ni aun con motivo de nombramientos de oficio o a propuesta de partes; j) no ejercer el comercio ni actividad lucrativa alguna sin autorización de la respectiva autoridad de superintendencia; k) no desempeñarán ningún empleo público o privado, aun con carácter interino, sin autorización de la respectiva autoridad de superintendencia. Dicha autorización no podrá acordarse para cargos de naturaleza política. Exceptúanse los cargos docentes y las comisiones de estudio, pero los magistrados no podrán desempeñar cargos docentes en la enseñanza primaria o secundaria. La autorización a que se refiere el segundo párrafo del presente artículo no podrá ser concedida para agentes que se desempeñen como personal administrativo y técnico del Poder Judicial y aspiren a ocupar otro cargo en la órbita de ese organismo, ya sea en calidad de personal permanente o contratado; l) no practicar deportes como profesional; m) no participar en asociaciones profesionales, con excepción de las

mutualistas, ni en comisiones directivas de ninguna asociación, sin autorización de la respectiva autoridad de la superintendencia [art. 8°].

VII. LA REMUNERACIÓN

El art. 110 de la Constitución Nacional determina, en su parte final, que los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación "recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones".

El sentido de la disposición transcrita creemos que es claro: no se debe admitir que los poderes políticos interfieran en la independencia del Poder Judicial regulando arbitrariamente el sueldo de los magistrados; es decir, produciendo disminuciones irrazonables que tengan el propósito de alterar ese carácter esencial.

Sin embargo, consideramos que una correcta hermenéutica de esa cláusula constitucional obliga a entenderla en armonía con las restantes disposiciones de ella, que establecen, entre sus mismas finalidades, la de "afianzar la justicia" y que garantizan el principio de igualdad, ínsito, por lo demás, en el sistema republicano de gobierno.

Por ello discrepamos de la interpretación judicial que ha prevalecido en cuanto al entendimiento del art. 110, última parte, de la Constitución Nacional. Dicha norma no ha establecido la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces, sino sólo la prohibición de que éstas sean disminuidas en manera alguna. Advertimos que el adjetivo "intangible" alude a aquello "que no debe o no puede tocarse". El precepto constitucional no confiere un privilegio sino que tiende a asegurar la estricta vigencia de una garantía necesaria. En la doctrina constitucional participan también de este criterio Bielsa, Linares Quintana, Haro y Bidart Campos⁴³. En cambio, sostienen el criterio amplio de la intangibilidad Joaquín V. González y González Calderón⁴⁴.

No ha sido coincidente con la posición que sustentamos la interpretación realizada por la Corte Suprema, que en el caso "Bonorino Peró, Abel y otros v. Estado nacional s/amparo" de 1985, entendió

⁴³ Conf. BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, cit., p. 563; LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. IX, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, p. 758; HARO, Ricardo, *Derecho constitucional*, t. II, Advocatus, Córdoba, 1995, p. 398; BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, cit., t. II, p. 232.

⁴⁴ Conf. GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, 24ª ed., cit., p. 580 y GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 553.

que "el art. 96 de la Constitución [actual art. 110], con relación a las remuneraciones, prohíbe disminuirlas en manera alguna, lo que aparte de vedar la alteración nominal por actos del príncipe impone la obligación constitucional de mantener su significado económico; [garantizando] la irreductibilidad de los sueldos judiciales". Esta postura fue ratificada por la Corte Suprema en el caso "Brieba, Rodolfo Jorge v. Estado nacional" de 1987⁴⁵.

Con el mismo criterio, se sostiene que la remuneración que perciben los jueces no puede ser objeto de retenciones por impuestos, aportes asistenciales y hasta previsionales sin que medie acuerdo previo del magistrado. Creemos que ello representa una flagrante violación del principio de igualdad ante la ley y desnaturaliza el verdadero sentido de la norma constitucional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que la contribución exigida por la ley impositiva que pretende gravar las remuneraciones de los jueces con el impuesto a la renta es inconstitucional (caso "Fisco nacional v. Rodolfo Medina" de 1936⁴⁶).

La doctrina sentada por dicho fallo fue acogida por la ley 20.628 de 1973, que en su art. 20, inc. p), dispuso la exención del impuesto para "los sueldos que tienen asignados en los respectivos presupuestos los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, miembros de los tribunales provinciales, vocales de las Cámaras de Apelaciones, jueces nacionales y provinciales, vocales de los tribunales de Cuentas y tribunales Fiscales de la Nación y las provincias". Por el inc. r) se extendía la exención a los haberes jubilatorios y a las pensiones. Estas exenciones se mantuvieron vigentes hasta el dictado de la ley 24.631 mediante la cual se modificaron algunos aspectos del impuesto a las ganancias.

Sin embargo, el mismo tribunal, mediante acordada 20/1996⁴⁷, declaró la inaplicabilidad del art. 1° de la ley 24.631, en cuanto derogaba las exenciones contempladas con respecto al pago del impuesto a las ganancias en lo que atañe a los magistrados judiciales⁴⁸. Cabe aclarar que la Corte reiteró aquella regla según la cual la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces no es un privilegio establecido en su favor, sino una garantía establecida por la Constitución para asegurar la independencia del Poder Judicial, motivo por el cual, los magistrados no se encuentran exentos del impuesto a las ganancias en

⁴⁵ Fallos 307:2174 y 310:2173, respectivamente.

⁴⁶ Fallos 176:73.

⁴⁷ La acordada fue suscripta por los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Boggiano y Bossert.

⁴⁸ LL, Suplemento de Derecho Constitucional del 16/8/1996, p. 10.

razón de su persona, sino que la exención es propia de la función, por ello deben tributar respecto de todos los ingresos que percibieren por otros títulos” verbigracia, por el ejercicio de la docencia⁴⁹.

Luego, en el caso “Gutiérrez, Oscar Eduardo v. ANSeS”⁵⁰ del 11 de abril de 2006, la Corte integrada por conjueces, decidió favorablemente sobre la extensión de la exención del impuesto a las ganancias a los jueces provinciales.

Más recientemente, durante los años 2012 y 2013, se inició un nuevo debate en torno a la aplicación del impuesto a las ganancias a los miembros del Poder Judicial, el que fue impulsado por un pedido público que efectuó la presidenta de la Nación, Cristina Fernández, en el Congreso de la Nación, en el acto de apertura del 131° período de sesiones ordinarias, el 1 de marzo de 2013, en el marco del programa denominado “democratización de la justicia”, impulsado por el oficialismo. Sin embargo, la situación no varió.

Por último, cabe acotar que la Corte Suprema, a raíz de una nota que envió la procuradora general de la Nación, exhortando al trabajo conjunto para la implementación del impuesto a las ganancias, cuya exención se hizo extensiva a los miembros del Ministerio Público, manifestó que la Procuración y la Defensoría General son órganos “extra poder” según la Ley Orgánica del Ministerio Público y la Constitución reformada en 1994, por lo que la acordada que exceptúa a los jueces del pago de ganancias, no alcanza a fiscales y defensores, motivo por el cual entendieron que desde el año 1994 no existe ningún impedimento para que el Ministerio Público actúe como agente de retención del impuesto a las ganancias, que por lo demás es su obligación hacerlo.

En los Estados Unidos, si bien la Constitución contiene una cláusula idéntica al art. 110 de la nuestra (art. III, sección 1^a), en una primera etapa la Corte consideró que no se podía imponer el impuesto a los réditos a un juez federal, ya que ello implicaría una disminución inconstitucional de sus remuneraciones (caso “Evans v. Gore” de 1920). En cambio, previa revocación de esta doctrina por ley del Congreso, a partir de 1939 la Corte Suprema, al resolver el caso “O’Malley v. Woodrought”, mediante el voto del juez Frankfurter, entendió que “sugerir que el impuesto tiene injerencia sobre la independencia de los jueces [...] es hacer trivial la gran experiencia histórica sobre la cual se basaron las garantías dadas por los redactores del art. III”⁵¹. Nos adherimos plenamente a este último criterio interpretativo.

⁴⁹ Acordada 20/1996, considerando 12.

⁵⁰ Fallós 329:1092.

⁵¹ Conf. PRITCHETT, Herman, *La Constitución americana*, TEA, Buenos Aires, 1965, p. 160.

En este sentido la Corte federal norteamericana, hacia 1980, en el caso “United States v. Hubert L. Will” (449 U.S. 200.)⁵², reafirmó la garantía de la irreductibilidad de las remuneraciones de los magistrados, frente al dictado de varias leyes del Congreso que reducían las remuneraciones de los jueces federales al impedir la aplicación de actualizaciones monetarias fijadas con anterioridad. El Máximo Tribunal, por unanimidad hizo lugar a la demanda iniciada por trece jueces federales del distrito de Illinois, respecto de dos de las normas cuestionadas.

VIII. EL PROCEDIMIENTO DE REMOCIÓN

a) Diferentes sistemas

La Constitución Nacional establecía, antes de la reforma de 1994, que los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores sólo podían ser removidos por el procedimiento del juicio político.

Concretada esa revisión constitucional, los jueces de la Corte continuaban sujetos a la posibilidad de remoción por juicio político, pero los jueces inferiores pueden ser removidos por un jurado de enjuiciamiento (art. 115), después que el Consejo de la Magistratura haya dispuesto “la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, [...] y formular la acusación correspondiente” (art. 114). También le incumbe a este último órgano, según la misma norma, ordenar la suspensión del acusado.

b) El jurado de enjuiciamiento

El nuevo art. 115, incorporado por la reforma de 1994, establece en su primera parte que “los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el art. 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal”.

El jurado de enjuiciamiento de magistrados tiene su origen en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1873 (arts. 190 a 194 y 196). La naturaleza de esta institución ha sido poco estudiada; en el ámbito provincial ha fluctuado entre la de un tribunal judicial y la de un tribunal político. Pensamos, empero, que su origen es claro

⁵² Citado por FAYT, Carlos S., *Intangibilidad de las retribuciones de los jueces del Poder Judicial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 30/2.

y está asociado al juicio por jurados, que tenía muy amplia inserción en la citada Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1873. Sin embargo, advertimos que con el tiempo ese perfil se ha desdibujado y su naturaleza, en la actualidad, resulta ambigua.

El argumento preferido para justificar la inclusión de este órgano en la Constitución Nacional es la incapacidad operativa del juicio político. Estamos de acuerdo con este aserto, pero llamamos la atención en el sentido de que no resulta suficiente la ineficacia de una institución para augurar el éxito de otra que se incorpora.

La norma constitucional deja librado a la ley definir importantes aspectos orgánicos y funcionales de la nueva institución. Respecto de esta cláusula reglamentaria, dispone el art. 115 que "en la ley especial a que se refiere el art. 114, se determinará la integración y procedimiento de este jurado". Son aplicables, en consecuencia, la mayoría legislativa prevista en el art. 114 y el plazo indicado en la cláusula transitoria decimotercera.

Si bien el art. 115 determina que el fallo del jurado de enjuiciamiento "será irrecorrible", entendemos que esa condición no puede impedir el ejercicio de un razonable control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial. En los últimos años, la propia Corte Suprema de Justicia ha venido abriendo esa posibilidad revisando juicios políticos y pronunciamientos de jurados de enjuiciamiento provinciales, en resguardo de las garantías del debido proceso.

Es de recordar que antes de la reforma de 1994 y del advenimiento del jurado de enjuiciamiento en el orden federal, la Corte Suprema de Justicia admitió la revisión judicial en el caso "Nicosia, Alberto Oscar s/recurso de queja"⁵³ citando los precedentes que habían tenido lugar en casos resueltos anteriormente, referidos a juicios políticos pertenecientes al ámbito de las provincias. Allí se sostuvo que las decisiones en materia de los llamados juicios políticos y enjuiciamientos de magistrados configuran cuestión justiciable cuando se invoca por la parte interesada la violación del derecho de defensa en juicio (conf. considerando 10). Sin embargo, más allá de haber dado inicio a un proceso de revisión en sede judicial en resguardo del debido proceso, la Corte aclara que "lo atinente a la interpretación de la Constitución en orden a las causales de destitución por juicio político y, desde luego, la apreciación de los hechos materia de acusación a la luz de dicha exégesis, conforman ámbitos depositados por la Ley Fundamental en el exclusivo y definitivo juicio del Senado, y, por tanto, no revisables judicialmente" (considerando 15).

⁵³ Fallos 316:2940.

En sentido análogo en el caso "Fernando Bulcourf"⁵⁴, resuelto el 4 de octubre de 1994, la Corte sostuvo que "las críticas del recurrente son insuficientes para demostrar que en el proceso eminentemente político de remoción de un magistrado en el orden provincial se ha violado la garantía de la defensa en juicio y no se advierte cuál es la defensa de la que se vio privado por la selección de pruebas que efectuó el jurado ni en qué consiste la lesión al principio de congruencia si los hechos que fueron examinados y juzgados por el jurado para concluir calificando la conducta como motivadora de la destitución fueron los mismos hechos en los que se basó la acusación, más allá de su encuadre jurídico" y que "la subsunción de los hechos en las causales de remoción y la apreciación de la prueba relativa a las acciones u omisiones del enjuiciado, constituyen ámbitos reservados al criterio de quienes por la ley están encargados en forma excluyente del juicio de responsabilidad política del magistrado" (considerando 6°).

Por su parte en la causa "Brusa, Víctor Hermes s/pedido de enjuiciamiento"⁵⁵ del 11 de diciembre de 2003, la Corte admitió la revisión judicial de la decisión adoptada por el jurado de enjuiciamiento, en lo que hace al examen de la existencia de alguna violación a la garantía de defensa en juicio durante el proceso respectivo y expreso que el jurado de enjuiciamiento no tiene naturaleza judicial y por lo tanto su sola intervención no satisface los requerimientos del art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica, según lo ha entendido la Corte Interamericana, es por ello que "una interpretación rígidamente literal de la "irrecorribilidad" consagrada en el art. 115 de la Constitución Nacional resultaría incompatible con las normas internacionales de igual jerarquía que en forma contemporánea incorporó la Reforma Constitucional de 1994, y que, junto con dicha Constitución, configuran el bloque de la constitucionalidad argentina" (considerando 9°).

En efecto, se sostuvo que la irrecorribilidad prevista en el art. 115 de la Ley Fundamental no ha vedado una muy excepcional y restrictiva revisión judicial, por lo tanto, "no podrá la Corte sustituir el criterio del jurado en cuanto a lo sustancial del enjuiciamiento, esto es, el juicio sobre la conducta de los jueces. En cambio, sí será propio de su competencia, por vía del recurso extraordinario, considerar las eventuales violaciones —nítidas y graves— a las reglas del debido proceso y a la garantía de la defensa en juicio".

Más próximo en el tiempo se encuentran los casos "Lona, Ricardo s/pedido de enjuiciamiento"⁵⁶ del 10 de febrero de 2004 y "Torres

⁵⁴ Fallos 317:1098.

⁵⁵ Fallos 326:4816.

⁵⁶ Fallos 327:46.

Nieto, Mirta Carmen s/su enjuiciamiento⁵⁷” del 13 de marzo de 2007, en los cuales se reiteraron los criterios antedichos.

Asimismo, cabe destacar que, en el caso “García Collins, Jorge”⁵⁸ del 26 de octubre de 2004, el Máximo Tribunal precisó que el alcance limitado de la revisión que compete a la Corte y la falta de prueba de una concreta violación a la garantía del debido proceso, determina la suerte del recurso extraordinario, puesto que ni la subsunción de los hechos en las causales de destitución, ni la apreciación de los extremos fácticos o de derecho que han llevado al jurado a adoptar la remoción e inhabilitación, constituyen materia de pronunciamiento dado que no se trata de que el órgano judicial constituya un tribunal de alzada y sustituya el criterio de quienes por imperio de la ley están encargados en forma excluyente del juicio de responsabilidad política del magistrado. En este caso se trataba de la destitución de un juez provincial.

La Corte ha mantenido a lo largo de sus fallos el criterio expuesto en el precedente “Nicosia” reconociendo la revisión judicial de las decisiones de los jurados de enjuiciamiento, pero limitando este control al respeto del debido proceso y en particular el derecho de defensa en juicio, con un criterio estricto y evitando entrometerse en facultades privativas de otros poderes. En efecto, el criterio estricto se advierte en el caso “Galeano, Juan José s/pedido de enjuiciamiento⁵⁹” del 9 de marzo de 2010 en el cual resolvió que “corresponde desestimar la queja si, contrariamente a lo que sostiene la defensa, durante el desarrollo del proceso de enjuiciamiento, los miembros del Jurado tuvieron un conocimiento pleno de la causa judicial y de la actuación que en ella tuvo el magistrado enjuiciado, así como pudieron formar su juicio sobre los hechos imputados, a tal punto que desestimaron la mayoría de los cargos por los que fue acusado, por lo que las críticas no puede superar el riguroso criterio de revisión que se exige en la materia, porque el recurrente en ningún caso acredita de modo palmario e inequívoco un apartamiento sustancial y grave del procedimiento previsto para adoptar el pronunciamiento cuestionado, ni demuestra que la reparación del supuesto perjuicio sea conducente para variar la suerte del proceso” (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema).

En cuanto a su reglamentación, las leyes 24.937 y 24.939 establecieron que el Jurado de Enjuiciamiento sería integrado por nueve miembros, conforme al siguiente detalle: 1) tres jueces, de los cuales uno sería un juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, elegi-

⁵⁷ Fallos 330:725.

⁵⁸ Fallos 327:4635.

⁵⁹ Fallos 333:181.

do por sus pares y los otros dos jueces de Cámara, también elegidos por sus pares; 2) tres legisladores, dos de ellos senadores, elegidos por la Cámara, uno correspondiente a la mayoría y el otro a la primera minoría. El restante provendría de la Cámara de Diputados y sería elegido por mayoría de votos; 3) tres abogados de la matrícula federal, elegidos dos en representación de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, debiendo al menos uno de ellos pertenecer a la matrícula federal del interior del país y el restante en representación del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal elegido por el mismo sistema utilizado para elegir los miembros del Consejo de la Magistratura.

Las citadas normas dispusieron igualmente que los miembros del Jurado de Enjuiciamiento duraran en sus funciones durante cuatro años, pudiendo ser reelectos en forma inmediata una sola vez. Ello significa que, en este caso, el legislador se inclinó por un Jurado de Enjuiciamiento de carácter permanente, a diferencia del existente en algunas provincias que es *ad hoc* en cuanto es sorteado y se constituye para entender en un solo caso.

En relación con su funcionamiento se estableció que “el procedimiento ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados será oral y público y deberá asegurar el derecho de defensa del acusado” y que “el fallo que decida la destitución deberá emitirse con mayoría de dos tercios de votos”.

La ley 26.080 modificó la integración del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados que disminuyó a siete miembros según el siguiente detalle: 1) dos jueces de Cámara, debiendo uno pertenecer al fuero federal del interior de la República y el otro a la Capital Federal; 2) cuatro legisladores, dos por el Senado y dos por la Cámara de Diputados de la Nación, uno por la mayoría y otro por la primera minoría, y 3) un abogado de la matrícula federal. La designación de sus miembros debe realizarse por sorteo semestral, que se realizará en los meses de julio y diciembre de cada año, entre los inscriptos en las listas que previamente se confeccionarán en cada caso.

El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados previsto por la ley 26.080 lo es por seis meses y sus integrantes, así elegidos, durarán en sus cargos mientras se encuentren en trámite los juzgamientos de los magistrados que les hayan sido encomendados y sólo con relación a éstos.

El desempeño de las funciones será considerado carga pública y ninguna persona podrá integrar el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados en más de una oportunidad.

Otra novedad prevista por la ley 26.080 es la mención de las causales idóneas para considerar que existe mal desempeño de un magistrado judicial. Así se mencionan: 1) el desconocimiento inexcu-

sable del derecho; 2) el incumplimiento reiterado de la Constitución Nacional, normas legales o reglamentarias; 3) la negligencia grave en el ejercicio del cargo; 4) la realización de actos de manifiesta arbitrariedad en el ejercicio de sus funciones; 5) los graves desórdenes de conducta personales; 6) el abandono de sus funciones; 7) la aplicación reiterada de sanciones disciplinarias, y 8) la incapacidad física o psíquica sobreviviente para ejercer el cargo.

Sin embargo, el buen criterio del legislador que optó por determinar las circunstancias específicas capaces de generar la existencia de la causal de mal desempeño de sus funciones, se debilita cuando afirma que la enumeración que de ellas hace es "entre otras" (art. 17).

El procedimiento de juzgamiento de un magistrado se inicia con la presentación de la acusación formulada por el Consejo de la Magistratura, de la cual se le da traslado al juez acusado. Luego se sustancia la prueba. Concluido este período la acusación y la defensa producen un informe oral ante el Jurado de Enjuiciamiento. Finalmente éste resuelve si el juez debe ser destituido o debe ser mantenido en el cargo.

IX. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

a) Su importancia política y judicial

La Corte Suprema de Justicia de la Nación es el vértice de uno de los poderes del Estado. Comparte con el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo el gobierno de aquél, lo cual torna innegable su importancia política.

Una de sus manifestaciones más relevantes es el ejercicio del control de constitucionalidad. Por medio de él interpreta las normas constitucionales haciendo realidad el conocido aforismo, acuñado por Charles Evans Hughes, según el cual "la Constitución es lo que los jueces dicen que es". Resulta de tal magnitud esta función, que puede llegar a modificar sustancialmente el entendimiento de la Ley Suprema, siempre por medio de la interpretación judicial. Ello indujo a Woodrow Wilson a afirmar, con referencia a la Suprema Corte de los Estados Unidos, que ésta era "una Convención Constituyente en sesión permanente".

Otra manifestación importante de su función política es la referida a sus facultades de control con relación a los otros poderes del Estado. En ejercicio de ellas ha paralizado el cumplimiento de actos dispuestos por aquéllos como se desprende de estos ejemplos:

a) El 14 de marzo de 1903, la Corte se negó a tomarle juramento a un juez federal que había sido designado por el presidente provisorio del Senado, en ejercicio del Poder Ejecutivo, pero omitiendo

prestar el juramento previsto por el entonces art. 80 de la Constitución Nacional⁶⁰.

b) Por acordada del 2 de abril de 1945, se negó a recibirle juramento al Dr. Fernando Dupuy designado por el Poder Ejecutivo *de facto* para integrar una Cámara de Apelaciones en Resistencia, considerada innecesaria por la Corte⁶¹.

c) Por acordada del 7 de marzo de 1968, rehusó efectuar el sorteo y las designaciones previstas por el art. 3° de la ley 17.642, de enjuiciamiento de magistrados provinciales, cuyo tribunal se integraba con un miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y dos presidentes de superiores tribunales de provincia⁶².

No fue menor la importancia que tuvieron algunos pronunciamientos judiciales de la Corte Suprema, como en el caso "Fernández Arias, Elena v. Poggio, José" de 1960, por el cual declaró la inconstitucionalidad de las cámaras paritarias de arrendamientos y aparcerías rurales, creadas por la ley, que dirimían los conflictos con fuerza de cosa juzgada sin permitir que se recurriera a la vía judicial y en el caso "Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal v. Gobierno de la Provincia de Salta" de 1967, en el cual sostuvo la atribución privativa del Poder Judicial para la declaración de la inconstitucionalidad de una ley⁶³.

En otros pronunciamientos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la existencia de sus propios poderes implícitos (casos "Pérez de Smith, Ana María y otros" de 1977; "Recchia de Schedan, Virginia Rita s/hábeas corpus" de 1983 y "Cocchia, Jorge D. v. Estado nacional y otro" de 1993⁶⁴). Este tema será objeto de estudio en el capítulo siguiente, donde lo desarrollaremos con más amplitud.

Desde la perspectiva estrictamente judicial la Corte, como cabeza del Poder Judicial, desempeña un papel rector. Si bien sólo decide en los casos concretos sometidos a su consideración, en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales sus decisiones son, por lo general, tenidas en cuenta por los tribunales inferiores.

Si bien la Constitución nada dice sobre los efectos vinculantes de los fallos emanados de la Corte Suprema, es el propio Tribunal Superior de la República quien ha expresado que "si bien [este tribunal]

⁶⁰ Esta decisión de la Corte no ha sido publicada en *Fallos* mas aparece mencionada en el voto del juez Repetto correspondiente a la acordada del 2/4/1945 (Fallos 201:241), sin cita de publicación. Se la nombra, en ese voto, como "resolución".

⁶¹ Fallos 201:239.

⁶² Fallos 270:85.

⁶³ Fallos 247:646 y 269:243, respectivamente.

⁶⁴ Fallos 297:338; 305:504, y 316:2624, respectivamente.

sólo decide en los casos concretos que le son sometidos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a las conclusiones arribadas en aquéllos, a menos que sustenten sus discrepancias en razones no examinadas o resueltas por el tribunal" (caso "Caporale, Susana y otros s/infracción a la ley 23.737" de 1995⁶⁵).

En sentido concordante, el mismo tribunal tiene resuelto que "carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que [...] se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición adoptada por el tribunal" (caso "Losa, Miguel" del 2 de marzo de 1993⁶⁶), criterio que fue reiterado en el caso Tejerina, Romina Anahí" del 7 de noviembre de 2006⁶⁷ y en el caso "Casa Casmma SRL" del 26 de marzo de 2009⁶⁸, al remitir al dictamen del procurador general que expuso que "si bien la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos y sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a sus sentencias, por lo que carecen de fundamento aquéllas que se apartan de los precedentes del Tribunal sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el mismo, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, especialmente en supuestos donde dicha posición fue expresamente invocada por el apelante".

En forma semejante sostuvo que "si bien la Corte Suprema sólo decide en los casos concretos que le son sometidos y su fallo no resulta obligatorio para otros análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquélla" (caso "Autolatina Argentina SA" del 13 de marzo de 2007⁶⁹).

Al decir de Néstor P. Sagüés, la Corte en sus inicios aceptó simplemente que los jueces inferiores debían seguir la doctrina judicial sentada en sus veredictos⁷⁰; luego calificó tal deber como "moral"⁷¹; más tarde como "institucional"⁷²; para con el tiempo, seguir afirmando el

⁶⁵ Fallos 318:2103.

⁶⁶ Fallos 316:221.

⁶⁷ Fallos 329:4931.

⁶⁸ Fallos 332:616.

⁶⁹ Fallos 330:704.

⁷⁰ Ver Fallos 9:53, "Magdalena Videla v. Vicente García Aguilera" de 1870.

⁷¹ Ver Fallos 25:368, "Bernardo Pastorino, capitán de la barca Nuovo Principio v. Ronillón, Marini y Compañía" de 1883; 304:898, "Rodríguez Blanco de Serrao, I.C." de 1982; 307:1094, "Cerámica San Lorenzo" de 1985; 328:103, "Aduana de Campana" de 2005, y 330:4040, "Papelería Pedotti SA s/infracción a la ley 23.771" de 2007.

⁷² Ver Fallos 212:59, 315:2386.

valor vinculante de sus sentencias tanto en temas de derecho federal como de derecho común⁷³.

b) Creación

La Corte Suprema de Justicia de la Nación es el único tribunal judicial cuya creación deriva directamente de la Constitución Nacional. Los demás tribunales son creados por ley del Congreso Nacional, conforme lo determinan los arts. 75, inc. 20 y 108 de la Constitución.

A pesar de que la disposición constitucional referida a la Corte Suprema de Justicia de la Nación estaba contenida en la Constitución originaria de 1853, fue recién el 15 de enero de 1863 que quedó instalado este tribunal.

Ello fue consecuencia de la sanción, el 13 de octubre de 1862, de la ley 27 de organización de la justicia federal, que le permitió al presidente Bartolomé Mitre designar, con acuerdo del Senado, a los miembros de la primera Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fueron ellos: Francisco de las Carreras, Valentín Alsina, Salvador María del Carril, Francisco Delgado y José Barros Pazos. Como primer procurador general fue designado Francisco Pico.

Si bien Valentín Alsina era quien había sido nombrado como presidente de la Corte Suprema, su prematura renuncia –antes de hacerse cargo de sus funciones– motivó la designación en tal carácter de Francisco de las Carreras.

Cabe destacar que los juristas nombrados, además de tener una indudable jerarquía jurídica, eran considerados opositores al gobierno, aspecto que fue especialmente valorado por el presidente Mitre.

c) Composición, requisitos y residencia

La Constitución de 1853 había establecido que la Corte Suprema de Justicia de la Nación estaba "compuesta de nueve jueces y dos fiscales, y residirá en la Capital".

La reforma de 1860 eliminó la referencia a la integración, la cual quedó delegada, a partir de entonces, a una ley del Congreso. Dicha modificación –entendamos– fue inconveniente y constituyó un evidente desacierto de esa reforma. En favor de la modificación se argumentó que era conveniente que el Congreso de la Nación pudiera adecuar la composición del tribunal a las distintas etapas institucionales del país.

⁷³ Conf. SAGÜÉS, Néstor P., "La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema", LL 2008-E-837. También puede verse GARAY, Alberto, *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013.

Ello, en nuestra opinión, terminó perjudicando la independencia del Poder Judicial.

También la exigencia de la residencia en la Capital fue suprimida, pasando a constituir igualmente una materia regulada por el Congreso. Esta modificación estuvo inspirada en la necesidad de contar con una Corte ambulatoria, que fuera capaz de estar al alcance de todos los habitantes. Empero, tal pretensión, que tuvo sus antecedentes en los Estados Unidos, no fue llevada a la práctica.

La ley 27 de 1862, antes referida, dispuso que la Corte Suprema estaría compuesta por cinco jueces y un procurador general (art. 6°). El mismo criterio adoptó la ley 13.998 (art. 21) de 1950.

El dec.-ley 1285/1958 del 4 de febrero de 1958, mantuvo la misma composición (art. 21).

La ley 15.271 de 1960, aumentó el número de miembros de la Corte Suprema a siete, previa consulta efectuada a la propia Corte por el entonces presidente Arturo Frondizi, que recibió la opinión negativa de este tribunal en la acordada del 25 de agosto de 1958⁷⁴.

En 1964, durante la presidencia de Arturo Illia, se remitió al Congreso de la Nación un proyecto de ley que preveía, entre otros aspectos, aumentar a once el número de miembros de la Corte. La iniciativa sólo contó con la aprobación del Senado.

La ley 16.895 de 1966, promulgada durante el gobierno *de facto* del presidente Onganía, volvió al criterio anterior de cinco miembros y un procurador general.

La ley 23.774, sancionada en 1990 en medio de fuertes críticas, elevó a nueve el número de integrantes de la Corte Suprema. Este mismo tribunal había vertido su criterio contrario a la modificación mediante la acordada 44 del 22 de septiembre de 1989⁷⁵.

La ley 26.183, sancionada en 2006, volvió a fijar en cinco el número de miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableciendo un período de transición que permite su reducción en forma paulatina. Al respecto en el art. 3° de esa norma se dispuso que “desde la entrada en vigencia de la presente ley se reducirá transitoriamente a siete el número de jueces que la integran. A partir de dicha reducción, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adoptarán por el voto mayoritario de cuatro de sus miembros”. A continuación establece que en oportunidad de producirse una nueva

⁷⁴ Fallos 241:112. Esta negativa de la Corte no se fundamentaba, sin embargo, en que no era necesario el aumento del número de miembros que se proponía, sino en su insuficiencia. La opinión mayoritaria sostenía que “esta Corte Suprema considera de toda necesidad y urgencia aumentar a nueve el número de miembros del Tribunal, en consideración al elevado monto de causas”. En disidencia se pronunció el juez Aristóbulo Aráoz de Lamadrid.

⁷⁵ Fallos 312:1513.

vacante definitiva, los miembros quedarán reducidos transitoriamente a seis, durante cuyo funcionamiento las decisiones se adoptarán por el voto mayoritario de cuatro de sus miembros. Luego de operada una nueva vacante definitiva, el número de miembros quedará reducido a cinco y las decisiones a adoptar lo serán por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, lo que equivale a tres votos.

Las condiciones para desempeñarse como miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación están establecidas en el art. 111 de la Constitución Nacional que dispone:

Ninguno podrá ser miembro de la Corte Suprema de Justicia, sin ser abogado de la Nación con ocho años de ejercicio, y tener las calidades requeridas para ser senador.

La calidad de “abogado de la Nación” debe ser probada con el respectivo título universitario de un establecimiento superior oficial o privado, siempre que cuente con el reconocimiento de la autoridad federal.

El cómputo de los “ocho años de ejercicio” ha sido interpretado por la doctrina constitucional de diferentes formas. Mientras algunos autores sostienen que basta la mera antigüedad desde la expedición del título (Bidart Campos), otros entienden que se debe exigir la prueba del ejercicio efectivo de la profesión (Romero, Ekmekdjian, Zarini)⁷⁶. En la práctica, empero, ha prevalecido el primer criterio.

En cuanto a “las calidades requeridas para ser senador”, cabe hacer remisión al art. 55 de la Constitución. De las condiciones allí exigidas, sin embargo, sólo resultan aplicables la edad mínima de 30 años y los seis años —al menos— de ejercicio de la ciudadanía.

d) El juramento

El art. 112 de la Constitución Nacional dispone que “en la primera instalación de la Corte Suprema, los individuos nombrados prestarán juramento en manos del presidente de la Nación, de desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución. En lo sucesivo lo prestarán ante el presidente de la misma Corte”⁷⁷.

⁷⁶ Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, cit., t. II, p. 221; ROMERO, César E., *Derecho constitucional*, t. II, Víctor de Zavallía, Buenos Aires, 1976, ps. 278/9; EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Manual de la Constitución argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 470; ZARINI, Helio J., *Constitución argentina*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 416.

⁷⁷ La Constitución de los Estados Unidos en el art. VI establece que los funcionarios judiciales se obligan bajo juramento o declaración solemne a sostener la Constitución, disposición esta que fue utilizada por el juez Marshall, en el famoso caso “Marbury v. Madison” de 1803,

La Ley Fundamental requiere, en este caso —como lo hace respecto de los integrantes de los otros poderes del Estado—, un juramento. Tratándose de los miembros de la Corte Suprema de Justicia deben prestarlo comprometiéndose a administrar justicia “bien y legalmente”. Ello significa la exigencia de la subordinación, en primer lugar, al valor “justicia” y después a la ley, siempre que ésta tienda a la realización de aquélla.

e) La presidencia de la Corte

La Constitución Nacional ha previsto que la Corte Suprema de Justicia tenga un presidente. El art. 59 determina que en caso de juicio político “cuando el acusado sea el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema”.

A su vez, el art. 112 establece:

En la primera instalación de la Corte Suprema, los individuos nombrados prestarán juramento en manos del presidente de la Nación, de desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución. En lo sucesivo, lo prestarán ante el presidente de la misma Corte.

En consecuencia, queda claro que la Corte Suprema tiene un presidente y que éste debe ser uno de sus propios miembros. Se discute, en cambio, si la designación del presidente de la Corte, como tal, debe ser fruto de una decisión autónoma del propio tribunal o si puede emanar de los poderes políticos, ya sea en el momento de la designación como integrante del tribunal o después de ella.

Hasta 1930, la designación del presidente de la Corte Suprema fue efectuada invariablemente por el presidente de la Nación. En ese año, Hipólito Yrigoyen había designado presidente de la Corte a José Figueroa Alcorta, pero dicho nombramiento no se llegó a comunicar a causa del golpe de Estado que depuso a aquél el 6 de septiembre de ese año.

Ya en el ejercicio del poder, el presidente *de facto* Uriburu le comunicó a la Corte que consideraba que la designación de su presidente era una facultad que le incumbía al propio tribunal. En virtud de ello, la Corte nombró al mismo José Figueroa Alcorta como su presidente vitalicio.

para argumentar en favor de la revisión judicial, al decir que “resulta inhumano imponer ese juramento sobre ellos” “si fuesen a ser utilizados como instrumentos [para violar lo que juraron observar]” (CURRIE, David P., *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*, Zavalía, Buenos Aires, 1993, p. 30).

En 1932, producida la muerte de Figueroa Alcorta, la Corte designó presidente a Roberto Repetto. Sin embargo, en este caso el presidente de la Nación, Agustín P. Justo, dictó un decreto nombrando también como presidente del tribunal al mismo juez, pero reivindicando la facultad del Poder Ejecutivo para efectuar esa designación.

De allí en adelante, la Corte siguió designando a su propio presidente y así lo dispusieron también la ley 13.998 (art. 21) y el dec.-ley 1285/1958 (art. 21).

En 1964, un proyecto de ley enviado por el presidente Illia al Congreso de la Nación —el mismo que establecía la división en salas de la Corte Suprema— propiciaba que el presidente de esta última fuera designado por el presidente de la República con acuerdo del Senado y en forma vitalicia. Ello mereció la opinión crítica del propio tribunal en nota dirigida al presidente de la Comisión de Interior y Justicia del Senado de la Nación⁷⁸. La iniciativa, como adelantamos, no tuvo sanción parlamentaria.

En 1988, un proyecto de ley elevado por el presidente Raúl Alfonsín propició diversas modificaciones en la estructura y el funcionamiento de la Corte Suprema. Entre ellas, se preveía que la designación del presidente del Máximo Tribunal fuera realizada por el Poder Ejecutivo y tuviera una duración de cuatro años. La iniciativa no obtuvo sanción legislativa.

En la actualidad continúa vigente el régimen de designación de autoridades por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el cual es —creemos— el que mejor compatibiliza con el principio de independencia del Poder Judicial. La duración del mandato del presidente de la Corte Suprema ha sido prevista en tres años.

f) La división en salas

La división en salas de un tribunal de justicia implica la conformación de órganos judiciales más pequeños, integrados por dos o más jueces, que conforme se autoriza y organiza por ley ejercen plenamente la competencia de aquél respecto de las causas sometidas a su consideración. Para que proceda la división son requisitos necesarios: a) la existencia de un tribunal colegiado y b) la autorización de la ley.

La división en salas constituye un instrumento operativo que tiende a hacer más rápida y eficiente la labor judicial.

En nuestro país se ha discutido si esta división en salas puede alcanzar también a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

⁷⁸ El texto de la nota puede verse en LL 115-461.

La doctrina constitucional, en general, se ha mostrado escéptica al respecto⁷⁹.

Bidart Campos sostiene que al estar creada la Corte por la Constitución, fijado el número de sus miembros por la ley, asignada su competencia originaria por la Constitución y la derivada por la ley con base constitucional, corresponde que ella ejerza en pleno su competencia como Supremo Tribunal de la Constitución⁸⁰.

En 1960, por iniciativa del presidente Arturo Frondizi, el Congreso de la Nación sancionó la ley 15.271, que facultó a la Corte Suprema de Justicia –sin obligarla– para dividirse en salas. Pese a que la ley se halla aún vigente, la Corte nunca resolvió dividirse en salas adoptando una actitud que estaría indicando un implícito pronunciamiento de inconstitucionalidad con respecto al tema.

g) Reglamento y nombramiento de empleados

La Constitución originaria de 1853 le había otorgado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación facultades amplias en materia de reglamentación y remoción de empleados, que abarcaban “su reglamento interior y económico” y el nombramiento de “todos sus empleados subalternos”.

La reforma de 1994 restringió estas atribuciones, disponiendo que “la Corte dictará su reglamento interior y nombrará a sus empleados” (art. 113). Este recorte de facultades es consecuencia de la creación del Consejo de la Magistratura, órgano al cual le han sido atribuidas las facultades de “administrar los recursos y la ejecución del presupuesto” del Poder Judicial y el dictado de “los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia” (art. 114).

X. LA ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA FEDERAL

La justicia federal es aquella que fue creada y estructurada por la Constitución Nacional. Dispone ésta:

El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación [art. 108].

⁷⁹ Se pronuncian en contra de esta posibilidad, entre otros, LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado...*, cit., t. IX, p. 786; ROMERO, César E., *Derecho constitucional*, cit., t. II, p. 277, y ZARINI, Helio J., *Análisis de la Constitución*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 412.

⁸⁰ BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, cit., t. II, p. 223.

Los “demás tribunales inferiores” que el Congreso ha creado, en cumplimiento del citado mandamiento constitucional, se hallan distribuidos en todo el territorio de la República; se trata de los juzgados federales (órganos unipersonales de primera instancia) y las cámaras federales de apelación (órganos colegiados –de tres o más miembros– de segunda instancia o revisión).

A las cámaras federales de apelación de las ciudades de Buenos Aires, Córdoba, La Plata y Paraná –todas ellas creadas por la ley 4055 de 1902– se agregaron después las de Rosario, Bahía Blanca, Mendoza, Tucumán, Resistencia, San Martín, Comodoro Rivadavia, Posadas, Mar del Plata, Corrientes, Salta y General Roca.

Los juzgados federales de primera instancia están distribuidos en número variable en la Capital Federal, en la provincia de Buenos Aires y en las principales ciudades del interior del país.

La ley 24.121 de 1992, dictada con el propósito de implementar las reformas previstas en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984 de 1991), creó la Cámara de Casación Penal –compuesta por trece miembros y dividida en cuatro salas–, cuya jerarquía institucional es superior a la de las cámaras de apelaciones e inferior, obviamente, a la de la Corte Suprema de Justicia.

La misma ley dispuso la creación de tribunales orales en lo criminal federal con asiento en la Capital Federal y en distintas ciudades del país.

XI. LA ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA PROVINCIAL

El Poder Judicial a que estamos haciendo referencia es el establecido por la Constitución Nacional y el que recibe, en consecuencia, la denominación de federal.

Cada provincia, además, debe organizar su propio Poder Judicial local en virtud de lo establecido en el art. 5º de nuestra Ley Suprema, según el cual “cada provincia dictará para sí una Constitución [...] que asegure su administración de justicia”.

En cumplimiento de este mandato constitucional, cada una de las provincias ha organizado su Poder Judicial, el cual tiene a su cargo el control de constitucionalidad (art. 31), la aplicación de la legislación común (art. 75, inc. 12) y las demás atribuciones que le asigne la respectiva Constitución provincial y normas locales.

Si bien median algunas diferencias importantes entre los diversos sistemas de organización de la justicia, todos ellos prevén la existencia de un tribunal superior local (que recibe distintas denominaciones), de cámaras de apelaciones y de juzgados de primera instancia; en algunos casos se agrega a ellos la justicia de paz.

En la mayoría de los sistemas se establece la organización de diversos fueros, dedicados a las principales materias (Civil y Comercial, Penal, Laboral, Contencioso administrativo, Familia, Minería, etc.).

La Constitución de la Provincia de Tucumán, de 1990, creó por primera vez en el país un Tribunal Constitucional (arts. 133 y 134).

XII. LA ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

La reforma constitucional de 1994 introdujo en nuestra Ley Fundamental el nuevo art. 129, según el cual “la ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción”.

En ejercicio de estas nuevas atribuciones en el año 1996 la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictó su norma fundamental, en cuyo artículo 107 establece:

“ El Poder Judicial de la Ciudad lo integra el Tribunal Superior de Justicia, el Consejo de la Magistratura, los demás tribunales que la ley establezca y el Ministerio Público.

El art. 106 de la misma normativa estatuye:

Corresponde al Poder Judicial de la ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales, así como también organizar la mediación voluntaria conforme la ley que la reglamente. Ejerce esta competencia, sin perjuicio del juicio por jurados que la ley establezca.

En el año 1998 se sancionó y promulgó la ley orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires (ley 7) que a la fecha ha sufrido varias reformas. En su art. 7º, inc. 4º, se establecen cuáles serán los tribunales inferiores⁸¹ y en los arts. 29 a 49 se fija la composición y competencia de los distintos órganos.

Sin embargo, la ley de garantías 24.588 (Ley de garantía de los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires) –dictada

⁸¹ Art. 7º, inc. 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires estatuye: “La Cámara de Casación en lo Penal, las cámaras de apelaciones en lo civil, en lo comercial, del trabajo, en lo criminal y correccional; los tribunales orales en lo criminal y de menores; las cámaras contencioso administrativo y tributario y en lo contravencional y de faltas; y los juzgados de primera instancia en lo civil, en lo comercial, en lo criminal y correccional, del trabajo, de menores, en lo contravencional y de faltas, de ejecución y seguimiento de sentencia, en lo contencioso administrativo, los tribunales de vecindad y el tribunal electoral”.

como consecuencia de la disposición transitoria decimoquinta de la misma reforma– dispuso:

La justicia nacional ordinaria de la ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación.

La ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales [art. 8º].

Es por ello que en la actualidad sólo se encuentran en funcionamiento el Tribunal Superior de Justicia y dos de los fueros: el Contencioso Administrativo y Tributario, y el Penal, Contravencional y de Faltas, cuyas estructuras están compuestas por una Cámara de apelaciones y diversos juzgados de primera instancia.

Consideramos que este cercenamiento de facultades judiciales que el gobierno de la ciudad de Buenos Aires ha sufrido en virtud de la ley citada es inconstitucional.

Con posterioridad y haciendo uso de la facultad prevista en el art. 6º de la ley 24.588, se celebró en el año 2000, entre el presidente de la Nación, Fernando de la Rúa y el jefe de gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Aníbal Ibarra, un convenio de transferencia progresiva de competencias penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que fue aprobado por la ley 25.752 en julio de 2003.

Por medio de dicho acuerdo “los hechos de tenencia y portación de armas de uso civil y su suministro a quien no fuera legítimo usuario [...] cometidos en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, serán investigados por el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y juzgados por sus jueces competentes [...]” (cláusula 1ª).

A su vez, en el año 2004 se celebró un nuevo convenio entre el presidente de la Nación, Néstor Kirchner y el jefe de gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Aníbal Ibarra, aprobado por ley 26.357, en marzo de 2008, por medio del cual se transfiere la competencia en la investigación y juzgamiento de determinados delitos cometidos en el territorio de la ciudad, con excepción de la competencia federal. La norma refiere a los delitos de lesiones en riña, abandono de personas, omisión de auxilio, exhibiciones obscenas, matrimonios ilegales, amenazas, violación de domicilio, usurpación, daños, ejercicio ilegal de la medicina y los tipificados por las leyes 13.944, 14346 y 23.592 –art. 3º–.

A su turno, la ley de estupefacientes 26.052, en su art. 2º, estableció que los delitos previstos y penados por la ley 23.737 serán de

competencia federal en todo el país, excepto para aquellas provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que a través del dictado de una ley de adhesión, opten por asumir su competencia con ciertas condiciones y alcances, a saber: art. 5º, incs. c) y e) de la ley 23.737, cuando se comercie, entregue, suministre o facilite estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor; el supuesto del art. 5º, penúltimo párrafo de la ley 23.737 (cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal), art. 5º, último párrafo de la ley 23.737 (cuando la entrega, suministro o facilitación fuere ocasional y a título gratuito y por su escasa cantidad y demás circunstancias surgiera inequívocamente que es para uso personal de quien lo recepta), art. 14 de la ley 23.737 (tenencia de estupefacientes), art. 29 de la ley 23.737 (falsificación de recetas médicas) y arts. 204, 204 bis, 204 ter y 204 quáter del Código Penal.

Por último, en el año 2011 se sancionó y promulgó la ley 26.702 por medio de la cual se transfiere la competencia para investigar y juzgar los delitos y contravenciones cometidos en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que estaban en cabeza de la justicia nacional ordinaria y pasan a la competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, exceptuando la materia federal. Entre las nuevas figuras, a modo de ejemplo se pueden citar: lesiones; duelo; abuso de armas; violación de domicilio; incendio y otros estragos; impedimento u obstrucción de contacto; penalización de actos discriminatorios; delitos y contravenciones en el deporte y en espectáculos deportivos, entre muchos otros⁸².

XIII. EL MINISTERIO PÚBLICO

Se denomina "Ministerio Público" al órgano que actúa ante los tribunales de justicia en resguardo del orden público y en representación de los intereses generales. Está compuesto por el procurador general, el defensor general, fiscales, defensores oficiales, asesores de incapaces y de menores, etcétera.

Antes de la reforma de 1994, la Constitución Nacional no contenía ninguna disposición con respecto al Ministerio Público, el cual tampoco supo nunca de alguna ley orgánica que regulara su ubicación institucional y funciones. Sólo ciertas normas dispersas (leyes 1893, 2372, 3071, 3367, 4055, 4162, 15.464, 17.516, 18.345, 19.539 y 23.183) sirvieron para encuadrar su funcionamiento.

⁸² Ver anexo de la ley 26.702.

Es más: se discutía su propia naturaleza jurídica. Mientras algunos sostenían su carácter de órgano estrictamente judicial, otros lo ubicaban como simple órgano administrativo, dependiente, por tanto, del Poder Ejecutivo. En el derecho público provincial, la mayoría de las constituciones locales lo consideran parte integrante del Poder Judicial. La excepción es la Constitución de Salta de 1986, que lo califica como órgano "autónomo e independiente" (art. 160). Para unos ejerce la representación de toda la sociedad, en tanto que para otros sólo tiene la del Poder Ejecutivo.

Con respecto a su jerarquía institucional, la Corte Suprema ha reconocido que los fiscales de Cámara no son simples funcionarios, sino que revisten la condición de magistrados judiciales (caso "Nación Argentina v. De Lena, Rogelio E. A. s/consignación de alquileres" de 1970⁸³). Dicha conclusión, creemos, debe ser aplicada a los restantes integrantes del Ministerio Público.

Corresponde destacar, empero, que en un caso anterior la Corte Suprema había convalidado la cesantía de un fiscal dispuesta por el presidente de la Nación, reconociendo que con arreglo a lo previsto por el art. 124 de la ley 1893, le competía al Poder Ejecutivo el nombramiento y la remoción de los agentes fiscales (caso "Gentile Pace, Mario Rubén v. Nación Argentina (Ministerio de Educación y Justicia) s/amparo" de 1963⁸⁴).

La Corte Suprema de Justicia, al resolver el caso "Lamparter, Ernesto Juan v. Baldo, José Juan y otro s/daños y perjuicios" de 1992, sostuvo "que el Ministerio Público es un órgano de control de la legalidad, y no un órgano de tutela social, pues el interés que lo guía es el de que se observe la ley en sentido puramente objetivo, y no el de hacer valer en causa, como materia de juicio, derechos subjetivos u otros intereses de orden social" (del voto de los jueces Rodolfo C. Barra, Mariano A. Cavagna Martínez, Ricardo Levene y Enrique S. Petracchi)⁸⁵.

El nuevo art. 120 de la Constitución Nacional, introducido por la reforma de 1994, dispone en su primera parte:

El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República.

⁸³ Fallos 278:240.

⁸⁴ Fallos 256:546.

⁸⁵ Fallos 315:2255.

La reciente cláusula constitucional siguió generando dificultades con respecto a la naturaleza jurídica del Ministerio Público. Se limita a disponer que "es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera" y se lo ubica en una sección diferente de la destinada al Poder Judicial.

La autonomía funcional implica que se trataría de un órgano "extrapoder"⁸⁶. El constituyente le ha asignado una sección especial (la IV del título I), correspondiente a la segunda parte, consagrada a las autoridades de la Nación, lo cual también ha dado lugar a afirmar que estaríamos en presencia de un cuarto poder⁸⁷. Si así fuera, sería, desde luego, el más débil de todos.

La autarquía financiera implica la capacidad de administrar sus recursos con independencia respecto de los otros poderes.

Ni la autonomía funcional ni la autarquía financiera pueden ser alcanzadas por meras declaraciones, sino por disposiciones operativas que garanticen su efectiva vigencia. En este caso, se advierte que tal grado de independencia funcional se halla recortado por otras previsiones contenidas en la misma norma constitucional, además de las que surgen de sus propias limitaciones.

La nueva disposición de nuestra Ley Suprema plantea, empero, severas dudas en cuanto al cumplimiento de los objetivos enunciados en ella. Nada expresa acerca del procedimiento de designación de los miembros del Ministerio Público ni de la forma de su remoción, aspectos insoslayables para determinar el grado de independencia que se les puede atribuir.

Tampoco consagra la inamovilidad de sus integrantes, la cual constituye una condición estrictamente necesaria para preservar su funcionamiento autónomo. Otra carencia relevante es la no exigencia de una mayoría calificada ni de plazo alguno para sancionar la ley reglamentaria.

Con respecto a las facultades del Ministerio Público, el art. 120 citado dispone que "tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República" y a continuación preceptúa que dicho órgano "está integrado por un

⁸⁶ Es la ubicación que reclamaba SAGÜÉS, Néstor P., "El Ministerio Público extrapoder", *Diario La Prensa*, 29/3/1994 y que le reconocen VANOSSI, Jorge R., "El Ministerio Público según la reforma constitucional de 1994", anticipo de *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 1995, p. 7 y BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. VI, p. 487.

⁸⁷ Conf. MOONEY, Alfredo E., *La reforma constitucional de 1994*, Atenea, Córdoba, 1994, p. 267; BIANCHI, Alberto B., "El Ministerio Público: ¿un nuevo poder?", ED 162-139.

procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca".

En el último párrafo prevé, finalmente, que "sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones". El empleo del término "intangibilidad" lo consideramos poco prudente, en cuanto la Constitución Nacional sólo les asegura a los jueces la irreductibilidad de sus remuneraciones.

La ley reglamentaria fue sancionada y promulgada en marzo de 1998, bajo el número 24.946 y con la denominación de "Ley orgánica del Ministerio Público".

La norma reiteró que "el Ministerio Público es un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad" (art. 1°).

Se aclara que "ejerce sus funciones con unidad de actuación e independencia, en coordinación con las demás autoridades de la República, pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura" (art. 1°).

A diferencia del Poder Judicial, el Ministerio Público "posee una organización jerárquica la cual exige que cada miembro [...] controle el desempeño de los inferiores y de quienes lo asistan, y fundamenta las facultades y responsabilidades disciplinarias que en esta ley se reconocen a los distintos magistrados o funcionarios que lo integran" (art. 1°).

En cuanto a su composición el Ministerio Público está integrado por el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa (art. 2°), siendo su máxima autoridad el procurador general de la Nación y el defensor general de la Nación respectivamente (art. 3°).

Respecto de las designaciones de sus miembros el procurador general de la Nación y el defensor general de la Nación son designados por el Poder Ejecutivo nacional con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes (art. 5°), tratándose en consecuencia de un sistema de designación por órganos políticos.

En cambio para la designación del resto de los magistrados, el procurador general de la Nación o el defensor general de la Nación, en su caso, previo concurso público de oposición y antecedentes, presentará una terna de candidatos al Poder Ejecutivo de la cual éste elegirá uno, cuyo nombramiento requerirá el acuerdo de la mayoría simple de los miembros presentes del Senado (arts. 5° y 6°). En consecuencia se ha implementado un sistema mixto de selección por idoneidad mediante concursos y de designación por órganos políticos.

Respecto de los mecanismos de remoción, también se establece un sistema dual. El procurador general de la Nación y el defensor general de la Nación sólo pueden ser removidos por las causales y mediante el procedimiento establecido para el juicio político (arts. 53 y 59, CN) (art. 18).

En cambio, los restantes magistrados que componen el Ministerio Público sólo podrán ser removidos de sus cargos por el Tribunal de Enjuiciamiento previsto en el artículo 19⁸⁸ de la misma ley, por las causales de mal desempeño, grave negligencia o por la comisión de delitos dolosos de cualquier especie (art. 18).

En cuanto a la estabilidad en el cargo la Constitución Nacional ha guardado silencio. Empero, la ley reglamentaria ha establecido que "los magistrados del Ministerio Público gozan de estabilidad mientras dure su buena conducta y hasta los setenta y cinco años de edad. Los magistrados que alcancen la edad indicada precedentemente quedarán sujetos a la exigencia de un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo. Estas designaciones se efectuarán por el término de cinco años, y podrán ser repetidas indefinidamente, mediante el mismo procedimiento" (art. 13).

⁸⁸ Art. 19: "El Tribunal de Enjuiciamiento estará integrado por siete (7) miembros: a) Tres (3) vocales deberán cumplir con los requisitos constitucionalmente exigidos para ser miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y serán designados uno por el Poder Ejecutivo, otro por el Senado y otro por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. b) Dos (2) vocales deberán ser abogados de la matrícula federal y cumplir con los requisitos constitucionalmente exigidos para ser miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y serán designados uno por la Federación Argentina de Colegios de Abogados y otro por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. c) Dos (2) vocales deberán ser elegidos por sorteo: uno entre los Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación o Fiscales Generales y otro entre los Defensores Oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación o Defensores Públicos ante tribunales colegiados. A los efectos de su subrogación se elegirá igual número de miembros suplentes. El Tribunal de Enjuiciamiento será convocado por el Procurador General de la Nación o el Defensor General de la Nación, según corresponda, o por su presidente en caso de interponerse una queja ante una denuncia desestimada por alguno de aquéllos. Tendrá su asiento en la Capital Federal y se podrá constituir en el lugar que considere más conveniente para cumplir su cometido. Los integrantes del Tribunal de Enjuiciamiento durarán tres (3) años en sus funciones contados a partir de su designación. Aun cuando hayan vencido los plazos de sus designaciones, los mandatos se considerarán prorrogados de pleno derecho en cada causa en que hubiere tomado conocimiento el tribunal, hasta su finalización. Una vez integrado el Tribunal designará su presidente por sorteo. La presidencia rotará cada seis (6) meses, según el orden del sorteo. Ante este Tribunal actuarán como fiscales magistrados con jerarquía no inferior a Fiscal General o Defensor Público ante los tribunales colegiados, designados por el Procurador General de la Nación o el Defensor General de la Nación, según la calidad funcional del imputado. Como defensor de oficio, en caso de ser necesario, actuará un Defensor Oficial ante los tribunales colegiados de casación, de segunda instancia o de instancia única, a opción del imputado. La intervención como integrante del Tribunal, Fiscal o Defensor de Oficio constituirá una carga pública. Los funcionarios auxiliares serán establecidos, designados y retribuidos en la forma que determine la reglamentación que conjuntamente dicten el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación" (norma sustituida por el art. 1º de la ley 25.909, BO 28/7/2004).

XIV. LA CASACIÓN

El verbo "casar", en la acepción jurídica que nos interesa en este tema, significa "anular, abrogar, derogar".

La casación es la función atribuida a un órgano judicial superior mediante la cual éste puede anular sentencias que contienen errores de derecho y que no resultan impugnables por otros medios procesales. El prestigioso jurista italiano Calamandrei la define como aquel "instituto judicial consistente en un órgano único en el Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina, sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas por los interesados mediante un remedio judicial (recurso de casación), utilizable solamente contra las sentencias que contengan un error de derecho en la resolución de mérito"⁸⁹.

La finalidad de esta institución es procurar la uniformidad de las interpretaciones judiciales, lo cual se traduce en el afianzamiento del principio constitucional de igualdad. En nuestro ordenamiento jurídico esta cuestión adquiere particular importancia, si tenemos en consideración que las leyes comunes emanan del Congreso de la Nación y rigen en todo el territorio del país, pero su aplicación está reservada a la justicia local (art. 75, inc. 12, CN).

Por lo demás, una sólida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la existencia de pronunciamientos judiciales contradictorios no representa menoscabo para el principio de igualdad (casos "Pomponio y Cía. v. Aduana de Rosario" de 1946 y "Rovegno, Pedro J. v. Ducilo SA" de 1955, entre muchos otros⁹⁰). Un singular precedente jurisprudencial contrario es el caso "Goeschy, Alejandro v. Astengo, Enrique SA" de 1953, en el cual la Corte admitió un recurso extraordinario fundado en la existencia de decisiones judiciales contradictorias⁹¹.

El instituto de la casación tiene orígenes difusos, que según algunos autores se remontan, en sus formas embrionarias, a los antiguos derechos romano y germánico; otros los ubican en el derecho italiano del siglo XV o en la Francia de fines del siglo XVIII, con la creación del Tribunal de Casación. Actualmente tiene difusión en varios países, pero funciona con distintas modalidades. En algunos casos, la conse-

⁸⁹ CALAMANDREI, Piero, *La casación civil*, t. 1, trad. de Santiago Sentís Melendo, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, vol. 2, p. 376.

⁹⁰ Fallos 205:310 y 233:173, respectivamente.

⁹¹ Fallos 227:413.

cuencia inmediata de la casación es la anulación de la sentencia cuestionada (sistema francés) y en otros consiste, además de la anulación, en la revisión del pronunciamiento (sistema alemán).

En nuestro país, la reforma constitucional de 1949 incorporó el instituto de la casación al establecer en el art. 95 que "la Corte Suprema de Justicia conocerá, como Tribunal de Casación, en la interpretación e inteligencia de los códigos a que se refiere el inc. 11 del art. 68".

La misma norma preceptuaba, en el párrafo siguiente, que "la interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales".

Estas cláusulas constitucionales, sin embargo, nunca tuvieron efectiva aplicación a causa de que la ley respectiva no fue dictada, a la vez que la Corte Suprema de Justicia de la Nación determinó que "el recurso de casación no regía mientras no se dictara la ley reglamentaria" (casos "Fodino, Teobaldo Sabino v. Grafa SA" de 1949; "Barraco, Félix v. Malvar, Sabino" de 1952 y "Goñi, Pontín y Cía. v. Guillamet Charge, Guillermo" de 1952, entre otros⁹²).

La pretensión de unificar la interpretación del derecho común es consecuencia de que hay una única legislación en ese ámbito (art. 75, inc. 12). Tales normas deben ser aplicadas en las jurisdicciones locales por expreso imperativo constitucional y no es posible ni deseable, según entendemos, que esa atribución les sea sustraída a los tribunales provinciales.

En la doctrina constitucional, Bidart Campos y Vanossi consideran que sin sustraer a las jurisdicciones locales la aplicación de las normas del derecho común, la interpretación de dichas leyes puede ser modificada por vía de la casación. La aplicación de la ley al caso concreto seguirán efectuándola los tribunales locales, como constitucionalmente corresponde, pero el tribunal provincial deberá aplicar la ley tal como la ha interpretado el tribunal de casación.

Las soluciones planteadas son, empero, distintas. Bidart Campos entiende que la propia Corte Suprema puede asumir esa función. En cambio, Vanossi prefiere propiciar la creación, mediante la ley, de un Tribunal Nacional de Casación con independencia de la Corte Suprema⁹³.

Por otra parte, el Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984 de 1991 y modificatorias) ha instituido el recurso de casación (arts. 456

⁹² Fallos 213:448, 222:61 y 222:186, respectivamente.

⁹³ Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, cit., t. II, p. 270; VANOSI, Jorge R., *La reforma de la Constitución*, Emecé, Buenos Aires, 1988, ps. 152 y 206.

y 457), que será resuelto por la Cámara Nacional de Casación, creada por la ley 24.050.

A su turno, la ley 26.371 creó la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal cuya competencia, según lo dispuesto en el art. 23 del Código Procesal Penal de la Nación conforme la reforma introducida por la ley 26.394, comprende el juzgamiento de los recursos de inconstitucionalidad, casación y revisión. La misma norma establece que hasta la puesta en funcionamiento del órgano creado, el Tribunal de Casación ya existente conservará la competencia que le asignara el art. 23 del código citado, lo que a la fecha aún no ha ocurrido.

Recientemente, en el marco del programa de reforma del Poder Judicial, se sancionó la ley 26.853⁹⁴ de creación de tres nuevas cámaras de casación, con el pretendido objetivo de abreviar el término de duración de los procesos y dar mayor transparencia al sistema judicial con la creación de una tercera instancia.

Por el art. 1° se crea la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal, la Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y la Seguridad Social y la Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial, todas ellas con sede en la Capital Federal.

Cada Tribunal conocerá de los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión interpuestos contra las sentencias dictadas por las Cámaras Nacionales y Federales cuya competencia material les corresponda (arts. 2°, 3° y 4°).

Cada Cámara estará integrada por siete jueces, funcionarios y demás empleados (art. 6°) y funcionará dividida en dos salas compuestas por tres jueces cada una, ocupando el miembro restante, la presidencia del tribunal (art. 5°). El presidente será designado por los miembros del tribunal y durará dos años en sus funciones (art. 8°).

Las decisiones de las salas se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los jueces que la integran (art. 9°).

Por último, la norma sustituye los artículos 288 a 301 de la de la sección 8ª, del capítulo correspondiente al Título IV del Libro Primero del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación e incorpora el recurso de casación, de inconstitucionalidad y de revisión.

También se establece que hasta tanto las Cámaras de Casación creadas por esta ley sean compuestas, "se integrarán por jueces subrogantes o conjueces para iniciar su funcionamiento".

Respecto de esta última facultad de integrar las Cámaras de Casación con jueces subrogantes o conjueces, la ley 26.636 que regula

⁹⁴ Sancionada el 24/4/2013, promulgada el 9/5/2013 y publicada en el BO el 17/5/2013.

el procedimiento para la designación de jueces subrogantes, establece que "en caso de recusación, excusación, licencia, vacancia u otro impedimento de los jueces de primera instancia, nacionales o federales, la respectiva Cámara de la jurisdicción procederá a la designación de un subrogante [...]", motivo por el cual no es fácil imaginar la integración de los nuevos órganos con jueces subrogantes o con jueces que no vulneren la normativa vigente, que en el caso sería de cumplimiento imposible por la falta de integración primaria de las Cámaras.

XV. LOS FALLOS PLENARIOS

Los fallos plenarios, también denominados "sentencias obligatorias", son aquellos que dictan las cámaras de apelaciones integradas por sus diversas salas cuando se reúnen en pleno, ya sea por propia iniciativa o para resolver algún recurso planteado ante ellas. Los miembros de las cámaras que se pronuncien en disidencia pueden dejar a salvo su opinión, pero en lo sucesivo deberán ajustar sus fallos al pronunciamiento plenario, que también es obligatorio para los tribunales inferiores.

Los fallos plenarios, que constituyen uno de los medios utilizados para uniformar la jurisprudencia evitando pronunciamientos judiciales contradictorios, fueron establecidos en nuestro país por la ley 13.998 (art. 28, inc. b) de 1950, cuando se hallaba en vigencia la Constitución reformada en 1949⁹⁵.

También tuvieron reconocimiento legal —ya derogada aquella reforma constitucional— por medio del art. 27 del dec.-ley 1285/1958 que disponía:

Las cámaras de apelaciones se reunirán en tribunal pleno: a) para reglamentar su labor o la distribución de la labor de sus salas, si las hubiere, y entre los juzgados de primera instancia que dependan de ella, resolviendo las cuestiones que se susciten al respecto; b) para unificar la jurisprudencia de las salas o evitar sentencias contradictorias; c) para fijar la interpretación de la ley aplicable al caso, cuando la cámara, a iniciativa de cualquiera de sus salas, entendiera que es conveniente.

La interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria es de aplicación obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales la cámara que la pronuncie sea tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces de primera instancia

⁹⁵ Un antecedente más remoto es el contenido en la ley 4055 de 1910. Para dictar sentencias definitivas se autorizaba a las cámaras de apelaciones de la Capital Federal a reunirse en pleno a fin de uniformar su jurisprudencia (art. 6°). Esta ley, empero, no establecía el carácter obligatorio de esos fallos.

o de cámara dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse aquélla por medio de una nueva sentencia plenaria.

Esta norma estuvo en vigencia hasta 1992, año en que fue derogada por la ley 24.050 (art. 52).

En 1988, con la sanción de la ley 23.637, de unificación de la Justicia Nacional en lo Civil y la Justicia Nacional Especial en lo Civil y Comercial de la Capital Federal, los fallos plenarios fueron instituidos con carácter obligatorio (art. 5°).

Como medio de unificar la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, la ley 24.050 también ha previsto la reunión en pleno de las distintas salas de este tribunal "para fijar la interpretación de la ley aplicable al caso cuando la Cámara, a iniciativa de cualquiera de sus salas, entendiera que es conveniente" (art. 10, inc. c)], así como en caso de "sentencias que contradigan otra anterior de la misma Cámara, cuando el precedente haya sido expresamente invocado por el recurrente antes de la sentencia definitiva de ese tribunal" (art. 11). En ambos supuestos las decisiones del fallo plenario resultan obligatorias.

Por último la ley 26.853, en su art. 12, dispuso la derogación de los artículos 302 y 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación⁹⁶.

XVI. EL JUICIO POR JURADOS

Se coincide en denominar "juicio por jurados" a aquella institución de naturaleza jurisdiccional compuesta por un grupo de ciudadanos que no son magistrados judiciales, elegidos por sorteo y que bajo la dirección de un juez tienen que expedirse, según su conciencia, acerca de los hechos que deben servir de fundamento a la aplicación de la ley penal, dando a conocer un veredicto en cuanto a la culpabilidad o inocencia del acusado.

Algunas de las características básicas del juicio por jurados son, en consecuencia, las siguientes: a) la condición de legos de sus miembros; b) la designación circunstancial y por sorteo de éstos; c) la presencia

⁹⁶ El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establecía en su art. 302 sobre la convocatoria a tribunal plenario: "A iniciativa de cualquiera de sus salas, la cámara podrá reunirse en tribunal plenario con el objeto de unificar la jurisprudencia y evitar sentencias contradictorias. La convocatoria se admitirá si existiese mayoría absoluta de los jueces de la cámara. La determinación de las cuestiones, plazos, forma de la votación y efectos se regirá por lo dispuesto en los artículos 294 a 299 y 301" y en el art. 303 sobre la obligatoriedad de los fallos plenarios: "la interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquélla tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria".

de un magistrado judicial que conduce las deliberaciones pero que no vota; d) la emisión de un veredicto en el cual se establece si el acusado es o no culpable; e) la posterior remisión de la causa a un juez o magistrado judicial para que después del veredicto y, respetando éste, aplique la pena, si corresponde.

La Constitución Nacional dedicó, desde su origen en 1853, tres normas al juicio por jurados que permanecen aún vigentes (arts. 24; 75, inc. 12, y 118).

El art. 24 establece:

El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados.

El inc. 12 del art. 75 le atribuye al Congreso de la Nación la facultad de dictar las leyes "que requiera el establecimiento del juicio por jurados".

El art. 118, ubicado dentro de la sección III, referida al Poder Judicial, dispone:

« Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución [1ª parte].

La razón de esta insistencia estriba, según creemos, en la encarnadura ideológica de nuestra Ley Fundamental.

El juicio por jurados tiene los mejores antecedentes en el derecho anglosajón. En Inglaterra dicho instituto continúa gozando de gran difusión.

La Constitución de los Estados Unidos fue muy criticada por no establecer con carácter amplio esta institución, según comenta Hamilton en *El federalista*⁹⁷. Por ello se debió agregar, en 1791, la enmienda VI según la cual "en todos los juicios criminales, el acusado gozará del derecho a un proceso rápido y público, a cargo de un jurado imparcial del estado y el distrito en que se haya cometido el delito, y ese distrito habrá sido determinado previamente por la ley, y será informado de la naturaleza y la causa de la acusación. Será confrontado con los testigos contra él, y podrá disponer de un proceso compulsivo para obtener testigos en su favor; y contar con la asistencia de asesoramiento en su defensa".

En coincidencia con dicha norma, nuestro constituyente estableció, en la segunda parte del art. 118, que "la actuación de estos

⁹⁷ HAMILTON, Alexander - MADISON, James - Jay, John, *El federalista*, Imprenta del Siglo, Buenos Aires, 1868, ps. 670 y ss.

juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito".

Pese a la claridad de la norma constitucional, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha inferido el carácter programático de esas disposiciones al considerar que la Constitución Nacional no ha impuesto al Congreso la obligación de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados (casos "Don Vicente Loveira v. Eduardo T. Mulhall por injurias y calumnias" de 1911; "Ministerio Fiscal v. Director del diario La Fronda por desacato" de 1932; "Tribuna Democrática s/desacato" de 1947, y "David Tiffenberg s/desacato" de 1947⁹⁸).

Estimamos que no debiera descartarse, en el marco de una reformulación integral del Poder Judicial, el efectivo establecimiento del juicio por jurados en nuestro país⁹⁹.

XVII. LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

En el ámbito de la Administración Pública existen diversos órganos a los cuales la ley les ha asignado el ejercicio de una actividad jurisdiccional específica: la de decidir con carácter de verdad jurídica una controversia entre partes. Ello, inicialmente, plantea una contradicción con el principio del juez natural, establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional.

En el mismo sentido, cabe recordar que el art. 109 de nuestra Ley Fundamental le impone al Poder Ejecutivo una terminante prohibición, al preceptuar que "en ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas". A la misma conclusión conduce el art. 116, cuando afirma que "corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la

⁹⁸ Fallos 115:92, 165:258, 208:21 y 208:225, respectivamente.

⁹⁹ Acerca de la oportunidad o conveniencia para establecer esta institución en nuestro país, comenta Bianchi, en pensamiento que en lo sustancial compartimos: "Ninguna institución -básicamente neutral- dentro del derecho es en sí misma buena o mala. En realidad, su buen o mal comportamiento y los beneficios o perjuicios que reporte dependen más de la acción humana que se desarrolla detrás de ella que de su formulación teórica. El juicio por jurados no escapa ciertamente a esta regla casi universal y por ello no debemos preocuparnos demasiado por la extensa controversia que ha levantado en el mundo anglosajón y fuera de él. Podemos haber establecido el mejor sistema de jurados que ley alguna pueda concebir, pero fracasará inevitablemente si se lo emplea en forma distorsionada. Lo mismo ocurre con los jueces profesionales. Por ello no es equivocado permitir la convivencia de ambos sistemas y permitir que sea el imputado el que elija quien habrá de juzgarlo" (BIANCHI, Alberto B., *El juicio por jurados*, Ábaco, Buenos Aires, 1999, ps. 138 y 139).

Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75; y por los tratados internacionales con las naciones extranjeras". Ni aun en casos de emergencia estos principios son arriados por el constituyente, porque si bien el art. 23 autoriza a suspender las garantías constitucionales y faculta al presidente de la Nación para arrestar o trasladar personas mediando la declaración del estado de sitio, la misma norma dispone que "durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas".

La problemática que plantea la actuación de órganos administrativos en ejercicio de actividad jurisdiccional ha dado lugar a opiniones contrapuestas. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en una primera etapa, sostuvo la constitucionalidad del ejercicio de facultades jurisdiccionales atribuidas en exclusividad a tribunales administrativos, en la medida en que se adecuaban a las garantías constitucionales y respetaran la defensa en juicio prevista por el art. 18 de la Constitución Nacional. Tal era el criterio que emanaba de los casos "Shiemberg, Simón" de 1932 y "Parry, Adolfo" de 1942¹⁰⁰. En este último, la Corte expresó que "los organismos administrativos investidos legalmente de la facultad de dictar pronunciamientos de naturaleza jurídica de manera irrevisable por los tribunales ordinarios de justicia, deben ejercer sus atribuciones respetando los derechos y garantías constitucionales y, en particular, la inviolabilidad de la defensa consagrada por el art. 18 de la Constitución".

Queda claro, en consecuencia, que la intervención de órganos exclusivamente administrativos en ejercicio de funciones jurisdiccionales y sin posibilidad de revisión judicial posterior fue considerada, durante esa etapa, compatible con el principio constitucional del juez natural en la medida en que asegurara ciertas garantías mínimas.

En una segunda etapa, la Corte entendió que a los órganos administrativos investidos de actividad jurisdiccional se les debía requerir que sus decisiones tuvieran "un control judicial suficiente". Para cumplir esta exigencia debía mediar: a) el reconocimiento a los litigantes del derecho de interponer recurso ante los jueces ordinarios y b) la negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, mediando opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial. También sostuvo que "la mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en la inconstitucionalidad o arbitrariedad no satisface las exigencias que en la especie ha de tenerse

¹⁰⁰ Fallos 164:394 y 193:408, respectivamente.

por imperativas" (caso "Fernández Arias, Elena v. Poggio, José V." de 1960¹⁰¹).

En pronunciamientos posteriores, si bien mantuvo firme la exigencia de la vía de revisión judicial, nuestro Tribunal Supremo le otorgó a ésta un significado parcialmente distinto. En el caso "Dumit, José v. Instituto Nacional de Vitivinicultura" de 1972, reiteró que la actuación de órganos administrativos con facultades jurisdiccionales "se encuentra sometida a limitaciones de jerarquía constitucional que no es lícito transgredir, entre las que figura, ante todo, la que obliga a que el pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativos quede sujeto a control judicial suficiente"¹⁰².

En el caso "Madala, Adolfo Daniel" de 1983, la Corte entendió que "el alcance que el control judicial de los pronunciamientos jurisdiccionales de órganos administrativos necesita poseer para que sea legítimo tenerlo por verdaderamente suficiente, no depende de reglas generales u omnicomprensivas, sino que ha de ser más o menos extenso y profundo según las modalidades de cada situación jurídica; pues la mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en la inconstitucionalidad o arbitrariedad no satisface las exigencias que en la especie han de tenerse por imperativas"¹⁰³.

En la causa "Ángel Estrada" de 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió una vez más que el control judicial debe ser amplio y suficiente. Al respecto sostuvo que "...el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los artículos 18, que garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos, y 109 de la Constitución Nacional que, [...] prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales. Tales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente" (considerando 12)¹⁰⁴.

¹⁰¹ Fallos 247:646.

¹⁰² Fallos 284:150.

¹⁰³ Fallos 305:129.

¹⁰⁴ Fallos 328:651. Comentando el fallo expresa Gordillo: "Lo esencial que surge del fallo es que "la administración activa no puede, constitucionalmente, ejercer jurisdicción administrativa, ni siquiera sujeta a revisión judicial; pero sí se pueden establecer tribunales administrativos, imparciales e independientes, cuya función sea ejercer jurisdicción administrativa sujeta a

Por último, la ratificación por nuestro país de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en 1984 y la posterior jerarquización constitucional de ésta, como consecuencia de la reforma de 1994, han introducido nuevos y valiosos argumentos en favor del criterio de la revisión amplia, en sede judicial, de las decisiones emanadas de tribunales administrativos.

El art. 8º, apart. 1º de esa Convención estipula que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

El art. 25 del mismo Pacto, que lleva como título “Protección judicial”, establece en su apart. 1º que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Esta misma norma dispone que los Estados partes se comprometen “a desarrollar las posibilidades de recurso judicial” (apart. 2º, inc. b).

Todo ello conforma la noción de tutela judicial efectiva que resulta, creemos, plenamente aplicable también ante los pronunciamientos de tribunales administrativos.

A este respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Tribunal Constitucional v. Perú”, sentencia del 31 de enero de 2001, estableció que “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana” y en el caso “Baena, Ricardo y otros v. Panamá”, sentencia del 2 de febrero de 2001, más contundentemente expresó que “es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”.

revisión judicial plena. No se trata de reconocer jurisdicción a la administración activa, sino a tribunales administrativos imparciales e independientes, separados de la administración activa, en tanto tengan control judicial pleno” (GORDILLO, Agustín, “Ángel Estrada”, artículo publicado en la página www.gordillo.com/articulos/art49.pdf).

Cabe, pues, aguardar que con el transcurrir del tiempo se afiancen aún más estas garantías.

XVIII. LOS TRIBUNALES MILITARES

El reconocimiento del fuero militar con carácter funcional tiene honda raigambre jurisprudencial en nuestro país (casos “Contienda de competencia entre el juez federal de la Capital y el Consejo de Oficiales Generales en la causa criminal contra el coronel Mariano Espina” de 1893 y “Pedro V. Mórtoles” de 1926¹⁰⁵, entre otros). Como consecuencia de ello, el Código de Justicia Militar (ley 14.029) ha puesto a cargo de tribunales castrenses tanto el ejercicio de la jurisdicción penal militar como el de la jurisdicción disciplinaria militar. Se entendió que ello derivaba de la atribución conferida al Congreso de la Nación por el actual inc. 27 del art. 75, que le otorga a éste la facultad de “fijar las fuerzas armadas en tiempos de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno” (anteriormente, inc. 23 del art. 67, con leves variantes). Así también lo había reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (caso “González Victorica, Diego Leonardo” de 1958¹⁰⁶).

Existen, por consiguiente, tribunales militares que no integran el Poder Judicial de la Nación porque se hallan en el ámbito de dependencia jerárquica del Poder Ejecutivo, cuyo titular “es comandante en jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación” (art. 99, inc. 12, CN).

La problemática constitucional que plantean estos tribunales guarda similitud con la de los órganos administrativos investidos de potestad jurisdiccional que hemos estudiado en el punto anterior.

Hasta 1984, el Código de Justicia Militar reservaba la posibilidad de revisión judicial de las sentencias de los tribunales militares superiores al ejercicio de la vía recursiva extraordinaria limitada a cuestiones de constitucionalidad o arbitrariedad.

En aquel año, la ley 23.049 introdujo diversas modificaciones en el Código de Justicia Militar, agregando una nueva vía recursiva ante los pronunciamientos de los tribunales militares superiores que implica la posibilidad de una revisión amplia del proceso, a cargo de las cámaras federales de apelaciones con competencia en el lugar donde se halla el tribunal militar apelado.

La Corte Suprema de Justicia ha avalado la constitucionalidad de esta modificación legislativa sosteniendo que ella ha restringido para

¹⁰⁵ Fallos 54:577 y 147:45, respectivamente.

¹⁰⁶ Fallos 241:342.

el futuro la competencia de los órganos jurisdiccionales castrenses, estableciendo un recurso de apelación amplio, dirigido a permitir que la justicia civil revise la decisión adoptada por los tribunales militares (caso "Bignone, Reynaldo Benito A." de 1984¹⁰⁷).

El 6 de marzo de 2007, el Máximo Tribunal de la República tomó conocimiento de un recurso de queja interpuesto por el capitán de Intendencia Ramón Ángel López contra el pronunciamiento del Consejo de Guerra Permanente para Jefes y Oficiales de las Fuerzas Armadas que lo había condenado a cumplir la pena de un año de prisión menor como autor del delito militar de "otras falsedades"¹⁰⁸. La defensa cuestionó la constitucionalidad del juzgamiento de militares, al menos en tiempo de paz, por tribunales castrenses de conformidad con lo dispuesto en el art. 18 del Código de Justicia Militar por considerar que se habían vulnerado la defensa en juicio y la garantía de ser juzgado por un tribunal independiente, conforme a los arts. 18 de la Constitución Nacional, 8.1 y 8.2.d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte admitió el recurso, decretó la nulidad de todo lo actuado y absolvió al imputado por una mayoría de cuatro votos, con la disidencia parcial de tres de sus miembros, pero para así resolverlo los distintos ministros aportaron diversos argumentos.

Entre ellos, sólo los jueces Lorenzetti, Zaffaroni y Fayt se pronunciaron expresamente en el sentido de considerar que los tribunales militares resultaban contrarios a los principios constitucionales, en tanto carecían de jurisdicción propiamente dicha y, no obstante ello, aplicaban sanciones penales¹⁰⁹.

Por su parte los jueces Argibay, Highton de Nolasco, Petrachi y Maqueda, al fallar en disidencia parcial, no ingresaron en el estudio de este tema.

La jueza Argibay consideró violentado el derecho de defensa en juicio y los restantes miembros consideraron arbitraria la sentencia.

Por último, en el año 2008, la ley 26.394 derogó el Código de Justicia Militar y modificó el Código Penal y el Código Procesal Penal de la Nación con el fin de que todos los delitos militares sean juzgados por la justicia ordinaria.

¹⁰⁷ Fallos 306:655.

¹⁰⁸ Fallos 330:399.

¹⁰⁹ "Si la competencia de estos tribunales emerge de la condición de comandante en jefe del presidente de la República (art. 99, inc. 12, Constitución Nacional) se trata de competencia administrativa y, siendo tal, no tiene jurisdicción penal, pues expresamente carece de ella el presidente de la República (arts. 23, 29 y 109 constitucionales): si carece de ella el titular del poder ejecutivo, no pueden tenerla sus subordinados" (del considerando 7º del voto de la mayoría y del juez Fayt).

Además, se aprobó el Procedimiento Penal Militar para Tiempo de Guerra y Otros Conflictos Armados, las Instrucciones para la Población Civil en Tiempo de Guerra y Otros Conflictos Armados, el Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas y la organización del Servicio de Justicia Conjunto de las Fuerzas Armadas.

En consecuencia los delitos cometidos por militares, ya no serán juzgados por tribunales castrenses, sino por la justicia penal ordinaria¹¹⁰.

Por su parte, la derogación del Código de Justicia Militar implicó también el fin de la pena de muerte, prerrogativa de los tribunales militares que se mantenía aún vigente, lo que permitió que nuestro país ratifique el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte, el 2 de septiembre de 2008 y el Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte del 5 de septiembre del mismo año.

En lo que respecta a las modificaciones introducidas en el Código Penal, allí se anexaron los delitos militares creando nuevas figuras (por ejemplo, art. 238 bis del CPen.) o bien se incluyeron como agravantes de delitos comunes (por ejemplo, los arts. 209 bis, 219, 220 y 222 del CPen., entre otros).

Esta modificación tuvo consecuencias positivas en cuanto a la equiparación entre civiles y militares respecto de las clases de penas que se les pueden aplicar, los plazos de prescripción, las circunstancias atenuantes, entre otras.

El cuanto al Procedimiento Penal Militar para Tiempo de Guerra y Otros Conflictos Armados, en su art. 1º se establece: "Los delitos cometidos por militares en tiempo de guerra o en ocasión de otros conflictos armados serán investigados y juzgados según el régimen ordinario previsto para el tiempo de paz, salvo cuando las dificultades provenientes de las condiciones de la guerra o de las operaciones iniciadas sean manifiestas e insuperables y la demora en el juzgamiento pudiere ocasionar perjuicios en la eficiencia operativa o en la capacidad de combate", con lo cual la nueva normativa respeta las garantías del debido proceso.

¹¹⁰ El art. 20 de la ley 26.394 sustituyó el primer párrafo del art. 18 del Código Procesal Penal de la Nación por el siguiente texto: "La competencia penal se ejerce por los jueces y tribunales que la Constitución Nacional y la ley instituyan, y se extenderá a todos los delitos que cometieren en su territorio, o en el alta mar a bordo de buques nacionales, cuando éstos arriben a un puerto de la Capital, o a bordo de aeronaves en el espacio aéreo y de los delitos perpetrados en el extranjero cuando sus efectos se produzcan en nuestro país o fueren ejecutados por agentes o empleados de autoridades argentinas en el desempeño de su cargo. Es improrrogable y se extiende al conocimiento de las contravenciones cometidas en la misma jurisdicción".

En suma, consideramos que las reformas introducidas por la ley 26.394, significaron un avance en el respeto a los preceptos constitucionales y los tratados de derechos humanos suscriptos por nuestro país.

CAPÍTULO XXV

LAS ATRIBUCIONES DEL PODER JUDICIAL

I. ACOTACIÓN PREVIA

Así como la Constitución Nacional destina normas específicas para conferir facultades al Poder Legislativo (art. 75) y al Poder Ejecutivo (art. 99) en las cuales concentra la mención de la mayor parte de las atribuciones de dichos órganos, también reserva la consideración de las atribuciones del Poder Judicial en dos normas básicas: los arts. 116 y 117.

Una primera lectura de estas disposiciones constitucionales nos advierte que su comprensión resulta, quizá, más compleja que la de las cláusulas referidas a los otros poderes del Estado. De allí que en aras de facilitar su interpretación creemos necesario formular las siguientes acotaciones preliminares:

a) El art. 116 está referido a las atribuciones del Poder Judicial y no a las de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La redacción del texto constitucional, en ese aspecto, puede llevar a alguna confusión al utilizar al comienzo la frase "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación [...]". Teniendo en cuenta que el art. 108 de la Constitución Nacional dispone que "el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación", el art. 116 debe ser leído como si dijera: "Corresponde al Poder Judicial de la Nación [...]".

b) Al término "causas", utilizado cuatro veces en el art. 116, debe interpretárselo como sinónimo de "juicio", "pleito" o "controversia". En ocasiones, el constituyente emplea con el mismo significado el vocablo "asuntos". Así lo hace en aquel artículo, al referirse a "los asuntos en que la Nación sea parte" y también lo repite en el art. 117, al aludir a "todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros".

c) Las palabras "causas" o "asuntos" son utilizadas, en las citadas normas constitucionales, sin adjetivación alguna, salvo en dos ocasiones: en la primera parte del art. 116, en que el constituyente se refiere a "todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75; y por los tratados con las naciones extranjeras" y en la segunda parte del art. 117, en que alude a "todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros"¹.

d) Los arts. 116 y 117 de la Constitución deben ser interpretados como si representaran una misma cláusula constitucional, conforme ha sido advertido por la doctrina y la jurisprudencia. Su separación en dos normas parece poco conveniente. Observemos, en tal sentido, que el art. 117 comienza denotando su continuidad con la norma anterior al expresar: "En estos casos [...]". Más que un punto y aparte, al final del art. 116 se debería considerar que hay un punto seguido².

II. LA JURISDICCIÓN Y LA COMPETENCIA

Cuando la doctrina constitucional analiza las facultades que la Constitución le otorga al Poder Judicial utiliza diversas denominaciones: jurisdicción, poderes y atribuciones (Joaquín V. González); funciones del Poder Judicial (González Calderón); atribuciones del Poder Judicial (Ramella); jurisdicción y competencia de los tribunales federales (Bidart Campos); competencia judicial (Sagüés)³.

Nos hemos inclinado por emplear la amplia expresión "atribuciones" como título de este capítulo, aunque creemos necesario adelantar una breve noción conceptual acerca de los vocablos "jurisdicción" y "competencia", que el derecho procesal ha difundido profusamente y que aparecen habitualmente referidos al Poder Judicial.

¹ En relación con la primera afirmación, cabe recordar que esa adjetivación ha servido de fundamento a la doctrina para considerar que las cuestiones políticas no deben ser sustraídas del conocimiento de los jueces; conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1988, ps. 162/3. También el voto en disidencia del juez Luis María Boffi Boggero en el caso "Guerrero, Juana Ana Soria de v. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. SA" del 20/9/1963, Fallos 256:556, le otorga la misma significación.

² Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1967, p. 390; ZARINI, Helio J., *Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 758.

³ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina (1853-1860)*, 24ª ed., Estrada, Buenos Aires, 1951, p. 586; GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 547; RAMELLA, Pablo A., *Derecho constitucional*, 2ª ed., Depalma (distribuidor), Buenos Aires, 1982, p. 795; BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 375; SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 635.

El término "jurisdicción" —según el *Diccionario* de la Real Academia— denota el poder o la autoridad que se tiene para gobernar y poner en ejecución las leyes o para aplicarlas en juicio. Es, en consecuencia, un atributo necesario del poder.

Etimológicamente "jurisdicción" significa el acto de decir el derecho. Todos los poderes ejercen jurisdicción, aunque este término sea más utilizado en el ámbito del Poder Judicial. Así a modo de ejemplo, la administración ejerce función jurisdiccional cuando los Tribunales de Faltas imponen sanciones y el Congreso, cuando interviene en el juicio político.

Sin embargo cuando hablamos de la jurisdicción en el ámbito del Poder Judicial hacemos referencia a la potestad que tienen los jueces para decir cuál es el derecho aplicable al caso traído a su conocimiento. En consecuencia todos los jueces tendrán jurisdicción.

La palabra "competencia", en cambio, hace referencia, en el sentido que nos interesa, a la atribución legítima que tiene un juez u otra autoridad para el conocimiento o la resolución de un asunto. La competencia presupone la existencia de la jurisdicción, a la cual limita. Por tanto, la competencia determina los márgenes dentro de los cuales se puede ejercer la jurisdicción. De allí que se exprese que "la competencia es la medida de la jurisdicción"⁴.

En los párrafos siguientes estudiaremos los límites constitucionales en que puede ejercer su jurisdicción el Poder Judicial, utilizando con preferencia, entonces, el vocablo "competencia".

III. LA COMPETENCIA FEDERAL

a) Principios generales

Uno de los primeros interrogantes que se le plantea al abogado que tiene que recurrir al Poder Judicial consiste en dilucidar cuál es el órgano adecuado ante quien debe presentar su reclamo o, inversamente, en determinar si el órgano que ya está entendiendo en una causa es el que corresponde. Ello significa que debemos conocer cuál es la competencia de cada órgano judicial.

El hecho de que nuestro sistema de organización del Estado sea de tipo federal agrega una complejidad mayor, porque convergen en él un Poder Judicial de la Nación, que está organizado por la Constitución Nacional y, además, una justicia local, que debe asegurar cada provincia mediante su respectiva Constitución. Por otra parte,

⁴ Conf. PALACIO, Lino E., *Manual de derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 188.

también se prevé una justicia local para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En este capítulo estudiaremos la competencia de la justicia federal, es decir, los límites dentro de los cuales pueden ejercer su potestad los órganos del Poder Judicial de la Nación, conforme a las previsiones de la Constitución Nacional.

b) Caracteres

Hay ciertos caracteres que son comunes a la justicia federal. Así, ésta es: 1) limitada y de excepción; 2) privativa y excluyente, y 3) inalterable.

1) Es limitada y de excepción (casos "Saravia, Amaranto y otros v. Provincia de Mendoza" de 1941; "Peña de Paz Ureña, Eduvina del C. v. ADOS" de 1983, entre muchos otros⁵) porque, conforme al art. 121 de la Constitución, "las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación". Ello significa que salvo los casos específicos en que esa delegación haya sido verificada, los demás corresponderán a las provincias.

Esto explica por qué, por lo general, debemos recurrir a la justicia local y sólo excepcionalmente a la justicia federal. De hecho, el número de órganos judiciales federales distribuidos en todo el país es mínimo si lo comparamos con la cantidad de órganos judiciales locales que están en funcionamiento en toda la República.

Este principio general, que obliga también, desde luego, a los otros poderes del Estado federal, impide que el Congreso de la Nación amplíe, mediante una ley, la competencia atribuida por la Constitución Nacional al Poder Judicial de la Nación. Es aplicable, en este caso, la regla que establece que los poderes constituidos no pueden alterar el reparto de competencias dispuesto por el poder constituyente.

2) Es privativa y excluyente en cuanto la competencia de un órgano judicial federal no puede ser prorrogada a la justicia local, ni compartida con ésta. Su fundamento deviene del principio de supremacía constitucional, establecido en el art. 31, que obliga a las provincias a conformarse a la Constitución Nacional, las leyes que en su consecuencia dicte el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, como Ley Suprema de la Nación.

Este principio es rígidamente aplicable cuando se trata de la competencia en razón de la materia, pero reconoce excepciones cuando

⁵ Fallos 190:170 y 305:193, respectivamente.

la competencia está en relación con las personas, la cual admite su prórroga. Así, a modo de ejemplo, se ha excluido de la competencia federal a aquellas causas que versan sobre materia laboral cuando es atribuida en razón de la distinta vecindad o nacionalidad de las partes (casos "Funes, Santa Adelaida v. Castillo, Amalio" de 1958; "Cortez, Luis v. Citati, Pedro" de 1959; "Tirenni, Josefa Ramona v. Castillo, Amalio" de 1960; "Franco, Cornelio v. Boccazzi SA" de 1962, entre muchos otros⁶).

3) Es en principio inalterable porque, radicada una causa en la justicia federal y resuelta la competencia en favor de ésta, no puede alterársela en favor de la justicia local. Este carácter también reconoce aplicación inversa; es decir: asumida legítimamente la competencia por un tribunal local, ella no es atribuible a la justicia federal.

En relación con el momento a partir del cual es de aplicación este carácter, si bien no hay criterios jurisprudenciales únicos, participamos de la posición de Haro, quien entiende que ello se produce después de trabada la causa, con la presentación de ambas partes y la decisión judicial firme acerca de la competencia del órgano, si correspondiera⁷.

Este criterio es coincidente con la regla establecida en la primera parte del art. 352 del CPCCN que establece:

Una vez firme la resolución que desestima la excepción de incompetencia, las partes no podrán argüir la incompetencia, en lo sucesivo. Tampoco podrá ser declarada de oficio.

Sin embargo, dicha norma establece a continuación una excepción, pues la incompetencia de la justicia federal podrá ser declarada por la Corte Suprema, cuando interviniera en instancia originaria y por los jueces federales con asiento en las provincias, en cualquier estado del proceso.

En efecto, la facultad que se acuerda a los jueces federales con asiento en las provincias para declarar su incompetencia sólo resulta aplicable cuando la contienda se suscita entre un juez federal y un juez local, en sentido inverso, no resulta aplicable cuando el conflicto se suscita entre jueces federales.

El fundamento de la norma transcrita radica en que la justicia federal, por ser justamente, limitada y de excepción, sólo puede resultar competente en causas de esta naturaleza, debiendo declinar su competencia en aquellas causas en que no la tienen, a fin de preservar las autonomías provinciales y, por ende, el doble orden jurisdiccional establecido en la Constitución Nacional.

⁶ Fallos 241:104, 245:445, 247:740 y 252:190, respectivamente.

⁷ HARO, Ricardo, *La competencia federal*, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 99.

IV. LA COMPETENCIA FEDERAL EN RAZÓN DE LA MATERIA

a) Fundamento básico

La competencia de la justicia federal puede corresponder: 1) por la materia; 2) por las personas, y 3) por el lugar.

La competencia en razón de la materia tiene en consideración la sustancia temática que se halla en discusión. En última instancia, estará dada por las normas que sean aplicables para decidir la causa. Si ésta aparece regida por leyes federales, su consecuencia será la habilitación de la competencia de la justicia federal.

No constituyen materia federal, en general, las causas vinculadas a la interpretación y aplicación de las leyes comunes y de las leyes locales. Las primeras, porque su aplicación queda reservada, por la propia Constitución Nacional, a las jurisdicciones locales (art. 75, inc. 12); las segundas, porque son de competencia originaria y casi siempre exclusiva, de la justicia local.

Este principio general reconoce algunas excepciones, como la derivada de la aplicación de leyes comunes cuando en razón de la persona o del lugar deba intervenir la justicia federal y también en los casos de delitos federales, instituidos con ese carácter por estar afectado el orden público o la seguridad de la Nación.

Entre los supuestos previstos por el art. 116 de la Constitución Nacional, corresponde la competencia de la justicia federal en razón de la materia en los siguientes casos: a) causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución; b) causas regidas por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75; c) causas regidas por tratados internacionales; d) causas de almirantazgo y jurisdicción marítima.

b) Causas sobre puntos regidos por la Constitución Nacional

Si la causa está directa y especialmente referida a la aplicación de cláusulas constitucionales, ello es presupuesto suficiente para generar la competencia de la justicia federal en razón de la materia.

En cambio, si en el caso no concurre ese supuesto y sólo se discute una cuestión constitucional no directamente referida a aquélla (caso "Aicardi, Francisco v. Dirks y Dates" de 1911⁸), sólo será posible ejercer la competencia federal por vía de apelación. En tal hipótesis actuará la justicia local —si así correspondiere— y sólo la vía de la apelación extraordinaria abrirá la competencia de la Corte Suprema de

⁸ Fallos 115:167.

Justicia de la Nación, limitada a la cuestión constitucional previamente planteada.

La finalidad de la competencia federal halla sustento en el resguardo del principio de supremacía constitucional.

c) Causas sobre las leyes de la Nación

El Congreso de la Nación —según lo hemos referido al estudiar sus atribuciones— sanciona leyes federales, comunes y locales, que atribuyen distinta competencia conforme a los órganos judiciales encargados de resolver las controversias planteadas respecto de su aplicación.

Las leyes federales siempre provocan la competencia federal. Las leyes comunes —los códigos de fondo y sus leyes complementarias— conforme lo dispone el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, están reservadas, en cuanto a su aplicación, a la justicia local, salvo que el caso recaiga en la competencia federal en razón de las personas involucradas. Del mismo modo, respecto de las leyes locales de la ciudad de Buenos Aires, en principio, sólo corresponde que sean aplicadas por órganos judiciales locales.

Cuando el art. 116 de la Constitución habla de "las leyes de la Nación", está haciendo una clara referencia a las leyes federales.

Al igual que con relación a la Constitución Nacional, la vinculación de la materia discutida en la *litis* con la ley federal ha de ser especial y directa para que genere la competencia federal. Si no fuere así, sólo será posible recurrir a los órganos judiciales federales por la vía de la apelación extraordinaria.

También en este caso el fundamento de la competencia federal estriba en la supremacía del derecho federal.

d) Causas sobre los tratados internacionales

Siguiendo el mismo orden de enunciación del art. 31 de la Ley Suprema, el constituyente incluyó en el art. 116, entre las causas atribuidas a la jurisdicción federal —luego de mencionar a las que versen sobre puntos regidos por la Constitución Nacional y por las leyes de la Nación, con excepción de las comunes—, las referidas a los tratados internacionales.

Como en los casos anteriores, será necesario que el asunto esté especial y directamente vinculado a un tratado internacional ratificado por nuestro país. Según una tradicional doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no correspondía la competencia federal cuando se trataba de la aplicación de los tratados internacionales como

normas del derecho común (casos "Masuco, Antonio José y otros v. La Papelera Argentina SA s/salarios" de 1966 y "Almirón, Ángel Rodolfo y otros v. Establecimientos Metalúrgicos Santa Rosa SA" de 1967⁹).

Más recientemente, sin embargo, la Corte modificó este criterio, sosteniendo "que resultaría indiferente a los efectos de la eventual responsabilidad internacional [...] el hecho de que los preceptos del tratado cuya violación se invocare funcionen como disposiciones de derecho común, por lo que no es razonable fundar en esta circunstancia la inexistencia de cuestión federal" (caso "Méndez Valles, Fernando v. Pescio, A. M." de 1995¹⁰).

Esta materia, además, se halla prevista como atributiva de la competencia federal tanto en la ley 48 (art. 21) como en el dec.-ley 1285/1958 (art. 24, inc. 1°). Ambas normas hacen mención del "derecho de gentes".

La competencia de excepción que analizamos, además de estar basada en el principio de supremacía constitucional, tiene su fundamento en la necesidad de asegurar a los demás Estados la intervención de una justicia única, que es la que puede garantizar el Estado federal, por hallarse bajo su dependencia.

e) Cuestiones de almirantazgo y jurisdicción marítima

Las cuestiones de almirantazgo y jurisdicción marítima son aquellas concernientes a la navegación y al comercio marítimo.

Este contenido guardaba relación, antes de la reforma de 1994, con la cláusula del inc. 12 del art. 67, que disponía que el Congreso de la Nación tenía la facultad de "reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí". Dicha reforma suprimió los términos "marítimo y terrestre" (art. 75, inc. 13), mas no lo hizo con el propósito de excluir dichas materias, sino para extender la aplicación de la cláusula a otras formas de comercio.

A simple título ilustrativo, podemos citar, entre los temas comprendidos en este tipo de causas, los casos de compra y venta de buques, la hipoteca naval, los contratos marítimos, los siniestros de embarcaciones, contrato de fletamento, nacionalidad del buque, etcétera.

También se ha considerado comprendido en el alcance de esta disposición constitucional lo referido al Código Aeronáutico. Cabe acotar, al respecto, que dicho cuerpo legal dispone la competencia federal en esta materia (art. 198, ley 17.285, modificada por ley 22.390).

⁹ Fallos 266:151 y 267:37, respectivamente.

¹⁰ Fallos 318:2639.

V. LA COMPETENCIA FEDERAL EN RAZÓN DE LAS PERSONAS

a) Fundamento y principios generales

Así como en los casos anteriores la materia o sustancia era la razón tenida en cuenta por el constituyente para atribuir la competencia federal, hay otros en que el motivo determinante de ella aparece vinculado a las personas que se hallan involucradas en la causa.

El art. 116 de la Constitución permite distinguir, en tal sentido, los siguientes supuestos: a) causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; b) causas en que la Nación es parte; c) causas en que es parte una provincia; d) causas en relación con la distinta vecindad; e) causas que involucran a ciudadanos extranjeros, y f) causas contra un Estado extranjero. Nos referiremos brevemente a cada una de estas categorías en los párrafos siguientes.

b) Causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros

Del mismo modo en que la Constitución aseguró la competencia federal en materia de tratados internacionales, también a fin de tutelar las relaciones entre los distintos Estados soberanos, la atribuyó a aquellas causas en que están involucrados los agentes diplomáticos de más alta jerarquía que representen a otros Estados ante el nuestro, con el propósito de asegurarles las máximas garantías (caso "Embajada de la República de la India s/tentativa de robo" de 2004¹¹).

Este precepto, que se halla comprendido entre los casos mencionados en el art. 117 de la Constitución, no alcanza a todo el personal que presta servicios en una delegación diplomática de un país extranjero acreditada ante nuestro Estado, aunque tampoco cabe limitarla únicamente a aquellos que ostentan un grado diplomático tal, como el mencionado en la citada norma constitucional¹².

La jurisprudencia ha efectuado, generalmente, una aplicación extensiva, incluyendo dentro de la competencia federal casos como los referidos a jefes de otros Estados, familiares de embajadores y ministros, personal diplomático en tránsito en nuestro país o que ha llegado para hacerse cargo de sus funciones o, que habiendo finalizado éstas se halla a la espera del regreso a su país de origen, etc. (casos "Zaballa, Pedro L., cónsul de la República Oriental del Uruguay, v. Ba-

¹¹ Fallos 327:5476.

¹² Ver, al respecto, el art. 24, inc. 1°, aparts. 1°, 5° y 6° del dec.-ley 1285/1958 (texto actualizado) y, con relación a los cónsules y vicecónsules, el art. 2°, inc. 3°, de la ley 48.

rruti, Sofía s/divorcio” de 1897; “Cardile, Mario v. Bresso, Amílcar y otros s/injuria” de 1937; “Tribunal Municipal de Faltas v. Eduardo Sokolowski” de 1958; “Ghikas, Antonio, consejero cultural de la Embajada de Grecia s/ infracción art. 94 del Código Penal” de 1958; “Condesa Claude G. de Favistski, cónyuge del conde D. de Favistski, primer consejero de la Embajada de Francia s/desacato” de 1967, entre otros¹³).

No obstante la interpretación amplia de la norma, se ha rechazado la competencia originaria de la Corte cuando son parte los Estados extranjeros (casos: “Brasburg, Marcelo y Sasón, Rafael s/su denuncia” de 2006; “Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Nación s/denuncia cohecho art. 258 bis del CP –causa nro. 9421/2006–” de 2007; “Cedrun Gutiérrez, José Bibiano s/su presentación” de 2007¹⁴, entre muchos otros, a excepción de la causa “Coronel, Alberto Rubén” de 1979, en la que se hallaba en cuestión, como víctima o como autor, un jefe de Estado extranjero en el caso como posible víctima la Reina de España¹⁵).

Esta postura resulta criticable, por cuanto si el argumento central de la competencia originaria se funda en la necesidad de afianzar y mantener las relaciones exteriores de nuestro país, la distinción resulta arbitraria; pues lo mismo se pueden afectar dichas relaciones tratándose de una causa en la cual intervenga el cónsul o bien se trate del propio Estado al cual representa.

Esta postura fue la adoptada por los jueces Fayt, Boggiano y Vázquez, en su voto en disidencia, en la causa “Municipalidad de Vicente López v. República Federal de Nigeria” de 2000¹⁶, en la cual se sostuvo que “si el art. 117 (anterior art. 101) tiene como finalidad el resguardo de las buenas relaciones internacionales, no se advierten razones que justifiquen efectuar distingos entre un país y sus representantes, sometiendo al primero a la justicia federal ordinaria. Ello es así, por cuanto las relaciones internacionales se hallan involucradas ya sea que el caso concierna al Estado extranjero en sí o a sus embajadores, ministros y cónsules; en consecuencia, se justifica que en ambas hipótesis actúe esta Corte, como cabeza de un poder del Estado y tribunal superior de la justicia nacional”.

También fue reiterada, por los jueces Boggiano y Vázquez en la causa “Embajada de los Estados Unidos de América s/denuncia -averiguación ilícito” de 2002 y por el Dr. Boggiano en la causa “Fai-

¹³ Fallos 70:298, 179:423, 241:262, 242:20 y 269:436, respectivamente.

¹⁴ Fallos 329:2467, 330:745 y 2847, respectivamente.

¹⁵ Fallos 301:312.

¹⁶ Fallos 323:3592.

ren Sanz, Manuel s/denuncia falsificación de documento privado” de 2005¹⁷.

c) Asuntos en que la Nación sea parte

En la enunciación de las causas que dan origen a la competencia federal, el art. 116 de la Constitución dispone que aquella será procedente en “los asuntos en que la Nación sea parte”. Si bien los términos empleados no parecen los más adecuados, se desprende que la cláusula constitucional alude a aquellos juicios en que el Estado sea parte, esto es, en que resulte actor o promotor de la causa o, inversamente, en que sea demandado en ella. Abarca a todos los órganos de los diversos poderes del Estado, así como a los organismos descentralizados y entidades autárquicas.

Como recuerda Haro, al tratar en el Congreso de la Nación la ley 48 se advirtió que había dos criterios de interpretación diferentes en torno de esta disposición constitucional.

Una postura –sostenida por Gorostiaga y Elizalde– negaba toda posibilidad de que el Estado pudiera ser demandado ante la justicia. Se fundaba en una interpretación similar del texto de la Constitución de los Estados Unidos.

Según otra posición –defendida por Quintana Zavalía, Mármol y García–, se aceptaba el supuesto de demanda contra el Estado, pero sólo se proponía utilizar en el texto de la ley 48 (art. 2º, inc. 6º) la expresión “la Nación sea parte”, dejando a criterio de la Corte Suprema dilucidar definitivamente la cuestión¹⁸.

La Corte Suprema, en una primera etapa, se inclinó en favor del criterio según el cual el Estado no podía ser demandado (caso “Seste, Vicente y Seguich, Antonio v. Gobierno nacional” de 1864), pese a un precedente en sentido contrario (caso “Bates Stokes y Cía v. Poder Ejecutivo nacional” de 1864)¹⁹.

En la práctica parlamentaria se fue generando, a su vez, la necesidad de llevar las reclamaciones contra el Estado al Congreso de la Nación. Algunas veces éste les daba curso directamente o las rechazaba y en otras, otorgaba la autorización o venia para concurrir a la justicia.

En el año 1900, la ley 3952 estableció que “los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter

¹⁷ Fallos 325:1364 y 328:1944, respectivamente.

¹⁸ Conf. HARO, Ricardo, *La competencia federal*, cit., p. 174.

¹⁹ Fallos 1:317 y 1:259, respectivamente.

de persona jurídica, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darle curso sin que se acredite haber precedido la reclamación de los derechos controvertidos ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste" (art. 1°).

La ley 11.634 de 1932 modificó, a su vez, el art. 1° de la ley 3952, manteniendo el mismo procedimiento pero ampliando sus alcances, al incluir también las acciones civiles deducidas contra la Nación como persona de derecho público, caso que no estaba contemplado en la anterior disposición. Con ello se superó el criterio restrictivo imperante durante la vigencia del art. 1° de la ley 3952, en cuanto a requerir la venia legislativa cuando se demandaba al Estado en su carácter de persona de derecho público.

Estando asignada la competencia federal en razón de la persona que interviene en la causa —el Estado nacional—, ella es prorrogable a la justicia local. En tal caso, para que sea procedente debe mediar el consentimiento expreso o tácito en cuanto a la declinación de la competencia federal.

El art. 7° de la ley 3952 estableció el carácter declarativo de las sentencias dictadas contra el Estado, al disponer que "las decisiones que se pronuncien en estos juicios, cuando sean condenatorias para la Nación, tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda".

Este principio, a nuestro entender, afecta la seguridad jurídica y ha sido objeto de fundadas críticas en la doctrina²⁰. Una buena defensa del Estado no necesita de restricción alguna de la ejecución de las sentencias dictadas en su contra; requiere, más bien, una eficiente gestión de los intereses públicos y de funcionarios controlados eficazmente y con plena responsabilidad de sus actos.

La Corte Suprema de Justicia ha atenuado, además, la aplicación de este principio al establecer "que la regla del art. 7 de la ley 3952 ha de entenderse en su significado cabal. Su propósito no es otro que evitar que la Administración pública pueda verse colocada, por efecto de un mandato judicial perentorio, en situación de no poder satisfacer el requerimiento por no tener fondos previstos en el presupuesto para tal fin, o en la de perturbar la marcha normal de la Administración pública. Desde este punto de vista, la norma aludida es razonable. Pero en modo alguno significa una suerte de autorización al Estado para no cumplir las sentencias judiciales. Ello importaría tanto como colocarlo fuera del orden jurídico, cuando es precisamente quien debe

²⁰ Conf. BIANCHI, Alberto B., "Inconstitucionalidad sobreviniente del art. 7 de la Ley de Demandas contra la Nación", ED 118:827; BIDART CAMPOS, Germán J., "La ejecutoriedad de las sentencias contra el Estado", ED 12-811.

velar con más ahínco por su respeto. Por ello [...] el art. 7 de la ley 3952 no descarta la pertinencia de una intervención judicial tendiente al adecuado acatamiento del fallo, en el supuesto de una irrazonable dilación en su cumplimiento por la Administración pública" (caso "Pietranera, Josefa y otros v. Gobierno de la Nación s/desalojo" de 1966). El mismo criterio siguió en el caso "Chiodetti, Remo José y otros v. Estado nacional s/desalojo" de 1967²¹.

La jurisprudencia del mismo tribunal también ha establecido que en determinados juicios no corresponde, en manera absoluta, la aplicación del principio de las sentencias declarativas en supuestos como los derivados del pago de indemnizaciones en expropiaciones, desalojos, etc. (casos "Estado nacional v. Gregorini, L. R. y otro s/expropiación" de 1958; "SA La Editorial v. Gobierno nacional, s/interdicto de recobrar la posesión" de 1960; "Fisco nacional v. Carmelo Novello e hijo SRL s/expropiación" de 1961²²).

La legislación muestra, empero, una tendencia recurrente a evitar o postergar la ejecución de sentencias contra el Estado, particularmente con motivo de situaciones que generarían, por su envergadura, desequilibrios fiscales importantes. Se inscriben en esta corriente: el dec. 679/1988 (arts. 1° a 9°); la ley 23.696, de reforma del Estado, de 1989 (arts. 50 a 53 y 56); la ley 24.463, de solidaridad previsional, de 1995 (arts. 22 a 25); la ley 23.982, de consolidación de deudas, de 1991 (arts. 1° a 6° y 9° a 12); la ley 24.130, modificatoria de la anterior, de 1992 (art. 4°); la ley 25.344 de emergencia económica y financiera, de 2000 (art. 13); la ley 25.725, modificatoria de la anterior, de 2003 (art. 58).

La Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 24 de la ley 24.463 (de solidaridad previsional), que estableció la competencia de los juzgados nacionales en lo contencioso-administrativo para entender en cuanto a la revisión de decisiones de la Administración Nacional de la Seguridad Social, incluyendo aquellos juicios que se hallaban en trámite ante la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social que debían retrogradar todo lo actuado para adecuarse a la nueva disposición (casos "Hussar, Otto v. Administración Nacional de la Seguridad Social" y "Barry, María E. v. Administración Nacional de la Seguridad Social", ambos de 1996²³).

Otros requisitos indispensables para demandar al Estado se hallan dispuestos en diversas leyes: el previo reclamo en sede administrativa

²¹ Fallos 265:291 y 269:448, respectivamente.

²² Fallos 240:382, 247:190 y 251:98.

²³ LL, Suplemento de Derecho Constitucional del 13/12/1996, ps. 4/15 y 15/20, respectivamente.

(ley 3952, modificada por ley 11.634, art. 1º, y ley 19.549, modificada por ley 21.686, art. 30); agotar la vía administrativa cuando se trate de la impugnación de actos (arts. 23 y 24, ley 19.549); interponer la acción dentro de los plazos de caducidad (previsto en el art. 25 de la ley 19.549, modificado por ley 21.686), la notificación previa de la demanda a la Procuración del Tesoro de la Nación (arts. 6º y 8º de la ley 25.344).

d) Causas en que es parte una provincia

El art. 116 de la Constitución Nacional atribuye la competencia federal a las causas en que una provincia es parte y diferencia cuatro supuestos: 1) causas de una provincia contra otra provincia; 2) causas entre una provincia y un vecino de otra provincia; 3) causas entre una provincia y un ciudadano extranjero, y 4) causas entre una provincia y un Estado extranjero. Además de estos supuestos, que analizaremos con brevedad en los párrafos siguientes, cabe mencionar otro —no contemplado específicamente en el art. 116—, que es el de las causas entre una provincia y el Estado nacional, al cual nos referiremos al tratar la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia.

Cabe precisar que algunos autores ponen de resalto que, si bien se trata de un supuesto de competencia en razón de las personas que intervienen, tanto la legislación como la jurisprudencia han establecido para distintos supuestos, elementos propios de una competencia fundada en razón de la materia²⁴. Así Bianchi aclara que se encuentran excluidas de la competencia federal aquellas causas en las que no obstante intervenir una provincia (competencia en razón de las personas), la solución del pleito requiera del examen de cuestiones regidas por el derecho local (competencia en razón de la materia), en cuyo caso no resultara de competencia federal²⁵.

Así, por ejemplo, en el caso “Barreto, Alberto Damián v. Provincia de Buenos Aires” de 2006²⁶, la Corte entendió que las acciones de responsabilidad civil contra las provincias involucran cuestiones de derecho administrativo local y en consecuencia no constituyen una causa civil a los fines de dirimir la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Variando una arraigada jurisprudencia anterior, recordó la Corte Suprema de Justicia de la Nación como principio liminar que “si todos

²⁴ Conf. TRIVIÑO, Carlos R., *La Corte Suprema: competencia y vías de acceso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 92.

²⁵ Conf. BIANCHI, Alberto B., *Competencia...*, cit., p. 330.

²⁶ Fallos 329:759.

los actos de los estados provinciales pudieran ser objeto de una demanda ante la Corte, vendría a ser ella quien gobernase a las provincias, desapareciendo los gobiernos locales” y que “quedan excluidos del concepto de causa civil los supuestos en los que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que éstas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los artículos 121 y siguientes de la Constitución Nacional”.

Esta nueva restricción a la admisión de la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional fue seguida en numerosos casos posteriores (causas: “Contreras, Carlos Walter v. Provincia de Buenos” de 2006; “Ayerza, Héctor José v. Provincia de Buenos Aires de 2006; “Aguilar, Patricia Marcela v. Rey, Héctor” de 2006; “Pierini de Pochad, María Estela v. Provincia de la Rioja” de 2006; “Blackie, Paula Yanina v. Provincia de Córdoba” de 2006; “Gómez, Nilda y otros v. Provincia del Chubut” de 2006; “Márquez Bello, José Benito y otros v. Provincia de Santa Cruz” de 2007, entre muchos otros²⁷).

1. *Causas de una provincia contra otra provincia.* En nuestra organización institucional las provincias gozan de autonomía (arts. 5º y 123). En el art. 127, la Constitución dispone:

Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el gobierno federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley.

Al decir de Gelli, “el art. 127 de la Constitución Nacional prohíbe a las provincias declarar o hacer la guerra unas a otras, pues, constituidas en un Estado Federal, ellas renunciaron expresamente a resolver sus diferencias por la fuerza”²⁸.

Por ello resulta razonable que la propia Ley Fundamental haya otorgado al Poder Judicial de la Nación la atribución de dirimir “las causas que se susciten entre dos o más provincias”. Esto no sólo tiene por finalidad asegurar la suficiente imparcialidad del órgano judicial

²⁷ Fallos 329:1311, 329:1839, 329:2069, 329:2115, 329:3065, 329:3165 y 330:2059, respectivamente.

²⁸ Conf. GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 622.

—no lo serían los tribunales locales—, sino también consolidar el afianzamiento de la unión nacional, consolidar la paz interior y proveer a la defensa común, fines que el Preámbulo constitucional enuncia y a cuyo amparo se halla toda nuestra organización institucional.

Respecto de esta atribución la Corte la ha ejercido en diversas oportunidades, así por ejemplo, en la causa “Provincia de La Pampa v. Provincia de Mendoza s/acción posesoria de aguas y regulación de usos” de 1987²⁹, en la cual se dispuso que el precepto constitucional “supone conferir al más alto Tribunal de la República la trascendente misión de dirimir los conflictos interprovinciales, propósito inspirado, sin duda, en la penosa y prolongada secuela de discordias entre las provincias que siguió al inicio de nuestra vida independiente”.

2. *Causas entre una provincia y un vecino de otra provincia.* La calidad de vecino está definida por el art. 11 de la ley 48, de 1863, que expresa:

La vecindad en una provincia se adquirirá para los efectos del fuero, por la residencia continua de dos años, o por tener en ella propiedades raíces, o un establecimiento de industria o de comercio, o por hallarse establecido de modo que aparezca el ánimo de permanecer.

A su vez, según el art. 24, inc. 1° del dec.-ley 1285/1958, para la aplicación de esta norma serán vecinos:

- a) Las personas físicas domiciliadas en el país desde dos o más años antes de la iniciación de la demanda, cualquiera sea su nacionalidad;
- b) las personas jurídicas de derecho público del país;
- c) las demás personas jurídicas constituidas y domiciliadas en el país;
- d) las sociedades y asociaciones sin personería jurídica, cuando la totalidad de sus miembros se halle en la situación prevista en el apartado a.

En estos casos, la razón que fundamenta la jurisdicción de los tribunales federales debe buscársela en la necesidad de garantizar condiciones de imparcialidad, que en opinión del constituyente podrían resentirse si se aceptase la intervención de la justicia local.

El tema fue objeto de discusión en la Convención Constituyente de la provincia de Buenos Aires de 1860, oportunidad en que Elizalde y Vélez Sarsfield sostuvieron la necesidad de eliminar estas causas de la jurisdicción federal. En cambio, Sarmiento defendió el mantenimiento de ella, criterio que finalmente se impuso³⁰.

²⁹ Fallos 310:2478.

³⁰ Conf. *Reforma constitucional de 1860*, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad Nacional de La Plata, 1961, ps. 253 a 255 y 340.

3. *Causas entre una provincia y un ciudadano extranjero.* En el art. 116, la Constitución Nacional se refiere a las causas “entre una provincia [...] contra [...] ciudadano extranjero” como atributivas de la competencia federal. Este privilegio, en favor de quien es nacional de otro Estado de litigar ante la justicia federal es conocido, en la doctrina, con la denominación de “fuero de extranjería”.

La expresión “ciudadano extranjero” ha de entenderse referida a quien ostente la nacionalidad de otro Estado, tenga o no la ciudadanía de éste.

Una cuestión más compleja se presenta cuando la persona que pretende hacer uso del “fuero de extranjería” es portadora de una doble o múltiple nacionalidad, siendo una de ellas la de nuestro país. Entendemos que si esa pluralidad de nacionalidades está aceptada por nuestra República por medio de tratados internacionales, no cabe reconocer como extranjeras a esas personas.

La intervención de la justicia federal en estos casos se justificó en razón de las buenas relaciones con los Estados extranjeros, garantizando un trato igual por medio de los tribunales, cuya existencia deriva de la Constitución Nacional.

La Corte Suprema de Justicia sostiene que “el fundamento del privilegio por razones de extranjería no es otro que el de dar al litigante el medio de garantizarse recurriendo a un juez extraño al orden local contra la sospecha que podría abrigar de que el juez de provincia pudiera ser parcial en favor de sus connacionales, eliminándose de esta manera, una posible causa de antagonismo entre las provincias, argumentos que resultan también aplicables al caso de distinta vecindad” (causa “Lugo, Carlos A. y otro v. Costas Argentinas Soc. Coop. Ltda. y otro” de 1985³¹).

El mismo tribunal ha afirmado al respecto, siguiendo el dictamen del procurador general, que “la competencia federal en razón de las personas procura asegurar esencialmente la imparcialidad de la decisión, la armonía nacional y las buenas relaciones con los países extranjeros” (caso “Gutiérrez, José Antonio” de 1988³²).

En nuestra época, empero, creemos que tanto el fuero de extranjería como el de vecindad carecen de sustento. La reforma constitucional de 1949, con buen criterio, había suprimido el fuero de extranjería de la jurisdicción federal.

La subsistencia de esta prerrogativa para el extranjero ha motivado críticas doctrinales relevantes. Así, Haro afirma: “Flaco favor hace a sus instituciones fundamentales un Estado federal que desde la

³¹ Fallos 307:1823.

³² Fallos 311:919.

legislación constitucional u ordinaria está reconociendo sus dudas al no afirmar su seguridad respecto de la correcta actuación de los jueces locales, olvidando que de acuerdo a la sistemática de la Constitución, en su segunda parte, Autoridades de la Nación, lo son tanto las que integran el gobierno federal, como las pertenecientes a los gobiernos de provincias³³.

4. *Causas entre una provincia y un Estado extranjero.* El art. 116 determina la atribución del Poder Judicial de la Nación para entender en las causas que se planteen "entre una provincia [...] contra un Estado [...] extranjero".

Estos casos muestran una característica peculiar, que está dada por la eventual intervención como parte de un Estado extranjero. De allí que remitimos para su estudio al apartado g) de este mismo punto.

e) Causas en relación con la distinta vecindad

El art. 116 de la Constitución Nacional les asigna la competencia federal a las causas que se susciten "entre los vecinos de diferentes provincias". Ya nos hemos referido anteriormente a las exigencias que prevén las leyes y la jurisprudencia de la Corte Suprema para acceder al denominado "fuero de vecindad".

Se requiere, además, que quien invoca la vecindad sea argentino (caso "Don Santiago Noonam v. Don Santiago Beacon s/competencia" de 1921³⁴).

La ley 1893, del año 1886, establece que las causas entre un vecino de la Capital Federal y un vecino de una provincia son asimilables al caso que estamos tratando, por lo cual corresponde la jurisdicción federal (art. 111, inc. 2°).

Una situación más compleja se plantea con respecto a las personas jurídicas.

f) Causas concernientes a ciudadanos extranjeros

Nuestra Ley Supremal asigna la jurisdicción federal a dos tipos de causas en que intervienen como partes ciudadanos extranjeros: 1) las de una provincia contra un ciudadano extranjero y 2) las de un vecino de una provincia contra un ciudadano extranjero.

Tanto al fundamento de este privilegio como a la condición exigida para gozar del "fuero de extranjería" nos hemos referido al tra-

³³ HARO, Ricardo, *La competencia federal*, cit., p. 211.

³⁴ Fallos 135:431.

tar lo concerniente a las causas entre una provincia y un ciudadano extranjero (ver apartado d.3). Uno y otra resultan aplicables al caso que ahora estudiamos, y lo mismo ocurre con respecto a la condición de "vecino de provincia" (ver apartado d.2).

Nos limitaremos, en consecuencia, a formular algunas acotaciones específicas, que resulten propias de las causas entre vecinos de una provincia y ciudadanos extranjeros.

Si en la causa litigan dos extranjeros no es viable la competencia federal, ni tampoco en aquellos casos en que el ciudadano extranjero tiene doble o múltiple nacionalidad y una de ellas es la argentina³⁵.

Compartimos el criterio de Bidart Campos acerca de esta última cuestión, cuando sostiene que en caso de litigio entre dos extranjeros, vecinos de distintas provincias, debería ser procedente la competencia federal para no generar diferencias disvaliosas respecto de los casos entre vecinos de distintas provincias³⁶.

La Corte considera que siendo la jurisdicción federal un privilegio en favor del extranjero, es admisible su renuncia (caso "Eliosoff, Devora I. de De Souza" de 1985³⁷). En cambio, una vez asumida dicha jurisdicción, no puede ser declinada (casos "Delgado de Montero, Rosario v. Astorga, Andrés s/cobro de pesos" de 1872; "El Banco Alemán Transatlántico v. Schiffner y Cía. s/cobro de pesos" de 1899; "Sebastián Palau y Cía. v. María Amelia A. de Rivota s/cobro hipotecario" de 1920³⁸).

g) Causas contra un Estado extranjero

El art. 116 de la Constitución prevé la intervención de la justicia federal en las causas entre "vecinos [de provincia] contra un Estado [...] extranjero". El mandamiento constitucional ha sido interpretado con criterio amplio, en cuanto se aplica la misma solución si se trata de un vecino de la ciudad de Buenos Aires, pese a tener este distrito una justicia local.

La posibilidad de demandar a un Estado extranjero ha sido sometida a restricciones importantes.

El dec.-ley 1285/1958 establece en su art. 24, inc. 1°, 2° párrafo, que "no se dará curso a la demanda contra un Estado extranjero, sin requerir previamente de su representante diplomático, por intermedio

³⁵ Conf. HARO, Ricardo, *Manual de derecho constitucional*, t. II, Advocatus, Córdoba, 1995, p. 420.

³⁶ Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. II, p. 412.

³⁷ Fallos 307:1728.

³⁸ Fallos 12:7, 80:236 y 131:63, respectivamente.

del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, la conformidad de aquel país para ser sometido a juicio”.

En 1963 se agregó a esa disposición legal una segunda parte preceptuando:

Sin embargo, el Poder Ejecutivo puede declarar con respecto a un país determinado la falta de reciprocidad a los efectos consignados en esta disposición, por decreto debidamente fundado. En este caso, el Estado extranjero, con respecto al cual se ha hecho tal declaración, queda sometido a la jurisdicción argentina. Si la declaración del Poder Ejecutivo limita la falta de reciprocidad a determinados aspectos, la sumisión del país extranjero a la jurisdicción argentina se limitará también a los mismos aspectos. El Poder Ejecutivo declarará el establecimiento de la reciprocidad, cuando el país extranjero modificase sus normas al efecto [dec.-ley 9015/1963, art. 1°].

La Corte Suprema de Justicia, tanto en pronunciamientos anteriores como posteriores a las citadas normas legales, instituyó el principio de la inmunidad jurisdiccional absoluta de los Estados extranjeros ante nuestros tribunales, salvo el caso de que medie aceptación expresa de parte de aquéllos (casos “Baima y Bessolino v. El gobierno de Paraguay” de 1916, “Fisco nacional v. Rodolfo Mónico Cazón y otro” de 1916; “Ibarra y Cía. v. Capitán del vapor español Ibaí” de 1937; “Gómez, Samuel, v. Embajada británica s/despido” de 1976; “López, Elsa Carmen y otro v. Departamento Cultural y de Cooperación Científica de la Embajada de Francia s/despido” de 1976³⁹).

Sin embargo, en 1994, nuestro Máximo Tribunal acogió el principio de inmunidad jurisdiccional relativa de los Estados extranjeros demandados ante los tribunales federales de nuestra República (caso “Manauta, Juan José y otros v. Embajada de la Federación Rusa s/daños y perjuicios” de 1994⁴⁰). En esta causa, los actores reclamaban a la Federación Rusa —como continuadora de la ex Unión Soviética— por el daño sufrido a consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de diversas prestaciones de la seguridad social. El Estado demandado, debidamente notificado, no se presentó a juicio. La pretensión, en consecuencia, no fue acogida en primera ni en segunda instancia. La Corte Suprema, con el voto de todos sus miembros, haciendo los Estados extranjeros, y modificando una jurisprudencia casi centenaria, sostuvo que “la más moderna tendencia jurisprudencial,

³⁹ Fallos 123:58, 125:40, 178:173, 295:176 y 295:185, respectivamente.

⁴⁰ Fallos 317:1880; el fallo ha sido comentado por BIDART CAMPOS, Germán J., “Un notable avance en la jurisprudencia de la Corte sobre inmunidad de los Estados extranjeros”, ED 162-83 y por ALBANESE, Susana, “Inmunidad de jurisdicción restringida: sentencia y ley”, ED 162-85.

adoptó la doctrina restringida de inmunidad de jurisdicción relativa a los actos *iure gestionis*.

”Hoy ya no es posible sostener que la inmunidad absoluta de jurisdicción constituyó una norma de derecho internacional general, porque no se practica de modo uniforme ni hay convicción jurídica de su obligatoriedad.

”Cabe concluir que no es de aplicación al caso la *ratio* del art. 24, inc. 1, del decreto-ley 1285/58, por no encontrarse en tela de juicio un acto de gobierno, ya que la controversia traída a conocimiento de este tribunal se refiere al cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales que en modo alguno puede afectar el normal desenvolvimiento de una representación diplomática”.

En 1995 fue sancionada la ley 24.488, que regula la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos. Su art. 1° sienta un principio general al disponer:

Los Estados extranjeros son inmunes a la jurisdicción de los tribunales argentinos, en los términos y condiciones establecidos en esta ley.

El art. 2° enuncia, en ocho incisos, los casos en que la inmunidad de jurisdicción no puede ser invocada:

Los Estados extranjeros no podrán invocar inmunidad de jurisdicción en los siguientes casos:

- a) cuando consientan expresamente a través de un tratado internacional, de un contrato escrito o de una declaración en un caso determinado, que los tribunales argentinos ejerzan jurisdicción sobre ellos;
- b) cuando fuere objeto de una reconvención directamente ligada a la demanda principal que el Estado extranjero hubiere iniciado;
- c) cuando la demanda versare sobre una actividad comercial o industrial llevada a cabo por el Estado extranjero y la jurisdicción de los tribunales argentinos surgiere del contrato invocado o del derecho internacional;
- d) cuando fueren demandados por cuestiones laborales, por nacionales argentinos o residentes en el país, derivadas de contratos celebrados en la República Argentina o el exterior y que causaren efectos en el territorio nacional;
- e) cuando fueren demandados por daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio;
- f) cuando se tratase de acciones sobre bienes inmuebles que se encuentran en territorio nacional;
- g) cuando se tratase de acciones basadas en la calidad del Estado extranjero como heredero o legatario de bienes que se encuentran en el territorio nacional;
- h) cuando, habiendo acordado por escrito someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, pretendiere invocar la inmunidad de jurisdicción de los tribunales argentinos en un procedi-

miento relativo a la validez o a la interpretación del convenio arbitral, del procedimiento arbitral o referida a la anulación del laudo, a menos que el convenio arbitral disponga lo contrario.

La nueva ley, como se advierte, adopta el principio de inmunidad jurisdiccional relativa de los Estados extranjeros siguiendo, en buena medida, el criterio sustentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado caso "Manauta, Juan José y otros v. Embajada de la Federación Rusa s/daños y perjuicios", resuelto pocos meses antes de su dictado.

Bajo la vigencia de esta nueva ley, en el caso "Cereales Asunción SRL v. Administración Nacional de Navegación y Puertos de la República paraguaya s/daños y perjuicios (incumplimiento del contrato)" de 1998⁴¹, la Corte señaló "que en doctrina elaborada desde antiguo [...] se reconocía la tesis absoluta de la inmunidad de jurisdicción, por la cual se impedía que en cualquier tipo de causas un Estado extranjero pudiera ser llevado sin su consentimiento a los tribunales de otro país [...]. Sin embargo, en Fallos 317:1880 ('Manauta'), este Tribunal, en virtud de una reconocida práctica internacional, abandonó el criterio anterior y adhirió al principio de la inmunidad relativa o restringida según la cual cabe distinguir entre los actos *iure imperii* —actos de gobierno realizados por el Estado extranjero en su calidad de soberano— y los actos *iure gestionis* —actos de índole comercial—. Respecto de los primeros, estableció que se mantiene el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero, en tanto que, respecto de los segundos, decidió que debían ser juzgados en el Estado competente para dirimir la controversia" (ver considerando 4° del voto de la mayoría). A su vez, también sostuvo "que sin perjuicio de la finalidad pública perseguida por todo Estado en su actuación, aun al realizar actos de gestión, la pauta de interpretación válida para determinar si un Estado puede ser juzgado por los tribunales del foro es la naturaleza de la actividad" (ver considerando 13 del voto de la mayoría).

Por último corresponde aclarar que, tanto la nueva ley dictada como los precedentes de la Corte, mantienen como regla el principio de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, cuando realizan actos *iure imperii*.

VI. CAUSAS SUPRIMIDAS POR LA REFORMA DE 1860

La Convención Nacional Constituyente de 1860 sustrajo de las atribuciones del Poder Judicial de la Nación los recursos de fuerza, los

⁴¹ Fallos 321:2594.

conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia y las causas entre una provincia y sus propios vecinos.

Los recursos de fuerza importaban la revisión, en sede judicial, de las decisiones de los tribunales eclesiásticos. Consideramos conveniente tal supresión, en cuanto se trataba de una intervención innecesaria en un ámbito ajeno a la incumbencia del Estado.

En el caso de los conflictos entre diferentes poderes públicos de una misma provincia, la Constitución de 1853 había atribuido la jurisdicción federal para que ésta actuara como árbitro de ellos. El respeto del federalismo, proclamado por la propia Ley Fundamental, nos convence acerca del acierto de la reforma de 1860. Estos conflictos, en la medida en que no lesionen principios y normas de la Constitución federal, deben ser dirimidos en el propio ámbito local. Es ello una consecuencia insoslayable de la autonomía que tienen las provincias.

La asignación de la competencia federal a las causas entre una provincia y sus vecinos fue una previsión innecesaria que había contemplado la Constitución de 1853. Denotaba una evidente desconfianza en la imparcialidad de los órganos judiciales locales y sobrecargaba innecesariamente las atribuciones del Poder Judicial federal que con su intervención interfería en la autonomía de las provincias.

VII. LA COMPETENCIA FEDERAL EN RAZÓN DEL LUGAR

El lugar puede ser condición para atribuirle competencia al Poder Judicial de la Nación. Ello ocurre, principalmente, en los casos de: a) zonas de jurisdicción federal; b) territorios nacionales, y c) Capital Federal.

a) Respecto de las zonas de jurisdicción federal, el art. 75, inc. 30 de la Constitución establece que le corresponde al Congreso de la Nación "dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines".

La interpretación y aplicación de esta norma, que fue objeto de modificación por la reforma de 1994, ha motivado una profusa y cambiante jurisprudencia, a la cual nos hemos referido en el capítulo VI de esta obra, adonde remitimos en aras de la brevedad.

Las leyes sancionadas por el Congreso como consecuencia de la cláusula constitucional antes mencionada son leyes federales, por tanto, son atributivas de competencia para la jurisdicción federal.

b) El art. 75, inc. 15, dispone que es atribución del Congreso de la Nación "determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales, que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias".

Esas normas también atribuyen competencia al Poder Judicial de la Nación en razón del lugar. Empero, estas cuestiones tienen actualmente escasa relevancia si tomamos en consideración que la ley 23.775, del año 1990, provincializó el territorio nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

c) La Capital Federal plantea una situación más compleja. Todos sus órganos judiciales son federales aun cuando su competencia está dividida entre los que aplican las leyes federales y los que aplican las leyes comunes.

La reforma constitucional de 1994, al atribuirle autonomía a la ciudad de Buenos Aires (art. 129), le ha otorgado "facultades propias de [...] jurisdicción", pero estableciendo que "una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea Capital de la Nación".

Esá norma, dictada por el Congreso (ley de garantías 24.588 de 1995), ha dispuesto que "la justicia nacional ordinaria de la ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación" y que "la ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales" (art. 8°).

Sin perjuicio de ello, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, del año 1996, ha organizado su propio Poder Judicial y le ha atribuido competencias amplias para conocer y decidir en "todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por los convenios que celebre la ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales, así como también organizar la mediación voluntaria conforme la ley que la reglamente" (art. 106).

Se produce, por tanto, una evidente superposición de competencias, que debería ser dirimida —creemos— en favor de los órganos locales, porque consideramos que la Ley de Garantías ha transgredido los límites impuestos por la Constitución Nacional y es, en este punto, inconstitucional.

VIII. LA COMPETENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Si el art. 116 es el marco dentro del cual se desenvuelven las atribuciones del Poder Judicial de la Nación, el art. 117 es la norma constitucional básica que enuncia la competencia de la Corte Suprema de Justicia. Cabe perfectamente afirmar que ambas disposiciones constitucionales guardan una relación tan estrecha, que bien podrían haber integrado una única cláusula, con beneficio para la interpretación.

Dispone el art. 117:

En estos casos [se refiere a los mencionados en el art. 116], la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación, según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

La norma constitucional no agrega ninguna otra causa atributiva de la jurisdicción federal a las que previamente enuncia el art. 116. En cambio, establece que dentro de ese abanico de facultades, la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación podrá ser ejercida por medio de dos vías: a) la competencia por apelación y b) la competencia originaria y exclusiva.

a) La competencia por apelación

La competencia por apelación es aquella que le permite a la Corte Suprema de Justicia conocer en una causa luego de que ésta ha sido resuelta en las instancias inferiores. Su intervención va a estar dirigida, en consecuencia, a revisar un pronunciamiento judicial previo.

El art. 117 denota la voluntad del constituyente de convertir a esta vía en regla general para que una causa llegue a conocimiento de la Corte Suprema. Lo excepcional es, por tanto, la competencia originaria y exclusiva.

Además, el art. 117 la condiciona a "las reglas y excepciones que prescriba el Congreso". En consecuencia, se otorga un mandato amplio al legislador para regular las condiciones de su ejercicio. La competencia por apelación reconoce dos modos de ejercicio: 1) la apelación ordinaria y 2) la apelación extraordinaria.

1) *La apelación ordinaria* es la prevista en el art. 24, inc. 6° del dec.-ley 1285/1958, el cual establece que la Corte Suprema de Justicia de la Nación conocerá "por apelación ordinaria de las sentencias definitivas de las cámaras nacionales de apelaciones en los siguientes casos:

"a) causas en que la Nación directa o indirectamente sea parte, cuando el valor disputado en último término, sin sus accesorios, sea superior [al monto que periódicamente la Corte actualiza];

"b) extradición de criminales reclamados por países extranjeros;

"c) causas a que dieran lugar los apresamientos o embargos marítimos en tiempo de guerra, sobre salvamento militar y sobre nacionalidad del buque, legitimidad de su patente o regularidad de sus papeles".

Algunas leyes especiales también han habilitado la instancia ordinaria de revisión, como la ley 23.521, de obediencia debida (art. 5°).

Esta apelación ordinaria tiene la característica de permitir una revisión amplia de la causa.

La Corte ha establecido que el recurso ordinario de apelación no es compatible con la apelación extraordinaria, de manera que se excluyen simultáneamente ("Juan María de Vido e Hijos SCA v. Dirección Nacional de Vialidad" de 1988⁴²).

2) *La apelación extraordinaria* es una revisión limitada, destinada esencialmente al resguardo del principio de supremacía constitucional. Por medio de ella, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ejerce el control de constitucionalidad respecto de decisiones definitivas que emanan de los tribunales federales inferiores y de los tribunales locales. Se halla reglamentada por el art. 14 de la ley 48 de 1863. Su estudio lo abordaremos en el capítulo siguiente de esta obra.

b) La competencia originaria y exclusiva

La competencia originaria y exclusiva está referida a aquellos casos que deben ser iniciados, proseguidos y terminados ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que no actúa en instancia de revisión, sino resolviendo en única instancia un pleito que le ha sido directamente planteado. El juicio nace y fenece en la Corte Suprema.

El art. 117 de la Constitución, haciendo referencia a los casos mencionados por el art. 116, afirma que la Corte Suprema, "en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá [su jurisdicción] originaria y exclusivamente".

La competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema no queda sujeta, como la de apelación, "a las reglas y excepciones que prescriba el Congreso". Por tanto, es inmutable en el sentido de que al estar determinada por la Constitución, no puede ser alterada por vía

⁴² Fallos 311:986. En este caso, la Corte ratificó, utilizando otros términos, el criterio ya expuesto en la causa "John Deere Argentina v. Gobierno nacional" de 1973 (Fallos 285:263).

legislativa (casos "Gobierno de la Nación y la Unión de Fabricantes de Tejidos de Yute de España s/compromiso arbitral" de 1925; "Lago Carballo, Antonio Ángel v. Tarquini, José s/querrela por usurpación" de 1961; "Yaniz, Enrique v. Bellaci, Luis y Embajada de Portugal s/cobro de pesos" de 1972; "Weinberg, Pedro Daniel" de 1980, y "Partido Obrero" de 1983⁴³).

Es, además, excepcional y de interpretación restringida; allí donde advierta la Corte razones fundadas para desecharla, podrá hacerlo en cualquier instancia del juicio aun sin petición de parte⁴⁴. Al respecto, expresa Bianchi: "La radicación del juicio ante la Corte Suprema nunca constituye una etapa precluida y siempre puede volverse atrás y declararse la incompetencia"⁴⁵.

La Corte también ha expresado que la jurisdicción originaria y exclusiva no es prorrogable a los jueces federales inferiores, pero sí puede serlo —si media consentimiento de las partes— a los jueces provinciales (casos "Rodríguez del Busto, Antonio v. Provincia de Córdoba s/expropiación" de 1901; "Miotti, J. y F. Alemán v. Provincia de Córdoba s/daños y perjuicios" de 1906; "Márquez, Francisco" de 1945; "Govi, Juan Luis y otros v. Provincia del Chaco" de 1977, y "Telecor SAcEl v. Catamarca, Provincia de s/restitución de inmueble" de 1988⁴⁶). En este último supuesto es necesario, obviamente, que se trate de una materia no federal. En la doctrina constitucional se han formulado reparos al criterio sustentado por la Corte⁴⁷.

No obstante lo dicho, en la causa "Flores, Feliciano Reinaldo v. Provincia de Buenos Aires s/cobro de pesos"⁴⁸ de 1992, la Corte Suprema varió su criterio y admitió la prórroga de su competencia originaria en favor de los tribunales inferiores de la Nación en un supuesto en el cual la propia provincia declinó la competencia originaria de la Corte establecida en su favor. La Corte fijó como requisitos de procedencia que la competencia atribuida debe ser *ratione personae*, y no deben existir razones institucionales o federales, o conflicto entre la Nación y las provincias, que obliguen a aplicar un principio de interpretación restrictiva, como el que surge del art. 116 de la Constitución Nacional.

El criterio sentado en este precedente fue reiterado en numerosos casos en los cuales la Corte entendió que se trata de un beneficio dis-

⁴³ Fallos 143:191, 250:774, 284:20, 302:63 y 305:1067, respectivamente.

⁴⁴ Fallos 174:146, 191:341, 207:139, 249:165, 270:410, 297:368 y 327:446 y 2797.

⁴⁵ BIANCHI, Alberto B., *Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, ps. 142/3.

⁴⁶ Fallos 90:97, 104:323, 203:341, 298:665 y 311:1812, respectivamente.

⁴⁷ Conf. BIANCHI, Alberto B., *Competencia...*, cit., ps. 156/7.

⁴⁸ Fallos 315:2157.

puesto en favor de las provincias quienes pueden válidamente renunciar a él, resultando prematura la decisión del juez de grado que se declara incompetente antes de estar trabada la *litis* (casos "Ontivero, Ariel Adolfo v. Buenos Aires, Provincia de y otros" de 2006; "AFIP v. Neuquén, provincia del" de 2008; "Colonia Nacional Dr. Manuel Montes de Oca v. DOSEP (Dirección de la Obra Social del Estado Provincial de San Luis)" de 2008; "Santa Cruz Yañez, Celso y otro v. Buenos Aires, Provincia de y otros" de 2009; "Banco de la Nación Argentina v. Chubut, Provincia del s/cobro de sumas de dinero" de 2012, entre otros⁴⁹).

No obstante, en la causa "Provincia de Salta v. Estado Nacional Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos s/prohibición de innovar" de 2000, la Corte Suprema desestimó la prórroga por entender que se estaba en presencia de conflictos generados entre la Nación y la provincia que hacían aconsejable aplicar un criterio restrictivo, tal como surge del art. 117 de la Constitución Nacional.

Respecto de estos precedentes que admiten la prórroga de la competencia originaria de la Corte en favor de los tribunales federales inferiores (siempre que la materia del pleito no sea de índole federal), corresponde hacer un distingo, pues estimo que existe una diferencia sustancial entre el precedente "Flores" y los casos citados que le siguieron. En efecto, en el primer supuesto, la Corte luego de haber asumido su competencia originaria, la declinó en virtud de que la provincia renunció en forma expresa a la competencia originaria del Máximo Tribunal en favor de los tribunales inferiores. En cambio en los otros supuestos, la Corte resolvió que las causas debían tramitarse ante los jueces inferiores hasta tanto la provincia en cuestión no articulase la excepción de incompetencia, motivo por el cual entiendo que ha admitido la prórroga tácita de la competencia en favor de los tribunales inferiores y ha invertido la secuela natural del proceso, generando inseguridad respecto de cuál es el tribunal natural que debe entender.

Las causas que determinan la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conforme al art. 117 de la Constitución, son: 1) los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules y 2) aquellos en que una provincia sea parte.

En esta última categoría cabe, a su vez, reconocer las siguientes posibilidades: a) provincia contra provincia; b) provincia contra vecinos de otra provincia; c) provincia contra Estado nacional; d) provincia contra Estado extranjero; e) provincia contra ciudadano extranjero, y f) provincia contra sus propios vecinos.

⁴⁹ Fallos 329:218, 331:793; CSJN, C 1575 XLII del 16/4/2008, S 832 XLIV del 5/5/2009, B.668.XLVIII del 20/11/2012, respectivamente.

Sin embargo, tal como habíamos adelantado, no todas las causas en las que intervenga una provincia serán de competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema, ya que la materia sobre la cual verse el litigio puede determinar la incompetencia del Alto Tribunal.

En efecto, es posible distinguir las causas civiles, las causas federales y las causas regidas por el derecho local. A modo de síntesis, teniendo en miras el alcance de esta obra, se pueden establecer las siguientes reglas:

1. En las causas de una provincia contra otra provincia, contra el Estado Nacional y contra un Estado extranjero (supuestos a), c] y d]): la competencia originaria corresponde tanto si la materia sobre la cual versa el litigio es civil, federal o local.

2. En las causas entre una provincia y un vecino de otra provincia o ciudadano extranjero (supuestos b] y e]) la competencia originaria de la Corte corresponde si la materia es civil o federal.

3. Por último, en las causas entre una provincia y sus propios vecinos (supuesto f]), sólo corresponde la competencia originaria de la Corte Suprema si la materia es federal.

Sin embargo, esta aparente simpleza se esfuma a medida que se pretende definir con precisión qué se entiende en la jurisprudencia de la Corte por causa civil, federal o local⁵⁰.

Una consideración especial merecen los juicios entre una o más provincias y el Estado federal. Este tipo de causas no figura entre las enumeradas en el art. 116, que si bien se refiere a los asuntos en que la Nación sea parte, cuando habla de aquellas en que intervengan las provincias no las menciona. El art. 107 adjudica la competencia originaria y exclusiva de la Corte en los casos en que sea parte una provincia.

Lo antedicho ha generado discrepancias doctrinales notorias. Una línea de interpretación –seguida por Bidart Campos– afirma que estas causas, al no aparecer mencionadas en el art. 116, deben corresponder a la competencia por apelación de la Corte y no a la originaria⁵¹.

Bianchi se manifiesta en sentido diferente al sostener que "la causa es de indiscutible jurisdicción federal. Si bien el art. 100 [actual 116] no la señala dentro de los posibles litigios que una provincia puede tener, indica claramente que aquellas causas en que la Nación sea parte son de competencia de los tribunales federales, de modo que cuando el Estado nacional sea parte con una provincia, la Corte Suprema interviene originariamente. Una vez más la conjunción del art. 100 [actual

⁵⁰ Conf. TRIBIÑO, Carlos R., *La Corte Suprema; competencias y vías de acceso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, ps.110 y ss.

⁵¹ BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, cit., t. II, p. 395.

116] con el 101 [actual 117], dan el resultado: el art. 100 provee el fuero (federal), el art. 101 el tribunal (Corte Suprema en instancia originaria)”⁵².

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha inclinado por este último criterio, que nos parece el más adecuado a los fines de efectuar una interpretación armónica de la Constitución como un todo orgánico y sistemático (casos “Provincia de Buenos Aires v. Gobierno de la Nación s/daños y perjuicios y devolución del Casino de Mar del Plata” de 1949; “Ministerio de Transportes de la Nación v. Provincia de Buenos Aires s/cobro de pesos” de 1953⁵³). Si las causas entre una provincia y vecinos de otra provincia, o contra un ciudadano extranjero, dan origen a la competencia originaria y exclusiva de la Corte, no sería congruente que aquellas en que una provincia litigara con el Estado federal fuese dirimida por los tribunales inferiores.

Así, desde antaño se ha resuelto que cuando es parte el Estado Nacional, o una entidad autárquica o descentralizada del Estado Nacional y una provincia, la única forma de conciliar lo preceptuado por el art. 117 de la Constitución Nacional respecto de los Estados provinciales, con la prerrogativa jurisdiccional que le asiste a la Nación y a sus entes al fuero federal, sobre la base de lo dispuesto por el art. 116 de la Ley Fundamental, es sustanciando la acción en la instancia originaria de la Corte Suprema (causas: “Torcivia de Navarro Nieto, Magna Rita y otras v. Dirección Nacional de Vialidad” de 1986; “Wilensky, Pedro v. Salta, Provincia de s/acción de amparo” de 1988; “Neuquén TV SA y otros v. Río Negro, Provincia de y otra s/cesación de emisiones” de 1988; “ATC LS 82 Canal 7 v. LT 85 Canal 12 de Posadas s/cobro de australes” de 1991; “Dirección General de Rentas de la Provincia de Salta v. Ferrocarriles Argentinos s/ejecución fiscal” de 1992; “Gas del Estado v. Empresa Tandil s/sumario” de 1994; “Makarevich de Torregrosa Lastra, Lidia Inés s/amparo - causa nro. 14.277” de 1999; “Cura, Carlos Antonio v. Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios” de 2000; “Banco de la Nación Argentina v. Córdoba, Provincia de s/acción contencioso administrativa” de 2007, “Banco de la Nación Argentina v. Misiones, Provincia de s/cobro de pesos” de 2009⁵⁴, entre muchos otros).

Sin embargo, cabe advertir que entre lo precedentes citados, la Corte ha admitido la prórroga de su competencia originaria en favor

⁵² BIANCHI, Alberto B., *Competencia...*, cit., p. 204.

⁵³ Fallos 214:569 y 225:445, respectivamente.

⁵⁴ Fallos 308:2054; 311:489 y 2725; 314:830; 315:1232; 317:746; 322:190; 323:702, 330:1807, 332:897, respectivamente.

de los tribunales inferiores en causas entabladas por la Nación contra una provincia, al considerar prematura la decisión del juez de grado que declaró su incompetencia antes de haberse trabado la *litis* conforme a lo resuelto en la causa “AFIP v. Neuquén, Provincia del s/ejecución fiscal” de 2008, en la que con cita del precedente “Flores” y no presentándose en el caso “razones institucionales o federales” que lo impidan, declaró la competencia del tribunal federal de primer grado. No obstante, corresponde tener presente que el procurador general de la Nación entendió que se trataba de un supuesto de competencia originaria de la Corte.

Otra problemática que plantean estas mismas causas es la atinente a si a una provincia que está en conflicto con el Estado federal cabe exigirle la reclamación administrativa previa contemplada por la ley 3952, modificada por ley 11.634 (art. 1º). Al respecto, la Corte Suprema ha dicho que “imponer a las provincias la observancia del régimen de reclamaciones previas ante la Administración central [...] importaría alterar el equilibrio del sistema federal y su distribución de poderes” (caso “Provincia de Salta v. Nación Argentina” de 1985⁵⁵).

IX. LOS PODERES IMPLÍCITOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Los poderes implícitos son aquellos a los cuales, sin estar taxativamente conferidos por la Constitución, se los considera consecuencia necesaria de otros que sí se hallan enunciados en ésta y que le permiten a cada órgano del Estado cumplir su función. Rige, en estos casos, el axioma según el cual lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal. Si le ha sido atribuida a un poder una función, se concluye que también está dotado de los medios necesarios para resguardar el debido respeto de ella por parte de los demás poderes.

Si bien el Congreso de la Nación es el único de los poderes del Estado al cual la Constitución Nacional le reconoce expresamente poderes implícitos (art. 75, inc. 32), la doctrina y la jurisprudencia han admitido la existencia de atribuciones implícitas en la Corte Suprema de Justicia, aunque éstas no aparecen consagradas en el texto de la Constitución.

Diversos casos resueltos por el Máximo Tribunal nacional ilustran acerca de la aplicación de estos poderes implícitos. En 1903, la Corte se negó a tomar juramento a Delfín Baeza, quien había sido designado como juez federal en comisión en Santa Cruz por el pre-

⁵⁵ Fallos 307:1154.

sidente provisorio José Evaristo Uriburu, a causa de que éste no había prestado el juramento exigido para ejercer la presidencia de la Nación. El Superior Tribunal de la República debió responder a una comunicación de Uriburu –por ese entonces, presidente provisorio del Senado, en ejercicio del Poder Ejecutivo nacional–, quien formulaba explicaciones acerca de los motivos que según él no hacían necesario prestar el juramento previsto por la Constitución Nacional para ejercer transitoriamente –en reemplazo de Julio A. Roca– la presidencia de la República.

La Corte sostuvo que ella “tiene el deber, en este caso, de examinar y discernir si el acto con motivo del cual se le llama al cumplimiento de una función propia, reviste o no la validez necesaria por razón del origen o poder de que emana, y si este poder se halla o no habilitado para expedir el acto de que se trata, mayormente, cuando la Corte haya debido intervenir para que ese poder cumpla ante ella el requisito que ha de habilitarlo para el ejercicio de sus funciones” (res. del 14/3/1903⁵⁶).

Otras decisiones judiciales demuestran la misma preocupación de la Corte Suprema por resguardar su función constitucional, asumiendo el desempeño de las facultades necesarias para ello aun cuando no están expresamente enumeradas en la Constitución. En este sentido, cabe citar los casos “Dupuy, Fernando” (acordada) de 1945; “Dana Montañó, Salvador M.” (acordada) de 1945; “Guerrero, Víctor A., s/denuncia de hábeas corpus” de 1957; “Bianchi, Alejandro y Cía. v. Fisco nacional (DGI) s/repetición” de 1960; “Masi, Alfredo” de 1963; “Junta Electoral Nacional de Entre Ríos” de 1963; “Díaz García, Jorge Carlos s/recurso de amparo” de 1964⁵⁷.

En otros pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la existencia de sus propios poderes implícitos (casos “Cocchia, Jorge D. v. Estado nacional y otro” de 1993; “Pérez de Smith, Ana María y otros” de 1977; “Recchia de Schedan, Virginia Rita s/hábeas corpus” de 1983; “Riccio, Francisco s/recurso de amparo” de 1985; “Bruno, Raúl Osvaldo s/amparo” de 1988⁵⁸).

Con invocación de los poderes implícitos, la Corte ha procedido a declarar la inconstitucionalidad de normas sin petición de parte interesada y sin que medie causa judicial. Algunos ejemplos en tal sentido son los siguientes: a) acordada 47 del 13/11/1986, que declaró inconstitucional la ley 23.362 en cuanto modificaba la jerarquía

⁵⁶ Esta resolución no fue publicada en *Fallos*. Los datos han sido corroborados con la cita del juez Repetto en la acordada sobre el nombramiento del Dr. Dupuy (Fallos 201:239).

⁵⁷ Fallos 201:239, 201:245, 237:29, 248:398, 256:114, 256:208 y 259:11, respectivamente.

⁵⁸ Fallos 316:2624 297:338, 305:504, 307:113 y 311:460, respectivamente.

funcional y presupuestaria de un funcionario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal; b) acordada 42 del 8/10/1991, que declaró inconstitucional el art. 1° del dec. 2071/1991, y c) acordada 20/1996 del 11/4/1996, que declaró la inaplicabilidad del art. 1° de la ley 24.631, en cuanto derogaba las exenciones contempladas con respecto al pago del impuesto a las ganancias para los magistrados judiciales⁵⁹.

⁵⁹ Fallos 308:1519 y 314:948, y LL, Suplemento de Derecho Constitucional del 16/8/1996, p. 10, respectivamente.

CAPÍTULO XXVI
EL RECURSO EXTRAORDINARIO

I. NOCIÓN GENERAL

El recurso extraordinario constituye una vía de apelación de carácter excepcional ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y tiene como finalidad esencial el mantenimiento de la supremacía constitucional.

Su denominación no proviene de la Constitución ni de la ley de su creación (no la empleó la ley 48, ni tampoco la ley 4055); tiene, más bien, origen consuetudinario y pretoriano. La Corte Suprema de Justicia supo aclarar esta circunstancia en el caso "Galán, Dolores Gil de y otras v. Gobierno de la Nación" de 1949¹.

Muchos años después del uso de la expresión por la doctrina y la jurisprudencia, la denominación comenzó a ser acogida por la legislación (art. 24 de la ley 13.998; art. 24 del dec.-ley 1285/1958; art. 256 de la ley 17.454; ley 23.774).

Algunos autores prefieren mencionarlo con otras denominaciones. Así, Vanossi lo refiere como "recurso extraordinario de inconstitucionalidad" y Lino E. Palacio, como "recurso de inconstitucionalidad en el orden nacional"².

La voz "recurso" denota que representa un medio de revisión o impugnación de una decisión anterior. Si la impugnación fuera directa y diera origen a la causa, sería una acción y no un recurso.

¹ Fallos 213:310.

² VANOSI, Jorge R., *Recurso extraordinario federal. Control de constitucionalidad*, Universidad, Buenos Aires, 1984, p. 13; PALACIO, Lino E., *Manual de derecho procesal civil*, t. II, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 95. Este último autor, en el sumario del respectivo capítulo de la obra citada, lo denomina "recurso extraordinario de inconstitucionalidad en el orden nacional"; pero en el propio título del capítulo lo designa como "recurso de inconstitucionalidad en el orden nacional".

La calificación de "extraordinario" implica que se trata de un remedio excepcional y de aplicación restrictiva. No es un recurso común u ordinario, pero tampoco se trata de una institución jurídica rara o exótica.

Afirmar que es una vía de apelación significa que constituye un medio para discutir una decisión judicial anterior que ha causado agravo a quien recurre. Tal es la opinión prevaleciente en nuestra doctrina y también la adoptada por la Corte Suprema de Justicia.

En disidencia de esta opinión, Rivarola entiende que es un recurso de casación (para uniformar la jurisprudencia) y Bielsa opina que es un recurso autónomo³.

Los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, al establecer las atribuciones del Poder Judicial, expresan claramente que la intervención de la Corte Suprema puede darse mediante dos alternativas: a) por apelación o b) en forma originaria y exclusiva. En el primer caso, la Corte revisa una decisión judicial anterior; en el segundo, la causa nace y fenecce en la propia Corte.

El objetivo fundamental del recurso extraordinario es asegurar la supremacía constitucional. Configura, precisamente, uno de los medios previstos por el legislador para ejercer el control de constitucionalidad y mantener la primacía del derecho federal.

La doctrina suele atribuirle, además, otros fines: asegurar la supremacía de las autoridades federales sobre las locales, establecer la casación federal, garantizar la justicia y la equidad, etc. Entendemos que todas estas finalidades están implícitamente comprendidas en el primer objetivo enunciado y deben ser consideradas como consecuencias de él.

También se enuncia como otro de sus objetivos el de "brindar un medio de tutela al interés privado del justiciable al representar la última instancia judicial para postular la revocación —total o parcial— de una sentencia que lo agravia"⁴.

La importancia del recurso extraordinario como instrumento operativo para mantener la supremacía constitucional es innegable. Expresa Vanossi, al respecto, que este recurso es el instrumento de mayor jerarquía institucional y eficacia funcional por medio del cual se pone en funcionamiento el control de constitucionalidad⁵.

³ RIVAROLA, Rodolfo, *La Constitución argentina y sus principios de ética política*, Editorial Argentina de Ciencias Políticas, Buenos Aires, 1928, p. 123; BIELSA, Rafael, "Lineamiento jurídico de la ley federal 48 y el recurso extraordinario, con especial referencia a las leyes fiscales", en *Anales de Legislación Argentina*, t. 1852-1880, leyes 1-1073, La Ley, Buenos Aires, 1954, p. 372.

⁴ Conf. TRIBIÑO, Carlos R., *El recurso extraordinario ante la Corte Suprema*, Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 19.

⁵ Conf. VANOSI, Jorge R., *Recurso...*, cit., p. 26.

II. ANTECEDENTES

El antecedente más importante del art. 14 de la ley 48 de 1863, que instituyó en nuestro país el recurso extraordinario, es la *Judiciary Act* de los Estados Unidos de 1789.

La ley norteamericana fue redactada en el Senado por una comisión que tuvo por integrantes a cinco constituyentes de Filadelfia. Algunos autores le atribuyen a Hamilton la responsabilidad principal en la redacción del proyecto⁶.

La *Judiciary Act* ha sido vista, en general, como una norma transaccional entre dos corrientes diferentes: la de los federalistas, que pretendían fortalecer el poder central y la de los republicanos —llamados también "antifederalistas"—⁷, que propiciaban el otorgamiento de amplias facultades a los organismos estatales.

Con respecto al contenido de la *Judiciary Act*, el de su sección 25 es similar al del art. 14 de la ley 48 de nuestro país.

El legislador estadounidense consideró que la Corte Suprema constituía un instrumento privilegiado para proteger al gobierno federal. Por ese motivo, sólo le otorgó a ese Alto Tribunal la posibilidad de revisar los pronunciamientos de la justicia local o estatal cuando éstos pusiesen en peligro a las autoridades federales.

La *Judiciary Act* fue cuestionada por inconstitucional tanto por sectores extremos del republicanismo como del federalismo. La Corte norteamericana, pese a ello, la declaró constitucional en 1816 con voto de Story⁸.

En nuestro país prácticamente no hay antecedentes concretos sobre el tema antes de 1853. Ello se explica si consideramos que la mayoría de los ensayos constitucionales propiciaban el unitarismo como forma de Estado.

La Constitución de 1853, reformada en 1860, estableció el principio de supremacía constitucional en su art. 31 y luego, en el art. 100, le otorgó al Poder Judicial federal la facultad de conocer y decidir en todas las causas que versaran sobre puntos regidos por la Constitución Nacional, por las leyes de la Nación (con excepción de lo establecido en el art. 67, inc. 11) y por los tratados internacionales.

En 1858, el Congreso de la Nación de la entonces Confederación Argentina dictó la ley 182, que constituye el antecedente nacional más inmediato del art. 14 de la ley 48.

⁶ Conf. SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, t. 1, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 238.

⁷ Así los denomina PRITCHETT, Herman, *La Constitución americana*, Tea, Buenos Aires, 1965, p. 141.

⁸ Caso "Martin v. Hunter's Lessee", 14, US (1, Wheaton), 304 (1816).

Luego de la reforma constitucional de 1860, el Congreso de la Nación sancionó, el 13 de octubre de 1862, la ley 27, sobre la base de los antecedentes de la *Judiciary Act* norteamericana y de la ley 182, instituyendo un complejo sistema de revisión constitucional, tendiente siempre a mantener la supremacía del orden jurídico federal. Preveía que las sentencias de los tribunales inferiores de provincia podían ser recurridas, en los casos previstos por la Constitución Nacional, ante los juzgados federales de sección o —a opción del interesado— ante el juzgado o Tribunal Superior de provincia. Establecía, además, una vía de apelación o nulidad ante la Corte Suprema, tanto respecto de los pronunciamientos de los tribunales federales como también en relación con las decisiones de los superiores juzgados o tribunales provinciales (art. 22).

III. LEGISLACIÓN VIGENTE

El 25 de agosto de 1863, durante la presidencia de Mitre, el Congreso de la Nación sancionó la ley 48 que definió los perfiles actuales del recurso extraordinario, especialmente en sus arts. 14, 15 y 16.

La Corte Suprema de Justicia, que había sido puesta en funcionamiento en 1863, elaboró un anteproyecto de ley que elevó al Poder Ejecutivo; éste le prestó conformidad y en calidad de proyecto fue remitido al Congreso de la Nación, el cual, previa discusión, lo sancionó.

A juicio de los autores de la iniciativa, era intención de ésta efectuar adecuaciones y agregados a la ley 27. En este aspecto y pese a ello, debemos decir que introdujo profundas innovaciones.

La doctrina ha señalado, con acierto, que el texto de la ley 48 estuvo inspirado muy claramente en el derecho norteamericano. Así, ha expresado Aja Espil, en un enjundioso estudio comparativo, que aquella norma es una traducción casi literal de la *Judiciary Act* de 1789⁹.

Dada la importancia que reviste su conocimiento para el tema en desarrollo, transcribiremos textualmente las disposiciones de los arts. 14, 15 y 16 de la ley 48, que por otra parte se hallan todavía vigentes:

Art. 14. — 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 provincia en los casos siguientes:

⁹ ESPIL, Felipe A., *La Suprema Corte federal y su jurisdicción extraordinaria*, Imprenta Coni, Buenos Aires, 1915, p. 33.

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 o 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 en 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 funde en dicha cláusula y sea materia de litigio.

Art. 15. — Cuando se entable el recurso de apelación que autoriza el artículo anterior, deberá deducirse la queja con arreglo a lo prescrito en él, de tal modo, que su fundamento aparezca de los autos y tenga una relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución, leyes, tratados o comisiones en disputa, quedando entendido que la interpretación o aplicación que los tribunales de provincia hicieren de los códigos Civil, Penal, Comercial y de Minería, no dará ocasión a este recurso por el hecho de ser leyes del Congreso, en virtud de lo dispuesto en el inc. 11, art. 67 [actual inc. 12, art. 75], de la Constitución.

Art. 16. — En los recursos de que tratan los dos artículos anteriores, cuando la Corte Suprema revoque, hará una declaratoria sobre el punto disputado y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada; o bien resolverá sobre el fondo, y aun podrá ordenar la ejecución, especialmente si la causa hubiese sido una vez devuelta por idéntica razón.

Como se puede apreciar, el objetivo principal de la ley es mantener la supremacía del derecho federal y evitar que éste pueda ser desconocido o distorsionado en el ámbito provincial. El federalismo implica, como lo hemos estudiado antes, una difícil armonización entre el interés del gobierno federal y el de las provincias, que incluye también, en ciertos aspectos, una relación de subordinación, la cual implica, entre otras cosas, el irrestricto acatamiento de la Constitución federal. El recurso extraordinario es un valioso instrumento para hacer realidad ese principio.

Las normas referidas de la ley 48 mantienen su vigencia en los mismos términos en que fueron originariamente concebidas. No obstante, varias leyes posteriores fueron completando y ampliando el ámbito del recurso extraordinario. Así, por ejemplo, la ley 1893 de 1886, lo extendió a las sentencias de las cámaras de apelación de la justicia nacional de la Capital Federal; la ley 2372 de 1888, lo hizo aplicable a las sentencias en materia penal de las cámaras de apelación de ese fuero de la Capital Federal; la ley 4055 de 1902, amplió el recurso

extraordinario, comprendiendo sentencias de las cámaras federales de todo el país y de los tribunales militares superiores; la ley 17.454 (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) de 1967, incluyó varias normas de procedimiento referidas al recurso extraordinario (arts. 256, 257 y 258); la ley 22.434 de 1981, modificó las anteriores disposiciones de procedimiento contenidas en el Código Procesal. Hay también otras normas que han extendido la operatividad de este recurso al ámbito impositivo, laboral, previsional, etcétera.

La ley 23.774 de 1990 —la misma que dispuso la ampliación del número de miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de cinco a nueve—, introdujo en nuestra legislación la institución del *writ of certiorari*, que modificó parcialmente el régimen normativo del recurso extraordinario. Esta innovación será objeto de tratamiento en el punto XII del presente capítulo.

IV. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO

La expresión “recurso extraordinario” no está contenida en la Constitución Nacional. Tampoco fue contemplada, como dijimos, en las primeras leyes de organización y funcionamiento del Poder Judicial. Su constitucionalidad, empero, ha sido objeto de escasa discusión.

Teniendo en cuenta esas circunstancias y la relevancia de este medio operativo para ejercer el control de constitucionalidad, no debe extrañarnos que se hayan alzado voces, desde la doctrina, en favor de su constitucionalización formal.

La reforma de 1949 le otorgó jerarquía constitucional expresa, al establecer en su art. 95 que “la interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales.

”Una ley reglamentará el procedimiento para los recursos extraordinario y de casación, y para obtener la revisión de la jurisprudencia”.

Derogada esa reforma en 1956, en la Convención Nacional Constituyente de 1957 fueron presentados varios proyectos tendientes a la inclusión del recurso extraordinario en la Constitución Nacional. Ninguno de ellos, empero, recibió finalmente sanción.

En la revisión constitucional de 1994 el tema no fue objeto de tratamiento, al no estar expresamente habilitado por la ley 24.309, que declaró la necesidad de esa reforma.

V. REQUISITOS

Para acceder a esta instancia de revisión judicial excepcional que es el recurso extraordinario se requiere una serie de condiciones o requisitos. Algunos de ellos surgen implícitamente de la Constitución Nacional; otros, de leyes dictadas en su consecuencia y están, finalmente, también los que derivan de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Los requisitos del recurso extraordinario han sido agrupados en clases o categorías para facilitar su estudio. Así, Sagiés utiliza el criterio tradicional de diferenciar los requisitos comunes y los requisitos propios. Los primeros son los que resultan de aplicación a todos los recursos de apelación en general; los segundos (propios) son condiciones específicas que se aplican al recurso extraordinario. Entre los requisitos propios, distingue las “condiciones de admisibilidad”, que atañen a los aspectos formales del recurso, de las “condiciones de procedencia”, relativas a los requisitos sustanciales de la cuestión de fondo discutida en el recurso¹⁰.

Palacio se aparta del criterio expuesto y analiza en primer lugar la existencia de un juicio o causa como presupuesto esencial del recurso y luego divide en tres categorías los requisitos de admisibilidad, a saber: requisitos subjetivos, referidos a quienes y ante quienes se interpone el recurso; requisitos objetivos, referidos a qué es lo que se puede impugnar, y requisitos de actividad, referidos al cómo debe realizarse la impugnación.

Guastavino prefiere, en cambio, ceñirse a lo que denomina “clasificación oficial” de los requisitos, que es aquella que refleja la publicación de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Discrimina tres clases: 1) los requisitos comunes, que abarcan lo relativo al tribunal de justicia, la cuestión judicial, el juicio, el gravamen y la subsistencia de los recaudos; 2) los requisitos propios, referidos a la cuestión federal en sus diversas especies, la relación directa, la resolución contraria al derecho federal invocado, el carácter definitivo de la sentencia y el tribunal superior de donde debe provenir la decisión recurrida, y 3) los requisitos formales, concernientes a la introducción de la cuestión federal y a la interposición del recurso¹¹.

Lugones, por su parte, sigue la misma clasificación tripartita indicada precedentemente aclarando que ella es, con pocas modificaciones,

¹⁰ Conf. SAGIÉS, Néstor P., *Derecho procesal...*, cit., t. I, ps. 316/7.

¹¹ GUASTAVINO, Elías P., *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, t. I, La Rocca, Buenos Aires, 1992, ps. 183/4.

la que surge de las publicaciones oficiales de la Corte Suprema y la que propusieron Imaz y Rey en la doctrina¹².

Por nuestra parte, vamos a seguir, con ligeras variantes este último criterio, aunque apartándonos, en ocasiones, de las publicaciones oficiales de la Corte Suprema. Sin desconocer el valor relevante de éstas, pensamos que la clasificación de los requisitos del recurso extraordinario debe ser obra preferente de la doctrina constitucional y procesal. Además, dada la índole de esta obra, nos parece más didáctico, para una primera comprensión del tema, el enfoque tripartito.

VI. REQUISITOS COMUNES

Como lo señalamos antes, los requisitos comunes son aquellos que constituyen exigencias de toda apelación judicial. Le incumben éstas al recurso extraordinario por ser "recurso", es decir, una forma de apelación. Recordemos que los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional prevén, con relación a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, una competencia originaria y otra por apelación. Dentro de esta última ubicamos al recurso extraordinario.

Los principales requisitos comunes son los siguientes: a) que medie una causa judicial; b) que la cuestión sea judicial; c) que haya un gravamen; d) que los anteriores requisitos subsistan al momento de resolver el recurso extraordinario. Los analizaremos escuetamente en los párrafos siguientes.

a) La existencia de una causa judicial

El requisito de que haya una causa judicial es una condición prevista en el art. 116 de la Constitución Nacional que limita, en tal sentido, la competencia de los tribunales de justicia federales.

El art. 2° de la ley 27 determina también que la justicia federal "nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte".

La expresión "causa judicial" se refiere, en sentido amplio, a la existencia de un juicio, pleito o controversia. Ello no significa que tiene que haber, forzosamente, una situación de contienda o enfrentamiento entre las partes, es decir, se encuentran incluidos los procesos no contenciosos, llamados voluntarios, v. gr., un proceso sucesorio o la tramitación tendiente a obtener la ciudadanía argentina. Tal es el criterio que emana de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Jus-

¹² LUGONES, Narciso J., *Recurso extraordinario*, Depalma, Buenos Aires, 1992, ps. 33/4.

ticia de la Nación, la cual ha sostenido que "todo asunto susceptible de ser llevado ante los tribunales de justicia mediante alguno de los procedimientos establecidos a ese efecto, constituye un caso, pleito o juicio a los efectos del art. 14 de la ley 48" (caso "Control Seguros" de 1942¹³). Cabe aclarar que no revisten este carácter las decisiones emanadas de los distintos tribunales en ejercicio de las facultades de superintendencia.

En el caso "Sejeán, Juan Bautista v. Zaks de Sejeán, Ana María" de 1986, ambas partes sostuvieron la inconstitucionalidad del art. 64 de la ley de matrimonio civil 2393, que no les restituía la aptitud matrimonial después de la separación. La Corte, modificando un criterio centenario, declaró aquélla pero sostuvo, por mayoría, que el caso constituía una "causa", en los términos del art. 100 (actual art. 116) de la Constitución y del art. 2° de la ley 27, pese a que no había contienda o conflicto, pues ambas partes pedían la inconstitucionalidad¹⁴.

El cumplimiento de este requisito ha dado lugar a una muy extensa casuística por parte de la Corte Suprema nacional, que no reproducimos, teniendo en cuenta la finalidad que inspira a esta obra.

b) La cuestión judicial

Se entiende por cuestión judicial a aquella que, en el orden normal de las instituciones, incumbe decidir a los jueces por medio del ejercicio de su específica función judicial¹⁵.

Como lo hemos advertido al referirnos al control de constitucionalidad, no todas las causas son judiciales, pues algunas están excluidas de él. Entre ellas merecen ser citadas las causas políticas.

Las causas políticas no judiciales tienen antiguo origen. Para algunos autores se remontan al año 1460, en Inglaterra, cuando el duque de York resolvió iniciar un pleito ante la justicia para que ésta lo declarara legítimo heredero a la Corona inglesa. La justicia consideró que era una cuestión que debía ser resuelta por la realeza británica, específicamente por los lores.

La Constitución de los Estados Unidos no hace referencia alguna a estas cuestiones aunque también han merecido el reconocimiento de la jurisprudencia. El primer antecedente relevante fue el caso "Marbury v. Madison"¹⁶ de 1803 y recibieron consagración expresa en el

¹³ Fallos 193:79.

¹⁴ Fallos 308:2268.

¹⁵ TRIBIÑO, Carlos R., *El recurso extraordinario ante la Corte Suprema*, Abaco, Buenos Aires, 2003, p. 61.

¹⁶ 5, US (1, Cranch), 137 (1803).

caso "Luther v. Borden"¹⁷ de 1849. En éste, la Corte norteamericana consideró impropio de su función juzgar la legitimidad del gobierno del estado de Rhode Island, entendiéndolo que era una cuestión política, no revisable por el Poder Judicial.

En nuestro país, esta doctrina judicial adquirió desarrollo a fines del siglo anterior, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el caso "Cullen, Joaquín M. v. Llerena, Baldomero" de 1893¹⁸. Dicho pronunciamiento siguió, en líneas generales, la doctrina desarrollada por la Corte norteamericana en la causa "Luther v. Borden". En el caso argentino se discutía la constitucionalidad de la intervención federal de la provincia de Santa Fe, dispuesta por el Congreso de la Nación durante la presidencia de Luis Sáenz Peña, luego de haber desechado un proyecto anterior en el mismo sentido. El actor sostenía que se había violado el art. 71 (actual art. 81) de la Constitución Nacional, según el cual "ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año". En apoyo de la constitucionalidad, se decía que en realidad se trataba de dos iniciativas diferentes, en cuanto la primera contemplaba la intervención de las provincias de Santa Fe y Buenos Aires y la sancionada disponía la intervención de Santa Fe y San Luis.

La Corte prefirió, apoyándose en la jurisprudencia de los Estados Unidos, no resolver la causa alegando la existencia de una cuestión política, que por ser tal no era judicial. El fallo contó con la encomiable disidencia del juez Luis V. Varela quien efectúa un distingo y aclara que "el único objeto ostensible de la demanda, es el de pedir la declaración de inconstitucionalidad de la ley por violación de los preceptos constitucionales que reglan los procedimientos para la sanción de las leyes"¹⁹.

Es muy difícil definir las cuestiones políticas no judiciales. Ellas no están expresamente referidas en la Constitución Nacional y tampoco hay una ley que reglamente las condiciones para su existencia. En definitiva, es una problemática que queda librada al criterio de los propios jueces, quienes han aplicado, además, enfoques variables. Con razón se ha afirmado, en la doctrina constitucional, que es siempre una decisión política la que determina si una causa es o no política.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha vinculado la existencia de las causas políticas con el ejercicio de las atribuciones privativas de los poderes políticos. Éstos tendrían garanti-

¹⁷ 49, US (7, Howard), 1 (1849).

¹⁸ Fallos 53:420.

¹⁹ Fallos 53:457.

zado un marco de discrecionalidad en sus decisiones que sería inmune a todo control judicial. Esta doctrina reposa —a juicio de la Corte— en el principio de la división de poderes ínsito en el sistema republicano de gobierno. Y también en la consecuencia que derivaría del control de constitucionalidad de tales actos, que llevaría a consagrar un virtual gobierno de los jueces en desmedro de los poderes políticos.

Dentro de esta categoría de cuestiones políticas no judiciales, la jurisprudencia de la Corte Suprema, que no ha desarrollado una doctrina sistemática sobre el tema, ofrece una amplia y difusa casuística que incluye, entre otras, las siguientes materias: la declaración de la intervención federal, la declaración del estado de sitio (respecto de ésta se ejerce el control de legitimidad previsto por el art. 4º, inc. 1º de la ley 23.098), la reforma constitucional, la declaración de la utilidad pública en la expropiación, el proceso de formación y sanción de las leyes, el ejercicio de los poderes de guerra, el juicio político, el indulto, la acefalía presidencial. Esta mención es meramente enunciativa y en varios de los temas señalados se registran importantes excepciones en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Hemos señalado, al estudiar la supremacía y el control de constitucionalidad (capítulo IV de esta obra), las importantes críticas doctrinales que ha merecido esta construcción jurisprudencial, así como nuestro propio juicio sobre el tema, a los cuales remitimos.

c) El gravamen

La palabra "gravamen" alude a la carga u obligación, que pesa sobre alguno, de ejecutar o consentir una cosa. En el ámbito procesal se la utiliza para poner de manifiesto la necesidad de demostrar el perjuicio que le causa al apelante la decisión que recurre, es decir que la decisión sea contraria al interés que ha protegido. Sin él, se considera que no media interés para impugnar, por lo cual su existencia se convierte en una condición del recurso.

El perjuicio o agravio debe reunir, a su vez, ciertos requisitos, entre los cuales cabe mencionar aquellos que exigen que sea: a) personal; b) jurídicamente protegido; c) concreto; d) efectivo; e) actual, y f) irreparable.

El perjuicio tiene que ser propio de quien recurre. La Corte Suprema entiende que este recaudo sólo pueden cumplirlo las partes del juicio y, eventualmente, el juez que ha entendido en él (casos "Sindicato Unido de Trabajadores de la Industria de Aguas Gaseosas y Afines v. Termas de Villavicencio SA" de 1968; "Recurso de hecho deducido por Juan Carlos Davel" de 1968; "SA Chrysler Fevre Argentina v. Jor-

ge Salem Carrha” de 1969, y “Bagalio, Hugo Jorge y otro v. Caja de Retirados, Jubilados y Pensionados de la Policía Federal” de 2006²⁰).

No obstante, excepcionalmente se ha admitido la procedencia del recurso extraordinario interpuesto por un tercero ajeno al proceso quien no revestía la calidad de parte, cuando sin embargo la sentencia dictada sin su participación afectaba sus legítimos intereses (caso “Provincia de Chaco s/acción de amparo” de 2005²¹).

El agravio debe afectar un interés jurídicamente protegido. La Corte sostiene, en este aspecto, que no basta la invocación de móviles patrióticos o de intereses éticos que no están sustentados en un interés jurídico o económico concreto protegido por el ordenamiento jurídico (caso “Jaroslavsky, Bernardo s/jubilación” de 1976²²).

La exigencia de que el perjuicio sea concreto implica la demostración de un agravio especial o individualizado y no meramente ambiguo, genérico o abstracto (caso “González, Emma Sonia del Valle por sí y en representación de sus hijos menores v. Consignaciones Rurales SA” de 2005²³), salvo que se trate de la protección de derechos colectivos o intereses difusos reconocidos por la Constitución Nacional. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia desechó el planteamiento de quien pretendía, en su carácter de simple ciudadano, que se declarara la inconstitucionalidad de la ley 10.839 de la provincia de Buenos Aires, por la cual se había dispuesto introducir reformas en la Constitución de esa provincia y someterlas a referéndum, confirmando así una decisión anterior de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (caso “Gascón Cotti, Alfredo y otros s/inconstitucionalidad ley 10.859 y decreto 5766/89” de 1990²⁴).

El carácter de efectivo que debe tener el perjuicio significa que éste tiene que ser real y no aparente, ficticio, simulado, hipotético o conjetural. Así, la Corte sostuvo que “un agravio futuro y conjetural, [es] ineficaz para sustentar el recurso previsto en el art. 14 de la ley 48” (caso “Contreras, Ramón Antonio s/recurso de amparo” de 1968) y que “un gravamen potencial [es] insusceptible, [...] de sustentar el recurso extraordinario” (caso “San Miguel, Virgilio v. Lapetina, Juan” de 1961)²⁵.

El perjuicio ha de ser actual, entendiendo con esto que el gravamen ha de existir al tiempo en que la Corte Suprema emita el pronun-

²⁰ Fallos 271:20, 272:70, 275:111 y 329:182, respectivamente.

²¹ Fallos 328:4060.

²² Fallos 294:34.

²³ Fallos 328:1405.

²⁴ Fallos 313:594.

²⁵ Fallos 272:167 y 250:749, respectivamente.

ciamiento (casos “Carlos Cornejo Costas” de 1955; “Pérez, Conrado Ilibrando” de 1971; “Comisión Coordinadora Patronal de Actividades Mercantiles” de 1981, “Schefer Lynch, Martín s/su presentación” de 2007²⁶, entre muchos otros).

La condición de irreparable alude a que el perjuicio o agravio no pueda ser objeto de reparación por otra vía o que lo haya sido y se haya omitido su adecuada utilización por causa imputable al recurrente (casos “Hotelería Río de la Plata SACI v. Poder Ejecutivo” de 1979 y “Carlos R. Gregatti” de 1984²⁷, entre otros).

d) La subsistencia de las condiciones

Todos los requisitos antes mencionados deben subsistir en el momento en que se dicte el pronunciamiento definitivo. El cumplimiento de este recaudo adicional es comprobado de oficio por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver el recurso extraordinario (caso “Mc Food SA v. Estado Nacional –Ministerio de Economía y Producción– Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación y otro” de 2005²⁸).

En ocasiones sobrevienen causas fácticas, actos entre las partes, contingencias procesales o cambios normativos que alteran la vigencia de los requisitos, en cuyo caso faltará, para la procedencia del recurso, el recaudo de la subsistencia de las condiciones. Así, la Corte ha considerado que es improcedente el recurso extraordinario cuando “se ha tornado abstracto en la actualidad, pues las disposiciones cuya inconstitucionalidad perseguía el recurrente [...] han sido derogadas por la ley” (caso “Salguero, Cecilio Manuel s/declaración de inconstitucionalidad ley 22.924” de 1984²⁹). Y también que “las sentencias de la Corte deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión [...] en virtud de ello la muerte del condenado en cuyo favor se interpuso el recurso de queja, por extinguir la acción penal, torna abstracto el pronunciamiento del tribunal” (caso “Ricardo Humberto Chaperón” de 1984³⁰).

En el caso “Radio Universidad del Litoral” de 1984, sostuvo la Corte que “si con posterioridad a la sentencia que declara la nulidad del decreto 462/81 se dispuso [por decreto] la suspensión de la aplica-

²⁶ Fallos 231:134, 280:355, 303:397 y 330:85, respectivamente.

²⁷ Fallos 301:947 y 306:637, respectivamente.

²⁸ Fallos 328:4445.

²⁹ Fallos 306:172.

³⁰ Fallos 306:1161.

ción del Plan Nacional de Radiodifusión, carece de objeto en el estado actual del juicio el pronunciamiento respecto de una cuestión que se ha convertido en abstracta³¹.

En algunos casos de excepción, sin embargo, la Corte resolvió entrar a considerar la cuestión, pese a que era manifiesta la falta de subsistencia de las condiciones al entender que era necesario adoptar una resolución.

Así ocurrió, por ejemplo, en el caso "Ríos, Antonio Jesús" de 1987, cuando debió resolver la impugnación que formulaba el actor ante la negativa de la autoridad electoral a aceptar su candidatura a diputado nacional, para las elecciones del 30 de octubre de 1983, por no estar respaldada por ningún partido político³². Si bien a la fecha del pronunciamiento las elecciones ya habían sido efectuadas, la Corte consideró que "existe en la causa cuestión federal suficiente para su tratamiento en la instancia extraordinaria, en tanto los agravios del recurrente remiten, en última instancia, a la delimitación y análisis del derecho electoral tal como éste está regulado en los arts. 37 y 40 [actualës 45 y 48] de la Constitución Nacional".

En cambio, en el caso "Bahamondez, Marcelo" de 1993, el tribunal, luego de analizar largamente la cuestión acerca de la legitimidad de la oposición del paciente a recibir una transfusión sanguínea invocando razones de conciencia, declaró improcedente el recurso por haberse convertido en abstracta la causa, pero dejó sentado un criterio jurisprudencial rector sobre el tema. En el caso, habían trascurrido más de cuatro años del hecho y el paciente, que no se había dejado transfundir, estaba ya recuperado³³.

En un sentido semejante en la causa "B., A. s/autorización judicial" del 7 de diciembre de 2001³⁴, la Corte Suprema de Justicia, pese a ser la cuestión abstracta se expidió al respecto.

En el caso se requería la autorización para inducir el parto y de ser necesario practicar una cesárea a una mujer que había concebido un feto anencefálico, enfermedad clínica extrema que excluye, según los informes médicos examinados tenidos en cuenta por el Tribunal, la capacidad para la vida extrauterina independientemente del tiempo de gestación.

En esta oportunidad nuestro Máximo Tribunal subrayó que "dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como

³¹ Fallos 306:1272.

³² Fallos 310:819. El caso fue comentado por BIDART CAMPOS, Germán J., "La nominación de las candidaturas a diputados por los partidos políticos", ED 123-231.

³³ Fallos 316:479.

³⁴ Fallos 324:4061.

la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que aquéllas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer todo tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas".

Más recientemente en el caso "F., A. L. s/medida autosatisfactiva" de 2012³⁵ la Corte, ahondando en esta línea, consideró que "para el ejercicio de su jurisdicción no resultan obstáculo la circunstancia de que los agravios aludidos carezcan de actualidad por haberse llevado a cabo la práctica abortiva a la menor A. G. en el Centro Materno Infantil de Trelew".

VII. REQUISITOS PROPIOS

Los requisitos propios del recurso extraordinario son aquellas exigencias que no provienen de su condición de recurso, sino de su carácter de extraordinario. Son requisitos propios los siguientes: a) existencia de una cuestión federal; b) relación directa e inmediata de la cuestión federal con la materia de la causa; c) resolución apelada que sea contraria al derecho federal invocado por el recurrente; d) que la sentencia recurrida sea definitiva, y e) que la sentencia apelada emane del tribunal superior de la causa. Abordaremos brevemente, en los párrafos siguientes, el estudio de cada uno de ellos.

a) La existencia de una cuestión federal

La expresión "cuestión federal" no es utilizada en precepto constitucional alguno. Tampoco está referida con esa denominación en las leyes reglamentarias 48, 4055, 17.454 ni 23.774. Su exigencia, en cambio, surge implícitamente del art. 116 de la Constitución Nacional, al habilitar la competencia de la justicia federal para todas las causas que versen sobre puntos regidos por ella y está comprendida entre los casos enunciados en el art. 14 de ley 48, sin que se emplee la expresión "cuestión federal". Esta denominación, si bien goza de importante arraigo jurisprudencial, es reemplazada, a veces, por otras, como "cuestión constitucional" (Bielsa, Podetti, Vanossi³⁶) o "cues-

³⁵ Fallos 335:197.

³⁶ BIELSA, Rafael, *Metodología jurídica*, Librería y Editorial Castelví, Santa Fe, 1961, p. XXX-VI; PODETTI, J. R., *Derecho procesal civil y laboral. Tratado de los recursos*, t. V, Ediar, Buenos

ción federal constitucional" (Sagüés³⁷). Otros autores consideran que las expresiones "cuestión federal" o "cuestión constitucional" pueden ser usadas indistintamente (Bidart Campos³⁸), criterio, este último, que aplicaremos en el análisis del tema por razones estrictamente pedagógicas.

Es de tal importancia la existencia de este requisito, que Vanossi sostiene que en el recurso extraordinario el meollo del asunto consiste en la determinación de la cuestión federal. El mismo autor describe esta exigencia como la "llave para determinar la existencia del recurso extraordinario"³⁹. En sentido coincidente, Bidart Campos califica a la cuestión federal como "tronco vertebral del recurso extraordinario"⁴⁰.

La cuestión federal implica una controversia acerca del derecho federal (o nacional), que en definitiva debe ser resuelta, directa o indirectamente, con aplicación de la Constitución Nacional. Dijimos antes, en este mismo sentido, que el recurso extraordinario es un instrumento esencial para asegurar la preeminencia del derecho federal y, por ende, controlar la supremacía de la Constitución Nacional.

Las cuestiones federales o constitucionales son clasificadas tradicionalmente en dos categorías: 1) cuestiones federales simples y 2) cuestiones federales complejas.

1) Las cuestiones federales simples son aquellas que versan sobre problemas de interpretación de las normas del derecho federal; se puede tratar de un artículo de la Constitución Nacional, de una ley federal (no común), de un tratado internacional (ver "Méndez Valle, Fernando" de 1995⁴¹) o de otras normas o actos del gobierno federal.

Como ejemplo de estas cuestiones —que son las menos frecuentes— cabe citar, el caso "Balbín, Ricardo" de 1950, en el cual, interpretando el art. 63 de la Constitución de 1949 (actual art. 70), la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la suspensión de un legislador, dispuesta por la Cámara a que pertenece y por mayoría de las dos terceras partes de sus miembros, lo despoja de sus inmunidades, no

Aires, 1958, p. 327; VANOSI, Jorge R., *Recurso extraordinario...*, cit., p. 127. Expresa este último autor: "están los que pensamos al revés, es decir que la cuestión constitucional es el género y que la locución cuestión federal es nada más que una especie".

³⁷ SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal constitucional*, cit., t. II, ps. 38/9.

³⁸ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 464.

³⁹ Conf. VANOSI, Jorge R., *Recurso extraordinario*, cit., p. 121.

⁴⁰ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. II, p. 464. En sentido contrario, ver GUASTAVINO, Elías P., *Recurso extraordinario...*, cit., t. I, p. 394.

⁴¹ Fallos 318:2639. En este caso la Corte Suprema varía el criterio tradicional y acuerda carácter federal a todos los tratados celebrados con países extranjeros, sin efectuar distinciones respecto de la materia sobre la cual versan. Ver considerandos 4°, 5° y 6°.

sólo con relación al caso que se tuvo en consideración al disponerla, sino respecto de cualquier otro⁴². La cuestión, en esta causa, era de interpretación del referido artículo de la Constitución.

Otro caso de cuestión federal simple fue el planteado en la causa "Lastra, Juan v. Obispado de Venado Tuerto" de 1991, en el cual la controversia estuvo centrada en la interpretación del acuerdo de 1966 entre nuestra República y la Santa Sede⁴³.

Se encuentra regulado en el art. 14, inc. 3° de la ley 48.

2) Las cuestiones federales complejas son aquellas que involucran un conflicto de constitucionalidad entre diferentes normas o actos, el cual deber ser resuelto por aplicación del principio de supremacía constitucional. En ellas, como se advierte, no hay un problema puro de interpretación sino una oposición entre dos normas que habrá que resolver en la forma que sea más compatible con el resguardo de la Constitución Nacional.

Dentro de esta categoría, habitualmente se diferencia entre cuestiones federales complejas directas e indirectas.

Son cuestiones federales complejas directas las que plantean un conflicto en el que están en juego la Constitución Nacional y cualquier otra norma o acto, sea federal o provincial. Un ejemplo de estas cuestiones lo brinda el conocido caso "Sejeán, Juan Bautista v. Zaks de Sejeán, Ana María" de 1986, en el cual la Corte declaró inconstitucional el art. 64 de la ley de matrimonio civil 2393, porque privaba a los divorciados de la posibilidad de recuperar la aptitud nupcial⁴⁴.

Son cuestiones federales complejas indirectas las que plantean un conflicto entre normas o actos de diferente jerarquía, ninguno de los cuales es la Constitución. Como ejemplos de estas cuestiones cabe citar los casos "Municipalidad de Godoy Cruz v. Ferrocarril Pacífico" de 1926 y "Barreiro Grau, Adolfo" de 1937⁴⁵.

Hay, por tanto, tres hipótesis de cuestiones federales: a) las cuestiones federales simples; b) las cuestiones federales complejas directas, y c) las cuestiones federales complejas indirectas.

Esta clasificación ha sido formulada por Imaz y Rey y es seguida, en general, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴⁶. En la doctrina constitucional, en cambio, está más contro-

⁴² Fallos 217:122.

⁴³ Fallos 314:1324. También puede vérselo en JA 1991-IV-340 y ED 145-493, con comentarios de José Roberto Dromi y Germán J. Bidart Campos, respectivamente.

⁴⁴ Fallos 308:2268.

⁴⁵ Fallos 146:122 y 178:304, respectivamente.

⁴⁶ IMAZ, Esteban - REY, Ricardo E., *El recurso extraordinario*, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1943, ps. 69 y ss.

vertida y son varios los autores que han propuesto criterios distintos de clasificación (Podetti, Vanossi, Valiente Noailles, Sagüés, entre otros⁴⁷).

Por último, resta afirmar que no son cuestiones federales, según la Corte Suprema, las materias regidas por normas procesales, las cuestiones referidas a derogación de una norma por el dictado de otra posterior emanada de un mismo órgano, las cuestiones de hecho y aquellas que versen sobre la prueba. No obstante todas estas materias encuentran excepciones.

b) La relación directa e inmediata de la cuestión federal con la materia de la causa

Si es indispensable el requisito sustancial de la cuestión federal para que sea procedente el recurso extraordinario, será necesario también demostrar la relación directa de la cuestión federal con la materia debatida en la causa que da origen al recurso.

Este recaudo deviene exigible como consecuencia del art. 15 de la ley 48, que establece:

Cuando se entable el recurso de apelación que autoriza el artículo anterior, deberá deducirse la queja con arreglo a lo prescrito en él, de tal modo que su fundamento aparezca en los autos y tenga una relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución, leyes, tratados o comisiones en disputa [1ª parte].

A este respecto se reconocen tres categorías de inexistencia de este requisito, a saber: 1) cuando se invocan normas federales extrañas al juicio; 2) cuando el pronunciamiento impugnado encuentra sustento suficiente en normas no federales, y 3) cuando el pronunciamiento se funda en normas federales que han sido consentidas por el recurrente, por deficiencias procesales o invocación de agravios de otra índole.

Dentro de la primera categoría, la Corte ha rechazado los recursos extraordinarios cuando son invocadas normas de índole federal ajenas al litigio, cuando la invocación que se hace sólo afecta marginalmente a la cuestión debatida en la causa, o cuando son planteadas cuestiones federales insustanciales, etc. Un caso típico de insuficiencia de la relación directa e inmediata prevista por el art. 15 de la ley 48 es el referido a la invocación, como único sustento, del principio de legalidad, contemplado en el art. 19 de la Constitución Nacional para habilitar el recurso extraordinario en cuestiones de derecho común.

⁴⁷ PODETTI, J. R., *Derecho procesal...*, cit., ps. 327 y ss.; VANOSSI, Jorge R., *Recurso extraordinario*, cit., ps. 131/2 y 144 y ss.; VALIENTE NOAILLES, Carlos, "Cómo fundar un recurso extraordinario", LL 144-1043; SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal constitucional*, cit., t. II, ps. 36 y ss. y 83 y ss.

c) La resolución apelada contraria al derecho federal invocado por el recurrente

Siguiendo el criterio establecido por la *Judiciary Act* de 1789 en el derecho norteamericano, en nuestro país la ley 48 requiere, para la procedencia del recurso extraordinario, que la decisión que se cuestiona sea contraria al derecho federal invocado por el recurrente (casos "Filippini, Víctor Hugo v. Banco Central" de 1999, "Partido Justicia-lista s/acción declarativa de certeza" de 2004, entre otros⁴⁸).

Una primera incursión en el texto de la norma nos permitiría interpretar que ella se preocupa más por asegurar la supremacía del derecho federal que por la realización de la justicia. No obstante, creemos que esta conclusión es parcial. El principal objetivo del recurso extraordinario es asegurar operativamente la supremacía del derecho federal, como sucedió también en los Estados Unidos con respecto a la *Judiciary Act*.

En estos casos se da por supuesto que el derecho federal tiene por Ley Fundamental y Suprema a la Constitución y ésta asegura, entre los fines del Estado, el afianzamiento de la justicia. Ello es cierto, pero creemos que nada obsta a que el art. 14 de la ley 48 tenga una mejor redacción que salvaguarde no sólo la supremacía del derecho federal, sino también y principalmente, los grandes principios y valores que lo inspiran y que están reflejados en la Constitución Nacional.

En una primera etapa, la jurisprudencia de la Corte Suprema fue muy rígida en cuanto a la exigencia de este requisito, que incluso dificultó seriamente la consideración de las cuestiones federales simples, en las cuales, como sabemos, es necesario que medie una resolución contraria al derecho federal porque se trata solamente de un problema de interpretación.

Con buen criterio, en los últimos años la Corte ha ido flexibilizando esta exigencia, que en nuestra opinión debe ser objeto de un replanteo más amplio aún. En efecto, se ha admitido que la resolución contraria al derecho federal invocado lo sea de modo implícito, es decir cuando el tribunal, pese a que la cuestión federal fue invocada, no falla al respecto (casos "Pay TV SA v. Argentina Televisora Color y otra" de 1990, "Carbini, José Hermenegildo v. Empresa Líneas Marítimas Argentinas SA" de 1999, "Cadegua SA v. Municipalidad de Junín" de 2004 y Savid García, Fernando L. v. Banco Nacional de Desarrollo" de 2005 —en estos dos últimos casos del dictamen de la Procuración General al que remite la Corte Suprema—⁴⁹).

⁴⁸ Fallos 322:1690 y 327:5747, respectivamente.

⁴⁹ Fallos 313:1714, 322:1341, 327:410, 328:3142, respectivamente.

Varios proyectos legislativos han sido presentados en el Congreso de la Nación con el propósito de suprimir este recaudo o hacerlo más amplio y permisivo.

d) La sentencia definitiva

El recurso extraordinario sólo procede ante sentencias definitivas. Este requisito constituye una exigencia legal insoslayable. El art. 6° de la ley 4055 de 1902, dispone:

La Corte Suprema conocerá por último, en grado de apelación de las sentencias definitivas pronunciadas por las cámaras federales de apelación, por las cámaras de apelación de la Capital, por los tribunales superiores de provincia y por los tribunales superiores militares, en los casos previstos por el art. 14 de la ley 48, del 14 de septiembre de 1863.

A su vez, el art. 14 de la ley 48, en su párrafo inicial, expresa:

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 provincia.

La sentencia definitiva es aquella que dirime un pleito y da por finalizada la controversia de forma tal que no puede renovarse (casos "Rodríguez, Fortunato v. Luna, Filomena y otro" de 1902, "P. Soldati y Compañía" de 1923, "Krasilowsky, David" de 1959, "Oddone, Luis Alberto y otros v. resol. nro. 236, 238 y 363 del Banco Central de la Rep. Arg." de 1989 y "Carna, Carlos Alberto v. Televisión Federal SA y otro" de 2002, entre muchos otros⁵⁰). La ley 48 ni la ley 4055 son claras en cuanto a la exigencia de este requisito; tanto en una como en otra, la existencia de la sentencia definitiva parece imbricarse con el órgano judicial de la cual provienen. Caracterizada doctrina, inspirada en los estudios de Imaz y Rey, advirtió acerca del error que podía significar hacer derivar el carácter definitivo de una sentencia del órgano de la cual emanó⁵¹.

Así, se ha llegado a ofrecer como ejemplos sentencias de primera o de segunda instancia que dan por terminado definitivamente el pleito y que tienen, por tanto, el carácter de definitivas. Por otro lado, hay sentencias de los tribunales superiores que no son conclusivas porque no cierran la instancia y permiten un replanteo en otra ocasión procesal.

El léxico empleado presenta, además, una incongruencia semántica que vale la pena aclarar. Lo definitivo es aquello que decide, resuelve

⁵⁰ Fallos 95:79, 137:352 y 224:279, 312:2348 y 325:2623, respectivamente.

⁵¹ IMAZ, Esteban - REY, Ricardo E., *El recurso extraordinario*, cit., ps. 178 y ss.

o concluye algo, es decir, lo da por terminado. Se podría razonablemente pensar que si es procedente el recurso extraordinario no cabría hacer referencia a la "sentencia definitiva" en cuanto todavía sería pasible de eventual modificación. No es éste, empero, el significado que se le asigna a esta expresión en el ámbito jurídico.

La "sentencia definitiva" es aquella en que el juzgador -cualquiera que sea la instancia judicial- resuelve la controversia, impidiendo de ahí en más la procedencia de los recursos ordinarios, pero no de los extraordinarios. Cuando nos referimos, entonces, a la "sentencia definitiva" estamos haciendo alusión a aquella que ha resuelto una cuestión, dándola por concluida y sin que quepa la posibilidad de revisarla por medio de los recursos ordinarios.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado, en su jurisprudencia, que las sentencias definitivas son las que ponen fin al pleito, impidiendo su continuación o causando un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior (casos "Sivak, Benjamín s/convocatoria de acreedores" de 1959, "Nación Argentina (Ministerio de Transportes) v. Miguel Granados s/expropiación" de 1966, "Constructora Mitre SA v. Provincia de Formosa" de 2000⁵²).

La propia jurisprudencia de la Corte ha desarrollado una muy extensa casuística al respecto, a los fines de determinar qué pronunciamientos judiciales tienen el carácter de "sentencias definitivas". Además, ha agregado un extenso catálogo abierto de otros pronunciamientos judiciales que no reúnen, en principio, el carácter de "sentencias definitivas", pero que en opinión de ella son equiparables en sus efectos, así por ejemplo, equiparó a sentencia definitiva la que dispone el archivo de las actuaciones (caso "Cocha, Nicolás Alberto s/recurso judicial art. 40 ley 22.140" de 2007 -del dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte Suprema-⁵³); la que decide sobre medidas cautelares cuando causen un agravio que por su magnitud o circunstancias de hecho sea irreparable ("Compañía Azucarera Concepción SA s/incidente de reposición pedido por Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos" de 2000⁵⁴), la que decide sobre cuestiones de competencia cuando importan la denegatoria del fuero federal (caso "Mayo de Ingaramo, Cecilia Alba v. Estado Nacional -Poder Ejecutivo- en la figura del señor interventor federal de la Provincia de Corrientes s/acción de amparo" de 2003⁵⁵), la que declara la caducidad de la instancia (caso "Mato

⁵² Fallos 245:204, 266:47 y 323:1084, respectivamente.

⁵³ Fallos 330:1389.

⁵⁴ Fallos 323:2790.

⁵⁵ Fallos 326:1344.

de Solari, Liliana Inés y otros v. Kasa SA” de 2003⁵⁶); las decisiones que restringen la libertad del imputado antes de resolverse el fallo final de la causa (“Trusso, Francisco Javier s/incidente de excarcelación” de 2002⁵⁷), entre muchas otras. Su consideración pormenorizada, en uno y otro caso, excede del propósito de esta obra.

e) El Tribunal Superior de la causa

Uno de los requisitos propios que más dificultades ha planteado en la aplicación del recurso extraordinario es el concerniente a la exigencia de que el pronunciamiento recurrido por esta vía emane del Tribunal Superior de la causa. Este recaudo es exigido, bajo distintas denominaciones, por las leyes 48 (art. 14) y 4055 (art. 6°) y por el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 22.434), que es el único que utiliza la expresión “tribunal superior de la causa” (2° párrafo, *in fine*).

Si nos detenemos en el análisis de los dos primeros textos legales citados, observaremos que la referencia que ambas normas hacen al origen de la sentencia definitiva está dirigida concretamente a determinados órganos judiciales. Así, el art. 14 de la ley 48 expresa que “sólo podrá apelarse a la Corte Suprema, de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia”. La interpretación literal, en principio clara, ha generado dificultades en su aplicación. El interrogante que motivó la controversia reside en dilucidar cuál es el “Superior Tribunal de provincia” aludido por la ley 48. Desde un enfoque orgánico y estático, la respuesta no puede ser otra que la que lo relaciona con el tribunal de mayor jerarquía institucional en cada estado local. Según esta postura, sólo serían recurribles por la vía del recurso extraordinario las sentencias definitivas emanadas de las cortes o tribunales superiores provinciales. Quedaría excluida de tal revisión constitucional, en consecuencia, toda otra sentencia definitiva que no hubiere sido dictada por el órgano que encabeza el Poder Judicial de la provincia (jueces de paz, jueces de primera instancia, cámaras de apelación, tribunales laborales, etc.).

Desde una perspectiva más amplia, se ha interpretado que la mención de los tribunales superiores de provincia no apunta estáticamente a la estructura orgánica del Poder Judicial de cada Estado, sino que lo hace con un criterio de funcionalidad, según corresponda a cada causa. Así, en algunos procesos judiciales será tribunal superior un juez de

⁵⁶ Fallos 326:1183.

⁵⁷ Fallos 325:3443.

primera instancia; en otros, las cámaras de apelaciones, y en ciertos casos, el propio tribunal superior de la provincia.

La Corte Suprema de Justicia se inclinó, en una primera y larga etapa, por esta última posición. A partir del caso “Bernal, Liborio v. Castillo, Fidel s/desalojo” de 1896, sostuvo que “en el concepto legal y conforme a la jurisprudencia establecida, se reputan tribunales superiores, en cada caso, los llamados a pronunciarse en última instancia y sin recurso para ante otro tribunal local”. En el caso se había cuestionado, por medio de un recurso extraordinario, una sentencia de un juez de paz inapelable ante su superior ordinario⁵⁸.

En el caso “Cautana Agropecuaria Forestal SC s/inscripción Mina Las Piedritas” de 1980, se atisbó un cambio en la jurisprudencia de la Corte Suprema. El recurrente pretendía acceder a la vía del recurso extraordinario federal luego de intentar un recurso extraordinario local, que el Superior Tribunal provincial dio por perdido porque no estaba suficientemente fundado.

La Corte Suprema no aceptó la procedencia del recurso extraordinario federal, porque entendió que el propio recurrente había creído que el tribunal superior de la causa era el máximo tribunal local y no había transitado como correspondía esta vía apta por propia negligencia⁵⁹.

Pese a las expectativas que despertó el caso “Cautana”, su influencia en la jurisprudencia de la Corte fue fugaz, porque poco tiempo después, al resolver el caso “Joubert, Omar Eduardo s/homicidio culposo” de 1982, volvió a retomar la doctrina tradicional⁶⁰. Sin embargo, esta última decisión contó con dos disidencias importantes —las de los jueces Elías P. Guastavino y Adolfo R. Gabrielli— quienes mantuvieron el criterio expresado en el fallo “Cautana”.

En el caso “Strada, Juan Luis” de 1986, la Corte Suprema sostuvo, cambiando decididamente el rumbo de la jurisprudencia imperante hasta ese momento, que “el tribunal superior de provincia, según el art. 14 de la ley 48, es el órgano judicial erigido como supremo por la Constitución de la provincia”⁶¹. Ello implicó la adopción del criterio que en los párrafos anteriores hemos denominado “orgánico”. Quedó en claro que a partir de ese momento el paso de la causa por el Tribunal Superior de la provincia, ya fuese por recursos ordinarios o

⁵⁸ Fallos 66:257.

⁵⁹ Fallos 302:1337.

⁶⁰ Fallos 304:1468. El pronunciamiento, empero, no hace mención del caso “Cautana”, pero sí de la improcedencia del recurso extraordinario cuando no han sido agotadas las vías procesales locales (voto de los jueces Guastavino y Gabrielli).

⁶¹ Fallos 308:490.

extraordinarios locales, se tornaba casi imprescindible para la procedencia del recurso extraordinario. Sólo quedaban exceptuados de este requisito los casos en los cuales, por diversas circunstancias, no era posible para el recurrente transitar la instancia del Tribunal Superior de provincia.

Además, en el citado fallo "Strada" la Corte Suprema de Justicia de la Nación recordó que en virtud del sistema difuso, el control de constitucionalidad estaba a cargo de todos los jueces, incluso los provinciales. Ello implicó una advertencia para que los tribunales superiores provinciales ejercieran en su ámbito el control de la supremacía de la Constitución Nacional.

El caso "Strada" fue, en general, bien recibido por la doctrina constitucional. Se entendió que aportaba una solución al conflictivo tema del Tribunal Superior de la causa en el ámbito federal y contribuía a precisar las facultades de los tribunales superiores provinciales en el control de constitucionalidad. Sin embargo, también planteó algunas dificultades, referidas al agravamiento de la situación que representaba para algunos judiciales, la circunstancia de que podían llegar a ver seriamente obstaculizado e incluso, en algunos casos, impedido, el acceso al recurso extraordinario. Ello obedecería a que las provincias, en ejercicio de sus legítimas atribuciones, han establecido ciertos y determinados recaudos para acceder a los recursos extraordinarios locales (monto de la condena, materias de la causa, depósitos previos, etc.), requisitos que en muchos casos no son exigibles, en cambio, para acceder al recurso extraordinario federal. Empero, la pérdida de uno arrastraba inexorablemente al otro.

Lo expuesto motivó que la Corte Suprema nacional completara el desarrollo de su nueva doctrina judicial al resolver el caso "Di Mascio, Juan R." de 1988⁶². El recurrente había sido condenado a un año y medio de prisión en suspenso por la Cámara de Apelaciones de Dolores. Considerándose agraviado, al entender que se había conculcado su derecho de defensa en la causa penal, pretendió transitar la vía que le indicaba el caso "Strada", por lo cual correspondía que hiciera uso del recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Ello, sin embargo, no le era posible porque el art. 350 del Código de Procedimiento Penal de esa provincia determinaba que dicho recurso sólo resultaba procedente en caso de condenas de más de tres años de prisión. Dado que este requisito no era necesario para acceder a la revisión extraordinaria federal, Di Mascio presentó el recurso tildando de inconstitucional la norma de la provincia que determinaba esa exigencia.

⁶² Fallos 311:2748.

La Corte dejó claramente sentado que las limitaciones basadas en la materia, el monto, etc., son válidas en tanto no alteren la jurisdicción federal. Estas restricciones pueden operar en causas que no excedan del marco del derecho común o local; en cuanto interfieren el control de constitucionalidad federal, son inconstitucionales.

Luego en el año 2007 la Corte volvió a expedirse en dos casos, en los cuales hizo lugar a los recursos extraordinarios articulados y descalificó por arbitrarias las sentencias que rechazaron los recursos extraordinarios provinciales y que impidieron acceder al justiciable al Superior Tribunal de provincia.

El primero de ellos fue el caso "Marchal, Juan" del 10/4/2007⁶³, en el que se cuestionaba la validez de una clausura dispuesta sobre el establecimiento comercial del actor por la Dirección Provincial de Rentas en razón de una supuesta constatación de una infracción. Marchal recurrió la sanción ante el juez en lo Correccional y Criminal, alegando la inexistencia de la infracción.

La decisión fue confirmada por el juez de primera instancia. En consecuencia, Marchal interpuso un recurso de casación en el cual arguyó, en favor de la procedencia de esa vía recursiva, que el art. 66 del Código Fiscal que establece que es inapelable la decisión del juez que resuelve la apelación deducida contra la sanción de clausura, resulta violatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto consagra el derecho a la doble instancia en materia penal. No obstante el recurso fue declarado inadmisibile por falta de competencia, lo que motivo que, contra esta decisión interpusiera el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, el que también fue desestimado por la Suprema Corte de Buenos Aires por versar sobre cuestiones procesales extrañas al ámbito del recurso extraordinario. En consecuencia interpuso el recurso extraordinario federal el que fue concedido.

La Corte Suprema sentenció que la Corte provincial "al resolver con estricto apego a las limitaciones establecidas por el ordenamiento adjetivo local, [...] omitió examinar y resolver la cuestión constitucional que había sido planteada oportunamente en la instancia casatoria y que estaba claramente involucrada en el caso, como lo era la de determinar si el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos resultaba o no aplicable al caso de autos. Que, en tales condiciones, el pronunciamiento apelado incurrió en un excesivo rigor formal que frustró el debido control jurisdiccional del efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por la Convención, por lo que corresponde su descalificación como acto judicial válido, sin que esto implique emitir juicio sobre el fondo del asunto".

⁶³ Fallos 330:1427.

El segundo de ellos fue el caso "Corbo, Carlos Fabián s/recurso de casación" de 2007⁶⁴, en el cual la Corte hace suyos los argumentos expuestos por el procurador fiscal a los cuales remite.

Corbo se encontraba detenido en prisión preventiva desde el 16 de agosto de 1989 y a la fecha de su reclamo la sentencia aún no se encontraba firme. Por ello, el 14 de abril de 1999, la defensa oficial solicitó ante la cámara departamental el cese definitivo del encarcelamiento, por considerar que tanto el plazo de detención como de duración del proceso habían devenido irrazonables. Este pedido fue rechazado por no encuadrar en los parámetros del art. 169 del código de rito local, según la ley 12.405. Ante esa solución, articuló la vía de casación local en la que denunció la violación de las garantías consagradas en los artículos 7.5, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Si bien el Tribunal de Casación declaró admisible ese recurso y entró al fondo del asunto, su mayoría lo rechazó por improcedente con fundamento en que el recurrente no había demostrado la arbitrariedad de la decisión impugnada.

En consecuencia, la defensa planteó la vía extraordinaria de inaplicabilidad de ley para que la máxima instancia provincial trate la cuestión federal. Esta apelación fue desestimada con apoyo en la ausencia de sentencia definitiva o equiparable, a los fines del art. 494 del código de rito local. Asimismo, consideró que su competencia no quedaba habilitada ante cualquier reclamo de las partes, sino que previamente era necesario que ellas obrasen conforme a derecho pues, de lo contrario, bastaría con introducir cualquier alegación de carácter constitucional para abrir su competencia fuera de los límites establecidos por el derecho aplicable creando recursos inexistentes con derogación de la ley respectiva.

Por ello, la defensa interpuso el recurso extraordinario federal calificando la decisión de la Corte de arbitraria al negar su competencia para entender en cuestiones constitucionales por la interpretación de leyes provinciales, apartándose de la doctrina de los fallos "Strada" y "Di Mascio".

Aquí la Corte admitió el tratamiento del recurso y descalificó la sentencia por arbitraria al omitir el tratamiento de cuestiones federales.

Por último, en el año 2008 la Corte resolvió la causa "Edenor SA s/causa nro. 436"⁶⁵, en la cual la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires había desestimado el recurso de inaplicabilidad de ley articulado por la actora contra el fallo del Tribunal de Casación que

⁶⁴ Fallos 330:2632. Ver dictamen del procurador general.

⁶⁵ CSJN, E.345.XLII; REX.

había a su vez rechazado la queja por denegación del recurso homónimo, deducido contra la sentencia de la jueza en lo correccional, que había resuelto sobre la sanción de una multa impuesta por el juez de Faltas, en razón de no hallarse prevista en el régimen de la ley 8751 la vía casatoria intentada. Aquí la Corte reiteró la doctrina del precedente "Di Mascio".

VIII. REQUISITOS FORMALES

a) La introducción de la cuestión federal

La cuestión federal o cuestión constitucional, tiene que ser introducida por el litigante en la causa en tiempo oportuno y debe estar fundada en preceptos de la Constitución Nacional.

Ello es consecuencia de la naturaleza del recurso extraordinario que por ser precisamente "recurso" procura rever una cuestión que ya fue planteada, alegada y resuelta en una instancia anterior. Además, si se requiere que la decisión del Tribunal Superior de la causa sea contraria al derecho federal invocado, es claro que para que ello ocurra debe estar precedida de la introducción y el planteamiento de la cuestión.

La cuestión federal o constitucional debe ser introducida en la primera oportunidad que tenga el litigante e inmediatamente después de producido el agravio que le da origen. Si éste se produce en la primera instancia, es allí donde hay que plantear con inmediatez el agravio.

No hacen falta formas solemnes para la introducción de la cuestión federal en el pleito, pero es exigencia inveterada de la Corte Suprema que el planteamiento sea claro e inequívoco; no bastan, por tanto, las expresiones ambiguas, implícitas, abstractas o confusas.

Sí se exige una manifestación clara con respecto a la introducción de la cuestión federal: es necesaria una explicación, aunque sea breve, de los principios, derechos o garantías de la Constitución Nacional que se considera violados en la causa y una razonable invocación de la idoneidad suficiente que tiene la cuestión para alterar el resultado de la causa.

A este respecto no sería suficiente la fórmula muy comúnmente utilizada en el ámbito forense de "reserva del caso federal" para habilitar la instancia extraordinaria ante la Corte; pues lo relevante no es el empleo de dicha expresión, sino la real introducción de cuestiones federales en el marco de un proceso que es sometido a la decisión de un juez, quien deberá tratar la cuestión federal al dictar sentencia⁶⁶.

⁶⁶ Conf. D'ALESSIO, Andrés J., "¿Para qué sirve la 'reserva del caso federal?'", LL 1980-B-1128, sec. Doctrina.

El primer momento oportuno es el de la iniciación del juicio o aquel en que se trabó la *litis*, si la presunta violación del derecho federal fue previsible para el litigante. Al contrario, si ésta ocurre sorpresivamente, es ése el momento en que debe ser introducida.

En algunos casos puede suceder que las circunstancias que dan origen a la cuestión federal aparezcan imprevistamente con la sentencia definitiva. Sólo en tal supuesto de excepción se podrá plantear en un mismo acto la introducción de la cuestión federal y el recurso extraordinario.

Es requisito indispensable además, que el planteamiento de la cuestión federal sea mantenido en todas las instancias. Ello significa que si se la planteó en primera instancia y la causa llega a la segunda instancia con el agravio subsistente, el litigante que introdujo la cuestión debe reiterarla; de lo contrario, se presume la voluntad de abandonar su formulación.

El examen acerca del cumplimiento del requisito de la introducción oportuna y suficiente de la cuestión federal y del mantenimiento de ésta en todas las instancias, lo realiza el Tribunal Superior de la causa al conceder o denegar el recurso extraordinario.

b) La interposición del recurso

Es la legislación nacional la que regula las condiciones de interposición del recurso extraordinario. El art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 17.454, modificada por la ley 22.434) establece la forma de presentación, el plazo para ella y el trámite correspondiente:

El recurso extraordinario deberá ser interpuesto por escrito, fundado con arreglo a lo establecido en el art. 15 de la ley 48, ante el juez, tribunal u organismo administrativo que dictó la resolución que lo motiva, dentro del plazo de diez días contados a partir de la notificación [1^{er} párrafo].

En el cómputo del término se ha de considerar sólo los días hábiles.

La acordada 4 de 2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación aprobó un reglamento sobre los escritos de interposición del recurso extraordinario, estableciendo diversos recaudos formales entre los cuales se incluye que la extensión del escrito de apelación extraordinaria no podrá tener una extensión mayor de cuarenta páginas de veintiséis renglones. También deberá agregarse una carátula y exponerse, en capítulos sucesivos, cada uno de los aspectos allí indicados.

Estimo que las exigencias establecidas en dicha acordada no deben aplicarse con un extremo rigorismo formal tal, que limite irrazonablemente el acceso a la jurisdicción extraordinaria del Máximo Tribunal de la República. A este respecto, la Corte Suprema en el caso "Sandoval, David Andrés s/homicidio agravado por ensañamiento -3 víctimas- Sandoval, Javier Orlando s/encubrimiento causa nro. 21.923/02" de 2010⁶⁷, estableció que "los defectos... acerca del incumplimiento de determinados recaudos previstos en el reglamento aprobado por la acordada 4/07, como así también en torno a la oportunidad del planteo federal traído a conocimiento del Tribunal, carecen de entidad, en el caso, a los fines de obstar a la procedencia formal del recurso. Que, ello es así, toda vez que ya se ha sostenido que cabe apartarse de las exigencias formales vinculadas con la admisibilidad del recurso cuando se adviertan violaciones a las formas sustanciales que rigen el procedimiento penal (Fallos: 325:2019, entre otros y lo dispuesto en el art. 11 del citado reglamento), por lo que razones de orden público determinan el tratamiento del agravio en cuestión".

Sin embargo, en otros precedentes se ha rechazado el recurso por la falta de cumplimiento de los requisitos formales (caso "Cárdenas, David" de 2013⁶⁸).

En cuanto a los efectos de la interposición del recurso extraordinario ante el Superior Tribunal de la causa, según la jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ese solo acto procesal no suspendía la ejecución de la sentencia apelada hasta tanto no fuere concedido por aquél. Más cercanamente, la Corte ha modificado ese criterio y en la actualidad se admite que el efecto suspensivo de la sentencia apelada tiene lugar con la sola interposición del remedio federal. En este aspecto ha de tenerse siempre en consideración que el art. 258 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación hace excepción del efecto suspensivo del recurso extraordinario en aquellos casos en que la sentencia de Cámara fuere confirmatoria de la de primera instancia; supuesto en el cual se admite la ejecución bajo la fianza que determine el tribunal de alzada

c) El trámite

Una vez presentado en forma y tiempo adecuados el recurso extraordinario, el Tribunal Superior de la causa debe dar traslado de él a las demás partes interesadas. Se entiende por tales a aquellas que

⁶⁷ Fallos 333:1687.

⁶⁸ CSJN, C.1711.XLVIII.

están actuando en el proceso y al traslado se lo concede por el término de diez días hábiles.

Contestado el traslado por las partes interesadas o vencido el plazo otorgado sin que lo hayan hecho, el Tribunal Superior de la causa tiene que pronunciarse acerca de la admisibilidad o no del recurso extraordinario. En todos los casos la decisión ha de ser fundada y debe ser notificada a las partes.

Si el recurso es concedido, el Tribunal Superior de la causa tiene que enviar ésta a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dentro de los cinco días a contar desde la última notificación. Las partes deben constituir domicilio en la Capital Federal, lugar donde tiene su asiento la Corte, que es el tribunal que dirimirá la cuestión federal planteada por medio del recurso extraordinario.

d) La resolución

La Corte Suprema, previa intervención del procurador de ella si corresponde, se pronunciará primero con respecto a la admisibilidad o el rechazo del recurso extraordinario. Ello supone un juicio de revisión acerca de lo actuado por el Tribunal Superior de la causa al conceder el recurso extraordinario. Si ratifica, expresa o tácitamente la admisión de éste, pasará a considerar la cuestión federal planteada por el recurrente.

En tal hipótesis, la Corte tiene dos opciones: a) confirmar la sentencia apelada, lo cual implica el rechazo del recurso o b) revocarla, en cuyo caso hace lugar a la cuestión planteada en aquél. En este último supuesto, conforme a lo establecido por el art. 16 de la ley 48, tiene dos alternativas: 1) remitir las actuaciones al tribunal de la causa para que se dicte un nuevo pronunciamiento o 2) resolver sobre el fondo de la cuestión y aun disponer directamente su ejecución.

IX. EL RECURSO DE QUEJA

Si el Tribunal Superior de la causa deniega la concesión del recurso extraordinario, el recurrente puede pedir la revisión de esta medida ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por medio del denominado "recurso de queja", "recurso de hecho", "queja" o "recurso directo".

El art. 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación reglamenta el recurso de queja estableciendo que

Quando se dedujere queja por denegación de recursos ante la Corte Suprema, la presentación, debidamente fundada, deberá efectuarse en el plazo que establece el segundo párrafo del artículo 282.

La Corte podrá desestimar la queja sin más trámite, exigir la presentación de copias o, si fuere necesaria, la remisión del expediente.

Si la queja fuere por denegación del recurso extraordinario, la Corte podrá rechazar este recurso en los supuestos y formas previstos en el art. 280, párrafo segundo. Si la queja fuera declarada procedente y se revocare la sentencia, será de aplicación el art. 16 de la ley 48.

Mientras la Corte no haga lugar a la queja no se suspenderá el curso del proceso.

El recurso de queja, en consecuencia, debe ser presentado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por escrito fundado, dentro de los cinco días hábiles a partir de la notificación de que ha sido denegada la concesión del recurso extraordinario por el Tribunal Superior de la causa. El plazo se amplía en razón de la distancia.

La fundamentación de la queja tiene que ser autosuficiente; es decir, que de su sola lectura se llegue a comprender el caso, sin recurrir a la vista de la causa. Sin perjuicio de ello, la Corte, si lo considera conveniente, podrá requerirle al recurrente la presentación de copias o el envío del expediente por el Tribunal Superior de la causa.

Cabe advertir que la acordada 4 del año 2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha establecido un conjunto de reglas formales para la interposición de la queja por denegación del recurso extraordinario federal que incluyen la presentación de una carátula de un límite de extensión (hasta diez páginas de veintiséis renglones), los aspectos que cabe refutar y la documentación que debe ser acompañada.

El recurso de queja puede ser desestimado de plano por la Corte. En caso de admitirlo, habilita la concesión del recurso extraordinario sin que ello implique que lo declare procedente o no en el momento de analizar la cuestión de fondo.

Respecto del efecto de la interposición del recurso, la Corte Suprema, en supuestos muy especiales, "cuando median en la causa razones de orden institucional o de interés público" o bien "cuestión de gravedad institucional" puede disponer la suspensión del trámite ante el Superior Tribunal de la causa. Así lo resolvió en el caso "Bonasegale, Alicia María v. Círculo de Suboficiales de las Fuerzas Armadas" de 1976 y "Muller, Gustavo Adolfo v. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco" de 1993⁶⁹.

Existe un supuesto en el que la Corte Suprema, sin expedirse sobre el fondo del asunto, declara admisible la queja y dispone la suspensión del proceso. Así lo ha resuelto en numerosos casos utilizando esta fórmula: "si los argumentos aducidos en el recurso extraordinario

⁶⁹ Fallos 294:327, 316:363, respectivamente.

[...] y mantenidos en la presentación directa involucran, *prima facie*, cuestiones de orden federal, debe declararse procedente la queja y disponerse la suspensión de los efectos del pronunciamiento impugnado así como del trámite de todos los procesos orientados a su ejecución, sin que esto implique pronunciamiento sobre el fondo del recurso” (casos “Figueiredo Do Nascimento, Ignez Helena v. Malagoli, Enrique y otros” de 2006, “Castelo de Cossio, Nélica Esther Julia y otro v. Expreso La Nueva Era SA (Línea 93) y otros” de 2007, “Sanmartín, Juan José Félix v. Banco de la Nación Argentina” de 2008⁷⁰ y “S., F.M. v. D.B., M. s/tenencia definitiva” de 2012, entre otros). Tribiño lo considera una suerte de admisión provisional de la queja que trae la suspensión del procedimiento⁷¹.

X. EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR SENTENCIA ARBITRARIA

a) Concepto

El recurso extraordinario tiene un ámbito normal o regular de ejercicio, cuyos límites están fijados por la ley 48. Quedan excluidas de su aplicación las cuestiones de derecho común, las procesales, las relativas a los hechos y las pruebas, y las de derecho local. Ello, porque, según hemos explicado, este recurso funciona como instrumento para garantizar la supremacía del derecho federal.

Para permitir la mejor realización del valor justicia, la Corte ha creado, paralelamente a ese carril normal o común del recurso extraordinario, otro sendero de excepción que es el de las sentencias arbitrarias. En él, aquélla revisa los pronunciamientos de los tribunales superiores que si bien no están comprendidos en los alcances del art. 14 de la ley 48, muestran evidencias de graves patologías jurídicas que ponen en serio riesgo la realización de la justicia.

A diferencia del recurso extraordinario propiamente dicho, el recurso por sentencia arbitraria no está regulado en la ley. Su creación deviene de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que también ha ido delineando en el tiempo sus alcances y requisitos de procedencia.

Es difícil definir a la sentencia arbitraria. En principio, se trata de la que es injusta, insostenible, inconstitucional, anómala, etc. Este concepto general, empero, resulta insuficiente para captar todos los casos en que la Corte ha sostenido la existencia de arbitrariedad.

⁷⁰ Fallos 329:2221, 330:4364, 331:1516 y S. 727. XLVIII, respectivamente.

⁷¹ Conf. TRIBIÑO, Carlos R., *La queja ante la Corte Suprema por denegación del recurso extraordinario*, LexisNexis, Buenos Aires 2008, p. 96.

De allí que varios autores que han estudiado con detenimiento el tema, prefieren abandonar el propósito de hallar un concepto unívoco y concentrar sus esfuerzos en describir y clasificar los distintos casos y categorías de sentencias arbitrarias.

b) Antecedentes

La doctrina constitucional coincide en afirmar que el origen de la jurisprudencia sobre la arbitrariedad de las sentencias se remonta al caso “Rey, Celestino v. Rocha, Alfredo y otro” de 1909 y que adquirió desarrollo con la causa “Storani de Boidanich, Victoria” de 1939⁷².

En el primer caso, el actor, Celestino Rey, había acusado a Rocha de falsificación de marcas y venta de mercadería falsificada. El juez que resolvió la cuestión consideró que no había delito pero ordenó la destrucción de la marca usada ilegítimamente.

El caso era de muy dudosa procedencia para el recurso extraordinario. El procurador general de la Corte lo consideró inadmisibile. La Corte, en cambio, lo admitió, haciendo una reserva particular, al expresar que “el requisito de que nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de sentencia fundada en ley, da lugar a recursos ante esta Corte en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces”.

El recurso fue después rechazado por la Corte sosteniendo que una interpretación errónea de las leyes efectuada por los litigantes no implica que haya arbitrariedad.

En definitiva, la Corte había reconocido la existencia de un recurso ante sentencias arbitrarias; definía a éstas como las desprovistas de todo apoyo legal y fundadas tan solo en la voluntad de los jueces y fundamentaba su existencia en el requisito según el cual nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley (art. 17, CN).

En el segundo caso, el juez de primera instancia había incluido como beneficiarios de una indemnización, derivada de la muerte de Boidanich, a su esposa, a una hija de ambos y a dos hijastros. La sentencia había sido consentida por todos y habían sido pagadas las indemnizaciones. Aquélla tenía, procesalmente, el carácter de cosa juzgada. Con posterioridad a ello, la Cámara de Apelaciones tuvo una intervención accesoria y excluyó a los hijastros del beneficio de la indemnización. Era una cuestión de derecho común que está excluida, en principio, de la procedencia del recurso extraordinario. La

⁷² Fallos 112:364 y 184:137, respectivamente.

Corte consideró que había arbitrariedad, admitió el recurso y revocó la decisión de la Cámara de Apelaciones.

c) Fundamentos

La doctrina judicial de la arbitrariedad de las sentencias, si bien es de creación pretoriana, tiene fundamento constitucional implícito. Hay principios y normas constitucionales que avalan esta creación jurisprudencial.

El Preámbulo de la Ley Suprema, al establecer como principio liminar el de "afianzar la justicia", nos brinda el primer fundamento para aceptar la revisión de las sentencias arbitrarias.

Si consideramos que las sentencias arbitrarias son aquellas desprovistas de todo apoyo legal y fundadas tan solo en la voluntad de los jueces —como sostuvo la Corte en el caso "Rey v. Rocha"—, resulta claro que ellas suponen una violación grave del principio republicano de la división de poderes establecido en el art. 1° de la Constitución Nacional. El juzgador estaría asumiendo indebidamente, en estos casos, la función del legislador.

En el mismo caso "Rey v. Rocha", la Corte esgrimió como fundamento de la doctrina de la arbitrariedad la garantía constitucional según la cual nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley, consagrada en el art. 17 de la Constitución con referencia al derecho de propiedad.

En la práctica —como señala Sagüés—, la invocación de esta cláusula constitucional es factible en un número muy considerable de casos en que se denuncia la arbitrariedad⁷³.

Otros argumentos provienen de las disposiciones contenidas en el art. 18 de la Ley Fundamental. La inviolabilidad de la defensa en juicio y el debido proceso legal constituyen fundamentos reiteradamente invocados por la jurisprudencia de la Corte para justificar su intervención en los casos de arbitrariedad.

El principio de legalidad, previsto en la segunda parte del art. 19 de la Constitución, resulta igualmente transgredido en los casos de arbitrariedad.

La arbitrariedad es el disvalor de la razonabilidad. Viola, en consecuencia, un sólido principio constitucional —el de no alteridad o razonabilidad— previsto en el art. 28 de nuestra Ley Suprema.

Por último, cabe señalar que cualesquiera que sean los principios y normas constitucionales contravenidos por la sentencia arbitraria,

⁷³ Conf. SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal constitucional*, cit., t. II, p. 207.

en el fondo de la cuestión hay un motivo análogo al que legitima al recurso extraordinario: la lesión del principio de supremacía constitucional previsto en el art. 31 de la Ley Fundamental.

Con respecto al fundamento legal del recurso extraordinario por arbitrariedad, la doctrina muestra disparidad de criterios. Algunos autores opinan que está incluido en el art. 14 de la ley 48 (Bidart Campos, Linares, Romero, Fiorini, Cueto Rúa⁷⁴). Otros, en cambio, estiman que deriva de una creación de la Corte que de esta forma tornó operativas determinadas cláusulas constitucionales. Con distintos matices, siguen este criterio, entre otros, Vanossi, Sagüés, Carrió, Zarini, Ekmekdjian y Guastavino⁷⁵.

d) Distintos tipos de arbitrariedad

El concepto de "sentencia arbitraria" suele adquirir contornos tan amplios y difusos, que impiden la formulación de una definición precisa. Ante ello, la doctrina se ha inclinado por sistematizar, con ligeras variantes, los distintos tipos o categorías de sentencias arbitrarias que se manifiestan en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Tampoco en este cometido hay grandes concordancias. Así, mientras Juan F. Linares distingue tres tipos de sentencias arbitrarias (frustratorias del derecho federal, arbitrarias directas y de construcción evasiva), Carrió cree detectar trece tipos diferentes agrupados en tres categorías (causales concernientes al objeto de la decisión, a los fundamentos de ella y a los efectos)⁷⁶.

En nuestra muy breve incursión en el tema seguiremos el criterio expuesto por Sagüés, quien distingue tres grupos de sentencias arbi-

⁷⁴ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. II, p. 472; LINARES, Juan F., "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria dictado en aplicación de normas no federales", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, nros. 3 y 4, t. XXVIII, 1949, ps. 225 y ss.; ROMERO, César E., *Derecho constitucional*, t. I, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1976, p. 345; FIORINI, Bartolomé A., "Sentencias arbitrarias y sentencias inconstitucionales", LL 88-922; CUETO RÚA, Julio C., "Comentario a la exposición de Juan F. Linares", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, nros. 3 y 4, t. XXVIII, 1949, ps. 251/2.

⁷⁵ VANOSI, Jorge R., "La sentencia arbitraria: un acto de lesión constitucional (La arbitrariedad como anticonstitucionalidad)", ED 92-105; SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal constitucional*, cit., t. II, ps. 211/2; CARRIÓ, Genaro R., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967, ps. 34 y ss.; ZARINI, Helio J., *Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 89/90; EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Manual de la Constitución argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 47; GUASTAVINO, Elías P., *Recurso extraordinario...*, cit., t. I, ps. 510/1.

⁷⁶ LINARES, Juan F., "El recurso...", cit., ps. 225 y ss.; CARRIÓ, Genaro R., *El recurso...*, cit., ps. 55 y ss.

trarias: a) arbitrariedad normativa; b) arbitrariedad fáctica, y c) arbitrariedad concurrente⁷⁷.

a) La arbitrariedad normativa incluye aquellos casos en que la sentencia no es una derivación razonable de la normatividad. El vicio que genera la arbitrariedad está, en estos supuestos, enquistado en una inadecuada aplicación del ordenamiento jurídico vigente.

Dentro de esta categoría, Sagüés distingue: 1) las sentencias infundadas o inadecuadamente fundadas; 2) las sentencias con exceso ritual; 3) las sentencias incongruentes; 4) las sentencias que atentan contra la preclusión y la cosa juzgada; 5) las sentencias autocontradictorias, y 6) las sentencias inválidas.

1) Son sentencias infundadas o inadecuadamente fundadas aquellas que prescinden total o parcialmente de la relación con el ordenamiento jurídico vigente. Toda sentencia tiene que expresar el derecho que rige el caso, que debe ser razonablemente derivado del ordenamiento jurídico, respetando la jerarquía de sus diferentes normas. La falta de referencia al derecho que se aplicó al caso, la mención de fundamentos jurídicos irrazonables o carentes de aptitud, erróneos o la manifiesta insuficiencia, derivan en casos de arbitrariedad.

Este tipo de arbitrariedad lesiona, por lo general, el principio de división de poderes porque el juez, al no aplicar el derecho vigente, se está arrogando atribuciones legislativas de las cuales carece.

Un ejemplo de sentencia arbitraria afectada por este vicio es aquella que no brinda ningún fundamento al derecho aplicable o aquella que aun expresando cuál es ese derecho aplicable, resulta manifiestamente inconducente por no ser de aplicación a la cuestión planteada en el juicio.

2) Son sentencias con exceso ritual aquellas que exhiben un injustificado rigor formal que atenta contra la garantía del debido proceso judicial. No se trata, desde luego, del respeto de las formas que son necesarias en todo proceso judicial sino de un rigorismo notorio y excesivo en sus exigencias. En vez de buscar la verdad material, la actividad del juez aparece encaminada, más bien, a cumplir con excesivo apego las formalidades del proceso.

Un ejemplo de sentencia de este tipo sería la que prescinde de considerar un documento de prueba, que tendría valor decisivo en la solución del pleito, porque se ha acompañado una fotocopia simple y no una legalizada, sin siquiera requerir a la parte que la presentó que subsane esta falencia en un tiempo perentorio.

3) Son sentencias incongruentes aquellas que muestran una evidente desconexión entre las constancias obrantes en la causa y la

⁷⁷ SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal constitucional*, cit., t. II, ps. 220/1.

sentencia recaída en ella. Resulta incongruente –debería llamárselo “incoherente”– el pronunciamiento del juez que prescinde irrazonablemente del reclamo formulado por las partes, que se aparta notoria e injustificadamente de las pruebas obrantes en el pleito. Desde el punto de vista estrictamente normativo, se viola el principio de congruencia cuando el juez se aparta del derecho invocado por las partes sin aportar razones fundadas.

Como ejemplos de sentencias arbitrarias afectadas por el vicio de la incongruencia, podemos citar aquellas que le otorgan a la parte más que lo que ésta reclama en el juicio o las que prescinden de considerar un elemento de prueba fundamental.

4) Son sentencias que atentan contra la preclusión y la cosa juzgada las que desconocen el carácter definitivo que tienen determinados actos procesales y pretenden volver a producirlos –sea expresa o tácitamente– con violación de la ley y con evidente daño para alguna de las partes.

5) Son sentencias autocontradictorias las que contienen razonamientos contradictorios. Se trata de sentencias incomprensibles porque extraen conclusiones desconcertantes por su contradicción. Lo que el juez dice en una parte del fallo lo ignora o contradice en otra.

Sería un caso de sentencia arbitraria afectada de esta patología aquella que en sus fundamentos dice que el acusado no incurrió en conducta delictuosa y luego, en la parte resolutive, lo condena por ser autor penalmente responsable de un delito.

6) Son sentencias inválidas aquellas que presentan una anomalía tan grave que les quita aptitud como sentencia. En el fondo, lo son todas las sentencias arbitrarias porque tienen un vicio capaz de provocar su invalidación. Sin embargo, a este tipo se lo reserva expresamente para aquellos casos en que el defecto es de tal envergadura que inicialmente ocasiona su inexistencia como sentencia.

Un ejemplo de sentencia de esta clase sería aquella en que el pronunciamiento no es suscrito por la mayoría del tribunal, carece de fecha o no identifica claramente a las partes.

b) La arbitrariedad fáctica resume aquellos casos en que no son ameritados idóneamente los hechos y las pruebas.

c) La arbitrariedad concurrente alude a aquellas sentencias que suman vicios normativos a otros de naturaleza predominantemente fáctica.

XI. LA GRAVEDAD INSTITUCIONAL

La gravedad institucional es una doctrina judicial que se configura –conforme al criterio pretoriamente elaborado por la jurisprudencia de

la Corte Suprema de Justicia de la Nación— ante una situación jurídica que permite, por su trascendencia, obviar la falta de cumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la procedencia del recurso extraordinario haciendo, en consecuencia, viable su consideración pese a esa deficiencia.

Cabe aclarar que mediante la gravedad institucional no es posible obviar la presencia de una cuestión federal (casos “Alsogaray, María Julia s/recurso de casación e inconstitucionalidad” de 2008 y “Sagarduy, Alberto Omar v. Copetro SA s/daños y perjuicios” de 2010, entre otros⁷⁸). Así, por ejemplo, se ha considerado que la gravedad institucional permite, en ciertos casos, aceptar la admisibilidad del recurso extraordinario federal aun cuando la decisión apelada no sea definitiva, no emane del Tribunal Superior de la causa, recaiga en cuestiones procesales o de derecho común, falten recaudos formales de procedencia, etcétera.

Dicha situación se presenta, a criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando la decisión judicial excede del interés individual de las partes y atañe al de la colectividad; cuando se afecta la normal prestación de los servicios públicos, en casos de evidente conmoción social; cuando se cuestiona la organización, división y funcionamiento de los poderes, sobre recaudación de la renta fiscal, protección del régimen previsional estatal, etc. Siendo la gravedad institucional un medio no reglado de flexibilización del recurso extraordinario, resulta difícil sistematizar los casos de procedencia que además siempre admiten excepciones. La trascendencia del caso es, en definitiva, la que justifica la aplicación de esta doctrina.

La gravedad o interés institucional obra, en todos los supuestos, como forma de ampliación del recurso extraordinario a causas que estarían, en principio, al margen de la posibilidad de la revisión extraordinaria. No se halla prevista expresamente en la Constitución Nacional, ni tampoco ha sido legislada.

Si bien la doctrina judicial de la gravedad institucional reconoce antecedentes previos, cabe señalar que ella adquirió perfiles más nítidos a partir del caso “Jorge Antonio” de 1960⁷⁹. En esta causa, la Corte admitió la procedencia del recurso extraordinario para revisar una decisión de la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal que había revocado una decisión anterior de la Comisión Liquidadora creada por dec.-ley 8124/1957, del gobierno *de facto* de la Revolución Libertadora. Ésta había negado al recurrente la entrega en depósito de seis automóviles y dos embarcaciones de su propiedad

⁷⁸ Fallos 331:2799 y 333:360 respectivamente.

⁷⁹ Fallos 248:189.

que le habían sido secuestrados precautoriamente por suponer que tenían origen ilegítimo en la anterior administración del presidente Juan Domingo Perón.

Frente a la decisión de la referida Cámara, que le otorgaba el depósito de los bienes al interdicto, la Comisión Liquidadora recurrió la medida interponiendo los recursos de nulidad y de apelación, con mención del inc. 3° del art. 14 de la ley 48. Aquéllos fueron rechazados por la Cámara, por entender que dicha Comisión no tenía personería jurídica. Además, resultaba poco clara la interposición del recurso extraordinario.

El caso fue llevado a la Corte Suprema por vía de queja. El procurador Ramón Lascano aconsejó su rechazo porque la decisión apelada no tenía carácter de definitiva y porque no había sido recurrida cumpliendo los requisitos de la vía extraordinaria.

Nuestro Máximo Tribunal admitió el recurso invocando normas aplicables por la Suprema Corte de los Estados Unidos, referidas al *writ of certiorari* y alegando una situación de gravedad institucional que consideró hábil para justificar “la intervención del tribunal superando los ápices procesales, frustratorios del control constitucional que esta Corte debe cumplir”.

La gravedad institucional que fundaba la intervención de la Corte en este caso residía, para el tribunal, en “la triste gravedad y la repudiable desviación moral de los hechos que motivan la mencionada legislación [dec. 5148/1955], que concurren a imponer la intervención de esta Corte e impiden la extensión interpretativa de las excepciones que el régimen legal admite”.

La Corte, finalmente, revocó la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones y no hizo lugar al reintegro de los bienes. En igual sentido, pero con disidencia de fundamentos votó el juez Boffi Boggero, quien entendió que el recurso extraordinario reunía las condiciones necesarias de admisibilidad y que no resultaba necesaria, en consecuencia, la invocación de normas aplicables en los Estados Unidos.

En el caso “Penjerek, Norma Mirta” de 1963, la Corte admitió la instancia de revisión extraordinaria pese a que se refería a materia procesal (recusación a un juez penal de la provincia de Buenos Aires, denegada por la Cámara de Apelaciones). Lo hizo con invocación de la gravedad institucional, entendiendo que el hecho generador de la causa había provocado una conmoción que afectaba “a la comunidad entera en sus valores más sustanciales y profundos, como sin duda ocurre en el proceso de rapto y homicidio en el que se ha planteado la incidencia”⁸⁰.

⁸⁰ Fallos 248:189.

XII. EL CERTIORARI

Se denomina *certiorari* al procedimiento mediante el cual un Tribunal Superior, requerido por alguna de las partes, tiene la potestad de restringir, a su sano arbitrio, el conocimiento de resoluciones recaídas en instancias inferiores descartando la consideración de aquellas que no tengan interés institucional suficiente.

En el derecho norteamericano, la Constitución de Filadelfia de 1787 contiene en el art. III, sección segunda, una norma similar al art. 117 de nuestra Constitución Nacional. Es posible distinguir, dentro de las atribuciones de la Suprema Corte de los Estados Unidos, una competencia originaria y otra por apelación y es esta última —al igual que entre nosotros— la que tiene alcance más amplio.

Explica Vanossi, en relación con el derecho norteamericano, que “al hacerse cargo Taft de la presidencia de la Corte Suprema pudo comprobar el atraso con que las causas llegaban a sus estrados. Como medida liminar, el *chief justice* encomendó a una comisión especial, compuesta por los *associate justices* Van Devanter, Mc Reynolds y Sutherland, el estudio de los antecedentes y elementos conducentes a la solución de ese problema, que concluyó con la redacción de un proyecto de ley —*The Judge Bill*— que mereció la aprobación de todos los miembros de ese tribunal y que finalmente obtuvo sanción legal en 1925, luego de una intensa campaña de explicitación y defensa llevada a cabo por los mismos integrantes de la Corte Suprema”⁸¹.

La reforma se inspiraba, principalmente, en el ensanchamiento de los poderes discrecionales de la Suprema Corte norteamericana, determinando que gran variedad de causas sólo podrían ser llevadas a consideración de dicho tribunal por vía de la avocación. Desde ese momento, el *writ of certiorari*, que ya había sido establecido por ley aprobada en 1914, adquirió notoria relevancia⁸².

Fue a partir de 1925 —afirma Morello— cuando por medio de una ley de reformas se hizo más estricta la competencia legal reglada para otorgar un amplio poder discrecional, mediante el *writ of certiorari*, a fin de que la Suprema Corte de los Estados Unidos pudiera acoger en su procedibilidad los recursos extraordinarios referidos a ciertos asuntos y excluir, en cambio, otros⁸³.

En la actualidad, la aplicación de la jurisdicción apelada discrecional mediante el *writ of certiorari* constituye el trabajo más intenso

⁸¹ VANOSI, Jorge R., “Constitución, jurisprudencia y *writ of certiorari*”, JA 1964-II-98.

⁸² Conf. CORWIN, Edward S., *La Constitución de los Estados Unidos*, Fraterna, Buenos Aires, 1987, p. 295.

⁸³ MORELLO, Augusto M., *La Corte Suprema en acción*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 445.

de dicho tribunal, en tanto que su jurisdicción apelada obligatoria sólo tiene carácter limitado y secundario.

Cabe destacar, asimismo, que en todo momento se ha cuidado de no convertirse, por la aplicación de este instituto, en un tribunal revisor de los errores cometidos en las instancias inferiores. Al contrario, la atribución discrecional que le confiere el *writ of certiorari* le ha permitido afianzar su función constitucional como tribunal de garantías.

En nuestro país, el *certiorari*, a pesar de carecer, hasta la sanción de la ley 23.774 de 1990, de sustento legislativo específico, había tenido virtual consagración pretoriana en la jurisprudencia de la Corte Suprema operando por medio del descarte de cuestiones insustanciales o carentes de relieve institucional.

En la acordada 44/1989, el Supremo Tribunal nacional había expresado su criterio explícitamente favorable al establecimiento del *certiorari*, al afirmar que “de un modo diverso, las citadas modificaciones a los arts. 280 y 285 del Código Procesal resultan compatibles y adecuadas a la racionalización de sus tareas jurisdiccionales. También es positivo el reconocimiento de la mencionada atribución que posee esta Corte”⁸⁴.

En 1989, un proyecto de ley elevado por el Poder Ejecutivo a consideración del Congreso Nacional propició la modificación de la composición de la Corte Suprema de Justicia y promovió la sustitución de los arts. 280 y 285 del Código Procesal. La iniciativa, luego de un conflictivo tratamiento, recibió finalmente sanción.

En la enmienda introducida en el art. 280 del Código citado aparece consagrado el *certiorari*. En los fundamentos de la iniciativa se expresaba que “se propicia conceder a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la facultad de rechazar el recurso extraordinario, según su sana discreción, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia. Atribuirle al tribunal tal discrecionalidad no excede el margen que para la ley reglamentaria del recurso se desprende del art. 101 [actual art. 117] de la Constitución Nacional, y contribuirá al mejor funcionamiento del cuerpo”⁸⁵.

El nuevo texto del art. 280, reformado por la ley 23.774, estatuye que “cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal

⁸⁴ Fallos 321:1513.

⁸⁵ *Diario de Asuntos Entrados del Senado de la Nación* del 20/9/1989, p. 577.

suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia” (1^{er} párrafo).

Estimamos que se ha escogido una de las vías adecuadas para restringir legislativamente el ámbito de aplicación del recurso extraordinario. Se podrá sostener que la determinación de la importancia institucional del caso demandará un trabajo intenso de la Corte Suprema. Creemos, sin embargo, que se aliviará significativamente el agobio que viene padeciendo nuestro Tribunal Superior, si nos atenemos a que acreditar si hay o no interés institucional importa, habitualmente, un análisis más simple y más breve que el necesario para la adopción de una resolución de fondo⁸⁶.

Por su parte, el rechazo del recurso extraordinario federal, por uso del *certiorari* no implica reconocer la validez del fallo recurrido. Así lo ha declarado la Corte en el caso “Papaiani Constructora SACIFel v. Consorcio de Propietarios Calle Demaría” de 2002⁸⁷, en el cual se sostuvo que “la desestimación de la apelación federal por la sola mención del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no importa afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida, sino que no se han hallado elementos en la causa que tornen manifiesta la frustración del derecho a la jurisdicción en debido proceso”.

Respecto de la validez constitucional del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la Corte Suprema en el año 2006 rechazó un recurso articulado en la causa “Schwartz, Pablo Eduardo v. Mitrocarga SA y otro”⁸⁸, manifestando al respecto que “con arreglo a su conocida jurisprudencia de esta Corte, corresponde desestimar, en lo sustancial, el planteo de inconstitucionalidad del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, formulado en el recurso extraordinario y mantenido en la presente queja”.

XIII. EL PER SALTUM

El instituto del *per saltum* (“por salto”) implica admitir la atribución que tiene un Tribunal Superior para obviar las instancias inferiores y entender directamente en un asunto que está en trámite en ellas. Importa, en consecuencia, una autorización para avocarse al conocimiento de causas que se hallan en tribunales inferiores. Esta atribución, en caso de reconocérsela, es siempre ostentada por el tribunal federal o local de mayor jerarquía.

⁸⁶ Conf. ZIULU, Adolfo G., “El ‘writ of certiorari’ y el incremento de las facultades discretivas de la Corte Suprema”, LL 1991-E-775.

⁸⁷ Fallos 325:2432.

⁸⁸ Fallos 329:741.

En los Estados Unidos, el *per saltum* está reglado desde 1925 con la denominación de “*certiorari by pass*”.

En nuestro país, en el orden federal, no se halla reglado por la Constitución y tuvo nacimiento pretoriano, hasta que finalmente fue incluido en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a través del dictado de la ley 26.790 del año 2012, que agregó los arts. 257 bis y ter al código de rito.

En 1984, sin embargo, la comisión designada por el Ministerio de Educación y Justicia por res. 772/1984 había propuesto su incorporación por vía legislativa. Dicha comisión estuvo integrada por los notables juristas Boffi Boggero, Bidart Campos, Juan F. Linares, Morllo, Moncayo y Colombres.

En las conclusiones se proponía, por mayoría, agregar en el art. 14 de la ley 48 el siguiente párrafo: “Cuando excepcionalmente en un caso pendiente la resolución recaída revista un interés general o público y gravedad institucional, la Corte, de oficio, podrá prescindir de requisitos de procedencia formal del recurso, a los efectos de un inmediato pronunciamiento, si la solución no admite demora alguna”. Dos de los integrantes de la comisión, Moncayo y Colombres, no suscribieron esta recomendación.

En 1987, el presidente Raúl R. Alfonsín elevó un proyecto de ley al Congreso de la Nación sobre la base de las recomendaciones formuladas por la comisión. La iniciativa contemplaba aumentar a siete el número de miembros de la Corte Suprema de Justicia e incluir el *certiorari* y el *per saltum*. El proyecto no recibió sanción legislativa.

Hasta entonces, la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional mostraba un criterio francamente negativo en cuanto a la posibilidad de emplear el *per saltum* en nuestro derecho sin ley que lo estableciera. Esa tendencia se reflejó en los casos “Scaccheri de López” de 1987 y “Margarita Belén” de 1988. En este último, empero, el juez Petracchi –en solitaria disidencia– abogó por la aplicación del *per saltum* en la causa⁸⁹.

Fue en 1990 cuando el *per saltum* adquirió relevancia en nuestro país, como consecuencia del fallo de la Corte Suprema recaído en el caso “Dromi, José Roberto (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/avocación en autos Fontela, Moisés Eduardo v. Estado nacional”.

La causa se inició cuando en el mes de julio de 1990 –faltando pocos días para la apertura de sobres en la licitación para la privatización de Aerolíneas Argentinas– el diputado Moisés Fontela presentó una acción de amparo ante el Juzgado en lo Contencioso-Administrativo

⁸⁹ Fallos 310:2214 y 311:1762, respectivamente.

n. 2 de la Capital Federal. Se impugnaba la constitucionalidad del decreto que había dispuesto la transformación de Aerolíneas Argentinas en una sociedad anónima con participación estatal minoritaria.

Según se sostenía en la demanda, ello daba lugar a una sociedad atípica no prevista en la legislación. Se podía tratar de una sociedad irregular, donde cualquiera de los socios estaría habilitado para solicitar la disolución y todos ellos tendrían responsabilidad solidaria e ilimitada. Esto contradecía, según el criterio del actor, la ley 23.696, de reforma del Estado, que había autorizado a transformar la tipicidad jurídica de entes y asociaciones incluidas en la ley "dentro de las formas jurídicas previstas por la legislación vigente" (art. 6°). En apoyo de ello se acompañaba el dictamen del inspector general de Justicia coincidente con tal postura.

La secuencia que siguió el trámite de la causa resulta de interés. El juez del amparo requirió informe al Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación, el cual le fue remitido el 12 de julio de 1990 por el titular de esa área, Dr. José Roberto Dromi quien al mismo tiempo presentó un escrito ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación solicitando la avocación de ese tribunal. Ese mismo día, la Corte requirió al juez de la causa el inmediato envío del expediente judicial.

Al día siguiente, el juez acogió el amparo, ordenando al Poder Ejecutivo modificar el encuadre de la sociedad; notificó a las partes y envió el expediente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en donde tuvo ingreso junto con un nuevo escrito presentado por el ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación apelando la sentencia y reiterando el pedido de avocación.

El mismo 13 de julio, la Corte Suprema de Justicia declaró, en un escueto fallo, la suspensión de los efectos de la sentencia apelada. Sostuvo, en apoyo de tal decisión, que "las consecuencias de la resolución apelada pueden traducir agravios de imposible o tardía reparación ulterior" y que la causa "es de inequívoca sustancia federal y, por su trascendencia, exhibe gravedad institucional"⁹⁰.

El 6 de septiembre de 1991, la Corte Suprema, por mayoría, dictó sentencia definitiva en la causa dejando sin efecto lo resuelto por el juez federal interviniente⁹¹.

En el caso "González, Antonio Erman y otros s/su presentación en autos 'Banco del Interior y Buenos Aires (BIBA) s/medida cautelar'" de 1990, se presentaron ante la Corte Suprema de Justicia el ministro de Economía de la Nación y el Banco Central de la República Argentina, pidiendo que fuesen dejadas sin efecto medidas cautelares adoptadas

⁹⁰ Fallos 313:630.

⁹¹ Fallos 313:863.

en favor del Banco del Interior y Buenos Aires por un juez federal de Rosario, que afectaban, a juicio de los requirentes, al Banco Central como autoridad de control del sistema financiero.

Si bien la admisibilidad del recurso extraordinario con salto de la segunda instancia fue aceptada por el voto de tres jueces (Cavagna Martínez, Levene y Petracchi), finalmente la Corte rechazó la solicitud de avocación⁹².

En el caso "Reiriz, María G. y Casal, Eduardo E., procuradores fiscales de la CSJN s/su recurso extraordinario en causa A., J. F. y otros s/contrabando de estupefacientes y otros delitos. Incidente de excarcelación" de 1994, se apersonaron ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación representantes del Ministerio Público pidiendo que fuesen dejadas sin efecto las excarcelaciones ordenadas por un juez de primera instancia respecto de individuos procesados en una causa incoada ante el secuestro de un cargamento de drogas, en un procedimiento conocido como "Operación Langostino". La Corte, por mayoría, hizo lugar a la demanda y suspendió el cumplimiento de las excarcelaciones pero —a diferencia del caso "Dromi"— devolvió la causa al juez natural para su prosecución. También en esta ocasión la Corte invocó la gravedad institucional y sus poderes implícitos y dejó a salvo el hecho de que su intervención en la causa se fundaba en una "excepcionalísima facultad [...] inescindiblemente vinculada con la trascendencia de la materia traída a estos estrados"⁹³.

La Corte Suprema de Justicia había abierto, con la aplicación del *per saltum*, un nuevo y restringido cauce en el uso de sus facultades discrecionales, fundamentándolo en sus poderes implícitos y en la gravedad institucional, agudizada por la circunstancia de que el tránsito por todas las instancias del proceso irrogaría un gravamen irreparable. La sanción de la ley 23.774, al reconocer los poderes discrecionales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, le había agregado implícitamente otro argumento: si esas facultades sirven para descartar la consideración de una causa, también podrían, inversamente, ser empleadas para resolverla.

No obstante la evolución jurisprudencial reseñada, consideramos de buena técnica su inclusión legislativa.

Actualmente, el recurso extraordinario por salto de instancia se encuentra regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en los arts. 257 bis y 257 ter, incorporados por la ley 26.790 de 2012. Habilita la intervención de la Corte Suprema prescindiendo

⁹² Fallos 313:1242.

⁹³ Fallos 317:1690.

del recaudo del Tribunal Superior, tal como había sido delineado por la doctrina y jurisprudencia que precedió la reforma.

En el art. 257 bis se establecen los requisitos de procedencia. Se debe tratar de “causas de competencia federal en las que se acredite que entrañen cuestiones de notoria gravedad institucional, cuya solución definitiva y expedita sea necesaria, y que el recurso constituye el único remedio eficaz para la protección del derecho federal comprometido, a los fines de evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior”. A su vez se explicita que “existirá gravedad institucional en aquellas cuestiones sometidas a juicio que excedan el interés de las partes en la causa, proyectándose sobre el general o público, de modo tal que por su trascendencia queden comprometidas las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno o los principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales por ella incorporados”.

A su vez se aclara que se trata de un remedio de “marcada excepcionalidad” y que la habilitación de la instancia tiene alcances restringidos. Por su parte se limita su procedencia en causas de materia penal.

Por último, se establece que sólo serán pasibles del recurso extraordinario por salto de instancia “las sentencias definitivas de primera instancia, las resoluciones equiparables a ellas en sus efectos y aquellas dictadas a título de medidas cautelares”.

Respecto de su aplicación, en la causa “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de derecho) v. Poder Ejecutivo Nacional s/acción de amparo ley 26.855, medida cautelar (expte. nro. 3034/13)”⁹⁴ de 2013, la Corte admitió la procedencia del recurso extraordinario por salto de instancia articulado por el Estado Nacional, contra la sentencia del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal n. 1, que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855 y del decreto del Poder Ejecutivo 577/2013, y dejó sin efecto jurídico la convocatoria electoral prevista para la elección de miembros del Consejo de la Magistratura.

En cuanto a la forma, plazo, trámite y efectos el art. 257 ter, establece que el recurso deberá interponerse directamente ante la Corte Suprema mediante escrito fundado y autónomo dentro de los diez días de notificada la resolución impugnada.

La Corte Suprema podrá rechazar el recurso sin más trámite si no se observaren *prima facie* los requisitos para su procedencia, en cuyo caso proseguirá la causa según su estado y por el procedimiento que corresponda. Así lo ha resuelto en varios casos: “Estado Nacional, Jefatura de Gabinete de Ministros s/interpone recurso extraordinario

⁹⁴ CSJN, R.369.XLIX.

por salto de instancia en autos: ‘Grupo Clarín SA y otros v. Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa’” de 2012, “Dapueto de Ferrari, Miguel Ángel Rafael s/recurso extraordinario por salto de instancia” de 2013⁹⁵, entre otros.

Respecto de los efectos del recurso “el auto por el cual el Alto Tribunal declare la admisibilidad del recurso tendrá efectos suspensivos respecto de la resolución recurrida” tal como se ha dispuesto respecto del recurso de queja.

En cuanto al trámite, del escrito presentado se dará traslado a las partes interesadas por el plazo de cinco días notificándolas personalmente o por cédula. Una vez contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, la Corte Suprema decidirá sobre la procedencia del recurso.

También se posibilita al Tribunal a requerir como medida para mejor proveer, la remisión urgente del expediente, lo que en la práctica puede significar un efecto suspensivo de hecho de la resolución recurrida.

⁹⁵ CSJN, E.300.XLVIII y D.209.XLIX respectivamente.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE LANARI, Juan R., *El proceso del constitucionalismo argentino*, 1ª reimpr., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985.
- AJA ESPIL, Felipe A., *La Suprema Corte federal y su jurisdicción extraordinaria*, Imprenta de Coni Hnos., Buenos Aires, 1915.
- ALBANESE, Susana (coord.) *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008.
- ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, edición anotada, Sopena Argentina, Buenos Aires, 1957.
- *Sistema económico y rentístico de la confederación argentina según su Constitución de 1853*, Introducción de Bernardo Canal Feijóo, Raigal, Buenos Aires, 1954.
 - *Obras escogidas*, Luz del Día, Buenos Aires, 1954.
 - *Organización política y económica de la Confederación Argentina*, s/d sobre editorial, Bezanon (Francia), 1856.
- ALTERINI, Atilio A., *La inseguridad jurídica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- AMATUCCI, Andrea y otros, *Seis estudios sobre derecho constitucional e internacional tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1980.
- BADENI, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2006.
- *Derecho constitucional. Libertades y garantías*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
 - *Libertad de prensa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.
 - *Comportamiento electoral en la Argentina*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1977.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*, Civitas, Madrid, 1990.
- BARNEIX, Atilio, *La ciencia política: su objeto*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.
- BARRANCOS Y VEDIA, Fernando N., *Recurso extraordinario y gravedad institucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.

- BASSO, Domingo M., *Nacer y morir con dignidad*, 3ª ed. ampl., Depalma (distribución), Buenos Aires, 1991.
- BECERRA FERRER, Guillermo - HARO, Ricardo y otros, *Manual de derecho constitucional*, t. II, Advocatus, Córdoba, 1995.
- BERNARD, Tomás D., *Vigencia de la República representativa municipal*, Instituto de Derecho Municipal y Urbanismo de la Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1988.
- BIANCHI, Alberto B., *Las acciones de clase*, Ábaco, Buenos Aires, 2001.
- *El juicio por jurados*, Ábaco, Buenos Aires, 1999.
 - *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Ábaco, Buenos Aires, 1994.
 - *Control de constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 1992.
 - *Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.
- BIANCHI, Alberto B., *La delegación legislativa*, Ábaco, Buenos Aires, 1990.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho constitucional humanitario*, Ediar, Buenos Aires, 1996.
- *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1988.
 - *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987.
 - *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1986-1995.
 - *La Corte Suprema. El tribunal de las garantías constitucionales*, Ediar, Buenos Aires, 1984.
 - *Ciencia política y ciencia del derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1982.
 - *Manual de derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1972.
 - *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Ediar, Buenos Aires, 1968.
 - *El derecho constitucional del poder*, Ediar, Buenos Aires, 1967.
 - *Grupos de presión y factores de poder*, A. Peña Lillo, Buenos Aires, 1961.
- BIDEGAIN, Carlos M., *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975-1981.
- *El Congreso de los Estados Unidos de América*, Depalma, Buenos Aires, 1950.
 - "Más sobre 'Congreso' y 'Parlamento': antiguas meditaciones", Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, separata de *Anales*, t. XV, Buenos Aires, 1986.
- BIELSA, Rafael, *Democracia y república*, obra póstuma, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- *El recurso de amparo*, Depalma, Buenos Aires, 1965.
 - *Régimen de facto y ley de acefalía*, Depalma, Buenos Aires, 1963.
 - *Metodología jurídica*, Librería y Editorial Castelví, Santa Fe, 1961.
 - *Régimen jurídico de policía*, La Ley, Buenos Aires, 1957.
 - *Derecho constitucional*, 2ª ed., Roque Depalma, Buenos Aires, 1954.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho constitucional*, 3ª ed., trad. de Pablo Lucas Verdú, Tecnos, Madrid, 1987.

- BOBBIO, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, trad. de José F. Fernández Santillán, FCE, Méjico, 1994.
- *Igualdad y libertad*, trad. de Pedro Aragón Rincón, Paidós, Barcelona, 1993.
- BOGGIANO, Antonio, *Introducción al derecho internacional*, La Ley, Buenos Aires, 1995.
- BORJA, Rodrigo, *Derecho político y constitucional*, 2ª ed., FCE, Méjico, 1991.
- BORRAJO INIESTA, Ignacio, *Federalismo y unidad económica. La cláusula de comercio de la Constitución de Estados Unidos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986.
- BOTASSI, Carlos A., *Derecho administrativo ambiental*, Librería Editora Platenese, La Plata, 1997.
- BUNGE, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Siglo Veinte, Buenos Aires, 1969.
- BURDEAU, George, *La democracia*, Ariel, Barcelona, 1970.
- *Método de la ciencia política*, trad. de Juan Carlos Puig, Depalma, Buenos Aires, 1964.
- CARRIÓ, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984.
- CARRIÓ, Genaro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967.
- *Recurso de amparo y técnica judicial*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.
- CASÁS, José O., *Presión fiscal e inconstitucionalidad*, Depalma, Buenos Aires, 1992.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 6ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- CASTRO, Nelson, *Enfermos de poder. La salud de los presidentes y sus consecuencias*, Vergara, Buenos Aires, 2009.
- CENICACALAYA, María de las Nieves, *El derecho al agua*, Ediciones Cooperativas, Buenos Aires, 2012.
- COLAUTTI, Carlos E., *Derechos humanos*, Universidad, Buenos Aires, 1996.
- *El Pacto de San José de Costa Rica*, Lerner, Buenos Aires, 1989.
 - *Antecedentes de la Constitución Argentina*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979.
- CONSTANTINEAU, Albert, *Tratado de la doctrina de facto*, ts. I y II, Depalma, Buenos Aires 1945.
- COOLEY, Thomas M., *Principios generales de derecho constitucional*, 2ª ed., trad. al español de Julio Carrié, Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1898.
- DALLA VÍA, Alberto R., *Teoría política y constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Méjico, 2006.
- *Manual de derecho constitucional*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004.
 - *Derecho constitucional económico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- DE VEDIA, Agustín, *Constitución argentina*, Imprenta Coni Hnos., Buenos Aires, 1907.

- DEL CARRIL, Bonifacio, *Los colegios electorales en la democracia masiva*, Emecé, Buenos Aires, 1989.
- DERISI, Octavio, *La Iglesia y el orden temporal*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1972.
- DIEZ, Manuel M., *Derecho administrativo*, t. I, 2ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1974.
- DROMI, José R., *Presupuesto y cuenta de inversión*, Astrea, Buenos Aires, 1988.
— *El Poder Judicial*, Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, Tucumán, 1982.
— *Instituciones de derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1978.
- DROMI, Roberto - MENEM, Eduardo, *La Constitución reformada*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994.
- DUVERGER, Maurice, *Los partidos políticos*, FCE, Méjico, 1979.
— *Francia: parlamento o presidencia*, Taurus, Madrid, 1961.
- EDWARDS, Carlos E., *Garantías constitucionales en materia penal*, Astrea, Buenos Aires, 1996.
- EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional*, ts. I a III, Depalma, Buenos Aires, 1993-1995.
— *Derecho a la información*, Depalma, Buenos Aires, 1992.
— *Manual de la Constitución Argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1991.
— *Temas constitucionales*, La Ley, Buenos Aires, 1987.
- EKMEKDJIAN, Miguel Á. - PIZZOLO, Calogero, *Hábeas data*, Depalma, Buenos Aires, 1995.
- ESTRADA, José M., *Obras completas*, t. VIII, Curso de derecho constitucional, Compañía Sud Americana de Billetes de Banco, Buenos Aires, 1902.
— *Curso de derecho constitucional*, Compañía Sud Americana de Billetes de Bancos, Buenos Aires, 1901.
- FALCÓN, Enrique M., *Hábeas data*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- FAYT, Carlos S., *Nuevas fronteras del derecho constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 1995.
— *La omnipotencia de la prensa*, La Ley, Buenos Aires, 1994.
— *Derecho político*, Depalma, Buenos Aires, 1988.
— *Sufragio y representación política*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara - LEONARDI DE HERBÓN, Hebe, *Cómo y cuándo demandar a un Estado extranjero*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- FIORINI, Bartolomé A., *Poder de policía*, Alfa, Buenos Aires, 1957.
- FLORIA, Carlos, *Análisis introductorio de la política y del Estado*, Astrea, Buenos Aires, 1986.
- FRÍAS, Pedro J., *El Proceso federal argentino*, edición del autor, Córdoba, 1988.
— *Gobiernos, sociedad e Iglesia en América latina*, Claretiana, Buenos Aires, 1976.
— *El comportamiento federal en la Argentina*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1970.

- FRÍAS, Pedro J., "El bicentenario de la Constitución Americana y el constitucionalismo argentino", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, anticipo de *Anales*, año XXXI, nro. 24, Buenos Aires, 1987.
— "La provincia argentina", *Separata de la Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la provincia de Córdoba*, Córdoba, 1976.
- FRÍAS, Pedro J. y otros, *La nueva Constitución de Córdoba*, Marcos Lerner, Córdoba, 1991.
— *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1987.
- GAFO, Javier, *La eutanasia y el arte de morir*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1990.
- GALLI, Guillermo P., *Régimen financiero de la Constitución*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1976.
- GARAY, Alberto F., *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013.
— *La igualdad ante la ley*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.
- GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., *El sistema económico de la Constitución*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1989.
- GARCÍA BELSUNCE, Horacio A. y otros, *Estudios de derecho constitucional tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, 4ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1957.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009.
- GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *Derecho financiero*, ts. I y II, 5ª ed. actual., Depalma, Buenos Aires, 1993.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1981.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Civitas, Madrid, 1980.
- GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, 24ª ed., Estrada, Buenos Aires, 1951.
— *La tradición nacional*, Librería La Facultad, Buenos Aires, 1912.
- GORDILLO, Agustín A., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1974.
— *Introducción al derecho administrativo*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.
- GOZAFNI, Osvaldo A., *Hábeas data*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011.
— *La justicia constitucional. Garantías, proceso y tribunal constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1994.
— *El Defensor del Pueblo*, Ediar, Buenos Aires, 1989.
- GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., *Estado de sitio*, Depalma, Buenos Aires, 1987.
- GRISOLIA, Julio A., *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, 13ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.

- GUASTAVINO, Elías P., *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, t. I, La Rocca, Buenos Aires, 1992.
- HAMILTON, Alexander - MADISON, James - JAY, John, *El federalista*, 2ª ed., FCE, Méjico, 1957.
- HARO, Ricardo, *Control de constitucionalidad*, 2ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 2008.
- *Constitución, poder y control*, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Méjico, 2002.
 - *Las cuestiones políticas: ¿prudencia o evasión judicial?*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1991.
 - *El constitucionalismo argentino en el último medio siglo*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1994 (Separata de la Revista Española de Derecho Constitucional).
 - *La competencia federal*, Depalma, Buenos Aires, 1989.
- HERNÁNDEZ, Antonio M. (coord.), *Derecho público provincial*, LexisNexis, Buenos Aires, 2008.
- *El caso Fayt y sus implicancias constitucionales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2001.
- HOLMES, Stephen - SUNSTEIN, Cass R., *El costo de los derechos*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011.
- IMAZ, Esteban - REY, Ricardo E., *El recurso extraordinario*, Revista Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1943.
- JÁUREGUI, Carlos, *Generalidades y peculiaridades del sistema inglés*, Depalma, Buenos Aires, 1990.
- JÈZE, Gastón, *Principios generales del derecho administrativo*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1949.
- JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel, *Los regímenes políticos contemporáneos*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1971.
- LAZZARINI, José Luis, *El juicio de amparo*, 2ª ed. actual. y ampl., La Ley, Buenos Aires, 1988.
- *Debates parlamentarios*, Depalma (distribuidor), Buenos Aires, 1985.
 - “Qué es una constitución”, *Separata de Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, 1962.
 - “Naturaleza jurídica del acto constituyente de 1860 y sus proyecciones institucionales”, *Separata de la Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 1961.
- LINARES, Juan F., *Razonabilidad de las leyes*, 2ª ed. actual., 1ª reimpr., Astrea, Buenos Aires, 1989.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Reglas para la interpretación constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1988.
- *Las nuevas constituciones del mundo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1979.
 - *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, 2ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1977-1987.

- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Sistemas de partidos y sistemas políticos*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1976.
- *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.
 - *La nueva ciencia política y constitucional*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1968.
 - *La Constitución interpretada*, Depalma, Buenos Aires, 1960.
 - *Gobierno y administración de la República Argentina*, t. II, 2ª ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1959.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, reimpr. de la 2ª ed. en español, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1982.
- LÓPEZ LECUBE, Alejandro F., *Manual de derecho comunitario*, Ábaco, Buenos Aires, 1996.
- LÓPEZ, Mario J., *Vivir la República*, Carpetas de Derecho, Buenos Aires, 1986.
- *Introducción a los estudios políticos*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1983.
 - *Partidos políticos*, Depalma, Buenos Aires, 1983.
- LÓPEZ MATO, Omar, *La Patria enferma*, Sudamericana, Buenos Aires, 2010.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría del derecho ambiental*, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- LOZADA, Salvador M., *La Constitución Nacional anotada*, A. Peña Lillo Editor, Buenos Aires, 1961.
- LUGONES, Narciso J. - GARAY, Alberto F. y otros, *Leyes de emergencia. Decretos de necesidad y urgencia*, La Ley, Buenos Aires, 1992.
- *Recurso extraordinario*, Depalma, Buenos Aires, 1992.
- LUQUI, Juan Carlos, *Derecho constitucional tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1993.
- MAC ILWAIN, Charles H., *Constitucionalismo antiguo y moderno*, trad. de José Rovira Armengol, Nova, Buenos Aires, 1958.
- MANILI, Pablo L. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Universidad, Buenos Aires, 2005.
- *Establecimientos de utilidad nacional*, Universidad, Buenos Aires, 2004.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.
- MARSHALL, Geoffrey, *Teoría constitucional*, trad. de Ramón García Cotarelo, Espasa Calpe, Madrid, 1982.
- MATTIENZO, José N., *Lecciones de derecho constitucional*, 2ª ed., La Facultad, Buenos Aires, 1926.
- *El gobierno representativo federal*, Imprenta Coni, Buenos Aires, 1910.
- MEYNAUD, Jean, *Introducción a la ciencia política*, reimpr. de la 2ª ed., trad. de J. Pradera, Tecnos, Madrid, 1971.
- MOLINELLI, N. Guillermo, *Presidentes y congresos en Argentina: mitos y realidades*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1991.
- MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones de derecho constitucional*, La Buenos Aires, Buenos Aires, s/d.
- MOONEY, Alfredo E., *La reforma constitucional de 1994*, Atenea, Córdoba, 1994.

- MORELLO, Augusto M., *La casación. Un modelo eficiente*, Librería Editora Platense-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- *La nueva etapa del recurso extraordinario. El certiorari*, Librería Editora Platense-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- *La Corte Suprema en acción*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.
- MORELLO, Augusto M. - VALLEFÍN, Carlos A., *El amparo. Régimen procesal*, Librería Editora Platense, La Plata, 1992.
- MORENILLA RODRÍGUEZ, José María, *La organización de los tribunales y la reforma judicial en los Estados Unidos de América*, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1968.
- NATALE, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1995.
- NEGRI, Antonio, *El poder constituyente*, Libertarias-Prodhufi, Madrid, 1994.
- NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- ORGAZ, Alfredo, *El recurso de amparo*, Depalma, Buenos Aires, 1961.
- OTEIZA, Eduardo, *La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia*, Librería Editora Platense, La Plata, 1994.
- OWEN, David, *En el poder y en la enfermedad*, versión en español, Siruela, Madrid, 2010.
- OYARZÁBAL, Mario J. A., *La nacionalidad argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2003.
- PADILLA, Miguel M., *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986-1988.
- *La institución del comisionado parlamentario*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1976.
- PALACIO, Lino E., *El recurso extraordinario federal*, 4ª ed. actual. por Alberto F. Garay, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010.
- PALAZZO, José y otros, *La transformación del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1992.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Constitución y valores del ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- PAVAN, Pietro, *La Democracia y el cristianismo*, Ediciones del Atlántico, Buenos Aires, 1956.
- PELLET LASTRA, Arturo, *El Congreso por dentro*, Sainte Claire Editora, Buenos Aires, s/d.
- PEREIRA PINTO, Juan Carlos, *Derecho constitucional*, t. I, AZ editora, Buenos Aires, 1982.
- PÉREZ GUILHOU, Dardo y otros, *El Poder Judicial*, Depalma, Buenos Aires, 1989.
- *Atribuciones del Congreso argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1986.
- *Atribuciones del presidente argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1986.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Constitución y economía*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

- PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Coparticipación federal de impuestos*, Depalma, Buenos Aires, 1999.
- PÉREZ LUÑO, Enrique, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991.
- PIGRETTI, Eduardo A., *Derecho de los recursos naturales*, La Ley, Buenos Aires, 1982.
- PIOMBO, Horacio D., *Teoría general y derecho de los tratados interjurisdiccionales internos*, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- PRÉLOT, Marcel, *La ciencia política*, 9ª ed., trad. de Thomas Moro Simpson, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1981.
- *Historia de las ideas políticas*, versión castellana de Manuel Osorio Florit, La Ley, Buenos Aires, 1971.
- PRITCHETT, Herman, *La Constitución Americana*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1965.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1996.
- *Estudio analítico de la reforma constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- *La potestad legislativa*, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1993.
- *Derecho constitucional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978.
- RAMELLA, Pablo, *Pena de muerte*, Depalma (distribuidor), San Juan, 1990.
- *Derecho Constitucional*, 2ª ed., Depalma (distribuidor), Buenos Aires, 1982.
- *Nacionalidad y ciudadanía*, Depalma, Buenos Aires, 1978.
- RATZINGER, Joseph, *Iglesia, ecumenismo y política*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1987.
- RAVIGNANI, José E., *La representación proporcional en la actualidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.
- RÉBORA, Juan Carlos, *El estado de sitio y la ley histórica del desborde institucional*, Biblioteca de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1935.
- RIUS, Oscar, *La igualdad ante la ley*, Marcos Lerner, Córdoba, 1987.
- RIVAROLA, Rodolfo, *Enciclopedia de la Constitución argentina*, Imprenta Coni, Buenos Aires, 1939.
- *La Constitución argentina y sus principios de ética política*, Editorial Argentina de Ciencias Políticas, Buenos Aires, 1928.
- RIVAS, Adolfo A., *El amparo*, La Rocca, Buenos Aires, 1987.
- ROMERO, César E., *Derecho constitucional*, Víctor de Zavalía, Buenos Aires, 1976.
- *Introducción al derecho constitucional*, Víctor de Zavalía, Buenos Aires, 1976.
- ROSAITI, Horacio D. y otros, *La reforma de la Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.
- RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto, *Mercosur, balance y perspectivas*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996.

- SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, *La libertad de expresión en el estado de derecho*, Ariel, Barcelona, 1987.
- SABSAY, Daniel (dir.), *Constitución de la Nación Argentina*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009-2010.
- SAGÜÉS, Néstor P., *Compendio de derecho procesal constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2009.
- *Manual de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2007.
 - *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1993.
 - *Derecho procesal constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1988-89.
 - *Ley de amparo*, Astrea, Buenos Aires, 1979.
 - *Las leyes secretas*, Depalma, Buenos Aires, 1977.
 - “Derecho constitucional y derecho de emergencia”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, anticipo de *Anales*, año XXV, nro. 28, Buenos Aires, 1990.
- SAGÜÉS, Néstor P. y otros, *El derecho público actual (Homenaje al profesor Dr. Pablo A. Ramella)*, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- SALGADO, Alí J., *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 1987.
- SALGADO, José María, *Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.
- SAMPAY, Arturo E., *Estudios de derecho público constitucional, de gentes y eclesiástico*, Toaitaia, Buenos Aires, 1951.
- SAN MARTINO DE DROMI, María Laura, *Documentos constitucionales argentinos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Principios cristianos del orden político*, Temática, Buenos Aires, 1986.
- *Principios de teoría política*, Editora Nacional, Madrid, 1967.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Ley marcial y estado de sitio*, Perrot, Buenos Aires, 1957.
- *Manual de derecho constitucional*, 2ª ed., Kapelusz, Buenos Aires, 1956.
 - *Revolución y doctrina de facto*, Claridad, Buenos Aires, 1946.
- SARTORI, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, trad. de Roberto Reyes Mazzoni, FCE, Méjico, 1994.
- *Elementos de teoría política*, versión española de María Luz Morán, Alianza Singular, Buenos Aires, 1992.
 - *La política. Lógica y método en las ciencias sociales*, 2ª reimpr. de la 1ª ed. en español, trad. de Marcos Lara, FCE, Méjico, 1992.
 - *Teoría de la democracia*, Rei, versión española de Santiago Sánchez González, Buenos Aires, 1990.
- SIERRA, María Mercedes, *Procesos y recursos constitucionales*, Depalma, Buenos Aires, 1992.
- SIEYÈS, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado?*, Americalee, Buenos Aires, 1943.

- SMITH, Juan Carlos, *Los supuestos de la ciencia política*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- SPISSO, Rodolfo R., *Derecho constitucional tributario*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.
- *Tutela judicial efectiva en materia tributaria*, Depalma, Buenos Aires, 1996.
- SPOTA, Alberto A., *Recurso extraordinario*, La Ley, Buenos Aires, 2001.
- *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981.
- Confederación y Estado federal*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976.
- SPOTA, Alberto A. (h.), “Aproximación a la autonomía provincial a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, t. XXXV, Buenos Aires, 2008.
- TAWIL, Guido S., *Recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Depalma, Buenos Aires, 1990.
- TEMER, Michel, *Elementos de direito constitucional*, Malheiros, San Pablo (Brasil), 1992.
- TOINET, Marie France, *El sistema político de los Estados Unidos*, FCE, Méjico, 1994.
- TOUGHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1981.
- TRAVIESO, Juan A., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- *Los derechos humanos en la Constitución de la República Argentina*, Eudeba, Buenos Aires, 1996.
- TRIBIÑO, Carlos R., *La Corte Suprema: competencia y vías de acceso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010.
- *La queja ante la Corte Suprema por denegación del recurso extraordinario*, LexisNexis, Buenos Aires, 2008.
 - *El recurso extraordinario ante la Corte Suprema*, Ábaco, Buenos Aires, 1998.
- VALLEFÍN, Carlos A., *La legitimación de las acciones de interés público*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.
- VANOSI, Jorge R., *Obra legislativa*, t. II, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1989.
- *La reforma de la Constitución*, Emecé, Buenos Aires, 1988.
 - *Recurso extraordinario federal*, Universidad, Buenos Aires, 1984.
 - *El estado de derecho en el constitucionalismo social*, EUDEBA, Buenos Aires, 1982.
 - *Teoría constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1976.
 - *Teoría Constitucional*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1975.
 - *El misterio de la representación política*, América Actual, Buenos Aires, 1972.
 - *Régimen constitucional de los tratados*, El Coloquio, Buenos Aires, 1969.
 - *Situación actual del federalismo*, Depalma, Buenos Aires, 1964.

- VANOSI, Jorge R., "El Ministerio Público según la reforma constitucional de 1994", anticipo de *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año XL, nro. 33, Buenos Aires, 1995.
- VENTURA, Adrián, *Consejo de la Magistratura*, Depalma, Buenos Aires, 1998.
- VERA VILLALOBOS, Enrique, *El poder de nuestro voto*, Planeta, Buenos Aires, 1994.
- VIGO, Rodolfo L., *Interpretación constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- VILLEGAS BASABILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, Tea, Buenos Aires, 1949.
- VILLEGAS, Héctor B., *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, Depalma, Buenos Aires 1993.
- VITO, Francesco, *Curso de economía política*, Tesoro, Madrid, 1961.
- VÍTOLO, Alfredo, *Intervención federal*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2007.
— *Estado de sitio*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004.
— *Amnistías políticas argentinas*, Desmemoria, Buenos Aires, 1999.
- WEBER, Max, *El político y el científico*, 9ª ed., trad. de José Chávez Martínez, Premia, Puebla (Méjico), 1991.
— *Política y ciencia*, trad. de Carlos Correas, Leviatán, Buenos Aires, 1987.
- WOLFE, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1991.
- ZAMPETTI, Pier L., *Democracia y poder de los partidos*, Iberoamericana, Madrid, 1970.
- ZARINI, Helio J., *Constitución argentina comentada y concordada*, Astrea, Buenos Aires, 1996.
— *Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
— *Análisis de la Constitución nacional*, Astrea, Buenos Aires, 1986.
- ZARZA MENSAQUE, Alberto R., *El Congreso en la Argentina finisecular*, Universidad Nacional de Córdoba, 1986.
- ZIULU, Adolfo G., *Estado de sitio: ¿Emergencia necesaria o autoritarismo encubierto?*, Depalma, Buenos Aires, 2000.
— *Derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1997/1998.
— *Poder constituyente y reforma constitucional*, Universidad Católica de La Plata, 1995.
- ZUCCHERINO, Ricardo M., *Tratado de derecho federal, estadual y municipal*, Depalma, Buenos Aires, 1991.
— *Teoría y práctica del derecho municipal*, Depalma, Buenos Aires, 1986.

NÓMINA DE FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CITADOS

(Se indica al final de cada fallo los capítulos en que se menciona)

- Abad, Manuel Eduardo y otros, 7/4/1992, Fallos 315:632 (XI).
- Abdala, Emilio Alberto, 16/10/1986, Fallos 308:1966 (X).
- Achával, Carmen Rosa s/jubilación, 19/4/1988, Fallos 311:515 (X).
- Acosta, Claudia Beatriz s/hábeas corpus, 22/12/1998, Fallos 321:3555 (IV).
- Acosta, Luis, 9/9/1976, Fallos 295:782 (XIV).
- Administración Federal de Ingresos Públicos v. Intercorp SRL, 15/6/2010, Fallos 333:935 (IX).
- Administración Federal de Ingresos Públicos v. Provincia de Neuquén s/ejecución fiscal, 16/4/2008, Fallos 331:793 (XXV).
- Administración Federal de Ingresos Públicos v. Provincia del Neuquén s/ejecución fiscal, 16/4/2008, Fallos 331:793 (XXV).
- Aduana de Campana presunta inf. art. 864 del Código Aduanero s/infracción ley 22.415, 22/2/2005, Fallos 328:103 (XXIV).
- Aduana de Paso de los Libres v. Belpport SCA, 19/8/1976, Fallos 295:591 (XIV).
- Agosti, Héctor P. s/amparo, 30/11/1960, Fallos 248:529 (XV, XVI).
- Agüero, Carlos Antonio v. Universidad Nacional de Córdoba, 30/6/1949, Fallos 214:139 (VII).
- Aguilar, Patricia Marcela v. Rey, Héctor y otra (provincia de Buenos Aires) s/daños y perjuicios, 30/5/2006, Fallos 329:2069 (XXV).
- Agustín Ercolano v. Julieta Lanteri de Renshaw, 28/4/1922, Fallos 136:161 (XV).
- Agustín Rodríguez Araya, 7/11/1944, Fallos 200:253 (XV).
- Aicardi, Francisco y otros v. Dirks y Dates s/interdicto de obra nueva - competencia, 28/12/1911, Fallos 115:167 (XXV).
- Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medida precautoria, 1/6/2012, Fallos 335:799 (VII).
- Alcari, Leopoldo Darío s/calumnias e injurias, 18/12/1959, Fallos 245:455 (XII).

- Alegre, Basilio Guillermo, 25/11/1997, Fallos 320:2581 (X).
- Alianza Frente por un Nuevo País s/cumplimiento del art. 54 de la Constitución, 4/6/2003, Fallos 326:1778 (XXI).
- Almeyra, Guillermo y otros, 26/4/1961, Fallos 249:522 (XV, XVI).
- Almirón, Ángel Rodolfo y otros v. Establecimientos Metalúrgicos Santa Rosa SA s/cobro de salarios, 10/2/1967, Fallos 267:37 (XXV).
- Almirón, Bismarck y otro v. Cooperativa Eléctrica Ltda. de Pergamino, 12/2/1987, Fallos 310:248 (XII).
- Alsogaray, María Julia s/recurso de casación e inconstitucionalidad, 22/12/2008, Fallos 331:2799 (XXVI).
- Álvarez Rodolfo, 11/12/1983, Fallos 305:2083 (XII).
- Alvear, Marcelo T. s/recurso, 3/3/1933, Fallos 167:267 (XVI).
- Aizogaray, María Julia, 10/12/1998, Fallos 321:3404 (XI).
- Amaranto Saravia y otros v. Provincia de Mendoza, 30/6/1941, Fallos 190:170 (XXV).
- Amarilla, Juan H., 29/9/1998, Fallos 321:2558 (XI).
- Amerisse, Alfredo Ricardo v. Salta, Provincia de s/amparo, 18/12/2002, Fallos 325:3514 (XXIV).
- Ángel Estrada y Cía. SA v. resol. 71/96 – Sec. de Ener. y Puertos (Expte. 750-002119/96), 5/4/2005, Fallos 328:651 (XXIV).
- Antonio Ferré y Hermanos v. la Provincia de Tucumán, 9/8/1943, Fallos 193:337 (X).
- Antonio, Jorge s/interdicto, 28/10/1960, Fallos 248:189 (XXVI).
- Antony, Juan y otros v. Provincia de Santa Fe, 14/6/1917, Fallos 125:333 (IX).
- Aquino, Isacio, 21/9/2004, Fallos 327:3753 (XII).
- Aquino, Mercedes s/denuncia, 14/10/1992, Fallos 315:2420 (XX).
- Aquino, Mercedes s/denuncia, 14/10/1992, Fallos 315:2421 (XX).
- Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/asociación ilícita y homicidio agravado, 24/8/2004, Fallos 327:3294 (IV).
- Aranda, Oscar Eugenio v. Capitanía de Puertos del Litoral Fluvial, 24/11/1992, Fallos 315:2804 (XII).
- Arenzón, Gabriel Darío v. Estado Nacional s/amparo, 15/5/1984, Fallos 306:400 (IV, XVII).
- Arriola, Sebastián y otros, 25/8/2009, Fallos 332:1963 (XI).
- Ascencio, José Hernán s/amparo, 9/9/1982, Fallos 304:1293 (VII).
- Aserradero Clipper SRL s/recurso de amparo, 2/3/1961, Fallos 249:221 (IV, XVII).
- Asociación Benghalensis, 1/6/2000, Fallos 323:1339 (XI, XVII).
- Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta, 18/12/2003, Fallos 326:4931 (XI).
- Asociación de Trabajadores del Estado v. Ministerio de Trabajo de la Nación s/ley de asociaciones sindicales, 11/11/2008, Fallos 331:2499 (XII).
- Asociación de Trabajadores del Estado s/acción de inconstitucionalidad, 18/6/2013, Fallos completos A. 598.XLIII (XII).

- Asociación Lucha por la Identidad Travesti v. Inspección General de Justicia, 21/11/2006, Fallos 329:5266 (XI).
- Asociación por los Derechos Civiles, 3/8/2010, Fallos 333:1212 (XIII).
- Asunción de Funciones Jueces en comisión, 23/11/1990, Fallos 313:1232 (XXIV).
- ATC. LS 82 Canal 7 v. LT 85 Canal 12 de Posadas s/cobro de australes, 13/8/1991, Fallos 314:830 (XXV).
- Audano, Héctor, 16/7/1956, Fallos 235:355 (XV).
- Austral Cielos del Sur SA v. DGI, 23/6/2011, Fallos 334:763 (IX).
- Autolatina Argentina SA v. Dirección General Impositiva, 13/3/2007, Fallos 330:704 (XXIV).
- Avico, Oscar Agustín v. De la Pesa, Saúl C., 7/12/1934, Fallos 172:21 (X).
- Ayerza, Héctor José v. Provincia de Buenos Aires, 23/5/2006, Fallos 329:1839 (XXV).
- B., A. s/autorización judicial, 7/12/2001, Fallos 324:4061 (XXVI).
- Badaro, Adolfo Valentín v. ANSeS, 26/11/2007, Fallos 330:4866 (XII).
- Badaro, Adolfo Valentín v. ANSeS, 8/8/2006, Fallos 329:3092 (XII).
- Bagalio, Hugo Jorge y otro v. Caja de Retirados, Jubilados y Pensionados de la Policía Federal s/personal militar y civil de las FF.AA. y de seg., 14/2/2006 Fallos 329:182 (XXVI).
- Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar, 6/4/1993, Fallos 316:479 (VII, XXVI).
- Baima y Bessolino v. el Gobierno del Paraguay s/cobro de pesos s/competencia, 26/2/1916, Fallos 123:58 (XXV).
- Balaguer, Luis Armando v. Estado Nacional (H.S. de la Nación Argentina) s/amparo, 31/3/1993, Fallos 316:451 (XXIV).
- Balbín, Ricardo s/desacato, 26/6/1950, Fallos 217:122 (XXVI, XXVI).
- Banco Comercial de Finanzas SA, 19/8/2004, Fallos 327:3117 (IV).
- Banco de la Nación Argentina v. Provincia de Córdoba s/acción contencioso administrativa, 17/4/2007, Fallos 330:1807 (XXV).
- Banco de la Nación Argentina v. Provincia de Misiones s/cobro de pesos, 28/4/2009, Fallos 332:897 (XXV).
- Banco de la Nación Argentina v. Provincia del Chubut s/cobro de sumas de dinero, 20/11/2012, Fallos Completos B. 668.XLVIII (XXV).
- Baquero Lazzano, Silvia v. Editorial Río Negro SA, 14/10/2003, Fallos 326:4136 (XI).
- Barraco, Félix v. Malvar, Sabino, 11/2/1952, Fallos 222:61 (XXIV).
- Barreiro Grau, Adolfo, 18/8/1937, Fallos 178:304 (XVI).
- Barreto, Alberto Damián y otro v. Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios, 21/3/2006, Fallos 329:759 (XXV).
- Barria, Mercedes Cecilia, 24/10/2006, Fallos 329:4447 (XI).
- Barry, María E. v. Administración Nacional de la Seguridad Social s/reajuste por movilidad, 10/10/1996, Fallos 319:2151 (XXV).
- Basseler Ltda. SACI, 24/10/1960, Fallos 248:125 (XIV).

- Bates Stokes y Cía. v. Poder Ejecutivo nacional, 3/9/1864, Fallos 1:259 (XXV).
 Bazterrica, Gustavo Mario, 29/8/1986, Fallos 308:1392 (XI).
 Bemberg, Otto S. y Elortondo de Bemberg, Josefina sus sucesiones, 17/12/1952, Fallos 224:810 (X).
 Beneduce, Carmen Julia y otras v. Casa Auguste, 18/12/1961, Fallos 251:472 (XII).
 Benjamín Calvere, 19/9/1864, Fallos 1:297 (XXI).
 Bernal, Liborio v. Castillo, Fidel s/desalojo, 29/12/1896, Fallos 66:257 (XXVI).
 Bertotto, Bruera y Cía. SACyF, 19/5/2010, Fallos 333:631 (IX).
 Bertotto, José Guillermo v. jefe de Correos y Telégrafos de la ciudad de Rosario, 5/4/1933, Fallos 168:15 (XVII).
 Bianchi Alejandro y Cía. SA v. Fisco nacional (DGI), s/repetición, 14/11/1960, Fallos 248:398 (X, XXV).
 Bignone, Reynaldo Benito A., 21/6/1984, Fallos 306:655 (XXIV).
 Blackie, Paula Yanina y otros v. Provincia de Córdoba s/daños y perjuicios, 8/8/2006, Fallos 329:3065 (XXV).
 Boggiano, Antonio s/recurso de queja, 16/6/2006, Fallos 329:3235 (XXII).
 Bonasegale, Alicia María v. Círculo de suboficiales de las Fuerzas Armadas, 6/5/1976, Fallos 294:327 (XXVI).
 Bonorino Peró, Abel y otros v. Estado nacional s/amparo, 15/11/1985, Fallos 307:2174 (XXIV).
 Bramajo, Hernán José s/incidente de excarcelación, 12/9/1996, Fallos 319:1840 (IV).
 Brasburg, Marcelo y Sasón, Rafael s/su denuncia, 4/7/2006, Fallos 329:2467 (XXV).
 Bressani, Carlos H. y otros v. Prov. de Mendoza, 2/6/1937, Fallos 178:9 (IX).
 Briebe, Rodolfo Jorge v. Estado Nacional s/ordinario, 28/10/1987, Fallos 310:2173 (XIV, XXIV).
 Brizuela, Pablo César v. Cía. Swift SAF, 23/11/1976, Fallos 296:432 (VI).
 Bruno, Arnaldo Luis, 23/8/2001, Fallos 324:2419 (XI).
 Bruno, Pedro, 27/9/1957, Fallos 238:586 (XX).
 Bruno, Raúl Osvaldo s/amparo, 12/4/1988, Fallos 311:460 (XXV).
 Brusa, Víctor Hermes s/pedido de enjuiciamiento, 11/12/2003, Fallos 326:4816 (XXII, XXIV).
 Buenos Aires, la provincia de v. Gobierno de la Nación s/daños y perjuicios y devolución del casino de Mar del Plata, 12/9/1949, Fallos 214:569 (XXV).
 Buenos Aires, la Provincia de v. Swift de La Plata, 22/11/1943, Fallos 197:292 (VI).
 Buossi, José s/recurso de amparo, 18/6/1959, Fallos 244:68 (XVII).
 Bussi, Antonio Domingo v. Estado Nacional (Congreso de la Nación), 11/10/2001, Fallos 324:3358 (XXI).
 Bussi, Antonio Domingo v. Estado Nacional (Congreso de la Nación), 13/7/2007, Fallos 330:3160 (XXI).

- Bustos, Alberto Roque v. Estado Nacional s/amparo, 26/10/2004, Fallos 327:4495 (XVII).
 Bustos, Julio O. v. Servicios Especiales San Antonio SA, 20/8/1996, Fallos 319:1479 (XXIII).
 CAVIC v. Juan Maurín y Cía. SRL, 8/7/1970, Fallos 277:147 (XI).
 Cabrera, Gerónimo, 13/7/2004, Fallos 327:2905 (IV).
 Cáceres, Teófilo María v. FUCOSA y SENASA, 24/6/2004, Fallos 327:2459 (XVII).
 Cadegua SA v. Municipalidad de Junín, 5/10/2004, Fallos 327:4103 (VI, XXVI).
 Café y Chocolates Águila v. Municipalidad de Buenos Aires, 24/9/1969, Fallos 274:471 (IV).
 Cafés La Virginia SA v. DGI s/demanda de repetición, 3/6/1997, Fallos 320:1166 (IX).
 Cafés La Virginia SA s/apelación, 13/10/1994, Fallos 317:1282 (IV).
 Cafés, Chocolates Águila v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, 24/9/1969, Fallos 274:471 (XVII).
 Caja de Seguros SA v. Caminos del Atlántico SACV, 21/3/2006, Fallos 329:695 (IX).
 Caja Nacional de Previsión para el Personal del Comercio y Actividades Civiles, 25/11/1960, Fallos 248:482 (IX).
 Calas, Jorge Kamel, 15/6/2004, Fallos 327:2264 (X).
 Caletti Oberdan y otros v. Universidad Nacional de Buenos Aires s/demanda contencioso-administrativa, 10/10/1969, Fallos 275:53 (XI).
 Calmejane de Pineau de Montpeiroux, Andrea, 21/6/1977, Fallos 298:154 (X).
 Cámara de Comercio de Resistencia v. Administración Federal de Ingresos Públicos s/amparo, 26/8/2003, Fallos 326:3007 (XVII).
 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal s/comunicación - Puppo, Jorge del Valle s/su situación, 26/3/1996, Fallos 319:339 (XXIV).
 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional s/pronunciamiento con relación a situación del juez Dr. Miguel Julián del Castillo, 22/3/1990, Fallos 313:330 (XXIV).
 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Inconstitucionalidad de la ley 23.362 nro. 47 (acordada), 14/10/1986, Fallos 308:1519 (XXV).
 Camarotta, Veder, 24/2/1976, Fallos 294:83 (XII).
 Caminos y Construcciones Argentinas SA v. Provincia de Entre Ríos, 16/5/1945, Fallos 201:536 (VI).
 Campaña Popular de Defensa de la ley 1420, apela resolución jefe de Policía Federal, 7/4/1947, Fallos 207:251 (XI).
 Campillay, Julio César v. La Razón, Crónica y Diario Popular, 15/5/1986, Fallos 308:789 (XI).

- Campodónico de Beviacqua, Ana Karina, 24/10/2000, Fallos 323:3229 (XI, XVII).
- Cancela, Omar Jesús v. Artear SAI y otros, 29/9/1998, Fallos 321:2637 (XI).
- Candy SA v. AFIP s/acción de amparo, 3/7/2009, Fallos 332:1571 (IX, X).
- Cantos, José María s/resolución 1404, 21/8/2003, Fallos 326:2968 (IV).
- Capalbo, Alejandro Carlos s/tenencia de estupefacientes, 29/8/1986, Fallos 308:1468 (XI).
- Caporale, Susana y otros s/ infracción ley 23.737, 24/10/1995, Fallos 318:2103 (XXIV).
- Carbini, José Hermenegildo v. Empresa Líneas Marítimas Argentinas SA, 30/6/1999, Fallos 322:1341 (XXVI).
- Carbonel, Bautista; Rodríguez, Ramón Donato y otros, 26/10/1989, Fallos 312:1987 (X).
- Cárdenas, David Raúl, 4/6/2013, Fallos Completos C. 1711.XLVIII (XXVI).
- Cardile, Mario v. Bresso, Amílcar y otros s/injuria, 29/12/1937, Fallos 179:423 (XXV).
- Cardillo, José v. SAIC Marconetti Ltda., 18/4/1958, Fallos 240:311 (VI).
- Caridi, Dante s/presunta comisión de infracciones militares, 13/8/1991, Fallos 314:813 (X).
- Carlos Cornejo Costas, 19/4/1955, Fallos 231:134 (XXVI).
- Carlos R. Gregatti, 19/6/1984, Fallos 306:637 (XXVI).
- Carna, Carlos Alberto v. Televisión Federal SA y otro, 10/10/2002, Fallos 325:2623 (XXVI).
- Carranza Latrubesse, Gustavo s/acción de amparo, 23/5/2006, Fallos 329:1723 (XXIV).
- Carrizo Coito, Sergio v. Dirección Nacional de Migraciones, 26/6/1980, Fallos 302:604 (VII).
- Casa Casmma SRL s/concurso preventivo s/incidente de verificación tardía (promovido por Municipalidad de La Matanza), 26/3/2009, Fallos 332:616 (XXIV).
- Casa de la Cultura Argentina s/recurso de amparo, 18/12/1957, Fallos 239:382 (XVII).
- Casal, Matías Eugenio, 20/9/2005, Fallos 328:3399 (XIV).
- Casermeyro, Luis Ramón v. Salta, Provincia de s/amparo, 18/12/2002, Fallos Completos C. 1429.XXXVII (XXIV).
- Castelo de Cossio, Nélide Esther Julia y otro v. Expreso La Nueva Era SA (Línea 93), 9/10/2007, Fallos 330:4364 (XXVI).
- Castillo, Ángel Santos v. Cerámica Alberdi SA, 7/9/2004, Fallos 327:3610 (XII).
- Cautana Agropecuaria Forestal SC s/inscripción mina Las Piedritas, 13/11/1980, Fallos 302:1337 (XXVI).
- Cavallo, Domingo Felipe s/recurso de casación, 19/10/2004, Fallos 327:4376 (XIX).

- CAVIC v. Juan Maurín y Cía. SRL, 8/7/1970, Fallos 277:147 (XI).
- Cedrun Gutiérrez, José Bibiano s/su presentación, 26/6/2007, Fallos 330:2847 (XXV).
- Cerámica San Lorenzo s/incidente de prescripción, 4/7/1985, Fallos 307:1094 (XXIV).
- Cerda, Gabriel C., y otros v. Estado nacional, 19/10/1982, Fallos 304:1484 (X).
- Cereales Asunción SRL v. Administración Nacional de Navegación y Puertos de la República paraguaya s/daños y perjuicios, 29/9/1998, Fallos 321:2594 (XXV).
- Cerigliano, Carlos F. v. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 19/4/2011, Fallos 334:398 (XII).
- Chaco, la Provincia del s/acción de amparo, 24/11/2005, Fallos 328:4060 (XXVI).
- Charles Hnos. y Antonio Borzone, 5/9/1891, Fallos 46:36 (XIV).
- Chiodetti, Remo José y otros v. Estado nacional s/desalojo, 26/12/1967, Fallos 269:448 (XXV).
- Chocobar, Sixto Celestino, 27/12/1996, Fallos 319:3241 (IV).
- Chrysler Fevre Argentina SA v. Jorge Salem Carrha, 17/10/1969, Fallos 275:111 (XXVI).
- Cincunegui, Juan Bautista v. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/inconstitucionalidad, 18/11/1999, Fallos 322:2856 (VI).
- Cine Callao, 22/6/1960, Fallos 247:121 (XII).
- Cisilotto, María del Carmen Baricalla de v. Estado Nacional, 27/1/1987, Fallos 310:112 (XI, XVII).
- Claypole, Delia Bonorino Ezeiza de y otros v. Buenos Aires la Provincia, 3/3/1948, Fallos 210:284 (IX, X).
- Cocchia, Jorge Daniel v. Estado nacional s/amparo del 2/12/1993, Fallos 316:2624 (XX, XXIV, XXVI).
- Cocha, Nicolás Alberto s/recurso judicial art. 40 ley 22.140, 10/4/2007, Fallos 330:1389 (XXVI).
- Cohen Arazi, Eduardo, 11/12/2007, Fallos 330:5032 (X).
- Colavini, Ariel Omar, 28/3/1978, Fallos 300:254 (XI).
- Colegio de Médicos de la Segunda Circunscripción v. Mario Sialle, 8/4/1957, Fallos 237:397 (XI).
- Colegio Público de Abogados de Capital Federal v. Estado Nacional, 4/11/2008, Fallos 331:2406 (XX).
- Colella, Ciriaco v. Fevre y Basset SA y otro s/despido, 9/8/1967, Fallos 268:352 (XXIII).
- Colom, Eduardo, 4/9/1946, Fallos 205:544 (XXI).
- Colombres Garmendia, Ignacio y Luis, 5/12/1969, Fallos 275:454 (XIV).
- Colonia Nacional Dr. Manuel Montes de Oca v. DOSEP (Dirección de la Obra Social del Estado Provincial de San Luis), 16/4/2008, Fallos Completos C. 1575.XLII (XXV).

- Comandante de Aeronáutica (RA) Diego Leonardo González Victorica s/ocultación de documentos oficiales y otros delitos, 10/12/1958, Fallos 241:342 (XXIV).
- Comisión Coordinadora Patronal de Actividades Mercantiles, 12/3/1981, Fallos 303:397 (XXVI).
- Comité Federal de Radiodifusión v. Provincia de Buenos Aires s/inconstitucionalidad, 29/4/2004, Fallos 327:1292 (XXII).
- Comité Radical Acción contra resolución del jefe de Policía de la Capital sobre el derecho de reunión, 5/11/1929, Fallos 156:81 (XI).
- Compañía Argentina de Seguros "Industriales Unidos" SA v. Provincia de Buenos Aires s/indemnización de daños e intereses, 28/11/1941, Fallos 191:341 (XXV).
- Compañía Azucarera Concepción SA s/incidente de reposición pedido por Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, 10/10/2000, Fallos 323:2790 (XXVI).
- Compañía Azucarera Tucumana SA v. Estado Nacional, 21/9/1989, Fallos 312:1725 (X).
- Compañía de Acumulación de Ahorro La Metropolitana SA v. Provincia de Córdoba, 7/3/1947, Fallos 207:139 (XXV).
- Compañía General de Ferrocarriles de la Provincia de Buenos Aires v. doña Gregoria M. Bustos de Silva, 18/2/1908, Fallos 108:240 (X).
- Compañía Sudamericana de Servicios Públicos SA v. Comisión de Fomento de Gálvez, 29/11/1935, Fallos 174:178 (XVII).
- Competencia entre el juez nacional de Salta y el general en jefe del Ejército del Norte D. Ignacio Rivas, 13/5/1869 Fallos 7:205 (XV).
- Comunidad Homosexual Argentina v. Resolución Inspección General de Justicia s/personas jurídicas, 22/11/1991, Fallos 314:1531 (XI).
- Condesa Claude G. de Favistski, cónyuge del conde D. de Favistski, Primer Consejero de la Embajada de Francia s/desacato, 20/12/1967, Fallos 269:436 (XXV).
- Consolidar SA v. Superintendencia Riesgos del Trabajo s/ordinario, 29/12/2009, Fallos 332:2872 (XX).
- Constantino Lorenzo v. Nación Argentina, 12/12/1985, Fallos 307:2384 (IV).
- Constantino Sogga y otros, 29/10/1945, Fallos 203:100 (XI).
- Constructora Mitre SA v. Provincia de Formosa, 9/5/2000, Fallos 323:1084 (XXVI).
- Consulta del juez letrado de Formosa, 3/7/1888, Fallos 34:62 (XXIV).
- Consumidores Argentinos v. Estado Nacional s/amparo, 19/5/2010, Fallos 333:633 (XX).
- Conte Grand, Héctor v. Zunino, Marcelo, 29/12/1939, Fallos 185:360 (XXI).
- Contienda de competencia entre el juez federal de la Capital y el Consejo de Oficiales Generales en la causa criminal contra el coronel Mariano Espina, 30/12/1893, Fallos 54:577 (X, XXIV).

- Contreras, Carlos Walter v. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios, 18/4/2006, Fallos 329:1311 (XXV).
- Contreras, Ramón Antonio s/recurso de amparo, 27/11/1968, Fallos 272:167 (XXVI).
- Control Seguros s/expedición sobre allanamiento, 26/6/1942, Fallos 193:115 (XXII, XXVI).
- Cooperativa de Trabajo El Florecer v. Provincia de La Pampa s/amparo, 9/11/2004, Fallos 327:4844 (XVII).
- Corbo, Carlos Fabián s/recurso de casación, 12/6/2007, Fallos 330:2632 (XXVI).
- Coria, Elsa Rosa, 24/9/1962, Fallos 252:356 (XIV).
- Coronel, Alberto Rubén, 24/4/1979, Fallos 301:312 (XXV).
- Corporación de Transportes de la Ciudad de Buenos Aires v. José B. Sánchez, 21/5/1948 Fallos 210:1153 (X).
- Cortez, Luis v. Citati, Pedro s/aguinaldo, 18/12/ 1959, Fallos 245:445 (XXV).
- Cossio, Ricardo Juan v. Viqueira, Horacio, 17/2/2004, Fallos 327:138 (XXI).
- Costa, Héctor Rubén v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, 12/3/1987, Fallos 310:508 (XI).
- Crousillat Carreño, José Francisco, 18/4/2006, Fallos 329:1245 (XIV).
- Cullen, Joaquín M. v. Llerena, Baldomero, 7/9/1893, Fallos 53:420 (IV, VI, XXVI).
- Cullen, Joaquín M., v. Llerena, Baldomero, 7/9/1893, Fallos 53:20 (XXVI).
- Cura, Carlos Antonio v. Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios, 4/4/2000, Fallos 323:702 (XXV).
- D. Bernardo Pastorino, capitán de la barca "Nuovo Principio" v. Ronillón, Marini y Compañía s/pago de sobreestadias, 23/6/1883, Fallos 25:364 (XXIV).
- Dahlgren, Jorge Eric, 9/11/2010, Fallos 333:2079 (XI).
- Dana Montaña, Salvador M. (acordada sobre traslado de jueces federales), 2/4/1945, Fallos 201:245 (XXV).
- Dapueto de Ferrari, Miguel Ángel Rafael s/recurso extraordinario por salto de instancia, 1/8/2013, Fallos Completos D. 209.XLIX (XXVI).
- Davel, Juan Carlos, 28/10/1968, Fallos 272:70 (XXVI).
- David Tiffenberg s/desacato, 25/8/1947, Fallos 208:225 (XIV, XXIV).
- De Luca, José E. y otro v. Banco Francés del Río de la Plata, 25/2/1969, Fallos 273:87 (XII).
- De Luna, Rosa y otros v. International Air Catering Aeropuerto Ezeiza y otros, 29/12/1971, Fallos 281: 407 (VI).
- Debenedetti, Juan Virgilio, 2/6/1958, Fallos 241:112 (XXIV).
- Defensor de Pueblo de la Nación v. Estado Nacional s/amparo, 11/8/2009, Fallos 332:1759 (XXI).
- Defensor del Pueblo de la Nación s/amparo, 26/6/2007, Fallos 330:2800 (XXI).
- Defraudación Militar art. 844, incs. 3°, 4° y 8° en concurso con otras causas, 2/3/1993, Fallos 316:237 (X).

- Degó, Félix Antonio, 20/10/1958, Fallos 242:73 (IX).
 Delfino y Cía., 20/6/1927, Fallos 148:430 (XX).
 Delgado de Montero, Rosario v. Astorga, Andrés s/cobro de pesos, 1/6/1872, Fallos 12:7 (XXV).
 Delmonte, Irma Cristina v. Dirección General Impositiva, 19/11/1991, Fallos 314:1471 (XII).
 Dercoem SA v. Estado Nacional s/amparo, 27/7/1982, Fallos 304:1020 (IV, XVII).
 Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo, 13/10/1969, Fallos 275:9 (XIV).
 Dhacel SRL v. Sinisi, Juan Ángel, 22/10/1991, Fallos 314:1323 (XIV).
 Di Mascio, Juan Roque, 1/12/1988, Fallos 311:2478 (XXVI).
 Diario El Atlántico, 22/11/1971, Fallos 281:177 (XIV).
 Díaz García, Jorge Carlos s/recurso de amparo, 3/6/1964, Fallos 259:11 (XXV).
 Díaz Vélez, Eugenio, 20/6/1928, Fallos 151:359 (IX).
 Díaz, Daniel Darío v. Editorial La Razón y otros, 24/11/1998, Fallos 321:3170 (XI).
 Díaz, Fabiana, 12/11/1991, Fallos 314:1440 (XX).
 Dirección General de Rentas de la Provincia de Salta v. Ferrocarriles Argentinos s/ejecución fiscal, 10/6/1992, Fallos 315:1232 (XXV).
 Don Carlos Casado v. don José Mario Bombal, 19/6/1900, Fallos 85:303 (X).
 Don Carlos M. Segovia v. Don Gregorio Orellana Herrera s/calumnias e injurias, 19/10/1918, Fallos 128:175 (XI).
 Don Diego Saborido v. don Juan G. Kaiser por calumnias e injurias, 17/10/1916, Fallos 124:161 (XI).
 Don Domingo Aguirre v. Gobierno Nacional s/reincorporación al Ejército, 31/12/1926, Fallos 148:157 (XX).
 Don Eugenio Díaz Vélez v. la Provincia de Buenos Aires, 20/6/1928, Fallos 151:359 (X).
 Don Gabriel José Didier Desbarats, 16/12/1911, Fallos 151:403 (VII).
 Don Hipólito Yrigoyen s/recurso de hábeas corpus, 22/10/1930, Fallos 158:391 (XVI).
 Don Jorge Gibbs v. Provincia de Mendoza, 5/12/1901, Fallos 93:219 (X).
 Don Pedro Emilio Bourdieu v. Municipalidad de la Capital, 16/12/1925, Fallos 145:307 (X).
 Don Santiago Noonam v. don Santiago Beacon s/competencia, 30/12/1921, Fallos 135:431 (XXV).
 Don Vicente Loveira v. Eduardo T. Mulhall s/injurias y calumnias, 7/12/1911, Fallos 115:92 (XXIV).
 Doncel de Cook, Sara, 6/9/1929, Fallos 155:290 (IX).
 Doña Magdalena Videla v. su esposo don Vicente García Aguilera s/entrega de bienes. Incidente sobre competencia, 28/12/1870, Fallos 9:53 (XXIV).
 Doregger, Bernardo y otro, 19/11/1945, Fallos 203:256 (XVI).

- Dr. Leandro N. Alem y Dr. Mariano N. Candiotti, 15/12/1893, Fallos 54:432 (XV, XXI).
 Dr. Mariano Varela v. Comisario de policía Avelino Anzó s/daños y perjuicios, 21/5/1881, Fallos 23:257 (XXI).
 Droguería del Sud SA v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, 20/12/2005, Fallos 328:4542 (IX).
 Dromi, José Roberto (Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/avocación, 13/7/1990, Fallos 313:630 (XXVI).
 Dromi, José Roberto (Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/avocación, 6/9/1990, Fallos 313:863 (XIII, XXVI).
 Dromi, José Roberto (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/ayudación en autos: Fontela, Moisés Eduardo v. Estado Nacional, 13/6/1990, Fallos 313:630 y 313:863 (XXVI).
 Duarte, Juan P. y otros v. Banco Río de la Plata, 4/10/1961, Fallos 251:18 (XII).
 Dumit, Carlos José v. Instituto Nacional de Vitivinicultura s/demanda contenciosa-administrativa, 8/11/1972, Fallos 284:150 (XXIV).
 Dupuy, Fernando (acordada sobre la creación de la Cámara de Apelaciones del norte), 2/4/1945, Fallos 201:238 (XXV).
 Edenor SA s/causa 436, 9/9/2008, Fallos Completos E. 345.XLII; REX (XXVI).
 Editora Popular Americana -Diario El Mundo- v. Estado Nacional s/amparo, 6/8/1974, Fallos 289:177 (IV, XVII).
 Editorial Perfil SA y otro v. Estado Nacional, 2/3/2011, Fallos 334:109 (XI).
 Editorial Río Negro SA, 5/9/2007, Fallos 330:3908 (XI).
 Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Neustad, Bernardo y otros s/amparo, 1/12/1988, Fallos 311:2497 (XI).
 Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros, 7/7/1992, Fallos 315:1493 (IV, XI).
 El Banco Alemán Transatlántico v. Schiffner y Cía. s/cobro de pesos, 8/8/1899, Fallos 80:236 (XXV).
 El fiscal general de la Nación contra el Dr. D. Manuel G. Argerich, por publicaciones injuriosas contra el jefe de Policía hechas por la prensa, 12/4/1864, Fallos 1:130 (XI).
 El procurador fiscal v. el senador Nicacio Oroño, 28/10/1873, Fallos 14:223 (XXI).
 El procurador fiscal de la Provincia de Santa Fe v. don Estevan Señorans y D. Pascual Rosa, 13/8/1868, Fallos 6:67 (X).
 Eliosoff, Dévora Isolda de De Souza, 17/9/1985, Fallos 307:1728 (X, XXV).
 Eliseo Acevedo por delito de desacato y amenazas al presidente de la República cometido por medio de la prensa, 12/6/1886, Fallos 30:112 (XI).
 Eliseo Acevedo, 1/8/1885, Fallos 19:406 (VI).
 Embajada de la República de la India s/tentativa de robo, 2/12/2004, Fallos 327:5476 (XXV).

Embajada de los Estados Unidos de América s/denuncia - averiguación ilícito, 11/6/2002, Fallos 325:1364 (XXV).

Emisiones Platenses SA, 12/6/1997, Fallos 320:1191 (XI).

Empresa Mate Larangeira Méndez SA y otros s/recurso de amparo, 7/12/1967, Fallos 269:393 (XVII).

Empresa Mate Larangeira Méndez SA, 7/12/1967, Fallos 269:393 (IV).

Empresa Plaza de Toros v. Provincia de Buenos Aires, 13/4/1869, Fallos 7:150 (XV).

Entre Ríos, la Provincia de v. Estado Nacional, 11/7/2000, Fallos 323:1825 (XVII).

Esquivel, Roberto, 7/3/2006, Fallos 329:548 (XI).

Estado Nacional v. Arenera El Libertador, 18/6/1991, Fallos 314:595 (IX).

Estado Nacional v. Arenera El Libertador, 29/6/1989, Fallos 312:1098 (IX).

Estado Nacional v. Gregorini, L. R., y otra s/expropiación, 28/4/1958, Fallos 240:382 (X, XXV).

Estado Nacional. Ministerio de Economía. Secretaría de Intereses Marítimos v. Arenera El Libertador SRL y/u otro bq. Fortuna, 20/6/1989, Fallos 312:1098 (IX).

Eves Argentina SA, 14/10/1993, Fallos 316:2329 (IX).

Ex Cámara Federal Penal de la Nación s/seis de los magistrados que la integran solicitan urgente pronunciamiento, 11/7/1973, Fallos 286:62 (XXIII).

F., A. L. s/medida autosatisfactiva, 13/3/2012, Fallos 335:197 (XI, XXVI).

Fairen Sanz, Manuel s/denuncia falsificación de documento privado, 7/6/2005, Fallos 328:1944 (XXV).

Famyl SA v. Estado Nacional s/amparo, 29/8/2000, Fallos 323:2256 (XXIII).

Fayt, Carlos Santiago v. Estado Nacional s/proceso de conocimiento, 19/8/1999, Fallos 322:1616 (III, XXIV).

Federación Empresarios de Combustibles v. Estado Nacional, 19/4/2005, Fallos 328:940 (XX).

Felicetti, Acosta, Fernández y otros s/inaplicabilidad de los arts. 15 y 87 de la ley 23.077, 7/12/2001, Fallos 324:4142 (IV).

Fernández Arias, Elena v. Poggio, José, 19/9/1960, Fallos 247:646 (XXIV).

Fernández Mejjide, Pablo, 22/8/1985, Fallos 307:1457 (X).

Fernández Prieto, Carlos Alberto y otro, 12/11/1998, Fallos 321:2947 (XIV).

Ferrari, Alejandro Melitón v. Estado Nacional (PEN) s/amparo, 26/6/1986, Fallos 308:987 (XI).

Ferrer, Ignacio P. y Melo, Carlos R. v. Provincia de Córdoba, 13/5/1968, Fallos 270:410 (XXV).

Ferreya, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón, 21/3/2006, Fallos 329:646 (IX).

Fibraca Constructora SCA v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, 7/7/1993, Fallos 316:1669 (IV).

Figueiredo Do Nascimento, Ignez Helena v. Malagoli, Enrique y otros, 13/6/2006, Fallos 329:2221 (XXVI).

Filippini, Víctor Hugo v. Banco Central s/amparo, 19/8/1999, Fallos 322:1690 (XXVI).

Florentino, Diego Enrique, 27/11/1984, Fallos 306:1752 (XIV).

Fiscal de Estado Luis Magín Suárez, 29/12/1987, Fallos 310:2845 (XIV).

Fischetti, Miguel Ángel José y otros, 21/12/1999, Fallos 322:3225 (XIV).

Fisco de la Provincia de Buenos Aires v. Bonabello, Ricardo, 22/12/1971, Fallos 281:354 (X).

Fisco de la Provincia de Buenos Aires v. Frigorífico Swift de La Plata, 22/11/1943, Fallos 197:292 (VI).

Fisco Nacional v. Carmelo Novello e hijo SRL s/expropiación, 23/10/1961, Fallos 251:98 (XXV).

Fisco Nacional v. Ferrario, Jorge J., 10/11/1961, Fallos 251:246 (X).

Fisco Nacional v. Rodolfo Medina, 23/9/1936, Fallos 176:73 (XXIV).

Fisco Nacional v. Rodolfo Mónico Cazón s/reivindicación s/evicción, 28/12/1916, Fallos 125:40 (XXV).

Fleischmann Argentina, 13/6/1989, Fallos 312:912 (IX).

Florencig, Andrea Cristina v. Estado Nacional s/amparo, 11/7/2006, Fallos 329:2552 (XI, XVII).

Flores, Benedicta s/inscripción en el padrón electoral de la Provincia de San Juan, 7/11/1930, Fallos 159:69 (XVII).

Flores, Feliciano Reinaldo y otra v. Provincia de Buenos Aires s/cobro de pesos, 29/9/1992, Fallos 315:2157 (XXV).

Florio, Lucio Juan, 21/12/1966, Fallos 266:279 (X).

Fodino, Teobaldo Sabino v. Grafa SA, 3/5/1949, Fallos 213:448 (XXIV).

Font, Jaime Andrés y otros v. Carnicerías Estancias Galli SRL, 15/10/1962, Fallos 254:56 (XII).

Franco, Cornelio v. Boccazzi SA, 13/4/1962, Fallos 252:190 (XXV).

Francomano, Alberto Daniel, 19/11/1987, Fallos 310:2384 (XIV).

Frías Molina, Nélida N. v. Instituto Nacional de Previsión Social, 12/9/1996, Fallos 319:1828 (XXI).

Frigofide SRL, 9/11/1956, Fallos 236:271 (XIV).

Frigorífico Armour de La Plata v. Provincia de Buenos Aires, 10/5/1933, Fallos 168:96 (VI).

Frigorífico Armour de La Plata v. Provincia de Buenos Aires, 26/7/1929, Fallos 155:104 (VI).

Funes, Santa Adelaida y otros v. Castillo, Amalio, 30/7/1958, Fallos 241:104 (XXV).

Galán, Dolores Gil de y otras v. Gobierno de la Nación, 7/4/1949, Fallos 213:310 (XXVI).

Galeano, Juan José s/pedido de enjuiciamiento, 9/3/2010, Fallos 333:181 (XXIV).

- Ganadera Los Lagos SA v. Gobierno de la Nación, 30/6/1941, Fallos 190:149 (IV).
- Ganora, Mario Fernando s/hábeas corpus, 18/9/1999, Fallos 322:2139 (XVIII).
- García Collins, Jorge en causa Suprema Corte de Justicia –señor procurador general doctor De la Cruz, Eduardo Matías– acusa, 26/10/2004, Fallos 327:4635 (XXIV).
- Garré, Nilda y otros, 1/6/2000, Fallos 323:1432 (XIII).
- Gas del Estado v. Empresa Tandil s/sumario, 5/7/1994, Fallos 317:746 (XXV).
- Gascón Corti, Alfredo J. y otros, s/inconstitucionalidad ley 10.859 y decreto 5766/89, 6/7/1990, Fallos 313:594 (XXVI).
- Gastañaga, Ricardo Ernesto s/jubilación, 31/7/1990, Fallos 313:636 (X).
- Gatti, Álvaro Julio César v. Destilerías y Viñedos El Globo Ltda., 7/11/1962, Fallos 254:224 (XII).
- Gazcón, Manuel, 10/10/1912, Fallos 116:96 (XXI).
- Gentile Pace, Mario Rubén v. Nación Argentina (Ministerio de Educación y Justicia) s/amparo, 20/9/1963, Fallos 256:546 (IX, XXIV).
- Georgalos Hnos. SAICA, 24/2/1981, Fallos 303:245 (IX).
- Gesualdi, Dorá Mariana, 17/12/1996, Fallos 319:3085 (XI).
- Ghikas, Antonio Consejero Cultural de la Embajada de Grecia s/infraacción art. 94 del Código Penal, 1/9/1958, Fallos 242:20 (XXIV).
- Giménez, Inés Argentina v. Heredia Hnos. y Cía. SA, 2/11/1978, Fallos 300:1159 (XII).
- Giorgi, Alfredo Antonio, 16/5/1985, Fallos 307:671 (X).
- Giroldi, Horacio D., 7/4/1995, Fallos 318:514 (IV, XIV).
- Gitard, Roberto Hipólito, 19/9/1989, Fallos 312:1706 (XII).
- Giulitta, Orencio A. y otros v. Estado nacional, 28/3/1941, Fallos 189:156 (XXIII).
- Glaser, Benjamín Abel, 23/9/1966, Fallos 265:336 (VII).
- Gobierno de la Nación v. Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal SA, 3/12/1947, Fallos 209:390 (X).
- Gobierno de la Nación y la Unión de Fabricantes de Tejidos de yute de España s/compromiso arbitral, 6/5/1925, Fallos 143:191 (XXV).
- Goeschy, Alejandro v. Astengo, Enrique SA, 30/11/1953, Fallos 227:413 (XXIV).
- Goldstein, Julio E, 8/8/1969, Fallos 274:281 (XIV).
- Gomer SA v. Provincia de Córdoba, 3/2/1987, Fallos 310:142 (IV).
- Gómez Álzaga, Martín Bosco, 21/12/1999, Fallos 322:3255 (IX).
- Gómez Diez, Ricardo, 31/3/1999, Fallos 322:528 (XIII).
- Gómez, Carlos Alberto v. Argencard SA s/ordinario, 27/12/2006, Fallos 329:5903 (IV).
- Gómez, Mario Sixto s/homicidio, 6/4/1956, Fallos 234:270 (XIV).
- Gómez, Nilda y otros v. Provincia del Chubut s/daños y perjuicios, 15/8/2006, Fallos 329:3165 (XXV).
- Gómez, Samuel v. Embajada británica s/despido, 24/6/1976, Fallos 295:176 (XXV).

- González de Delgado, Cristina y otros v. U.N.C., 19/9/2000, Fallos 323:2659 (X).
- González Victorica, Diego Leonardo, 10/9/1958, Fallos 241:342 (XXIV).
- González, Antonio Erman y otros s/su presentación en autos Banco del Interior y Buenos Aires (BIBA) s/medida cautelar, 27/11/1990, Fallos 313:1242 (XXVI).
- González, Emma Sonia del Valle por sí y en representación de sus hijos menores v. Consignaciones Rurales SA, 10/5/2005, Fallos 328:1405 (XXVI).
- González, Hilario Ramón, cabo primero (GE) s/vías de hecho contra el superior, 1/9/1992, Fallos 315:1811 (X).
- Goñi, Pontín y Cía. v. Guillamet Charge, Guillermo, 17/3/1952, Fallos 222:186 (XXIV).
- Gortschau, Evelyn P., 8/8/2006, Fallos 329:2986 (X).
- Govi, Juan Luis y otros v. Provincia del Chaco, 8/9/1977, Fallos 298:665 (XXV).
- Granada, Nicolás Carlos, 1/10/1987, Fallos 310:1955 (X).
- Granada, Jorge Horacio, 3/12/1985, Fallos 307:2284 (XV, XVI).
- Granillo Fernández, Héctor Manuel v. Universidad Nacional de La Plata s/amparo, 10/4/2007, Fallos 330:1407 (XVII).
- Grassi, Fernando, 7/5/1981, Fallos 303:645 (XII).
- Grau, Armando Emilio, 9/5/1974, Fallos 288:386 (IX, XII, XXIV).
- Gregotti, Carlos Romualdo y otro, 19/6/1984, Fallos 306:637 (XXVI).
- Grinstein, Isaac y Rosa Holtzeker de Gristein v. Provincia de Mendoza, 25/11/1935, Fallos 174:146 (XXV).
- Grosso, Juan Antonio, 5/10/1956, Fallos 236:41 (XV).
- Grüning, Hugo, por su esposa, v. Gobierno de Santa Fe s/cobro de pesos, 23/11/1895, Fallos 62:185 (XXV).
- Grupo Clarín SA y otros v. Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa, 27/12/2012, Fallos 335:2600 (XXVI).
- Grupo Clarín SA. y otros v. Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa, 29/10/2013, G.439.XLIX.REX (XI).
- Guardian Assurance Company Limited v. Gobierno Nacional, 12/12/1927, Fallos 150:89 (X).
- Guerineau, Horacio Laurindo, 15/4/2004, Fallos 327:943 (XI).
- Guerrero, Juana Ana Soria de v. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. SA, 20/9/1963, Fallos 256:556 (III, IV, XXIII, XXV).
- Guerrero, Víctor A. s/denuncia de hábeas corpus, 11/2/1957, Fallos 237:29 (XXV).
- Guillermo Walter Klein s/amparo, 29/8/1986, Fallos 308:1489 (IV).
- Gustavo Adolfo Udry, 18/9/1963, Fallos 256:531 (XV).
- Gutiérrez, José Antonio, 31/5/1988, Fallos 311:919 (XXV).
- Gutiérrez, Oscar Eduardo v. ANSeS, 11/4/2006, Fallos 329:1092 (XXIV).
- Halabi, Ernesto, 24/2/2009, Fallos 332:111 (XIII, XVII, XXI).

- Harengus SA v. Provincia de Santa Cruz s/inconstitucionalidad, 19/4/1994, Fallos 317:397 (XXII).
- Helenfrut SACEFI y A. v. Provincia de Río Negro y otros s/inscripción de escritura y daños y perjuicios, 21/4/1977, Fallos 297:368 (XXV).
- Helguera de Rivarola, María Teresa, 11/12/1975, Fallos 293:551 (X).
- Henrichsen, Charles Olaf, 3/6/1986, Fallos 308:885 (X).
- Heredia, Ramón Claudio, 20/3/2007, Fallos 330:1049 (XIV).
- Hermitage SA v. Estado Nacional s/proceso de conocimiento, 15/6/2010, Fallos 333:993 (IX).
- Hilanderías Olmos SA, 30/10/1979, Fallos 301:962 (XII).
- Hileret y Rodríguez v. Provincia de Tucumán, 5/9/1903, Fallos 98:24 (XV).
- Hipólito Yrigoyen, 15/7/1932, Fallos 165:199 (XX).
- Hoof, Pedro C. F. v. Provincia de Buenos Aires, 16/11/2004, Fallos 327:5118 (X).
- Horta, José v. Harguindeguy, Ernesto, 21/8/1922, Fallos 137:47 (XIV, XV).
- Horvath, Pablo, 4/5/1995, Fallos 318:676 (IX).
- Hotelería Río de la Plata SACI v. Poder Ejecutivo, 23/10/1979, Fallos 301:947 (XXVI).
- Hughes Tool Company SACIFI v. Nación Argentina, 7/3/1985, Fallos 307:178 (XVII).
- Hussar, Otto v. Administración Nacional de la Seguridad Social s/reajuste por movilidad, 10/10/1996, Fallos 319:2215 (XXV).
- Ibañez, José, 16/6/1922, Fallos 136:244 (XX).
- Ibarra y Cía. v. Capitán del vapor español Ibaí, 16/7/1937, Fallos 178:173 (XXV).
- Ibarra, Florencio v. Sentencia del Consejo de Guerra del Comando de la V Brigada, 16/10/1986, Fallos 308:1960 (X).
- Iglesias, Alfredo R., 10/11/1906, Fallos 105:273 (IX).
- Incarnato, Aristides Alejandro, 31/8/1976, Fallos 295:674 (X).
- Inchauste Hermanos, Pedro v. Junta Nacional de Carnes s/devolución de pesos, 1/9/1944, Fallos 199:483 (XI).
- Incidente de previo y especial pronunciamiento presentado a favor del procesado Gral. Reynado Benito A. Bignone, 21/6/1984, Fallos 306:655 (XXIV).
- Indepro SA v. Administración Federal de Ingresos Públicos, 16/9/2008, Fallos 331:2068 (XVII).
- Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal v. Provincia de Salta, 8/11/1967, Fallos 269:243 (XXIV).
- Intendente de Iruzaingó v. Entidad Binacional de Yaciretá s/amparo, 23/11/2004, Fallos 327:5246 (XVII).
- Iribarren, Casiano Rafael v. Santa Fe provincia de s/acción declarativa, 22/6/1999, Fallos 322:1253 (III, XXIV).
- Iscaro, Rubén L. y otros, 28/12/1956, Fallos 236:632 (XV).

- Iscaro, Rubén y otros s/hábeas corpus, 28/12/1956, Fallos 236:632 (XVI).
- Iztcovich, Mabel v. ANSeS, 29/3/2005, Fallos 328:568 (IV).
- Jaroslavsky, Bernardo s/jubilación, 17/2/1976, Fallos 294:34 (XXVI).
- Jáuregui, Hugo René Mario y otros v. Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos, 6/10/1992, Fallos 315:2386 (XXIV).
- Jáuregui, Luciano A., 15/3/1988 Fallos 311:274 (XIV).
- Jewish Colonization Association, 4/11/1926, Fallos 147:402 (IX).
- Joaquín Castellanos, 5/4/1922 Fallos 136:147 (XXII).
- John Deere Argentina SAIC v. Dirección Nacional de Aduanas, 13/4/1973, Fallos 285:263 (XXV).
- Jorge Antonio s/interdicción, 28/10/1960, Fallos 248:189 (XXVI).
- José Guillermo Bertoto, 11/3/1931, Fallos 160:104 (XV).
- Joubert, Omar Eduardo s/homicidio culposo, 14/10/1982, Fallos 304:1468 (XXVI).
- Juan María de Vido e Hijos SCA v. Dirección Nacional de Vialidad, 9/6/1988, Fallos 311:986 (XXV).
- Juez letrado del territorio nacional de La Pampa Central en la causa criminal contra Carlos Hogler s/consulta, 27/8/1895, Fallos 61:97 (XXIV).
- Juez letrado del Territorio Nacional de La Pampa s/consulta, 27/8/1895, Fallos 61:97 (XXIV).
- Junta Electoral Nacional de Entre Ríos, 23/7/1963, Fallos 256:208 (XXV).
- Junta Electoral Nacional de Entre Ríos, 23/7/1963, Fallos 256:208 (XXV).
- Jurio, Mirta Luisa v. Universidad Nacional de La Plata, 5/8/1993, Fallos 316:1723 (XXII).
- Kimel, Eduardo G. y Singerman, Jacobo, 22/12/1998, Fallos 321:3596 (XI).
- Koch, Lilian Mercedes v. Estado Nacional, 14/2/2012, Fallos 335:44 (XVII).
- Kot, Samuel SRL s/hábeas corpus, 5/9/1958, Fallos 241:291 (I, IV, XVII).
- Krasilowsky, David, 3/8/1959, Fallos 244:279 (XXVI).
- Kupchik, Luisa Spak de y Kupchik, Alberto Mario, 17/3/1998, Fallos 321:366 (IX).
- La Editorial SA v. Gobierno nacional s/interdicto de recobrar la posesión, 29/6/1960, Fallos 247:190 (XXV).
- La Municipalidad de la Capital v. doña Isabel A. de Elortondo, 14/4/1888, Fallos 33:162 (X).
- La Nación v. De Lena, Rogelio E. A. s/consignación de alquileres, 14/12/1970, Fallos 278:240 (XXIV).
- La Pampa, la Provincia de v. Provincia de Mendoza s/acción posesoria de aguas y regulación de usos, 3/12/1987, Fallos 310:2478 (XXV).
- La Rioja (Estado provincial) s/amparo, 21/9/2004, Fallos 327:3806 (XVII).

- Laboratorios Suarry SA, 6/5/1942, Fallos 192:234 (XXII).
- Labusta, Manuel s/jubilación, 21/11/1987, Fallos 310:2274 (X).
- Lago Carballo, Antonio Ángel v. Tarquini, José s/querrela por usurpación, 25/9/1961, Fallos 250:774 (XXV).
- Lamparter, Ernesto Juan v. Baldo, José Juan s/daños y perjuicios, 6/12/1992, Fallos 315:2255 (XXIV).
- Lapadú, Oscar Eduardo v. Estado Nacional s/daños y perjuicios, 23/12/2004, Fallos 327:5723 (IV).
- Lariz Iriondo, Jesús María s/solicitud de extradición, 10/5/2005, Fallos 328:1268 (IV).
- Lastra, Juan v. Obispado de Venado Tuerto, 22/10/1991, Fallos 314:1324 (XXVI).
- Lavenir, José Santiago, 11/10/1972, Fallos 284:65 (X).
- Ledesma, Luis v. Provincia de Santiago del Estero, 11/7/2006, Fallos 329:2737 (XI).
- Li Ip y Cía., 1/9/1920, Fallos 132:198 (IX).
- Liborio, Bernal v. Del Castillo, Fidel s/desalojo, 29/12/1896, Fallos 66:257 (XXVI).
- Lifschitz, Graciela Beatriz v. Estado Nacional, 15/6/2004, Fallos 327:2413 (XVII).
- Linares, David, 12/12/1927, Fallos 150:112 (IX).
- Línea 22 SA v. Provincia de Buenos Aires s/acción declarativa, 27/4/2010, Fallos 333:538 (XXII).
- Líneas Aéreas Costarricenses v. Estado Nacional s/amparo, 18/8/2009, Fallos 332:1952 (XVII).
- Lino de la Torre s/recurso de hábeas corpus, 21/8/1877, Fallos 19:231 (XXI).
- Locche, Nicolino, 20/8/1998, Fallos 321:2250 (XI).
- Lona, Ricardo s/pedido de enjuiciamiento - causa nro. 9C, 10/2/2004, Fallos 327:46 (XXIV).
- Lopardo, Fernando Gabriel s/insubordinación, 26/10/1982, Fallos 304:1524 (VII).
- López López, Luis y otro, 15/10/1991, Fallos 314:1293 (IX).
- López Ramón, 6/3/2007, Fallos 330:399 (X).
- López, Elsa Carmen y otro v. Departamento Cultural y de Cooperación Científica de la Embajada de Francia s/despido, 24/6/1976, Fallos 295:185 (XXV).
- López, Ramón Ángel s/recurso del art. 445 bis del Código de Justicia Militar -causa nro. 2845-, 6/3/2007, Fallos 330:399 (XXIV).
- Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la Provincia de Buenos Aires sobre indemnización de daños y perjuicios, 14/5/1887, Fallos 31:273 (XI, XV).
- Losa, Miguel v. Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires, 2/3/1993, Fallos 316:221 (XXIV).
- Louveira, Vicente v. Mulhall, Eduardo T. s/injurias y calumnias, 7/12/1911, Fallos 115:92 (XIV).

- Luengo, Simón y otros, 6/10/1868, Fallos 6:227 (XX).
- Lugo, Carlos A. y otro v. Costas Argentinas Soc. Coop. Ltda. y otro, 1/10/1985, Fallos 307:1823 (XXV).
- Machado, Juana Catalina y otros v. E.B.Y., 12/6/2007, Fallos 330:2639 (X).
- Madala, Adolfo Daniel s/recurso de queja, 1/3/1983, Fallos 305:129 (XXIV).
- Madariaga Anchorena, Carlos Juan s/demanda de inconstitucionalidad, 21/11/1958, Fallos 242:280 (IX).
- Madorrán, Marta Cristina v. Administración General de Aduanas, 3/5/2007, Fallos 330:1989 (XII).
- Maestre, Guillermo Bernardino, 21/5/1985, Fallos 310:991 (X).
- Magín Suárez, Luis s/denuncia, 29/12/1987, Fallos 310:2845 (XXII).
- Maiorca de Mignone, María Teresa v. Consejo Nacional de Educación s/recurso de amparo, 7/7/1967, Fallos 268:159 (XVII).
- Makarevich de Torregrosa Lastra, Lidia Inés s/amparo -causa nro. 14.277-, 23/2/1999, Fallos 322:190 (XXV).
- Mallo, Daniel s/amparo, 10/5/1972, Fallos 282:392 (XV, XVI).
- Malvar, Alfredo s/recurso de amparo, 22/9/1933, Fallos 169:103 (XVII).
- Manauta, Juan José y otros v. Embajada de la Federación Rusa, s/daños y perjuicios, 22/12/1994, Fallos 317:1880 (XXV).
- Marcelo T. de Alvear, 3/3/1933, Fallos 167:267 (XV).
- Marchal, Juan s/apelación, 10/4/2007, Fallos 330:1427 (XXVI).
- Marconetti Lda. SAIC, 9/8/1986, Fallos 271:186 (VI).
- Marconetti, Boglione y Cía. v. Municipalidad de Santa Fe, 29/5/1929, Fallos 154:312 (VI).
- Margarita Belén (Chaco), 1/9/1988, Fallos 311:1762 (XXVI).
- Mario Sixto Gómez, 6/4/1956, Fallos 234:270 (XIV).
- Mármol de Menéndez, Dalmacia s/recurso de apelación, 21/6/1965, Fallos 262:63 (XIV).
- Márquez Bello, José Benito v. Provincia de Santa Cruz y otros s/daños y perjuicios, 3/5/2007, Fallos 330:2059 (XXV).
- Márquez, Francisco, 3/12/1945, Fallos 203:341 (XXV).
- Márquez, Julio César s/jubilación, 19/4/1988, Fallos 311:530 (X, XII).
- Martínez Casas, Mario s/querrela, 25/11/1960, Fallos 248:462 (XXI).
- Martínez, Matilde Susana v. Organización Veraz SA, 5/4/2005, Fallos 328:797 (XVIII).
- Masi, Alfredo s/plantea cuestión al Tribunal, 27/6/1963, Fallos 256:114 (XXV).
- Masuco, Antonio José y otros v. La Papelera Argentina SA s/salarios, 4/11/1966, Fallos 266:151 (XXV).
- Mataldi Simón Limitada SA v. Provincia de Buenos Aires, 28/9/1927, Fallos 149:260 (IX).
- Mato de Solari, Liliana Inés y otros v. Kasa SA, 10/4/2003, Fallos 326:1183 (XXVI).

- Max Villalonga Nazar, 27/2/1935, Fallos 172:220 (V).
- Mayo de Ingaramo, Cecilia Alba v. Estado Nacional - Poder Ejecutivo s/acción de amparo, 24/4/2003, Fallos 326:1344 (XXVI).
- Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación, 13/7/2007, Fallos 330:3248 (IV, XX).
- Mazziri, Francisco, 17/6/1986, Fallos 308:915 (X).
- Mc Food SA v. Estado Nacional -Ministerio de Economía y Producción- Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación y otro, 13/12/2005, Fallos 328:4445 (XXVI).
- Melano, Arriél Carlos v. Administración Federal de Ingresos Públicos s/amparo, 10/6/2008, Fallos 331:1403 (XVII).
- Méndez Valles, Fernando v. A. M. Pescio SCA s/ejecución de alquileres, 26/12/1995, Fallos 318:2639 (XXV, XXVI).
- Mendoza Beatriz S. y otros v. Estado Nacional s/daños y perjuicios, 8/7/2008, Fallos 331:1622 (XIII).
- Mendoza Beatriz S. y otros v. Estado Nacional s/daños y perjuicios, 24/8/2006, Fallos 329:3445 (XXI).
- Menem, Carlos Saúl v. Editorial Perfil SA, 25/9/2001, Fallos 324:2895 (XI).
- Menem, Eduardo s/querrela por calumnias e injurias, 20/10/1998, Fallos 321:2848 (XI).
- Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Nación s/denuncia cohecho art. 258 bis del CP, 13/3/2007, Fallos 330:745 (XXV).
- Ministerio de Salud v. Gobernación s/acción de amparo, 31/10/2006, Fallos 329:4741 (XVII).
- Ministerio de Transportes de la Nación v. Provincia de Buenos Aires s/cobro de pesos, 30/4/1953, Fallos 225:445 (XXV).
- Ministerio de Transportes de la Nación v. Provincia de Buenos Aires s/cobro de pesos, 30/4/1953, Fallos 225:445 (XXV).
- Ministerio Fiscal v. Director del diario "La Fronda" por desacato. Excepción de falta de jurisdicción, 25/7/1932, Fallos 165:258 (XIV, XXIV).
- Ministerio Fiscal de Santa Fe v. Editor responsable del diario La Provincia, 23/12/1932, Fallos 167:121 (XI).
- Miotti, J. y F. Alemand v. Provincia de Córdoba s/daños y perjuicios, 21/6/1906, Fallos 104:323 (XXV).
- Moliné O'Connor, Eduardo s/su remoción, 1/6/2004, Fallos 327:1914 (XXII).
- Monjes, Analía v. Universidad de Buenos Aires, 26/12/1996, Fallos 319:3148 (IV).
- Montalvo, Ernesto Alfredo s/infacción ley 20.771, 11/12/1990, Fallos 313:1333 (XI).
- Montenegro, Luciano Bernardino, 10/12/1981, Fallos 303:1938 (XIV).
- Montero, Belisario s/amparo, 8/8/1958, Fallos 241:151 (XXIV).
- Monteserin, Marcelino, 16/10/2001, Fallos 324:3569 (XI).
- Monzón, Carlos, 4/2/1982, Fallos 304:105 (XIV).

- Morales Solá, Joaquín Miguel, 12/11/1996, Fallos 319:2741 (XI).
- Mosqueda, Sergio v. Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, 7/11/2006, Fallos 329:4918 (XVII).
- Mouviel, Raúl Oscar y otros, 17/5/1957, Fallos 237:636 (XIV, XX).
- Movimiento Popular Argentino s/art. 33 del decreto-ley 1285/58, 11/6/1962, Fallos 253:44 (XVI).
- Moya, Benito Alberto, 15/5/1981, Fallos 303:696 (XV).
- Mujeres por la Vida v. Estado Nacional s/amparo, 31/10/2006, Fallos 329:4593 (XIII).
- Muller, Gustavo Adolfo v. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, 23/3/1993, Fallos 316:363 (XXVI).
- Muller, Jorge, 13/11/1990, Fallos 313:1113 (XI).
- Multicambio SA, 1/6/1993, Fallos 316:1115 (IX).
- Municipalidad de Godoy Cruz v. Ferrocarril Pacífico, 22/4/1926, Fallos 146:122 (XI, XXVI).
- Municipalidad de La Plata v. Ferrocarril del Sud, 1/6/1911, Fallos 114:282 (VI).
- Municipalidad de La Plata s/inconstitucionalidad del decreto 9111, 28/5/2002, Fallos 325:1249 (VI).
- Municipalidad de Santa Fe v. Marconetti Ltda., 25/9/1968, Fallos 259:413 (VI).
- Municipalidad de Vicente López v. República Federal de Nigeria s/ejecutivo, 9/11/2000, Fallos 323:3592 (XXV).
- Nación Argentina (Ministerio de Transportes) v. Miguel Granados s/expropiación, 14/10/1966, Fallos 266:47 (XXVI).
- Nación Argentina v. De Lena, Rogelio E. A. s/consignación de alquileres, 14/12/1970, Fallos 278:240 (XXIV).
- Nación v. Aluvión SA, 27/12/1957, Fallos 239:489 (XIV).
- Nealon, Hugo Heraldo Daniel, y otra, 9/8/1961, Fallos 250:410 (X).
- Neuquén Provincia del v. Sport 2000 SA, 22/9/1977, Fallos 298:776 (V).
- Neuquén TV SA y otros v. Provincia de Río Negro, Provincia s/cesación de emisiones, 20/12/1988, Fallos 311:2725 (XXV).
- Nicolaidis, Cristino y otro, 2/8/2000, Fallos 323:2035 (X).
- Nicosia, Alberto Oscar s/recurso de queja, 9/12/1993, Fallos 316:2940 (XXII, XXIV).
- Nobleza Piccardo SAICYF v. Estado Nacional s/repetición DGI, 15/12/1998, Fallos 321:3487 (XXIII).
- Nordensthol, Gustavo Jorge v. Subterráneos de Buenos Aires, 2/4/1985, Fallos 307:326 (XII).
- Nuevo Banco Italiano v. Municipalidad de la Capital, 20/12/1994, Fallos 200:424 (X).
- Oddone, Luis Alberto s/resolución 236, 238 y 363 del Banco Central, 28/11/1989, Fallos 312:2348 (XXVI).

- Olguin, Fernando Jorge s/arts. 162 y 277 del Código Penal, 15/7/1959, Fallos 244:198 (XIV).
- Olmos, Alejandro v. Estado Nacional (Ministerio del Interior - Policía Federal), 20/8/1985, Fallos 307:1430 (XI).
- Olmos, José Horacio, 9/5/2006, Fallos 329:1447 (XIV).
- Ontivero, Ariel Adolfo v. Provincia de Buenos Aires y otros s/medidas preliminares y de prueba anticipada, 21/2/2006, Fallos 329:218 (XXV).
- Operadora de Estaciones de Servicios SA v. Municipalidad de Avellaneda, 28/4/1998, Fallos 321:1052 (VI).
- Orfila, Alejandro, 12/4/1929, Fallos 154:192 (VI).
- Orlando, Susana Beatriz v. Provincia de Buenos Aires s/amparo, 24/5/2005, Fallos 328:1708 (XVII).
- Orlando, Susana Beatriz v. Provincia de Buenos Aires, 24/5/2005, Fallos 328:1708 (XI).
- Oscar Agustín Avico v. Saúl C. de la Pesa, 7/12/1934, Fallos 172:21 (XV).
- Oteiza, Ángel s/jubilación, 16/8/1988, Fallos 311:1474 (X).
- Outón, Carlos José y otros s/recurso de amparo, 29/3/1967, Fallos 267:215 (IV, XI, XVII).
- P. Soldati y Compañía s/defraudación de rentas nacionales, 29/12/1923, Fallos 137:352 (XXVI).
- Pablo Siganevich, 3/5/1937, Fallos 177:390 (XIV).
- Pacheco, Rufina Riveros s/jubilación, 20/5/1976, Fallos 294:430 (XII).
- Padilla, Miguel M. v. Provincia de Buenos Aires s/acción de amparo, 9/3/2004, Fallos 327:446 (XXV).
- Padilla, Miguel M. s/presentación, 10/4/2007, Fallos 330:1436 (V).
- Paluri, Heino v. Establecimientos Metalúrgicos Santa Rosa SA, 13/12/1984, Fallos 306:1694 (X).
- Pandolfi, Oscar Raúl v. Rajneri, Julio Raúl, 1/7/1997, Fallos 320:1272 (XI).
- Papaiani Constructora SACIFel v. Consorcio de Propietarios Calle Demaría, 12/3/2002, Fallos 325:2432 (XXVI).
- Papelera Pedotti SA s/infraacción a la ley 23.771, 11/9/2007, Fallos 330:4040 (XXIV).
- Parry, Adolfo E. s/sumario municipal, 31/8/1942, Fallos 193:408 (XXIV).
- Parry, Adolfo, 31/8/1942, Fallos 193:408 (XXIV).
- Partido Justicialista de Capital Federal s/acción declarativa, 29/4/2003, Fallos 326:1481 (VI).
- Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe v. Provincia de Santa Fe, 6/10/1994, Fallos 317:1195 (VI).
- Partido Justicialista s/acción declarativa de certeza y otras, 23/12/2004, Fallos 327:5747 (XXVI).
- Partido Obrero, 9/8/1983, Fallos 305:1067 (XXV).
- Patitó, José Ángel y otro, 24/6/2008, Fallos 331:1530 (XI).

- Patti, Luis Abelardo v. Cámara de Diputados de la Nación s/amparo, 8/4/2008, Fallos 331:549 (XXI).
- Pay TV SA v. Argentina Televisora Color, 27/12/1990, Fallos 313:1714 (XXVI).
- Paz José Clemente, 20/5/1913, Fallos 117:22 (IX).
- Pedro Oberti v. Santiago Panziraghi, 22/12/1960, Fallos 248:781 (XXII).
- Pedro V. Mórtoles s/sumario por insubordinación a mano armada con vías de hecho, 11/8/1926, Fallos 147:45 (X, XXIV).
- Peláez, Víctor s/hábeas corpus preventivo, 19/10/1995, Fallos 318:1967 (XXI).
- Pellegrini, Américo v. ANSeS, 28/11/2006, Fallos 329:5525 (X).
- Pelliza, Rosario Cayetana, 1/9/1983, Fallos 305:1213 (X).
- Penjerek, Norma Mirta s/rapto y homicidio s/incidente de recusación, 14/11/1963, Fallos 257:132 (XXVI).
- Peña de Paz Ureña, Eduvina del C. v. ADOS y otros, 3/3/1983, Fallos 305:193 (XXV).
- Peralta, Luis Arcenio y otro v. Estado Nacional (Ministerio de Economía - BCRA), 27/12/1990, Fallos 313:1513 (IV, XV, XVII, XX).
- Pereyra, Manuela Estela, 3/8/1982, Fallos 304:1069 (XII).
- Pérez de Smith, Ana María y otros, 18/4/1977, Fallos 297:338 (XXIV, XXV).
- Pérez, Aníbal v. Disco, 1/9/2009, Fallos 332:2043 (XII).
- Pérez, Conrado Ilibrando s/apelación, 3/9/1971, Fallos 280:355 (XXVI).
- Perini, Carlos Alberto y otro, 21/10/2003, Fallos 326:4285 (XI).
- Personal militar subalterno de la Fuerza Aérea Argentina s/falsificación de documentos públicos, 11/10/2001, Fallos 324:3467 (X).
- Petric, Domagoj Antonio, 16/4/1998, Fallos 321:885 (XI).
- Petric, Domingo Antonio v. Diario Página 12, 16/4/1998, Fallos 321:885 (IV).
- Petrus SA de Minas v. Gobierno nacional s/devolución de impuestos, 28/4/1948, Fallos 210:855 (XXIII).
- Peyrú, Osvaldo J., 2/9/1987, Fallos 310:1401 (IV).
- Piccirilli, Ricardo, 27/6/1989, Fallos 312:1061 (X, XII).
- Pierini de Pochat, María Estela v. Provincia de la Rioja s/daños y perjuicios, 30/5/2006, Fallos 329:2115 (XXV).
- Pietranera, Josefina y otros v. Gobierno de la Nación s/desalojo, 7/9/1966, Fallos 265:291 (XXV).
- Piria, Francisco y otros sus sucesiones v. Provincia de Buenos Aires, 22/2/1961, Fallos 249:165 (XXV).
- Pla, Hugo Alfredo v. Provincia del Chubut s/amparo, 13/5/2008, Fallos 331:1243 (XVII).
- Polak, Federico Gabriel, 15/10/1998, Fallos 321:2826 (XIV).
- Polino, Héctor y otro, 7/4/1994, Fallos 317:335 (III, XIII).
- Pomponio y Cía. v. Aduana, 24/7/1946, Fallos 205:310 (XXIV).
- Pomponio, Carlos A. y otros v. Argenpez SA, 28/3/1989, Fallos 312:384 (XIV).

- Ponzetti de Balbín, Indalia v. Editorial Atlántida SA, 11/12/1984, Fallos 306:1892 (XI).
- Portal de Belén v. Estado Nacional s/amparo, 5/3/2002, Fallos 325:292 (XI, XVII).
- Portillo, Alfredo s/ infracción al art. 44 de la ley 17.531, 18/4/1989, Fallos 312:496 (VII, XII, XV).
- Presidente de la Cámara Federal de La Plata Dr. Alfredo Masi s/planteo de cuestión al tribunal, 27/6/1963, Fallos 256:114 (XXIV).
- Prevención Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA, 22/4/2008, Fallos 331:831 (IX).
- Primera Plana, 3/3/1970, Fallos 276:72 (XV).
- Procurador Fiscal contra don Benjamín Calvete por publicaciones en la prensa, 19/9/1864, Fallos 1:297 (XI).
- Procurador Fiscal de Santa Fe v. Francisco Hué, 18/6/1867, Fallos 4:311 (IV).
- Provincia de Buenos Aires, v. Dirección Nacional de Recaudación Previsional, 8/11/1983, Fallos 305:1888 (XII).
- Provincia de San Luis v. Estado Nacional s/amparo, 5/3/2003, Fallos 326:417 (XX).
- Provincia del Chaco s/acción de amparo, 11/9/2007, Fallos 330:4045 (XVII).
- Pucci, Vicente s/hábeas corpus, 17/4/1959, Fallos 243:306 (XVI).
- Q. C., S. Y v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo, 24/4/2012, Fallos 335:452 (XII).
- Quesada, Ricardo v. Municipalidad de Buenos Aires, 9/11/1982, Fallos 304:1614 (XIII).
- Quesada, Urbano Julio v. Martínez y Cía. Guillermo SRL, 28/12/1960, Fallos 248:824 (VI).
- Química Merk SA v. Gobierno de la Nación, 9/6/1948, Fallos 211:161 (IV).
- R. A., D. v. Estado Nacional, 4/9/2007, Fallos 330:3853 (X).
- Radio Universidad del Litoral, 6/9/1984, Fallos 306:1272 (XXVI).
- Raimbault, Manuel y otros, 14/8/2001, Fallos 324:2381 (XIII).
- Ramos, José Luis v. Estado Nacional, 6/4/2010, Fallos 333:317 (XII).
- Ramos, Juan José v. LR3 Radio Belgrano y otros, 27/12/1996, Fallos 319:3428 (XI).
- Ramos, Marta Roxana v. Provincia de Buenos Aires s/amparo, 12/3/2002, Fallos 325:396 (XVII).
- Ramos, Raúl Alberto v. Batalla, Eduardo, 21/10/1970, Fallos 278:62 (XI).
- Ratto, Sixto v. Productos Stani SA, 26/8/1966, Fallos 265:242 (XII).
- Rayford, Reginald y otros, 13/5/1986, Fallos 308:733 (XIV).
- Recasens, Norberto L., 9/11/2000, Fallos 323:3518 (XI).
- Recchia de Schedan, Virginia Rita s/hábeas corpus, 21/4/1983, Fallos 305:504 (XXIV, XXV).

- Recurso de hecho deducido por Juan Carlos Davel, 28/10/1968, Fallos 272:70 (XXVI).
- Reiriz, María G. y Casal, Eduardo E./recurso extraordinario en causa A., J. F., y otros s/contrabando de estupefacientes y otros delitos, 6/12/1994, Fallos 317:1690 (XI, XXVI).
- Repetto, Inés M. v. Provincia de Buenos Aires, 8/11/1988, Fallos 311:2272 (X).
- Rey, Celestino M. v. Rocha, Alfredo, y otro s/falsificación de mercaderías y de marca de fábrica, 2/12/1909, Fallos 112:384 (XXVI).
- Reynoso, Nilda Noemí v. INSSJP, 16/5/2006, Fallos 329:1638 (XI).
- Ricardo Humberto Chaperón, 30/8/1984, Fallos 306:1161 (XXVI).
- Riccio, Francisco s/recurso de amparo, 26/2/1985, Fallos 307:113 (XXV).
- Ríos, Antonio J. s/planteo nulidad parcial de la reforma constitucional, 2/12/1993, Fallos 316:2743 (III).
- Ríos, Antonio Jesús, 22/4/1987, Fallos 310:819 (VIII, XXVI).
- Rivademar, Ángela Digna Balbina Martínez Galván v. Municipalidad de Rosario, 21/3/1989, Fallos 312:326 (VI).
- Rivas, Jorge s/calumnias, 7/6/2005, Fallos 328:1893 (XXI).
- Rivero, Gladys Elizabeth s/amparo, 9/6/2009, Fallos 332:1394 (XVII).
- Riveros, Santiago Omar s/privación de la libertad, 11/12/1990, Fallos 313:1392 (XX).
- Riveros, Santiago Omar y otros, 11/12/1990, Fallos 313:1392 (XX).
- Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de derecho) v. Poder Ejecutivo Nacional s/acción de amparo, 18/6/2013, Fallos Completos R. 369.XLIX (XXIV, XXVI).
- Robegno, Pedro J. v. Ducilo SA, 7/12/1955, Fallos 233:173 (XXIV).
- Rodríguez Blanco de Serrao, I. C v. Ministerio del Interior s/pensión, 22/6/1982, Fallos 304:898 (XXIV).
- Rodríguez del Busto, Antonio v. Provincia de Córdoba s/expropiación, 19/3/1901, Fallos 90:97 (XXV).
- Rodríguez Pereyra, Jorge Luis v. Ejército Argentino s/daños y perjuicios, 27/11/2012, Fallos 335:2333 (IV).
- Rodríguez, Fortunato v. Luna, Filomena y otro, 5/6/1902, Fallos 95:79 (XXVI).
- Rodríguez, Horacio Daniel, 30/5/1995, Fallos 318:1114 (XI).
- Rodríguez, Jorge s/plantea cuestión de competencia, 17/12/1997, Fallos 320:2851 (XX).
- Rodríguez, Juan Carlos, Ruggero, Conrado Andrés, Tambascio, Juan Carlos, 24/10/1962, Fallos 254:116 (XV).
- Rodríguez, Karina Verónica, 7/3/2006, Fallos 329:553 (XI).
- Rolón Zappa, Victor Francisco, 30/9/1986, Fallos 308:1848 (X).
- Romano, Adolfo Ramón y otros v. Usina Popular y Municipal de Tandil, 31/7/1979, Fallos 301:608 (XII).
- Romero Feris, José A. v. Estado nacional s/amparo, 11/7/1994, Fallos 317:711 (III).

- Rosbaco de Galantini, Arminda Elena v. Nación Argentina, 19/9/1981, Fallos 303:422 (XVII).
- Roviralta, Huberto v. Editorial Tres Puntos SA, 30/3/2004, Fallos 327:789 (XI).
- Rozenblum, Horacio Bernardo, 25/8/1998, Fallos 321:2314 (XI).
- Rudaz Bissón, Juan Carlos, 2/4/1998, Fallos 321:667 (XI).
- Ruiz, Roque A, 17/9/1987, Fallos 310:1847 (XIV).
- S., F. M. v. D. B., M. s/tenencia definitiva, 1/12/2012, Fallos Completos S. 727. XLVIII (XXVI).
- SATIA v. Provincia de Buenos Aires, 7/10/1940, Fallos 188:27 (IX).
- Sabino, Horacio v. Melchor Posse, 24/12/1965, Fallos 261:33 (XXI).
- Saborido Diego v. Kaiser, Juan G. s/calumnias e injurias, 17/10/1916, Fallos 124:161 (XI).
- Sagarduy, Alberto Omar v. Copetro SA s/daños y perjuicios, 13/4/2010, Fallos 333:360 (XXVI).
- Saguir y Dib, Claudia Graciela, 6/11/1980, Fallos 302:1284 (XI, XII, XVII).
- Salguero, Cecilio Manuel s/declaración de inconstitucionalidad ley 22.924, 29/3/1984, Fallos 306:172 (XXVI).
- Salim, Farat Sife, 8/7/1976, Fallos 295:269 (XVII).
- Salta, la Provincia de v. Estado Nacional Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos s/prohibición de innovar, 14/3/2000, Fallos 323:470 (XXV).
- Salta, la Provincia de v. Nación Argentina, 25/7/1985, Fallos 307:1154 (XXV).
- San Cristóbal Soc. Mutual de Seguros Generales, 11/9/2007, Fallos 330:3994 (IX).
- San Luis, la Provincia de v. Estado Nacional, 13/4/2010, Fallos 333:373 (XVII).
- San Luis, Provincia de v. Estado Nacional, 5/3/2003, Fallos 326:417 (XIV).
- San Martín, juez criminal doctor Sorondo eleva actuaciones relativas a la conducta del doctor Fernando Bulcourf, 4/10/1994, Fallos 317:1098 (XXIV).
- San Miguel, José S. s/recurso de amparo, 11/5/1950, Fallos 216:606 (XVII).
- San Miguel, Virgilio v. Lapetina, Juan, 18/9/1961, Fallos 250:749 (XXVI).
- Sánchez Abelenda, Raúl v. Ediciones La Urraca SA y otro, 1/12/1988, Fallos 311:2553 (XI).
- Sánchez, Marcelino y otro v. Caja Forense de la Provincia del Chaco, 21/8/1973, Fallos 286:187 (XII).
- Sánchez, María del Carmen v. ANSeS, 17/5/2005, Fallos 328:1602 (X, XII).
- Sandoval, David Andrés s/homicidio agravado por ensañamiento -3 víctimas-Sandoval, Javier Orlando s/encubrimiento causa nro. 21.923/02, 31/8/2010, Fallos 333:1687 (XXVI).
- Saneamiento y Urbanización SA, 10/2/1998, Fallos 321:153 (IX).
- Sanmartín, Juan José Félix v. Banco de la Nación Argentina, 24/6/2008, Fallos 331:1516 (XXVI).
- Santa Cruz Yáñez, Celso v. Buenos Aires, Provincia de y otros, 5/5/2009, Fallos Completos S. 832.XLIV (XXV).

- Santa Fe, la Provincia de v. Carlos Aurelio Nicchi, 26/6/1967, Fallos 268:112 (X).
- Santos, Daniel Alberto v. Valentini, Ricardo, 28/3/1985, Fallos 307:282 (XVII).
- Sarli, Ricardo v. Nación Argentina, 19/3/1981, Fallos 303:419 (XVII).
- Saucedo, Daniel Horacio, 17/3/1998, Fallos 321:412 (XI).
- Savid García, Fernando L. v. Banco Nacional de Desarrollo s/ejecución de sentencia, 23/8/2005, Fallos 328:3142 (XXVI).
- Scaccheri de López, 29/10/1987, Fallos 310:2214 (XXVI).
- Scaccheri de López, María s/denuncia, 29/10/1987, Fallos 310:2214 (XXVI).
- Schefer Lynch, Martín s/su presentación, 13/2/2007, Fallos 330:85 (XXVI).
- Scheimberg, Simón y Corona Martínez, Enrique s/hábeas corpus, 6/5/1932, Fallos 164:344 (XXIV).
- Schwartz, Pablo Eduardo v. Mitrocarga SA y otro, 21/3/2006, Fallos 329:741 (XXVI).
- Sciammaro, Liliana E., 28/8/2007, Fallos 330:3685 (XI).
- Scotto, José Arturo en la querrela seguida por desacato, 3/4/1919, Fallos 129:146 (XI).
- Scotto, José Arturo, 3/4/1919, Fallos 129:146 (XI).
- Sebastián Palau y Cía. v. María Amelia A. de Rivota s/cobro hipotecario, 7/2/1920, Fallos 131:63 (XXV).
- Segovia, Carlos M. v. Orellana Herrera, G; 19/10/1918, Fallos 128:175 (XI).
- Segundo, Daniel v. Siemens SA, 26/6/1986, Fallos 308:1032 (XII).
- Sejeán, Juan Bautista v. Zaks de Sejeán, Ana María, 27/11/1986, Fallos 308:2268 (XXVI).
- Selcro SA, 21/10/2003, Fallos 326:4251 (IX).
- Semanario Azul y Blanco s/recurso de amparo, 29/9/1961, Fallos 250:832 (XV, XVI).
- Servini de Cubría, María Romilda s/amparo, 8/9/1992, Fallos 315:1943 (XI).
- Servotron SACIF v. Metrovías s/amparo, 10/12/1996, Fallos 319:2955 (XVII).
- Seste, Vicente y Seguich, Antonio v. Gobierno Nacional, 26/9/1864, Fallos 1:317 (XXV).
- Shiemberg, Simón, 6/5/1932, Fallos 164:394 (XXIV).
- Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, 14/6/2005, Fallos 328:2056 (IV, V, XIV).
- Sindicato Argentino de Músicos, 28/12/1960, Fallos 248:800 (XV).
- Sindicato de Docentes Particulares (SADOP) v. Estado Nacional s/amparo, 4/7/2003, Fallos 326:2150 (XVII).
- Sindicato Unido de Trabajadores de la Industria de Aguas Gaseosas y Afines v. Termas de Villavicencio SA, 5/6/1968, Fallos 271:20 (XXVI).
- Siri, Ángel s/recurso de hábeas corpus, 27/12/1957, Fallos 239:459 (I, XVII).
- Sivak, Benjamín s/convocatoria de acreedores, 13/11/1959, Fallos 245:204 (XXVI).
- Smith, Carlos Antonio v. Estado Nacional s/sumarísimo, 1/2/2002, Fallos 325:28 (XX).

- Sociedad Anónima Agrícola, Ganadera, Inmobiliaria "El Bagual", 7/9/1993, Fallos 316:1962 (IX).
- Sofía, Antonio y Baquero, Fulvio L., 22/5/1959, Fallos 243:504 (XV, XVI).
- Sogga, Constantino s/inconstitucionalidad, 29/10/1945, Fallos 203:100 (XI).
- Sojo, Eduardo s/recurso de hábeas corpus, 22/9/1887, Fallos 32:120 (XVII, XXI).
- Solari, Juan Antonio s/hábeas corpus, 4/6/1951, Fallos 220:35 (XVI).
- Soria, Silverio Florencio v. Dirección Nacional de Vialidad, 2/4/1985, Fallos 307:338 (XII).
- Spinosa Melo, Oscar Federico, 5/9/2006, Fallos 329:3617 (XI).
- Spota, Alberto Antonio, 25/7/1978, Fallos 300:836 (XII).
- Stegemann, Oscar Antonio s/apelación de resolución del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, 29/6/1989, Fallos 312:1121 (XI).
- Storani de Boidanich, Victoria e hijos v. Ansaldi, Imperiale y Bovio, 26/6/1939, Fallos 184:137 (XXVI).
- Strada, Juan Luis s/ocupantes del perímetro ubicado entre las calles Deán Funes, Saavedra, Barra y Cullen, 8/4/1986, Fallos 308:490 (XXVI).
- Strangio, Domingo v. Cattorini Hnos. SACIF s/accidente, 12/5/2009, Fallos 332:1078 (IV).
- Sturiale, Nicolás sucesión, 26/2/1965, Fallos 261:47 (X).
- Suárez Mason, Carlos G. y otros, 21/6/1988, Fallos 311:1042 (X).
- Suárez, Facundo v. Cherashny, Jorge G., 4/5/1995, Fallos 318:823 (XI).
- Sumario Ghikas, Antonio (Consejero Cultural de la Embajada de Grecia) s/ infracción art. 94 del Código Penal, 1/9/1958, Fallos 241:262 (XXV).
- Sumario instruido al sargento ayudante enfermero general Carlos Alberto Medina y otros s/presunto cohecho, 7/4/1992, Fallos 315:620 (X).
- Sznilowsky, Tomás Alejandro, 6/2/2003, Fallos 326:41 (XIV).
- T., S. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, 11/1/2001, Fallos 324:5 (XI).
- Tartaroglu de Neto, Leonor v. INOS s/amparo, 25/9/2001, Fallos 324:3074 (XVII).
- Tejerina, Romina Anahí s/homicidio calificado, 7/11/2006, Fallos 329:4931 (XXIV).
- Telecor SAcEl v. Provincia de Catamarca s/restitución de inmueble, 8/9/1988, Fallos 311:1812 (XXV).
- The South American Stores Gath y Chaves, 24/8/1927, Fallos 149:137 (IX).
- Thomas, Enrique v. Estado Nacional s/amparo, 15/6/2010, Fallos 333:1023 (XIII).
- Time Sharing Resorts SA v. Provincia del Neuquén s/amparo, 18/9/2007, Fallos 330:4144 (XVII).
- Timmerman, Jacobo s/hábeas corpus, 20/7/1978, Fallos 300:816 (XV, XVI).
- Tirenni, Josefa Ramona v. Castillo, Amalio s/cobro de pesos, 28/9/1960, Fallos 247:740 (XXV).

- Torcivia de Navarro Nieto, Magna Rita y otras v. Dirección Nacional de Vialidad, 28/10/1986, Fallos 308:2054 (XXV).
- Torrealdy, Ignacio Eduardo s/queja por recurso denegado, 2/11/1995, Fallos 318:2266 (XXII).
- Torres Nieto, Mirra Carmen s/su enjuiciamiento, 13/3/2007, Fallos 330:725 (XXIV).
- Tranamil, Carlos Enrique, 11/12/2007, Fallos 330:5187 (XIV).
- Transporte Chaco de la Armada Argentina, 6/5/1932, Fallos 164:344 (V).
- Triacca, Alberto J. v. Diario La Razón y otros, 26/10/1993, Fallos 316:2416 (XI).
- Tribuna Democrática s/desacato, 9/6/1947, Fallos 208:21 (XIV).
- Tribunal Municipal de Faltas v. Eduardo Sokolowski, 30/10/1958, Fallos 241:262 (XXV).
- Trossi, Luis y otros, 26/8/1960, Fallos 247:528 (XV, XVI).
- Trumper, Mario y otros s/infracción al edicto de reuniones públicas, 13/9/1951, Fallos 220:1410 (XI).
- Trusso, Francisco Javier s/incidente de excarcelación, 18/12/2002, Fallos 325:3443 (XXVI).
- Tucumán, la Provincia de v. Empresa Nacional de Correos y Telégrafos s/ejecución fiscal, 3/4/2001, Fallos 324:1127 (XVII).
- Tumbeiro, Carlos Alejandro, 3/10/2002, Fallos 325:2485 (XIV).
- Urricelqui, Evaristo Manuel, 9/3/1973, Fallos 285:127 (XIV).
- Urrutia Hnos. SCA y otros, 12/7/1977, Fallos 298:341 (IX).
- Urteaga, Facundo Raúl v. Estado Nacional s/amparo, 15/10/1998, Fallos 321:2767 (XVIII).
- Vago, Jorge Antonio v. Ediciones La Urraca SA y otros, 19/11/1991, Fallos 314:1517 (XI).
- Valdez, Enrique Carmelo, 21/4/1988, Fallos 311:552 (XIV).
- Varela Cid, Eduardo, 7/7/1992, Fallos 315:1470 (XXI).
- Varela, Florencio, 29/11/2005, Fallos 328:4252 (IX).
- Vásquez, Alejandro J., 9/8/1961, Fallos 250:418 (XII).
- Vázquez Ferrá, Evelin Karina, 30/9/2003, Fallos 326:3758 (XI).
- Ventura Estévez, 9/5/1974, Fallos 288:387 (XXIV).
- Ventura, Alberto Francisco Jaime y otra v. Banco Central de la República Argentina s/amparo, 26/6/1976, Fallos 294:152 (XVII).
- Ventura, Vicente Salvador, 22/2/2005, Fallos 328:149 (XIV).
- Verbistsky, Horacio y otros s/denuncia apología del crimen, 13/6/1989, Fallos 312:916 (XI).
- Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus, 3/5/2005, Fallos 328:1146 (XVI).
- Verocchi, Enzo Daniel v. Poder Ejecutivo Nacional s/amparo, 19/8/1999, Fallos 322:1726 (XX).

- Verón, Antenor Benedicto, 15/3/1977, Fallos 297:146 (X).
Video Club Dreams, 6/6/1995, Fallos 318:1154 (IX).
Vila, Luis y Justo y otros, 6/8/1937, Fallos 178:308 (IX).
Villacampa, Ignacio v. Almos de Villacampa, María Angélica, 9/12/1989, Fallos 312:122 (VII).
Villegas, Carlos Eusebio, 3/9/1985, Fallos 307:1590 (X).
Viñedos y Bodegas Arizu v. Provincia de Mendoza, 23/10/1929, Fallos 156:20 (XII).
Virale, Carlos José, 23/9/1986, Fallos 308:1788 (X).
Vizzoti, Carlos Alberto, 14/9/2004, Fallos 327:3677 (XII).
- Weinberg, Pedro Daniel, 15/1/1980, Fallos 302:63 (XXV).
Weinzettel, Carlos Isidoro, 24/12/1980, Fallos 302:1626 (XIV).
Wilensky, Pedro v. Provincia de Salta s/acción de amparo, 12/4/1988, Fallos 311:489 (XXV).
- Yaniz, Enrique v. Bellaci, Luis y Embajada de Portugal s/cobro de pesos, 4/10/1972, Fallos 284:20 (XXV).
Yemal, Jorge Gabriel, 17/3/1998, Fallos 321:510 (XIV).
- Zaballa, Pedro L., cónsul de la República Oriental del Uruguay, v. Barruti, Sofía s/divorcio, 23/10/1897, Fallos 70:298 (XXV).
Zamorano, Carlos Mariano s/hábeas corpus, 9/8/1977, Fallos 298:441 (XV, XVI).
Zarate Jades y otros v. Provincia de la Pampa, 13/8/1981, Fallos 303:1155 (X).
Zárate, José Miguel, 23/9/1960, Fallos 247:708 (XV).
Zarich, Domingo v. La Capital Diario, 5/3/1958, Fallos 240:122 (X).
Zavalía, José Luis v. Provincia de Santiago del Estero y Estado Nacional s/amparo, 21/9/2004, Fallos 327:3852 (VI).
Zerbino, Mario Carlos, 2/6/1983, Fallos 305:710 (XIV).
Zofracor SA v. Estado Nacional s/amparo, 14/12/1999, Fallos 322:3122 (XX).
Zurita, Hugo Gabriel, 23/4/1991, Fallos 314:333 (XIV).

VANOSI, Jorge Reinaldo
Teoría Constitucional

Una de las obras más importantes del derecho constitucional actual, que se amplía con nuevos abordajes de gran interés.

Esta tercera edición aborda los pilares que caracterizan al Poder Constituyente y a las potestades del control como elementos constitutivos del Estado de Derecho y agrega nuevos capítulos para una mayor comprensión de los diversos aspectos de fenómenos tan abarcativos.

Principales temas que trata la obra: Poder Constituyente – Control judicial de constitucionalidad – Derecho administrativo – Historia constitucional y del pensamiento – Teoría política – Interpretación constitucional – Economía y Constitución – Valores constitucionales – Derechos y garantías

3ª edición, 2013, 3 tomos 2592 páginas

ABELEDOPERROT