

CARLOS M. NEGRI

DIRECTOR

MARCELA S. RAMA

COORDINADORA

FEDERICO A. ADDATI - GABRIELA M. ALONSOPEREZ

JAVIER I. BARRAZA - CARLOS A. CASSINI - ANDRÉS A. DIEHL

ALFREDO SILVERIO GUSMAN - EXEQUIEL A. JUÁREZ

GERMAN KRIVOCAPICH - ALBERTO A. LUGONES

ANDREA M. PÉREZ - AGUSTÍN PESCE - JORGE A. SERENI

ALEJANDRO H. SPESSOT - MANUEL R. TRUEBA

MANUAL DE INSTITUCIONES DE DERECHO PÚBLICO

ERREIUS

Instituciones de derecho público / Carlos María Negri ... [et al.] ; coordinación general de Marcela Silvia Rama ; dirigido por Carlos María Negri. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Erreius, 2016.

456 p. ; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-3953-38-5

1. Derecho Público. I. Negri, Carlos María II. Rama, Marcela Silvia, coord. III. Negri, Carlos María, dir.
CDD 342

Manual de instituciones de Derecho Público

1^a edición

ERREIUS

Paraná 725 (1017) - Buenos Aires - República Argentina

Tel.: 4370-2002

Internet: www.erreius.com

E-mail: clientes@erreius.com

ISBN: 978-987-3953-38-5



Nos interesan sus comentarios sobre la presente obra:

editorial@erreius.com

© 2016 ERREIUS

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

Impreso y hecho en la Argentina
Printed in Argentina

No se permite la reproducción parcial o total, el almacenamiento, el alquiler, la transmisión o la transformación de este libro, en cualquier forma o por cualquier medio, sea electrónico o mecánico, mediante fotocopias, digitalización u otros métodos, sin el permiso previo y escrito del editor. Su infracción está penada por las leyes 11.723 y 25.446.

Esta edición se terminó de imprimir
en los talleres gráficos Color Efe,
en Buenos Aires, República Argentina,
en el mes de marzo de 2016

Prólogo

Los seleccionados: los mejores; los que creen en el esfuerzo y el mérito; los profesores que concursan para sus cargos.

Varios de los autores de esta obra fueron designados profesores por concurso de antecedentes y oposición en la Universidad de Buenos Aires. Conjugan idoneidad, vocación docente y constancia. Una maravilla.

Me ha tocado introducir en los meandros de la Facultad de Ciencias Económicas a los profesores regulares adjuntos Gabriela Marta Alonsoperez, el doctor Javier Indalecio Barraza, Andrés Adolfo Diehl, Alfredo Silverio Gusman, German Krivocapich, Alberto Agustín Lugones, Marcela Silvia Rama, Andrea Mercedes Pérez y Manuel Rufino Trueba.

Un honor y un orgullo.

De las reuniones de cátedra, esa interacción entre maestros, surgían opiniones y puntos de vista diversos; discusiones que tensaban y exigían el intelecto. La mejor forma que conozco de extender el conocimiento.

En ellas colaboraron otros profesores de trayectoria en esta casa, como Jorge Aquiles Sereni, Alejandro Spessot y docentes colaboradores de las cátedras como Agustín Pesce, Carlos Cassini y Federico Addati.

Un lujo. La universidad pública en su plenitud.

En ese devenir, un programa nuevo de la materia “Instituciones de Derecho Público” se integraba con los demás del Departamento de Derecho –adecuados a las reformas del Código Civil y Comercial unificado–.

Surgió la necesidad de transformar la efímera palabra oral en un texto que sirviera para los educandos que, incorporados a la universidad, desandan sus primeros pasos en cuestiones basales del Derecho Público, esas que los van a introducir en su rol de *ciudadanos responsables*.

Estado de derecho. Seguridad jurídica. Inversiones. Instituciones. Autoridad. Autoritarismo. Democracia. División de poderes. Derecho y economía. Derechos y deberes. Argentina en el mundo, ejes que hacen a la idiosincrasia y formación ciudadana.

Su pleno conocimiento resulta indispensable para todos los habitantes del país. Mucho más para los estudiantes de la Facultad de Ciencias Económicas.

La obra es un compendio de saberes que se complementan. Su utilidad es fantástica. Estoy seguro de que tendrá larga vida y, como esos buenos vinos, mejorará con el tiempo.

A todos los autores, mi agradecimiento no solo por haberme permitido participar, sino por brindarse, como lo hacen, a *construir personas* útiles para sí y para nuestro país.

Un especial reconocimiento a Marcela Rama, coordinadora y *alma mater* del libro, sin cuya constancia y dedicación muy difícilmente se hubiera podido concretar.

Buenos Aires, marzo de 2016.

CARLOS MARÍA NEGRÍ

Palabras de la coordinadora

La mayoría de quienes hicimos esta obra somos, desde hace muchos años, profesores o profesoras de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires y sabemos las dificultades que entraña el estudio de las disciplinas jurídicas para quienes cursan las carreras de contador público, licenciatura en administración, actuario y licenciatura en sistemas de información de las organizaciones.

La asignatura “Instituciones de Derecho Público” tiene su columna vertebral en el derecho constitucional, pero también comprende el estudio de institutos de diversas ramas de la ciencia jurídica, a saber, Derecho Procesal Constitucional, Derecho Político o Teoría del Estado, Derecho Tributario y Financiero, Derecho Administrativo, Derecho Económico, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho de la Integración.

La vastedad de su contenido y la circunstancia de ser la primera materia jurídica de las carreras indicadas exigen al docente un gran esfuerzo para incentivar un estudio profundo y, a la vez, comprensivo de toda la materia.

A partir de la reforma al programa de esta asignatura mediante la resolución 1991/2015 del Consejo Directivo de la Facultad, se incorporaron nuevos contenidos y se reformularon otros. Ello derivó en la necesidad de elaborar un texto que los abarcara y fuese una herramienta complementaria de los servicios digitales que, aceleradamente, viene ampliando nuestra Facultad.

La participación del director Carlos María Negri; de un brillante jurista como el doctor Javier Indalecio Barraza; de autores de destacadas obras como Alfredo Silverio Gusman, entre otros, dan prestigio a este manual.

Entre los autores hay una gran diversidad: mujeres y hombres; jóvenes y no tanto; con distintas posturas doctrinarias e ideológicas; con diferentes estilos de redacción y desarrollo de los temas objeto de cada capítulo. No era posible evitarla porque somos muchos los autores, pero, fundamentalmente, porque no era lo que deseábamos.

La diversidad y la pluralidad son valores de las sociedades democráticas y, para preservarlos, es necesaria la confrontación respetuosa de las ideas y propuestas. Es nuestra Universidad, que en pocos años festejará su bicentenario, su ámbito natural.

Consideramos que el derecho no admite miradas unívocas precisamente porque es parte de la cultura de un pueblo; no solo la refleja sino que dialécticamente debe receptar y contemplar las diversidades de la sociedad a la cual está destinado. En el siglo XXI, este proceso se ha vuelto más veloz y complejo.

Seguramente tendremos que actualizar y reformular algunos temas en un futuro no lejano y, para ello, será fundamental la opinión de las y los estudiantes, sus principales destinatarios.

Agradezco profundamente al director Carlos Negri y a los autores haber sido depositaria de su confianza para coordinar esta obra; espero no haberla defraudado.

Por último, agradezco a la vida haber iniciado mi carrera docente de la mano de Andrés Diehl, fallecido el pasado año y quien fuera mi esposo y profesor en esta facultad. No solo me transmitió conocimientos y métodos de enseñanza, sino también amor por la docencia universitaria y respeto por las y los estudiantes, ya que, al fin y al cabo, seguimos siéndolo toda la vida.

Buenos Aires, marzo de 2016.

MARCELA S. RAMA

Índice

CAPÍTULO I Historia del constitucionalismo ANDRÉS ADOLFO DIEHL

1.1. Introducción	1
1.2. Reseña histórica.....	2
1.2.1. Orígenes de las revoluciones liberales	2
1.2.2. Las revoluciones liberales.....	5
1.2.2.1. La Gloriosa Revolución.....	5
1.2.2.2. La revolución norteamericana. Sanción de la primera constitución codificada.....	6
1.2.2.3. La Revolución Francesa.....	7
1.2.2.3.1. Principales causas de la Revolución Francesa	7
1.2.2.3.2. El estallido revolucionario	8
1.2.2.3.3. Desarrollo de la revolución. Los enfrentamientos internos.....	9
1.2.2.3.4. La Constitución de 1791	9
1.2.2.3.5. El rechazo a la Constitución de 1791	10
1.2.2.3.6. La Constitución de 1793	11
1.2.2.3.7. La Constitución de 1795	11
1.2.2.3.8. Influencia posterior de la Revolución Francesa	12
1.3. Difusión y evolución del constitucionalismo	12
1.3.1. Introducción	12
1.3.2. Constitucionalismo clásico o liberal	13
1.3.2.1. Concepto	13
1.3.2.2. Bases ideológicas y doctrinarias	13
1.3.2.2.1. Liberalismo político	13
1.3.2.2.2. Liberalismo económico	16
1.3.2.2.3. Liberalismo filosófico	17
1.3.2.2.4. La democracia moderna	18
1.3.2.3 Derechos de primera generación. Rol del estado.....	19
1.3.3. Constitucionalismo social.....	21
1.3.3.1. Concepto	21

1.3.3.2. Causas. La “cuestión social”	22
1.3.3.3. Bases ideológicas y doctrinarias	23
1.3.3.3.1. Socialismo.....	23
1.3.3.3.2. Sindicalismo	24
1.3.3.3.3. La Doctrina Social de la Iglesia	25
1.3.3.3.4. El pensamiento keynesiano	25
1.3.3.4. Derechos de segunda generación. Rol del estado	26
1.3.4. Crisis del constitucionalismo	28
1.3.5. El constitucionalismo actual	29
1.4. Derechos de primera, segunda y tercera generación	31
1.5. Evolución del constitucionalismo argentino	31
1.5.1. Proceso histórico argentino	31
1.5.1.1. Etapa o era indígena.....	31
1.5.1.2. Etapa o era española, hispánica o colonial	32
1.5.1.3. Período patrio: primeros intentos de organización nacional	32
1.5.1.4. Etapa de la anarquía. Organización de las provincias	33
1.5.1.5. Etapa de la Confederación	34
1.5.1.6. Sanción de la Constitución Nacional	35
1.5.1.7. Secesión y reincorporación de la provincia de Buenos Aires.....	36
1.5.1.8. Etapa del nuevo predominio de la clase política porteña.....	36
1.5.1.9. La cuestión de la Capital Federal.....	37
1.5.2. Fuentes de la Constitución Nacional de 1853/60	37
1.5.3. Impacto de las etapas del constitucionalismo en la Constitución Nacional....	38

CAPÍTULO II
El estado. El estado de derecho. Derecho constitucional
CARLOS ALBERTO CASSINI

2.1. El estado como fenómeno político y jurídico.....	39
2.1.1. Concepto de estado.....	39
2.1.2. Origen y evolución del estado	40
2.1.3. Fenómeno político y jurídico	41
2.2. El estado de derecho.....	44
2.2.1. Concepto de derecho	44
2.2.2. Introducción al estado de derecho	45
2.2.3. Derecho objetivo y subjetivo	48
2.3. Derecho natural y derecho positivo	49
2.3.1. Concepto de derecho natural.....	49
2.3.2. Concepto de derecho positivo	50
2.3.3. Diferencias entre derecho natural y positivo	51
2.3.4. Ramas del derecho positivo	52
2.4. Derecho público y privado	53

2.4.1. Concepto de derecho público	53
2.4.2. Concepto de derecho privado	54
2.4.3. Conclusión	55
2.5. El derecho constitucional como derecho fundamental de organización del estado	55
2.5.1. Concepto de derecho constitucional.....	55
2.5.2. Ciencia del derecho constitucional	57
2.5.3. Objeto y método del derecho constitucional	60
2.5.3.1. Objeto	60
2.5.3.2. Método	60
2.6. Fuentes del derecho constitucional	61
2.6.1. Concepto y clasificación.....	61
2.6.2. Fuentes primarias y secundarias	63
2.6.2.1. Constitución Nacional	63
2.6.2.2. Tratados internacionales de jerarquía constitucional	64
2.6.2.3. Leyes constitucionales complementarias.....	64
2.6.2.4. Costumbre internacional.....	64
2.6.2.5. Doctrina	65
2.6.2.6. Jurisprudencia	65
2.6.2.7. Derecho comparado	65
2.6.2.8. Historia.....	66
2.6.2.9. Los principios generales del derecho.....	66

CAPÍTULO III
Teoría constitucional
MANUEL RUFINO TRUEBA

3.1. Introducción	67
3.2. Conceptos político y jurídico, y fuerza normativa de la Constitución	67
3.3. Tipos y clases de constitución	72
3.3.1. Finalidad de la clasificación	72
3.3.2. Tipos de constitución	72
3.3.3. Clases de constitución	74
3.4. Contenido de las constituciones y clasificación de las normas constitucionales....	76
3.5. El poder constituyente. Concepto. Clases. Diferencia con los poderes constituidos.....	79
3.6. Ejercicio del poder constituyente derivado en la República Argentina.	
Análisis del art. 30, CN. La reforma de la Constitución argentina.....	83
3.6.1. Las dos etapas del procedimiento de reforma.....	83
3.6.2. La etapa preconstituyente.....	84
3.6.3. La etapa constituyente.....	85
3.6.4. Control de la reforma. El poder de reforma como poder constituido.....	87

3.7. Las reformas constitucionales.....	88
3.8. El poder constituyente provincial	90
3.9. La Constitución y la educación	90
3.10. La interpretación constitucional. Principales técnicas, reglas o métodos.....	91
3.10.1 Método literal o gramatical	92
3.10.2 Método histórico o de la voluntad del creador de la norma (método teleológico), método dinámico e interpretación mutativa	92
3.10.3 Método previsor o por examen de las consecuencias.....	93

CAPÍTULO IV
Supremacía y control constitucional
 MARCELA SILVIA RAMA

4.1. Introducción	95
4.2. Régimen de los tratados internacionales	96
4.2.1. Introducción	96
4.2.2. Relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno	96
4.2.3. Tratados especiales.....	97
4.2.3.1. Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos	97
4.2.3.2. Tratados internacionales de integración	98
4.2.3.3. Aspectos comunes	99
4.2.4. Procedimiento para la vigencia y denuncia de un tratado internacional en nuestro país	99
4.2.4.1. Procedimiento para todos los tratados internacionales	99
4.2.4.1.1. Vigencia.....	99
4.2.4.1.2. Denuncia	101
4.2.4.2. Casos especiales.....	101
4.2.4.2.1. Tratados sobre derechos humanos de jerarquía constitucional....	101
4.2.4.2.2. Tratados de integración	102
4.3. Supremacía constitucional	103
4.3.1. Concepto	103
4.3.2. Representación gráfica de la jerarquía normativa	105
4.4. Control de constitucionalidad	107
4.4.1. Concepto	107
4.4.2. Sistemas de control en el derecho comparado	107
4.4.2.1. Sistema de control judicial difuso	107
4.4.2.2. Sistemas de control concentrado	108
4.4.3. Sistemas de control argentino (a nivel federal)	108
4.4.3.1. Caracterización del sistema.....	108
4.4.3.2. Requisitos para que pueda efectuarse el control de constitucionalidad.....	110
4.4.3.3. Aclaración final	111

CAPÍTULO V
Formas políticas
AGUSTÍN PESCE

5.1. Formas de gobierno y de estado	113
5.2. Formas de estado	113
5.3. Formas de gobierno	115
5.3.1. Clasificaciones clásicas	115
5.3.2. Clasificaciones modernas	116
5.3.3. Democracia y autocracia	117
5.3.4. Parlamentarismo y presidencialismo	118
5.3.5. La representación política	120
5.3.6. El sufragio	121
5.3.7. Sistemas electorales	121
5.3.8. Partidos políticos	122
5.4. Forma de gobierno y de estado en la República Argentina	123
5.4.1. Introducción	123
5.4.2. Gobierno representativo	125
5.4.3. Mecanismos de participación popular	127
5.4.4. Gobierno republicano	129
5.4.5. Presidencialismo	132
5.5. Gobierno federal	133
5.5.1. Distribución territorial del poder político. Forma de estado	133
5.5.2. Situación de la Ciudad de Buenos Aires	135

CAPÍTULO VI
La constitución económica. Poder tributario del estado
JORGE AQUILES SERENI Y EXEQUIEL ALBERTO JUÁREZ

6.1. Introducción	137
6.2. Poder tributario del estado	137
6.2.1. Concepto	137
6.2.2. Principios y límites del poder tributario del estado	138
6.2.2.1. Principio de legalidad	138
6.2.2.2. Principio de igualdad	138
6.2.2.3. Principio de no confiscatoriedad	139
6.2.2.4. Principio de proporcionalidad	139
6.2.2.5. Principio de generalidad	139
6.3. Tributos	139
6.3.1. Concepto	139
6.3.2. Distintos modelos tributarios	141
6.3.2.1. MCTAL. OEA-BID	141

6.3.2.2. CIAT	141
6.3.2.3. Ley general tributaria de España (LGTE) – ley 58/2003	142
6.3.3. Capacidad contributiva	142
6.3.3.1. Concepto	142
6.3.3.2. Evolución jurisprudencial.....	144
6.3.3.3. Criterio aplicable desde la reforma constitucional de 1994.....	145
6.3.4. Concepto de presión tributaria.....	146
6.4. Impuestos.....	147
6.4.1. Concepto	147
6.4.2. Clasificaciones.....	147
6.4.2.1. Reales y personales	147
6.4.2.2. Fijos, proporcionales y progresivos	148
6.4.2.3. Directos e indirectos	149
6.4.2.4. Instantáneos y periódicos o de ejercicio	149
6.4.2.5. Impuestos financieros y de ordenamiento.....	150
6.4.3. Efectos económicos de los impuestos.....	150
6.5. Tasas.....	151
6.5.1. Concepto	151
6.5.2. Características esenciales.....	152
6.6. Contribuciones especiales	152
6.6.1. Concepto	152
6.7. El peaje	153

CAPÍTULO VII
La constitución económica. Distribución de potestades tributarias
GERMAN KRIVOCAPICH

7.1. Distribución de potestades tributarias entre la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires. Poder tributario municipal	155
7.1.1. Principios generales de distribución de la renta pública en la Constitución. Normas de distribución específicamente tributarias	155
7.1.1.1. La autonomía municipal en la Constitución reformada.....	157
7.1.1.1.1. Implicancias de la autonomía en materia financiera y tributaria ...	159
7.1.1.1.2. Limitaciones al poder tributario municipal.....	159
7.1.1.1.3. Potestad tributaria y tributos municipales	160
7.2. La cláusula comercial, cláusula del progreso, establecimientos de utilidad nacional y poderes implícitos del Congreso Nacional	161
7.2.1. Cláusulas constitucionales de contenido tributario implícito	161
7.2.1.1. Cláusula del derecho común	161
7.2.1.2. La doctrina de la Corte relativa a la prescripción de la obligación tributaria.....	163
7.2.2. Cláusula comercial	164

7.2.3. Cláusula del progreso	165
7.2.4. Cláusula de los establecimientos de utilidad nacional	165
7.3. Leyes de unificación y de coparticipación de impuestos	165
7.3.1. Antecedentes y régimen actual.....	165
7.3.2. La reforma constitucional	167
7.4. Limitaciones constitucionales al poder de imposición	170
7.4.1. Los principios del derecho tributario en la doctrina y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.....	171
7.4.1.1. Reserva de ley.....	171
7.4.1.2. Deber de contribuir, derecho de propiedad e interdicción de la confiscatoriedad	172
7.4.1.3. Igualdad.....	174
7.4.1.4. Capacidad contributiva	175
7.5. Tutela jurisdiccional	176
7.5.1. Tutela jurisdiccional efectiva en materia tributaria	176
7.5.2. El principio <i>solve et repete</i>	177
7.5.2.1. Incidencia del Pacto de San José de Costa Rica.....	177
7.5.3. Acción meramente declarativa	178
7.5.3.1. Conceptualización de la acción: requisitos.....	178
7.5.3.1.1. Concepto de estado de incertidumbre	178
7.5.3.1.2. Interés legítimo	178
7.5.3.1.3. Prevención de un perjuicio o lesión actual.....	179
7.5.3.1.4. Inexistencia de otra vía procesal: obligaciones tributarias.....	179
7.5.3.2. Procedimiento para ejercer la acción declarativa	179
7.5.3.3. Aplicación de la acción declarativa en las controversias tributarias	179
7.5.3.4. La prevención de la materia tributaria	180
7.5.3.4.1. La legitimidad de los actos administrativos.....	180
7.5.3.4.2. El cumplimiento de la regla <i>solve et repete</i>	180
7.5.3.4.3. La subsidiariedad en la elección de otra vía procesal	181
7.6. El Tribunal Fiscal de la Nación (TFN) y el control de constitucionalidad	181
7.7. Seguridad jurídica	182

CAPÍTULO VIII
El Derecho de la Integración. Mercados, economía y poder
CARLOS MARÍA NEGRI

8.1. Derecho de la Integración.....	186
8.1.1. Introducción	186
8.1.2. Concepto	186
8.1.3. Nuevas realidades geopolíticas. Los Estados nación y el concepto de soberanía. Interdependencia global.....	187
8.1.4. Globalización	189

8.1.4.1. De un mundo bipolar EE.UU.-URSS, a uno unipolar EE.UU. y, en el siglo XXI, a uno multipolar	189
8.1.4.1.1. Introducción	189
8.1.4.1.2. Bipolaridad. Unipolaridad. Multipolaridad	189
8.1.4.2. La sociedad de consumo. El consumo como “ideología” y los mercados como campo de batalla.....	191
8.1.4.2.1. El contexto	192
8.1.4.3. Regiones y mercados	195
8.1.4.3.1. Clientela global en un mundo glolocalizado. Un nuevo eje: la gobernabilidad de los mercados	195
8.1.4.3.2. Empresas glocales en un mundo globalizado	195
8.1.4.3.3. Gobernabilidad de los mercados	195
8.1.5. Integración.....	196
8.1.5.1. Introducción	196
8.1.5.2. Niveles de integración	196
8.1.5.2.1. La zona preferencial	196
8.1.5.2.2. La zona de libre comercio	197
8.1.5.2.3. Unión aduanera	197
8.1.5.2.4. Mercado común	197
8.1.5.2.5. Comunidad económica	197
8.1.5.2.6. Integración completa y total.....	197
8.1.6. Argentina y el derecho supranacional	198
8.1.7. Organismos internacionales más importantes por su influencia en la economía	200
8.1.7.1. ONU. BIRF. FMI	200
8.1.7.2. El G 20	200
8.1.7.3. GATT	201
8.1.7.4. OMC.....	201
8.2. Sistemas de integración actuales.....	202
8.2.1. La Unión Europea.....	202
8.2.1.1. Introducción	202
8.2.1.2. Estructura orgánica	202
8.2.1.2.1. El Consejo Europeo	203
8.2.1.2.2. Consejo de la Unión Europea o Consejo de Ministros	203
8.2.1.2.3. El Parlamento	203
8.2.1.2.4. La Comisión	204
8.2.1.2.5. El Tribunal de Justicia	204
8.2.1.2.6. Organismos técnicos	205
8.2.1.2.7. Actualidad 2015	205
8.2.2. Latinoamérica	205
8.2.2.1. Introducción. El sueño de la “Patria Grande”	205
8.2.2.2. CEPAL. Comisión Económica para América Latina.....	206
8.2.2.3. Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC)	206

8.2.2.4. Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)	207
8.2.3. El Mercosur	208
8.2.3.1. Antecedentes que posibilitaron su concreción.....	208
8.2.3.2. Tratado del Mercosur o tratado de Asunción	208
8.2.3.3. El Protocolo de Ouro Preto. Estructura institucional definitiva	209
8.2.3.3.1. Consejo del Mercado Común (CMC)	209
8.2.3.3.2. El Grupo Mercado Común (GMC)	209
8.2.3.3.3. La Comisión de Comercio del Mercosur (CCM)	209
8.2.3.3.4. El Foro Consultivo Económico-Social (FCES).....	210
8.2.3.3.5. Parlamento del Mercosur. Parlasur	210
8.2.3.3.6. La Secretaría Administrativa (SAM)	211
8.2.3.4. Solución de controversias. Procedimiento “provisorio” que perdura en el tiempo.....	211
8.2.3.5. Armonización de las legislaciones nacionales	212
8.2.3.6. Análisis crítico	212
8.2.4. ALBA. Alianza Bolivariana para los Pueblos de nuestra América.	
Contraposición al ALCA.....	214
8.2.5. Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)	215
8.2.5.1. Órganos de la UNASUR	216
8.2.5.2. Solapamiento de organismos internacionales, estructuras y funcionarios. Complementación o fusión.....	217
8.2.6. Alianza del Pacífico.....	218
8.2.7. Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC)	218
8.2.8. EE.UU. y su área de influencia.....	219
8.2.8.1. Área de libre comercio de las Américas (ALCA)	219
8.2.8.2. Tratado de libre comercio de América del Norte (NAFTA) –EE.UU., Canadá y Méjico–	220
8.2.8.3. TPP y TTIP	221
8.2.8.3.1. Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP) – <i>Trans-Pacific Partnership</i> –	221
8.2.8.3.2. Tratado Transatlántico de Comercio e Inversión (TTIP). Incorporación de la UE al TTP.....	222
8.2.9. BRICS	222
8.2.9.1. Introducción	222
8.2.9.2. China	223
8.2.9.2.1. Acuerdos. Área de influencia	224
8.2.9.2.2. Relevancia económica y financiera	224
8.2.9.2.3. Alianza estratégica integral con Argentina	225
8.2.9.2.3.1. Salvataje monetario. Acuerdos con cláusulas secretas	225
8.2.9.3. Los otros países integrantes del grupo BRICS	226
8.2.9.3.1. India	226
8.2.9.3.2. Brasil	226
8.2.9.3.3. Rusia.....	227

8.2.9.3.4. Sudáfrica	228
8.2.9.3.5. Méjico	228
8.3. Argentina en el mundo de hoy	228
8.3.1. Eslóganes y realidades	229
8.3.2. Argentina y su importancia en el mundo	229
8.3.3. El contexto	230
8.3.3.1. En el mundo	230
8.3.3.2. En nuestro país	230
8.3.4. Algunas propuestas	231

CAPÍTULO IX
Los derechos fundamentales
ALFREDO SILVERIO GUSMAN

9.1. Teoría general de los derechos fundamentales	235
9.1.1. Introducción	235
9.1.2. Distintas clasificaciones	236
9.2. Derechos civiles o de autonomía personal. Derechos políticos o participación ciudadana POR YARI SERUR	238
9.2.1. Concepto de derechos civiles	238
9.2.2. Derechos implícitos e incorporación de tratados y convenciones sobre derechos humanos	240
9.2.3. Concepto de derechos políticos	241
9.3. Derechos económicos, sociales y culturales POR MARÍA ALEJANDRA D'AMICO	242
9.3.1. Introducción	242
9.3.1.1. Derecho a la educación	242
9.3.1.2. Derecho a la seguridad social	243
9.3.1.3. Derecho al trabajo	243
9.3.1.4. El derecho a una vivienda adecuada	244
9.3.1.5. Derecho a la salud	244
9.3.1.6. Derecho al agua	245
9.3.1.7. El derecho a la alimentación adecuada	246
9.3.2. Judicabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales	246
9.4. Los nuevos derechos: derechos del ambiente y del usuario y del consumidor POR FEDERICO FERNÁNDEZ	247
9.4.1. El derecho a un medio ambiente sano	248
9.4.2. Los derechos de los consumidores y usuarios	249
9.5. Derecho a la identidad. El género y los derechos POR MICAELA KREIMER	251
9.5.1. Introducción. Derecho a la identidad	251

9.5.2. Género. Concepto. Diferenciaciones	252
9.5.2.1. Sexo y género	253
9.5.2.2. Mujer y género.....	253
9.5.2.3. Grupo vulnerable y género	253
9.5.2.4. Feminismo y género.....	254
9.5.2.5. Discriminación o desigualdad y género	254
9.5.3. Derecho de género en la Constitución. Ley de identidad de género.....	254
9.6. La reglamentación de los derechos	
POR ALFREDO SILVERIO GUSMAN	255
9.6.1. El principio de legalidad.....	256
9.6.2. El principio de razonabilidad.....	256
9.6.3. La restricción de los derechos. Las llamadas “emergencias”	257
9.7. Los derechos humanos en la Constitución. Supuestos de responsabilidad del estado. Tutela internacional de los derechos humanos –remisión–	
POR CARLOS MALLO	260
9.7.1. Los derechos humanos en la Constitución.....	260
9.7.2. Supuestos de responsabilidad del estado	260
9.7.3. Tutela internacional de los derechos humanos –remisión–.....	261

CAPÍTULO X
El Poder Legislativo
POR ALEJANDRO HERNÁN SPESSOT

10.1. El órgano Congreso	263
10.2. Bicamarismo	264
10.3. Elección	265
10.3.1. Diputados nacionales	265
10.3.2. Senadores nacionales	266
10.4. Competencias del Congreso	266
10.4.1. Potestades específicas de cada cámara	267
10.4.2. Competencias legislativas del Congreso	268
10.4.2.1. Materia económica y financiera.....	268
10.4.2.2. Otras materias.....	272
10.4.2.3. Administración	273
10.4.2.4. Progreso, desarrollo y cultura	273
10.4.2.5. Facultades compartidas	274
10.4.3. Emergencias	275
10.4.4. Designaciones	277
10.4.5. Delegación al Poder Ejecutivo	277
10.5. La ley	278
10.5.1. Concepto	278
10.5.2. Caracterización	278

10.5.3. Clasificación.....	279
10.5.4. Proceso de formación de las leyes	281
10.6. Labor parlamentaria	283
10.6.1. Concepto	283
10.6.2. Plenos, comisiones y comisiones bicamerales.....	283
10.7. Derecho parlamentario	285
10.7.1. Concepto	285
10.7.2. Reglamentos de ambas cámaras	286
10.8. Inmunidades de los legisladores	287
10.9. Juicio político.....	292

CAPÍTULO XI
El Poder Ejecutivo en la Constitución
FEDERICO ÁNGEL ADDATI

11.1. Introducción	295
11.1.1. Composición y naturaleza del Poder Ejecutivo	296
11.1.2. Duración en el mandato. Reección	296
11.1.3. Sueldo e incompatibilidades.....	297
11.1.4. Elección	297
11.1.4.1. Requisitos y condiciones para ser elegido presidente.....	297
11.1.4.2. Momento en que deben reunirse los requisitos	298
11.1.4.3. Procedimiento de elección.....	298
11.1.4.4. El juramento	299
11.1.5. Jefaturas presidenciales	299
11.1.6. Acefalía del Poder Ejecutivo. La vicepresidencia. Otros supuestos.....	300
11.1.6.1. La acefalía del presidente de la Nación. Causales	300
11.1.6.2. El vicepresidente	301
11.1.6.3. Otros supuestos.....	301
11.1.6.3.1. La doble acefalía	301
11.1.6.3.2. La ley 20972 de acefalía	302
11.1.6.3.3. Vacancia de la vicepresidencia	302
11.2. Ministerios	303
11.2.1. Designación de los ministros	303
11.2.2. El jefe de gabinete de ministros	303
11.2.2.1. Las funciones constitucionales del jefe de gabinete	303
11.2.2.2. Relación entre el presidente y el jefe de gabinete.....	304
11.2.2.3. Relación del jefe de gabinete con los demás ministros	305
11.3. Reglamentos.....	305
11.3.1. Reglamentos de ejecución	306
11.3.2. Reglamentos autónomos	306
11.3.3. Reglamentos de necesidad y urgencia	307

11.3.4. Reglamentos delegados.....	309
11.4. Caracterización de la actividad administrativa	310
11.4.1. La función legislativa	311
11.4.2. La función jurisdiccional	311
11.4.3. La función administrativa	312
11.4.4. Las notas distintivas de la función administrativa	312
11.4.5. La actividad administrativa en los órganos judicial y legislativo	313
11.4.6. La actividad jurisdiccional y legislativa dentro de la administración.....	313
11.5. Acto administrativo	313
11.6. Procedimiento administrativo.....	314
11.6.1. Principios del procedimiento administrativo	314
11.6.1.1. Principio de legalidad o juricidad	315
11.6.1.2. La verdad jurídica objetiva	315
11.6.1.3. Impulsión e instrucción de oficio	315
11.6.1.4. Informalismo	316

CAPÍTULO XII
El Poder Judicial en la Constitución
ALBERTO AGUSTÍN LUGONES

12.1. Introducción	317
12.2. La Corte Suprema de Justicia de la Nación	318
12.2.1. Creación	318
12.2.2. Designación de sus integrantes	318
12.2.3. Juramento	319
12.2.4. El presidente de la Corte Suprema. Su nombramiento.....	319
12.2.5. Requisitos para ser juez de la Corte Suprema.....	319
12.2.6. La “supremacía” de la Corte “Suprema”	319
12.3. Los tribunales inferiores.....	320
12.3.1. Los jueces de la Capital Federal. La situación antes y después de la reforma constitucional de 1994. Art. 129, CN.....	321
12.4. El juez	321
12.4.1. Garantías de independencia y eficacia.....	321
12.4.2. El juez en la justicia nacional. Funciones y garantías.....	322
12.4.2.1. La independencia de los jueces	323
12.4.2.2. La inamovilidad	324
12.4.2.2.1. Los traslados	324
12.4.2.3. La intangibilidad de las remuneraciones	325
12.4.2.4. La situación de jueces provisorios –subrogantes–.....	325
12.5. Competencias de la justicia federal y provincial	327
12.5.1. La jurisdicción federal y la jurisdicción provincial.....	327

12.5.2. La regulación por ley de la jurisdicción federal	327
12.5.2.1. Causas regidas por el derecho federal	328
12.5.2.1.1. Tratados con estados extranjeros	328
12.5.2.1.2. Causas de almirantazgo y jurisdicción marítima.....	328
12.5.2.1.3. Cuando la Nación es parte.....	329
12.5.2.1.4. Causas por razón de las partes	329
12.5.2.1.5. Las causas en que es parte un estado extranjero	330
12.5.2.1.6. Causas criminales	330
12.5.2.1.7. Por razón del lugar	331
12.6. Corte Suprema de Justicia de la Nación: vías de acceso. Competencia	331
12.6.1. Competencia originaria y exclusiva.....	331
12.6.1.1. Causas en las que es parte una provincia.....	331
12.6.1.2. Causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros.....	332
12.6.1.2.1. Causas y asuntos concernientes a embajadores	332
12.6.1.2.2. Personas que pueden convertir un juicio en causa concerniente	332
12.6.2. Competencia por apelación	332
12.6.2.1. Competencia por apelación ordinaria.....	333
12.6.2.1.1. Ciertas causas en que el Estado Nacional es parte.....	333
12.6.2.1.2. Extradición de criminales.....	333
12.6.2.1.3. Almirantazgo y jurisdicción marítima	333
12.6.2.2. Competencia por apelación extraordinaria	333
12.6.2.2.1. El recurso extraordinario	334
12.6.2.2.2. Recurso extraordinario por sentencia arbitralia	335
12.6.2.2.3. El recurso extraordinario por gravedad institucional.....	336
12.6.2.2.4. Trámite y resolución del recurso extraordinario	336
12.6.2.2.5. El recurso de queja.....	336
12.6.2.3. El <i>certiorari</i>	337
12.6.2.4. El <i>per saltum</i>	337
12.7. El Consejo de la Magistratura.....	337
12.7.1. Composición y elección de sus miembros.....	337
12.7.2. Atribuciones.....	338
12.7.2.1. Selección de magistrados	339
12.7.2.2. Funciones disciplinarias y acusatorias	339
12.8. El jurado de enjuiciamiento.....	341
12.8.1. Composición y elección de sus miembros.....	341
12.8.2. Cómo procede el jurado de enjuiciamiento	342
12.8.2.1. La acusación y la defensa.....	342
12.8.2.2. La oralidad y la publicidad	342
12.8.2.3. La discusión final	342
12.8.2.4. El fallo	343
12.8.2.5. Posibilidad de revisión del fallo	343

CAPÍTULO XIII
El Ministerio Público
JAVIER INDALECIO BARRAZA

13.1. Introducción	345
13.2. Ubicación institucional	346
13.3. Características	346
13.3.1. Precisión de conceptos.....	346
13.3.2. Diferencia entre ente y órgano.....	347
13.4. Los miembros.....	348
13.5. Funciones.....	348
13.5.1. “En defensa de la legalidad”	349
13.5.2. Defensa de los intereses generales de la sociedad.....	349

CAPÍTULO XIV
El control
JAVIER INDALECIO BARRAZA

14.1. Introducción	351
14.1.1. Evolución histórica.....	351
14.1.2. Clasificación.....	352
14.1.3. Modelos	352
14.2. La ley 24156	353
14.2.1. Las reformas en la materia	353
14.2.1.1. De la creación de una comisión bicameral	353
14.2.2. La teoría sistémica	353
14.2.2.1. Importancia de la teoría	354
14.2.2.1.1. La interrelación de sistemas.....	354
14.2.2.1.2. Centralización normativa	354
14.2.2.1.3. Descentralización operativa.....	354
14.2.3. Teoría de los sistemas.....	355
14.2.4. Coordinación y órganos rectores	355
14.2.5. Control interno y externo.....	355
14.2.6. Ámbito de aplicación	355
14.2.7. Sujetos pasivos del control interno	356
14.2.8. Sujetos alcanzados por el control externo.....	357
14.3. Sindicatura General de la Nación	357
14.3.1. De los bienes.....	357
14.3.2. Responsabilidad	358
14.3.3. Facultades	358
14.3.4. Pautas para el caso de faltante de bienes.....	359
14.3.5. Misiones.....	359

14.3.6. Facultades sancionatorias.....	359
14.3.7. De la intangibilidad legislativa.....	360
14.3.7.1. Posición de Bielsa	360
14.3.7.2. Posición de la Procuración del Tesoro de la Nación	361
14.3.7.3. Algunas reflexiones.....	361
14.3.8. Enlace con las unidades de auditoría internas	362
14.3.9. Unidades de auditoría interna	362
14.3.9.1. La figura del auditor interno	362
14.3.9.2. Nombramiento	363
14.3.9.3. Contenido de la auditoría interna	363
14.3.9.4. Del deber de información	364
14.3.9.5. De la opinión previa de la Sindicatura General de la Nación en los planes de organización	364
14.4. La Auditoría General de la Nación	364
14.4.1. Funcionamiento.....	364
14.4.2. Del patrimonio	365
14.4.3. Competencia.....	365
14.4.4. Órganos que controla	365
14.4.4.1. Convenio CSJN-AGN	365
14.4.4.1.1. Alcances del control	365
14.4.4.1.2. Estructura del sistema de control	366
14.4.4.1.3. Comunicación de las metas y planes de acción	366
14.4.4.1.4. De la elaboración de un plan de trabajo	366
14.4.4.1.5. De la garantía de un adecuado control interno.....	366
14.4.4.1.6. De la elaboración del informe anual.....	366
14.4.5. Funciones	367
14.4.6. Facultades	368
14.4.7. Criterios y normas de auditoría	368
14.4.8. Presupuesto anual de la Auditoría General de la Nación	368
14.4.9. La Auditoría y el Congreso Nacional	368
14.4.10. De la responsabilidad	369
14.4.10.1. Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación	369
14.4.10.1.1. Dónde se dirimen las cuestiones patrimoniales.....	369
14.4.10.1.2. Interrupción de la prescripción	370
14.4.10.1.3. Prescripción de la acción	370
14.4.10.1.4. Cómputo del plazo	370
14.4.10.1.5. De las facultades sancionadoras.....	370
14.4.11. La reforma constitucional.....	371
14.4.11.1. Debate en la convención constituyente	372
14.4.11.1.1. Alocución de Daniel Baum	372
14.4.11.1.2. Apostilla de Néstor Adrián Sequeiros	372
14.4.11.1.3. Disertación de Diego May Zubiría.....	372
14.4.12. Naturaleza jurídica	372

14.4.13. De la integración y funcionamiento	373
14.4.14. Integración de la Auditoría.....	374
14.5. El defensor del pueblo	375
14.5.1. Requisitos para la designación	376
14.5.2. Crítica a los requisitos	378
14.5.3. De la forma de designación	378
14.5.4. De la remoción	379
14.5.5. Funciones.....	380
14.5.6. Críticas al art. 14 de la ley 24284	380
14.5.7. Inicio de las labores	383
14.5.8. Del rechazo de las quejas	384
14.5.10. Obligaciones	384
14.5.11. Potestades en materia penal	385
14.5.12. Facultades de investigación.....	385
14.5.12.1. Inconvenientes que se pueden presentar	386
14.5.13. Legitimación procesal.....	386
14.5.14. Apartamiento del modelo tradicional	389
14.5.15. La falta de independencia	390
14.5.16. Características personales y profesionales.....	390
14.5.16.1. Apartidista	390
14.5.16.2. Imparcial.....	390
14.5.16.3. Debe ser jurista	390
14.5.16.4. Moral.....	390
14.5.16.5. Unipersonal	391
14.5.16.6. Posibilidad de reelección	391
14.5.16.7. Acceso al cargo por concurso.....	391
14.5.16.8. Ámbito de actuación	392
14.5.16.9. Limitación de la publicidad de los informes	392
14.5.16.10. Garantía presupuestaria.....	392

CAPÍTULO XV
La protección interna de los derechos y libertades
ANDREA MERCEDES PÉREZ

15.1. Derecho Procesal Constitucional	393
15.2. Las garantías procesales	393
15.3. Amparo, hábeas corpus y hábeas data	394
15.4. Amparo clásico o individual	395
15.4.1. Génesis.....	395
15.4.2. Normativa.....	396
15.5. Amparo colectivo	398
15.6. Hábeas corpus	399

15.6.1. Génesis.....	400
15.6.2. Normativa.....	401
15.7. Hábeas data	405
15.7.1. Génesis.....	405
15.7.2. Normativa.....	406

CAPÍTULO XVI

La protección internacional de los derechos y libertades

GABRIELA MARTA ALONSOPEREZ

16.1. Procedimientos ante organismos internacionales: Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)	412
16.1.1. Los derechos humanos	412
16.1.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	413
16.1.2.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos	413
16.1.2.1.1. Funciones y atribuciones.....	414
16.1.2.1.2. Legitimación	415
16.1.2.1.3. Procedimiento	415
16.1.2.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	417
16.1.2.2.1. Integración	417
16.1.2.2.2. Mandato y quórum.....	418
16.1.2.2.3. Funciones	418
16.1.2.2.4. Legitimación.....	418
16.1.2.2.5. Procedimiento	419
16.1.2.2.6. Sentencia y cumplimiento.....	421
16.1.2.2.7. Función consultiva.....	421
16.2. La Organización Internacional del Trabajo	422
16.2.1. Finalidad y funciones. Procedimiento de los derechos del trabajo	422
16.2.1.2. Misión	423
16.2.1.3. Órganos	423
16.2.1.3.1. Conferencia Internacional del Trabajo.....	424
16.2.1.3.2. Consejo de Administración	424
16.2.1.3.3. Oficina Internacional del Trabajo	424
16.2.1.4. Convenios.....	425
16.2.1.5. Recomendaciones.....	426
16.2.1.6. Aplicación en los estados firmantes.....	426
16.2.2. Seguridad social.....	427
16.2.2.1. Organismos.....	428
16.3. Conclusión final.....	428

CAPÍTULO I

Historia del constitucionalismo

ANDRÉS ADOLFO DIEHL¹

1.1. Introducción

Cuando los seres humanos se asentaron territorialmente, se volvió necesario organizar la convivencia. Durante el período neolítico, el cual se extendió aproximadamente desde el 10.000 al 3.000 a.C., la especia humana, en Europa, Asia y América, pasó de ser cazadora y nómada a agricultora, sedentaria y domesticadora de animales. Esta existencia estable del ser humano derivó necesariamente en el surgimiento de instituciones. Como afirma McNall Burns: “la característica más importante de la cultura neolítica desde el punto de vista histórico fue, quizás, la aparición de las instituciones. Una institución puede definirse como una combinación de creencias y actividades de grupo, organizadas en una forma relativamente permanente con el propósito de cumplimentar alguna necesidad del grupo. Generalmente incluye un conjunto de costumbres y tradiciones, un código de reglas y normas y agregados materiales como edificios, dispositivos de castigo y medios de comunicación y adoctrinamiento”².

Una de esas grandes instituciones es el estado. Si bien existen numerosas teorías que explican la naturaleza del estado, tomamos del jurista y sociólogo francés Maurice Hauriou su teoría sobre la institución que explica un aspecto de su existencia.

-
- 1 El presente capítulo se realiza en base a textos de Andrés A. Diehl, abogado (UBA), asesor de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, profesor regular adjunto de “Instituciones de Derecho Público” de la Facultad de Ciencias Económicas (UBA), fallecido el 30/7/2014. Los textos fueron ordenados por Marcela Rama en su memoria y en reconocimiento a su dedicación docente y calidad humana.
 - 2 McNall Burns, Edward, *Civilizaciones de occidente. Su historia y su cultura*, t. I, 13^a ed., Siglo XX, Buenos Aires, 1980, pág. 24.

Afirma Germán Bidart Campos que “lo que importa retener de este enfoque es que, siendo el Estado una institución (pero no la única), su realidad o naturaleza no son ficciones del derecho, sino fenómenos sociales [...] se caracteriza por organizarse territorialmente, o sea, dentro de un marco o espacio geográfico, y por abarcar no un ámbito limitado de personas y de relaciones humanas, sino la totalidad que se da en aquel marco territorial”³.

Las maneras en que las comunidades –o estados en sentido genérico o amplio– han organizado y distribuido el ejercicio del poder político entre sus integrantes han sido muy variadas y disímiles a lo largo de la historia. Si bien todas han tenido su *constitución material*, vale decir, su peculiar y propia manera de constituirse como comunidad política, lo cierto es que suele reservarse el término *constitución* para aludir al instrumento o documento que plasma una forma especial de organización política y jurídica surgida a partir de las revoluciones liberales de la segunda mitad del siglo XVIII, organización esta denominada “estado constitucional”.

El constitucionalismo es un proceso histórico. Como tal, tiene sus raíces en acontecimientos anteriores a sus primeras concresciones y ha sufrido avances y retrocesos. El constitucionalismo de nuestra época –siglo XXI– tiene características especiales.

Por ello, es necesario hacer un breve análisis de ciertos acontecimientos históricos previos a la consagración del estado constitucional para comprender la historia del constitucionalismo.

Por otra parte, es el constitucionalismo el que “hará nacer el derecho constitucional, rama del derecho y asignatura jurídica que será la versión académica y universitaria de aquél”⁴.

1.2. Reseña histórica

1.2.1. Orígenes de las revoluciones liberales

Durante la Edad Media –período histórico que abarcó desde el siglo V al siglo XV aproximadamente– la forma de organización política predominante en Europa fue el denominado *sistema feudal o feudalismo*, un régimen político, económico y social basado en el dominio de grandes extensiones de tierra o feudos. Quienes detentaban dichas extensiones eran los nobles o señores feudales.

Al caer el Imperio romano de Occidente,⁵ se quebró el sistema de poder centralizado que este había impuesto, el cual fue reemplazado por una diversidad de poderes cuyos

3 Bidart Campos, Germán, *Lecciones elementales de política*, 5^a ed., EDIAR, Buenos Aires, 1999, pág. 115.

4 Sagüés, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, t. I, 2^a ed., Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 2.

5 En el año 27 d.C. fue designado dictador Octavio Augusto, quien disolvió el senado y se proclamó emperador. Comenzó así el Imperio romano. Durante esta etapa, Roma extendió su territorio como nunca antes. Sin embargo, los romanos no pudieron mantener todas sus conquistas, ya que sufrieron ataques de numerosos pueblos desde los primeros siglos de nuestra era. Estas invasiones determinarían la caída del Imperio romano de Occidente en el año 476 d.C.

titulares se multiplicaron por cientos y aun por miles. Las guerras y la falta de un poder centralizado obligaron a gran parte de los habitantes a buscar alguna fuente de estabilidad y refugio. La hallaron en los nobles, grandes terratenientes con quienes celebraban acuerdos por los cuales estos permitían a la gente vivir en sus feudos y trabajar su tierra a cambio de protección, sumisiones personales y tributos que consistían en buena parte de lo obtenido de sus labores. De ese modo quedaban reducidos a la condición de siervos; adscriptos a la tierra como si formaran parte del suelo.

En consecuencia, cada feudo constituía una organización económica y política en la que el poder del señor era prácticamente absoluto. El rey era solo uno más, un *primus inter partes*, cuyo poder era meramente nominal, no efectivo.

Por lo tanto, suele afirmarse que el sistema político feudal fue una *poliarquía*: el poder político se encontraba atomizado en numerosos señores feudales y, también, en poderes eclesiásticos, todos los cuales debilitaban permanentemente la autoridad de los reyes.

El régimen feudal comenzó a decaer hacia el siglo XIII y finalmente terminó por desaparecer como consecuencia de un proceso en el cual jugaron un papel fundamental los avances producidos en ciertas ciudades europeas.

En efecto, durante el medioevo no todos eran campesinos. Existían ciudades -en sus comienzos pequeñas aldeas- que solo estaban sujetas al dominio de los reyes. Muchas de ellas crecieron y prosperaron gracias al incremento del comercio con otras ciudades europeas y, también, con el Cercano Oriente. En estas ciudades, fueron surgiendo clases adineradas vinculadas al gran comercio, a las actividades financieras y a la navegación, vale decir, la burguesía, la clase social surgida de los burgos o ciudades. Estas urbes prósperas surgieron en el norte de España, Francia, Flandes (Bélgica y Holanda), sur de Alemania y, sobre todo, en el norte y centro de Italia. Como afirma McNall Burns, “a esta serie de cambios que señalan la transición de la economía semiestática, localizada y no lucrativa de la última Edad Media al régimen capitalista, dinámico y universal de los siglos XV y siguientes, se la llama Revolución Comercial”⁶.

Los reyes, cuyo objetivo era limitar el poder de los señores feudales y de la Iglesia –que por entonces pretendía compartir el poder terrenal– tejieron alianzas con estas ciudades, a cuyos habitantes solían otorgarles ciertos privilegios o ventajas consagrados en instrumentos denominados cartas o fueros.

Fueron estas alianzas las que permitieron a los reyes derrotar el poder feudal, centralizar el poder, unificar territorios y consolidar los primeros estados nacionales: Inglaterra, Francia, España, etc. Comenzó así a delimitarse y consolidarse el estado moderno como organización política de las comunidades. Este se caracterizará por la formación de un territorio unificado, un solo centro que ejerce el poder por sobre todas las personas que habitan ese territorio, y un único ejército, el cual garantiza a la máxima autoridad, el rey, el monopolio en el ejercicio de la fuerza.

6 McNall Burns, Edward, *ob. cit.*, tomo I, pág. 547.

Dentro del territorio del estado, el poder político y la capacidad de mando sobre todos los habitantes se concentran en manos del rey. El estado se personifica en el rey o “es” el rey, tal como lo expresara Luis XIV en Francia: “el estado soy yo”.

Esta forma de gobierno es denominada *absolutismo monárquico o monarquía absolutista*, y, en ella, el poder político es ejercido de manera absoluta, sin restricciones, por el rey. Fue el régimen político imperante en Europa durante los siglos XVI, XVII y XVIII.

El absolutismo monárquico desarrolló su propia ideología, a la cual contribuyeron muchos intelectuales de la época. Entre ellos, Nicolás Maquiavelo, quien, en la península itálica, a comienzos del siglo XVI, empleó por primera vez la palabra “estado” con un significado cercano al actual y aconsejó al príncipe acerca de cómo unificar territorios y gobernar con su sola voluntad a todos sus habitantes; Jean Bodin, quien desarrolló en Francia, en la segunda mitad del siglo XVI, la idea de “soberanía” como cualidad que debía ostentar el estado personificado por el rey a fin de excluir de su territorio el poder de la Iglesia y de los señores feudales, y Thomas Hobbes, quien desarrolló en el siglo XVII, en Inglaterra, su particular teoría contractualista a fin de que, en base a la naturaleza malvada del ser humano, se justificara la concentración y falta de limitaciones al poder real.

Las características más destacadas del absolutismo monárquico son:

- a) Las distintas funciones del estado se concentran en última instancia en manos del monarca. Para llevarlas a cabo, el rey se vale de un aparato burocrático designado y dirigido por él mismo.
- b) El rey o monarca es designado en función de leyes hereditarias y no por voluntad del pueblo.
- c) El rey crea normas jurídicas que resultan obligatorias para los súbditos pero no para él. Vale decir que el monarca no está sometido al derecho.
- d) En consecuencia, los súbditos poseen derechos subjetivos frente a otros súbditos pero no frente a la autoridad política.

La ideología del absolutismo monárquico fue cuestionada por diversos sectores de la sociedad –fundamentalmente la burguesía europea– que en su momento había apoyado a los reyes en su enfrentamiento con el clero y la nobleza.

Durante los siglos XVII y XVIII, comenzó a reclamarse que el poder político fuera ejercido dentro de ciertos límites y controles. No se rechazaba la existencia del estado; no se criticaba su propia esencia, sino el modo de ejercer el poder dentro de él. Nació así el *liberalismo político*, el cual sostiene que existen derechos subjetivos naturales –tales como la vida, la libertad y la propiedad– otorgados por la propia naturaleza, los cuales resultan anteriores y superiores al propio estado y que, por lo tanto, este debe necesariamente respetar; que en la vida de toda persona debe existir un ámbito dentro del cual ninguna autoridad política puede decidir, y que el poder debe dividirse o repartirse entre distintos órganos para que no pueda ejercerse de manera abusiva.

Estas concepciones liberales sentarán las bases del *estado constitucional* o *régimen constitucional* que pretende someter el ejercicio del poder político a normas jurídicas que deben estar por encima de todos, aun de quienes gobiernan. Las reglas básicas de ese régimen político quedarán plasmadas en un instrumento que recibirá el nombre de *constitución*.

El estado o régimen constitucional comenzó a hacerse realidad como consecuencia de diversos levantamientos contra el régimen absolutista ocurridos a lo largo de los siglos XVII y XVIII en Europa y también en América del Norte, tal como se verá más adelante, y se impondrá en forma generalizada durante la segunda mitad del siglo XIX.

1.2.2. Las revoluciones liberales

Se denominan así los procesos revolucionarios que pusieron fin a las monarquías absolutistas.

1.2.2.1. La Gloriosa Revolución

Los acontecimientos ocurridos en Inglaterra entre 1688 y 1689 se conocen con esta denominación y marcan el fin del absolutismo monárquico allí, ya que fue el Parlamento⁷ quien hizo entrega de la corona a los nuevos monarcas. De este modo, dio el golpe de gracia a la teoría del derecho divino de los reyes. Asimismo, el Parlamento condicionó el ascenso al trono de los nuevos reyes al juramento de un documento denominado *Bill of Rights*.

A través de este documento se impusieron nuevos y definitivos límites al monarca. Entre ellos, destacamos:

- Se consideran vigentes los documentos sancionados con anterioridad en Inglaterra, fundamentalmente la Carta Magna de 1215 –latín *Charter magna libertatum*–, la petición de derechos de 1628 –*Petition of Rights*–, el acta de hábeas corpus de 1679 –*Habeas corpus act*– y la declaración de derechos de 1689 –*Bill of Rights*–. Tales instrumentos quedan consagrados como leyes supremas del estado.
- Se dispone que el rey no podrá anular las leyes sancionadas por el Parlamento ni tampoco desconocerlas, lo que implica colocar la voluntad del monarca por debajo de la ley formal.
- Se establece que no podrán imponerse tributos sin autorización del Parlamento, principio ya expuesto en la Carta Magna de 1215.
- Se crea el juicio por jurados, vale decir, a cargo de los ciudadanos. Se reconoce el derecho de los ciudadanos a demandar al gobierno por reparación de agravios. Se prohíben los castigos crueles, las fianzas excesivas y las multas exorbitantes.

La trascendencia histórica de la Gloriosa Revolución fue extraordinaria, ya que a partir de ella se creó un nuevo régimen político, denominado luego *monarquía constitucional*, en el

⁷ El Parlamento fue constituido como órgano consultivo del rey y recibió esta denominación en el año 1216, un año después de la famosa Carta Magna de 1215. En 1265, el rey Enrique III decidió ampliar la integración del Parlamento (con el objeto de diluir el poder de la nobleza en dicho órgano) y dar cabida en él a dos representantes de cada una de las ciudades más importantes. A pesar de que no tenía un poder formal, que solo se reunía a convocatoria del monarca y que fue disuelto por este en algunos períodos, jugó un papel central, a lo largo de los siglos siguientes, en el derrocamiento de la monarquía.

cual el rey es quien ejerce las funciones ejecutivas mientras que la función de legislar queda en manos del Parlamento, órgano con representación ciudadana, y en el que se reconocen normas superiores que el poder político está obligado a respetar.

Sin embargo, esas normas superiores o supremas nunca llegaron a sistematizarse ni codificarse –como ocurriría luego en Estados Unidos y Francia–. Por ello, el Reino Unido de Gran Bretaña es, hasta nuestros días, uno de los pocos estados con constitución dispersa.

Pese a ello, la Gloriosa Revolución contribuyó mucho a que se produjeran las revoluciones norteamericana y francesa a fines del siglo XVIII. “El ejemplo dado por los ingleses al derrocar a un monarca absoluto constituyó un estímulo poderoso para los adversarios del despotismo en todas partes [...] Y gran parte de la Declaración de Derechos inglesa fue incorporada a la Declaración de los Derechos del Hombre promulgada en Francia en 1789 y a las diez primeras enmiendas de la constitución norteamericana”⁸.

1.2.2.2. La Revolución Norteamericana. Sanción de la primera constitución codificada

La colonización del territorio de los Estados Unidos de Norteamérica se produjo a partir de la llegada de oleadas de británicos –muchos de ellos perseguidos políticos y religiosos– desde comienzos del siglo XVII. Durante ese siglo fundaron trece colonias, las cuales desarrollaban su vida con un alto nivel de autonomía pese a que, formalmente, reconocían la autoridad de la corona. Entre ellas pueden advertirse dos tendencias: las que pretendían conservar su individualidad –confederadas– y las que preferían unirse en un todo –federalistas–.

Hacia 1776, estas trece colonias decidieron declararse independientes de la corona inglesa. Los motivos fueron diversos, pero entre los principales podemos destacar los obstáculos al libre comercio que la política mercantilista inglesa provocaba, la falta de representación en el parlamento británico y los altos tributos que debían abonar. En este sentido, fue determinante el gravamen a la producción de té –uno de los cultivos coloniales principales–, impuesto por la corona británica para financiar la guerra contra Francia.

Reunidas en congreso en la ciudad de Filadelfia, declararon su independencia el 4 de julio de 1776 y designaron una comisión con el fin de elaborar un proyecto de pacto que los uniera –ya no eran colonias sino estados– de algún modo. Este fue aprobado por el Congreso de Filadelfia el 15 de noviembre de 1777 y fue denominado *Artículos de la confederación y la unión perpetua*, aceptado por todos antes de 1781.

En tal documento, se reconocía la soberanía de cada estado, pero se creaba, a la vez, una alianza cuyo órgano común era un congreso general integrado por representantes de los estados –cada uno de ellos tenía un voto–. Sus atribuciones se limitaban a conducir las relaciones internacionales de la confederación, declarar la guerra, firmar la paz y adoptar medidas que apuntaran al bienestar general de todos los estados, tales como establecer un sistema de correos y un sistema único de pesas y medidas a fin de facilitar el comercio recíproco.

8 McNall Burns, Edward, *ob. cit.*, t. II, pág. 519.

Una vez obtenido el reconocimiento de la independencia por parte del gobierno británico con la firma del tratado de París en 1783, los partidarios del federalismo presionaron para reformar los *Artículos* y organizar un gobierno más poderoso.

Fue producto de esa presión que el Congreso de Filadelfia volvió a abordar el tema en el año 1787. Para entonces, los trece estados independientes ya habían sancionado sus propias constituciones. La primera de ellas y, tal vez, la más completa y avanzada fue la del estado de Virginia, sancionada el 12 de junio de 1776. Esta incluyó en su primera parte una declaración de derechos –*Bill of Rights*– que transformó en normas de derecho positivo ciertas libertades y garantías para las personas. Además, organizó su gobierno bajo la forma republicana, la cual incluía la separación tripartita de poderes.

Esta constitución estadual sirvió de modelo para que el Congreso sancionara la constitución de los Estados Unidos de América en septiembre de 1787.

A través de ella, se reemplazó la Confederación de Estados por un estado único, que tomó la forma de gobierno republicana, representativa y presidencialista, y adoptó el federalismo por primera vez en la historia. Frente a la resistencia a integrarse de los estados más pequeños, se tomó una solución intermedia a los intereses en pugna, a través de la creación de un Poder Legislativo bicameral compuesto por una cámara de representantes integrada por miembros en una cantidad proporcional a la población de cada estado, y una cámara de senadores con representación igualitaria para todos ellos.

Esta solución intermedia entre los intereses de federales y confederados fue ideada por Madison, uno de los principales inspiradores de la constitución.

En el año 1791 se incorporaron las diez primeras enmiendas, entre las cuales se encuentra la denominada parte dogmática: derechos y garantías a favor de los habitantes.

Esta constitución adquirió enorme trascendencia histórica, ya que fue un modelo a seguir para muchos estados, en particular para los de América. En Argentina, Juan Bautista Alberdi, profundo estudioso de ella, la introdujo como una de las fuentes principales de nuestra Constitución.

1.2.2.3. La Revolución Francesa

1.2.2.3.1 Principales causas de la Revolución Francesa

El absolutismo monárquico habría de sufrir otro duro golpe hacia fines del siglo XVIII en Francia, donde estallaría un movimiento de resistencia que terminaría con él. Estos acontecimientos pasaron a la posteridad con el nombre de “Revolución Francesa”.

Dicho proceso, iniciado en 1789, abarcó un período de aproximadamente diez años y sufrió en su seno diversas marchas y contramarchas.

Entre las principales causas que originaron esos acontecimientos podrían destacarse:

- El personalismo que los reyes de la dinastía Borbón habían impuesto a su gobierno absolutista. Especialmente los tres últimos: Luis XIV, Luis XV y Luis XVI, reacios a toda injerencia y control sobre sus decisiones, y sistemáticos perseguidores de todo conato de oposición.

- La extrema estratificación de la sociedad francesa de entonces, integrada por tres sectores claramente diferenciados: el clero –primer estado–, la nobleza terrateniente –segundo estado– y el resto de la población –tercer estado o estado llano–.
- Los privilegios sociales y económicos que detentaban los dos primeros en detrimento del tercero, los cuales financiaban su vida luxuriosa con el cobro de altos impuestos a la burguesía y manteniendo en condiciones de vida miserables a obreros y pequeños campesinos.
- El importante desarrollo económico que había experimentado la burguesía –comerciantes, financieros, industriales, profesionales de éxito–, cuyos integrantes reclamaban un reconocimiento social y político acorde con su poder económico y, además, reglas de libre mercado frente a la política económica mercantilista seguida por los Borbones.
- La difusión de ideas liberales en materia política, económica y filosófica muy en boga en la época, como asimismo las ideas democráticas e igualitarias de Rousseau.
- La grave crisis económica que atravesaba Francia a consecuencia de los desastrosos resultados de las guerras que había emprendido la monarquía –por ejemplo, contra Prusia e Inglaterra– y de su irresponsable manejo de los fondos públicos.

1.2.2.3.2. El estallido revolucionario

Durante el siglo XIV se había creado en Francia una especie de consejo asesor del rey llamado “Estados Generales”, órgano que recibió tal denominación por representar a los tres sectores en que se había dividido la sociedad. Era convocado a voluntad por el monarca, vale decir no tenía funcionamiento permanente.

Frente a la grave crisis económica, los burgueses comenzaron a reclamar su convocatoria. Luis XVI decidió hacerlo en mayo de 1789 con la esperanza de conseguir apoyo para crear nuevos tributos.

A partir de ese momento los hechos se precipitaron. En primer término, los representantes del estado llano exigieron al rey que el voto en dicho cuerpo se hiciera en forma individual y no por estamento –la votación por estamento derivaba en que siempre el tercer estado quedaba en minoría–. Frente a la negativa del monarca, los representantes de este estado decidieron constituirse el 17 de junio en *asamblea nacional*, invitaron a los miembros de los otros dos estamentos o clases a trabajar con ellos y se declararon *depositarios de la soberanía de la Nación*. Varios representantes del clero y de la nobleza aceptaron la invitación y se sumaron a la causa.

Cuando el día 20 de junio los rebeldes intentaron sesionar en su carácter de Asamblea Nacional, fueron reprimidos por las fuerzas leales al rey, ante lo cual se reunieron frente a un edificio empleado como cancha de pelota. Allí, bajo la dirección de Mirabeau y del abate Sieyès, se comprometieron a no abandonar la lucha hasta dar a su patria una constitución. Como afirma McNall Burns, “ese juramento del juego de pelota realizado el 20 de junio de 1789 puede considerarse el inicio de la revolución francesa”⁹.

9 McNall Burns, Edward, *ob. cit.*, t. II, pág. 602.

Al reivindicar su atribución para reorganizar políticamente a Francia en nombre de la soberanía de la Nación a través de la sanción de una constitución, los rebeldes no solo cuestionaron la autoridad del monarca para gobernar sino que, además, definieron que por sobre el poder del gobierno se encontraba otro orden superior de poder, del cual derivaba el primero. En su trascendental obra *¿Qué es el tercer estado?*, Sieyès denominaría “poder constituyente” a ese poder organizador del sistema político y jurídico.

Finalmente, el 27 de junio, el rey admitió que el resto de los representantes de los sectores privilegiados se incorporaran a la Asamblea Nacional.

1.2.2.3.3. Desarrollo de la revolución. Los enfrentamientos internos

A partir de ese momento, la Asamblea Nacional, dominada por los dirigentes políticos del tercer estado, se propuso sancionar una constitución. Por ello se considera Asamblea General Constituyente aunque, mientras tanto, adoptaba decisiones que significaban medidas de gobierno¹⁰.

El acto tal vez más trascendente en la historia de la Asamblea Nacional fue la sanción, en agosto de 1789, del célebre documento “La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” que, entre otras cuestiones, disponía:

- a) La igualdad natural de todos los hombres.
- b) Que el fin de toda organización política consiste en preservar los derechos naturales de los hombres y su libertad.
- c) Otorgaba a la propiedad privada el carácter de derecho subjetivo natural a la parte de la libertad y la seguridad.
- d) Que toda autoridad política recibe su poder de los ciudadanos.
- e) Consagra el derecho de todo pueblo de resistir a la tiranía –derecho de resistencia a la opresión–.
- f) Consagra el principio de la división de poderes a través del célebre art. XVI: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene constitución”.

Esta Declaración se difundió rápidamente por el mundo y se transformó, sobre todo durante la primera mitad del siglo XIX, en una especie de credo para todo movimiento revolucionario o independentista¹¹.

1.2.2.3.4. La Constitución de 1791

Recién hacia 1791, la Asamblea finalizó su principal tarea: la sanción de una constitución. En ella se veían claramente reflejados, por un lado, los intereses de la burguesía en as-

10 En este período existieron relativamente pocos hechos de violencia. Tal vez, el más grave de ellos fue la famosa toma de la Bastilla ocurrida el 14 de julio de 1789.

11 En 2003, la UNESCO la incluyó entre los documentos que integran *Memory of the World Programme*, el Programa Memoria del Mundo.

censo y, por otro, las doctrinas del pensamiento político liberal predominante por entonces en ese sector social, sobre todo las ideas de Locke, Voltaire y Montesquieu.

Francia quedaba organizada como una monarquía constitucional y aristocrática, y no como una república democrática, tal como habían pretendido muchos de los revolucionarios en los inicios del movimiento.

El Poder Legislativo quedaba en manos de una Asamblea Legislativa elegida indirectamente: solo podían votar los que pagaban un monto importante de dinero en concepto de impuestos a las rentas o la propiedad y, para ser elegido funcionario público, había que contar con cierta riqueza.

El Poder Ejecutivo estaría a cargo del rey, quien podía vetar las leyes, aunque la Asamblea, a su vez, podía rechazar su veto. Además creaba un Poder Judicial aparte de los otros poderes del estado, conforme las ideas de Montesquieu.

1.2.2.3.5. El rechazo a la Constitución de 1791

En 1792, se produjeron enormes enfrentamientos en el seno de la Asamblea que cambiarían totalmente el rumbo que había adoptado la revolución. Se iniciaba así un período durante el cual las ideas moderadas y conservadoras cederían su lugar a otras, mucho más radicalizadas, que desembocarían en la sanción de una nueva constitución.

Diversos motivos contribuyeron a que ello sucediera. Mencionaremos dos:

- La guerra que la Asamblea decidió declarar a las monarquías de Austria y Prusia, donde se había concentrado la reacción europea contra la Revolución Francesa debido al temor de los reyes a que movimientos similares se extendieran a sus territorios.
- El descontento de los pequeños campesinos y, fundamentalmente, del proletariado parisiense, al ver que su situación no había mejorado a pesar de la revolución y al sentirse desplazados del derecho al sufragio. Estos sectores, si bien no iniciaron la revolución, tuvieron luego una participación activa en ella. De ahí el sentimiento de frustración frente al rumbo que habían tomado los acontecimientos.

Lo cierto es que, a partir de entonces, serían los representantes de las clases medias bajas y pobres quienes impondrían sus decisiones en la Asamblea, y la ideología liberal sería reemplazada por las doctrinas democráticas e igualitarias de Rousseau.

El proceso de cambio se inició cuando estos sectores lograron que la Asamblea Nacional depusiera a Luis XVI, en agosto de 1792, y lo juzgara por traición, hecho que culminaría con su ejecución en enero de 1793.

A su vez, la Asamblea decidió que, mediante una elección por medio del sufragio universal masculino, se designaran representantes para integrar una Convención Nacional a fin de que esta redactara una nueva constitución. Esta Convención pasó a ser el órgano que detentaba el poder en Francia, por lo que se disolvió la Asamblea Nacional en septiembre de 1792.

Esta Convención, producto de la elección popular, contaba en su seno con dos sectores bien diferenciados:

- Los *girondinos*, de tendencia moderada, encabezados por Thomas Paine¹² y el marqués de Condorcet. Eran republicanos, pero no demócratas extremos y contaban con el respaldo de los sectores rurales
- Los *jacobinos*, cuyos líderes eran Jean-Paul Marat, Georges-Jacques Danton y Maximilien Robespierre. Ellos tenían su máximo apoyo en las clases medias bajas y en los obreros urbanos, especialmente de París.

Finalmente, la Convención Nacional sancionó en junio de 1793 la segunda constitución de Francia.

1.2.2.3.6. La Constitución de 1793

Esta constitución transformó a Francia en una república democrática. Establecía el sufragio universal masculino y la posibilidad de que el pueblo confirmara o rechazara leyes mediante el referéndum.

Sin embargo, los enfrentamientos internos, ya transformados en guerra civil, impidieron que se pusiera en vigencia.

Este período, caracterizado por el radicalismo de algunos jacobinos, culminó con el llamado “Golpe de Termidor”¹³, ya que en el seno de la Convención Nacional se decidió depoer y decapitar a Robespierre en julio de 1794, junto a otros veinte partidarios.

La importancia de esta Constitución, primera que consagró la forma republicana de gobierno en Francia, está dada por el hecho de que garantizaba el sufragio universal masculino. Se anticipó, así, más de un siglo a este reclamo básico del constitucionalismo de la siguiente etapa.

A partir de aquel hecho, volvieron a reflejarse en el seno de la Convención Nacional los intereses de la burguesía, ahora claramente aliada con sectores importantes del clero, la nobleza y el ejército, a fin de impedir cualquier nuevo intento de subvertir el orden que se intentaba establecer.

Apuntando a estos objetivos, la Convención sancionó una nueva constitución en septiembre de 1795.

1.2.2.3.7. La Constitución de 1795

En ella se consagró nuevamente el sufragio calificado, ya que solo lo ejercerían los ciudadanos adultos de sexo masculino que supieran leer y escribir. Pero, a su vez, el sufragio

12 McNall Burns, *ob. cit.*, t. II, pág. 611: “Luego de realizar una labor brillante como folletista en la revolución norteamericana, Paine se embarcó para Inglaterra [...] acusado de traición huyó a Francia. En 1792 fue elegido miembro de la Convención Nacional...”.

13 En el calendario francés adoptado por la Convención Nacional, el mes que transcurría de mediados de julio a mediados de agosto era denominado “Termidor”.

era indirecto, pues los ciudadanos solo podían votar electores, y para serlo se requería ser propietario y acreditar una determinada renta anual mínima.

Los electores designaban a quienes integrarían la Asamblea Legislativa. El Poder Ejecutivo quedaba a cargo de un directorio integrado por cinco miembros designados por la Asamblea Legislativa, y el Poder Judicial correspondía a tribunales a los que se investía de gran solemnidad e independencia.

Esta Constitución entró en vigencia en octubre de 1795, pero las instituciones por ella establecidas sufrieron un rápido desgaste por diversas causas, entre ellas: grave crisis económica, levantamientos internos, derrotas militares sufridas por Francia y numerosos actos de corrupción en que se vieron involucrados tanto miembros del Directorio como del cuerpo legislativo.

Todo ello fue creando las condiciones para que se comenzara a reclamar la implantación de un gobierno “de mano dura” o de un hombre fuerte. Ello facilitó un golpe de estado en noviembre de 1799 encabezado por un militar de prestigio: Napoleón Bonaparte. A partir de allí, los destinos de Francia comenzarían a labrarse, casi exclusivamente, sobre su persona.

1.2.2.3.8. Influencia posterior de la Revolución Francesa

Los acontecimientos ocurridos en Francia a lo largo de esos diez años fueron ampliamente conocidos en todo el mundo, tanto por la espectacularidad y el carácter romántico de buena parte de ellos, como por el hecho de que Francia, en ese entonces, fuese uno de los principales centros de la cultura mundial.

Por ello, ejercieron una notable influencia sobre distintas revoluciones ocurridas durante la primera mitad del siglo XIX y sobre las constituciones sancionadas en consecuencia, a saber, la constitución española sancionada en Cádiz en 1812, la sueca de 1809, la noruega de 1814, la griega de 1827 y la belga de 1831. Sin dudas, también sobre los movimientos independentistas surgidos en Latinoamérica durante el siglo XIX y sobre las constituciones sancionadas en estas latitudes.

1.3. Difusión y evolución del constitucionalismo

1.3.1. Introducción

Como se anticipara, el constitucionalismo es un movimiento histórico y, por lo tanto, dinámico. A lo largo de su evolución ha recibido el aporte de nuevas luchas e ideas que han contribuido a su enriquecimiento, aunque también ha atravesado períodos de franco retroceso.

Es común que, con el objeto de facilitar el análisis de dicha evolución, se distingan diversas etapas, por lo cual, y aun a riesgo de incurrir en simplificaciones y esquematismos, seguiremos ese método.

1.3.2. Constitucionalismo clásico o liberal

1.3.2.1. Concepto

Se denomina así al que sirvió como fuente de inspiración y, a la vez, se vio concretado en las primeras constituciones sancionadas, vale decir, las sancionadas durante los siglos XVIII y XIX. Por tal razón, por ser el primero, se lo denomina “clásico”.

La denominación de “liberal” obedece a su sustento ideológico y doctrinario.

1.3.2.2. Bases ideológicas y doctrinarias

El constitucionalismo original se transformó en práctica política militante durante los procesos revolucionarios que hemos analizado y a través de ellos logró sus primeras concreciones. Pero, detrás de esa práctica, subyace una serie de elaboraciones intelectuales que dio una dirección concreta –aunque no unívoca– a dicho proceso.

Se denomina liberal porque gran parte de sus influencias doctrinarias provienen de una corriente denominada “liberalismo”, el cual analizaremos en tres planos o aspectos: político, económico y filosófico.

“El liberalismo como doctrina filosófica, política y económica, precedió al liberalismo como práctica política o como institucionalización política. Ello se debe, sin duda, a la existencia de una corriente filosófica que venía actuando como fermento mucho tiempo antes [...] el cambio de la situación económica y social es lo que produce en Europa la aparición del denominado estado llano o tercer estado: la burguesía. Se trata de un sector ya consolidado económica y socialmente que en un momento dado se encuentra sediento de libertades políticas, económicas, religiosas, científicas. La burguesía da a las ideas liberales su sostén social y le provee sus mejores luces para la elaboración de una doctrina que se preocupaba principalmente por el fenómeno del poder. Es que el gran tema del liberalismo, es cómo se ejerce el poder dentro del estado, sin cuestionar su existencia. O sea, suavizar o limitar el poder estatal, pero mantener el orden social y económico a través de la existencia del estado”¹⁴.

1.3.2.2.1. Liberalismo político

Es una corriente que exalta la libertad política de las personas y sus derechos políticos frente al estado –en ese tiempo representado en el monarca absolutista–.

En estas concepciones, juegan un rol destacado las teorías *contractualistas* acerca del origen del estado. Se denominan así a las que “Parten de la idea de que son los seres humanos quienes crean libre y espontáneamente al estado y que su justificación es el pacto político y social que le ha dado origen. Constituyen un rechazo a las doctrinas de origen divino del estado y del poder. El estado resulta así construido, no dado”¹⁵.

14 Ortiz, Tulio, *Política y estado*, 2^a ed., Editorial Estudio, Buenos Aires, 1996, pág. 140.

15 Pellet Lastra, Arturo, *Teoría del estado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 40.

Quien introduce por primera vez en la historia del pensamiento político las ideas de que existen unos derechos políticos individuales y la idea del contrato social fue Thomas Hobbes (inglés, 1588-1679) en su obra *Leviatán*, publicada en 1651. Sin embargo, con ella dio el fundamento para destruir la teoría de la monarquía de derecho divino pero haciendo descansar en tal contrato social el despotismo y absolutismo del poder del monarca.

En cambio, quien es considerado el padre del liberalismo político es John Locke (inglés, 1632-1704). En su obra *Ensayo sobre el gobierno civil*, publicada en 1690, toma el razonamiento hobbesiano y lo cuestiona, sosteniendo que no es posible que ciudadanos que no confíen entre sí, puedan entregarle el cuidado de sus libertades e intereses a un gobernante todopoderoso que, en definitiva, es también otro ser humano.

Al igual que Hobbes, parte de la idea de que los seres humanos han vivido mucho tiempo bajo un estado de naturaleza: “un estado de completa libertad para ordenar sus actos y para disponer de sus propiedades y de sus personas como mejor les parezca, dentro de los límites de la ley natural, sin necesidad de pedir permiso y sin depender de la voluntad de otra persona...”¹⁶.

En consecuencia, la vida salvaje no implica para Locke vivir sin reglas. Por el contrario, existen leyes naturales que le permiten ordenar sus actos y ejercer libremente sus derechos, tales como disponer libremente de su persona, de su vida, de sus propiedades. Estos son, para este pensador, *derechos subjetivos naturales* cuya existencia es anterior a la propia existencia del estado y, por lo tanto, ninguna autoridad puede desconocerlos o negarlos.

Pese a ello, y de acuerdo con su pensamiento, Locke sostiene que la vida en estado de naturaleza generaba al ser humano una serie de inconvenientes como, por ejemplo, el hecho de que siempre pudiesen existir individuos predisuestos a violar esas leyes naturales, o bien que, al vivir desorganizadamente, una comunidad fuese más vulnerable a la agresión de otra. Es para superar dichos inconvenientes que los seres humanos decidieron, mediante un contrato, crear en primer término una sociedad independiente y, en segundo, una sociedad política o gobierno.

Por lo tanto, la decisión de organizarse política y jurídicamente no implica por parte de los ciudadanos la entrega al estado de todos sus derechos y libertades. Todo lo contrario, el margen de actuación del estado debe ser mínimo para garantizar a todos el máximo posible de libertad.

La obligación de cumplir las leyes del estado y de respetar a sus autoridades está condicionada a que estas cumplan con los fines para los cuales se les ha otorgado poder: la protección de la vida, la libertad y la propiedad, derechos subjetivos que el ser humano posee por naturaleza. Esto significa que todo gobierno se basa en el consentimiento del pueblo.

Es por eso que las normas jurídicas del estado se crean en base a la voluntad popular. Es el pueblo quien, mediante sus representantes, sanciona las leyes. Sostiene Locke que estas deben ser ejecutadas por un poder distinto al que las sanciona.

16 Lock, John, “Ensayo sobre el gobierno civil”, pág. 25, párr. 4, en Held, David, *Modelos de democracia*, Alianza Editorial, México DF, 1992, pág. 70.

Por ello, Locke fue pionero en la doctrina de la división de poderes, aunque su concepción es bipartita, ya que la función de resolver conflictos aplicando las leyes forma, para él, parte de la ejecución de ellas.

Lo que este pensador no llega a definir con claridad es su concepción acerca de quiénes componen el pueblo, aunque sí es claro que esta es sumamente restrictiva.

Comentando el pensamiento de Locke, afirma un destacado constitucionalista argentino: "...como los hombres son libres, pueden vender su trabajo. Si esto pasa, el sirviente adquiere el derecho al salario, pero carece de tiempo y de cultura para actuar políticamente: no es correcto, entonces, concederle el sufragio. En definitiva, todos son inicialmente libres e iguales, pero con el tiempo, los asalariados pierden sus derechos políticos"¹⁷.

Otra figura cumbre del liberalismo político fue Charles-Louis de Secondat, Barón de Montesquieu (francés, 1689-1755). Su obra cumbre, *Del espíritu de las leyes*, fue publicada por primera vez en 1748.

Era un gran admirador de la *polis* ateniense. Sin embargo, sostenía que las condiciones que posibilitaron su funcionamiento habían desaparecido definitivamente, y por ello era un gran defensor del sistema representativo.

"...puesto que en un estado libre todo hombre, considerado como poseedor de un alma libre, debe gobernarse a sí mismo, sería preciso que el pueblo en cuerpo desempeñara el poder legislativo. Pero como esto es imposible en los grandes estados y, como está sujeto a mil inconvenientes en los pequeños, el pueblo deberá realizar por medio de representantes lo que no puede hacer por sí mismo"¹⁸.

Al igual que Locke, Montesquieu sostenía la existencia de derechos subjetivos naturales que ninguna autoridad podía desconocer, pero agregó al pensamiento liberal la sistematización institucional de la denominada "Doctrina de la división de poderes" como un instrumento para garantizar el efectivo goce de ellos.

Las leyes debían ser sancionadas por un órgano en el cual la voluntad del pueblo se encontrara representada. Su ejecución debía estar en manos de otro órgano, si era posible a cargo de una sola persona por razones de mayor ejecutividad. Y, a diferencia de Locke, Montesquieu sostenía la necesidad de establecer un poder judicial independiente, dado que concebía a los jueces como principales protectores de los derechos subjetivos de los individuos.

En cuanto a su concepción del pueblo, no difería esencialmente del pensamiento de Locke y "daba por supuesto que muchas personas –entre otras, los trabajadores y aquellas sin riqueza importante– 'se encuentran en una situación tan inferior como para creer que no tienen voluntad propia'..."¹⁹.

Es necesario aclarar que ambos pensadores eran partidarios de la monarquía constitucional, tal como se había organizado en Inglaterra a partir de la Gloriosa Revolución ya analizada.

17 Sagüés, *ob. cit.*, t. I, pág. 4.

18 Montesquieu, "Del espíritu de las leyes", en Held, *ob. cit.*, pág. 75.

19 Montesquieu, *ob. cit.*, pág. 146 (1^a ed. 1748), en Held, *ob. cit.*, pág. 74.

1.3.2.2.2. Liberalismo económico

También ejercieron su influencia sobre el constitucionalismo clásico las ideas económicas que comenzaron a desarrollarse en Europa a partir del siglo XVIII.

Vale recordar que, a partir del siglo XIII, se había comenzado a desarrollar de manera extraordinaria el comercio y que ello determinó el rápido crecimiento de muchas ciudades de Europa. Esta verdadera revolución comercial se incrementó más aún a consecuencia de los viajes marítimos desarrollados en busca de nuevas rutas al Oriente, primero por parte de España y Portugal, y después por el resto de las potencias europeas de entonces: Inglaterra, Francia y Holanda.

Este fenómeno hizo que, en aquel momento, se impusiera como modelo económico el denominado “mercantilismo”, el cual se basaba en la idea de que, cuanto mayor fuera la cantidad de metales preciosos que una nación pudiera acumular, más poderosa, respetada y temida sería.

Aquellas naciones europeas que no estaban en condiciones de obtener ingresos de metales preciosos podían equiparar tales desventajas competitivas promoviendo una economía en la cual las exportaciones superaran ampliamente las importaciones. Esto, a su vez, requería una activa participación del estado en la economía, a través del establecimiento de altos aranceles a la importación, la prohibición del ingreso de ciertas mercaderías, la promoción interna del desarrollo de las manufacturas a fin de contar con mayor volumen de mercaderías exportables y el subsidio a las exportaciones. Muchas veces se llegó a conceder el monopolio del comercio exterior a determinadas compañías de capitales nacionales.

Esta política económica seguida por las monarquías de los estados europeos que comenzaban a consolidarse significó un notable impulso para el capitalismo y benefició enormemente a la burguesía, en especial a quienes se dedicaban a la industria, a los grandes comerciantes, a los banqueros y a los armadores de buques, medio de transporte por excelencia de la época.

Esta situación y el auge del mercantilismo impulsaron las monarquías europeas a desarrollar una intensa actividad colonizadora, tanto en América como en Asia y en África, pero también produjo la reaparición de la esclavitud, dado que se necesitaba mano de obra no calificada con el único costo de garantizar su subsistencia. Fue así como la esclavitud, que prácticamente había desaparecido en Europa durante la Edad Media, resurgió con notable fuerza, pero transformada, esta vez, en una actividad comercial más.

Sin embargo, quienes se beneficiaron con esta política económica durante la primera etapa de consolidación del capitalismo ya no advertían sus ventajas hacia el siglo XVIII. El intervencionismo estatal ya no les resultaba funcional. Así, por ejemplo, a los grandes comerciantes les desagradaban los monopolios especiales concedidos a determinadas compañías en materia de exportación e importación, como asimismo las regulaciones estatales que impedían importar mercaderías de estados extranjeros, o la exigencia de contratar necesariamente flotas de los países con los que querían comerciar. A su vez, a los industriales les molestaban las leyes que determinaban los salarios de sus obreros y las que establecían precios máximos, como así también las que limitaban la posibilidad de adquirir materias primas fuera del país en el que tenían sus establecimientos.

Estos hechos originaron el surgimiento de corrientes económicas que cuestionaban el intervencionismo y protecciónismo estatal que el mercantilismo implicaba.

La primera de las escuelas económicas que planteó su oposición al mercantilismo fue, en Francia, la de los fisiócratas con su creador François Quesnay (1694-1774). Este ferviente defensor de la supremacía del derecho natural tomaba de él dos instituciones económicas que consideraba fundamentales: a) la propiedad, obtenida sobre la base del trabajo personal y, fundamentalmente, de la agricultura, y b) la libertad de contratación.

En consecuencia, sostenía que era misión fundamental del estado garantizar ambos derechos; las normas de derecho positivo debían tener primordialmente tal objetivo, debía sancionarse la menor cantidad posible de ellas y solo en la medida en que resultaran imprescindibles para no entorpecer el ejercicio de tales derechos.

Quesnay, médico cirujano de la corte de Luis XV, aplicó un criterio biológico natural a la economía al sostener que, así como el organismo humano se regula y se mantiene por sí mismo en un orden natural de salud y se desequilibra excepcionalmente en casos de enfermedad, en la economía ocurre algo similar, de tal manera que el remedio ante la enfermedad y la acción estatal ante el desequilibrio son excepcionales.

En base a este razonamiento, lanzó su famosa fórmula, la cual simboliza el espíritu de su concepción en materia económica: “*laissez faire et laissez passer, le monde va de lui même*” (“dejen hacer y dejen pasar, el mundo va solo”).

Sin embargo, el creador de la escuela liberal de la economía propiamente dicha fue el escocés Adam Smith (1723-1790). En 1776, publicó su célebre obra *Investigaciones sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*, en la cual sostiene que el trabajo humano es la fuente más importante de riqueza.

Para este autor, el principio básico que rige la economía es análogo al de las leyes físicas o de la astronomía, por lo tanto posee sus propias reglas internas que la hacen funcionar. De modo tal que *la mano invisible* que la regía aseguraba su restablecimiento casi automático frente a cualquier anomalía circunstancial que pudiera aquejarla. Al igual que los fisiócratas, postulaba la no intervención del estado, ya que, a través de leyes que regularan el funcionamiento de la economía, esta podía alterar su propio orden y equilibrio interno, y así afectar la libre competencia y el libre comercio.

No obstante, debemos destacar que Smith admite determinadas formas de intervención estatal con el fin de impedir la injusticia y la opresión, evitar los monopolios, perfeccionar la educación, proteger la educación pública y conservar las empresas necesarias que no pueda establecer el capital privado²⁰.

Para cerrar el panorama de la escuela clásica liberal de la economía, también debemos mencionar al economista británico David Ricardo (1772-1823), cuyos principales análisis tendieron a demostrar las ventajas del libre comercio a nivel internacional.

1.3.2.2.3. Liberalismo filosófico

Tal como se anticipara, la idea de limitación al poder estatal con el objeto de asegurar a las personas un ámbito de *soberanía individual* responde a una concepción filosófica que

20 McNall Burns, *ob. cit.*, t. II, pág. 600.

toma al ser humano como una entidad dotada de razón y voluntad, como ser autónomo cuyo valor supremo es la libertad individual. Cada ser humano aparece como único dueño de su vida y de su destino, para su felicidad o infelicidad.

Este movimiento intelectual comenzó a desarrollarse en Europa a partir del Renacimiento y terminó por reemplazar la filosofía predominante en la última etapa del Medioevo denominada “escolástica”. Resalta esencialmente la confianza en la razón, el optimismo en las posibilidades humanas, el individualismo y revaloriza los placeres mundanos, concepción que en su integralidad se denominara “Humanismo”.

Sin duda el crecimiento y el florecimiento económico de las ciudades europeas, la mayor disponibilidad de bienes y servicios que el auge del comercio producía y los descubrimientos tecnológicos de la época contribuyeron en gran medida a este cambio de filosofía.

Fieles exponentes de las primeras épocas de esta concepción del ser humano fueron Juan Boccaccio (1313-1375) en Italia, Desiderio Erasmo de Rotterdam (1466-1536) en los Países Bajos y François Rabelais (1490-1553) en Francia.

Esta concepción individualista y liberal tendría su máxima expresión durante los siglos XVI y XVII con la filosofía de la Ilustración, adoradora de la razón, el conocimiento y el saber, y sus principales figuras serían Locke en Inglaterra y Voltaire en Francia. Este humanismo individualista y liberal concibe al ser humano como un ente abstracto e ignora al que se encuentra condicionado por las circunstancias bajo las cuales le ha tocado vivir.

1.3.2.2.4. La democracia moderna

Además de las ideas liberales que hemos analizado, también las ideas modernas acerca de la democracia ejercieron notable influencia sobre los movimientos sociales y políticos que llevaron a la sanción de las primeras constituciones.

La democracia²¹ no era considerada el mejor régimen político; las críticas efectuadas por Platón y Aristóteles se habían mantenido vigentes a lo largo de los siglos. Sin embargo, en el siglo XVIII fue retomada por el ilustre ginebrino Jean Jacques Rousseau (1712-1778), quien suele ser considerado el padre de la democracia moderna.

Si bien ubicamos temporalmente su pensamiento doctrinario en el período del constitucionalismo clásico o liberal, muchos de sus análisis pueden tomarse como influencia mediata de la siguiente etapa, el constitucionalismo social.

Sus dos obras cumbres son *El contrato social* y *Discurso sobre el origen de la desigualdad*.

La concepción de Rousseau sobre el origen del estado también es contractualista, pero arriba a conclusiones bien distintas a las ya analizadas. En efecto, para él, el ser humano vivió en estado de naturaleza, autogobernándose de manera feliz, pero perdió ese estado de naturaleza cuando surgió la propiedad individual. Ello generó desigualdades, dominación de unos sobre otros, y ante ello los seres humanos, según su visión, decidieron realizar un

21 Forma de gobierno en la cual los ciudadanos ejercían el poder político en forma directa, en especial en el siglo V a.C. en Atenas. Solo eran ciudadanos los varones libres.

contrato social para recuperar su felicidad original. A través de tal contrato cada uno entregó su libertad natural y su derecho a autorregularse a una voluntad general.

Al conformarse esta voluntad general con la participación de todos en el cuerpo legislativo, Rousseau concluye que cada persona, al obedecerla, está obedeciéndose a sí misma y, como la opinión de los ciudadanos puede diferir, la soberanía se expresa respetando la regla de la mayoría, ya que entiende que la mayoría no atentaría contra sus propios intereses.

Al no haber transferencia de parte de la soberanía individual al estado, para Rousseau no hay representación sino, en todo caso, delegación. Esta idea rompió las bases de la teoría de la representación política clásica del gobierno representativo basado en el mandato libre otorgado al gobernante.

Otra idea importante de Rousseau es su concepción de la libertad, ya que la verdadera libertad no consiste en que cada uno haga lo que quiera sino en el respeto a lo decidido por la voluntad general. Además, considera la libertad inescindible de la igualdad. Ahora bien, no considera meramente la igualdad formal, sino una situación en la que cada uno tenga plena libertad para formar sin injerencias ni presiones sus opiniones acerca del bien público.

Si bien era un ferviente defensor de la propiedad privada, no admitía la acumulación ilimitada de riqueza, sino de un nivel de propiedad que permitiera a cada persona satisfacer sus necesidades de subsistencia y mantener total independencia de criterio para así poder participar en igualdad de condiciones con los demás en la formación de la voluntad general.

El pensamiento de Rousseau fue antecesor de muchas corrientes ideológicas que suscitaron el constitucionalismo social. Su análisis sobre la vinculación entre libertad e igualdad y su concepción acerca de la *voluntad general* han sido fundamentales para el concepto moderno de democracia, entendida como gobierno de las mayorías y no de los *notables*, más cercano al pensamiento de Locke o Montesquieu.

Pero también debemos destacar que, al conceptualizar la libertad como acatamiento o respeto a lo decidido por la mayoría, no pone énfasis en las libertades individuales de las minorías. Además, no se diferenciaba del resto de los pensadores de su época en su consideración hacia la mujer. En el constitucionalismo clásico la mujer no formaba parte del pueblo ni podía enfrentarse al reto de la política.

1.3.2.3 Derechos de primera generación. Rol del estado

Los derechos otorgados a las personas por las constituciones de esta primera etapa suelen denominarse, por tal motivo, “derechos de primera generación”.

Fieles a las doctrinas que los respaldaban, tenían como objetivo principal la protección de la vida, la libertad y la propiedad, concebidas como derechos que el ser humano ha recibido de la naturaleza. El sujeto que resultaba obligado a respetarlos era, esencialmente, el estado, considerado como el principal sospechoso de verse tentado a violarlos.

Se trataba de derechos concebidos a favor del “hombre” entendido como ser abstracto y aislado: *el individuo*, vale decir, sin considerar la situación real en que podía encontrarse ni el hecho de que los seres humanos pueden y suelen organizarse para superar sus carencias.

Por ello, el constitucionalismo clásico organiza un régimen político y social que considera exclusivamente la relación individuo-estado.

Lo expuesto hasta ahora puede ejemplificarse del siguiente modo: en las primeras constituciones se adoptó la forma de gobierno representativa, pero no se garantizó expresamente el sufragio universal ni el derecho a organizar partidos políticos. Se consagró el derecho a trabajar, pero no el derecho de los asalariados a formar sindicatos. Se estableció el principio de igualdad ante la ley, mediante el cual, en teoría, todos se encontraban en igualdad de condiciones para ejercer sus derechos, pero nada se dijo acerca de las obligaciones que cabían a la sociedad o al estado para con aquellas personas que, por su situación social y económica real, no se encontraran en condiciones de satisfacer las necesidades más elementales o su subsistencia.

Los principales derechos de primera generación pueden clasificarse según su contenido en:

- *Derechos o libertades civiles o de autonomía personal*: se denominan así los derechos subjetivos que apuntan a impedir la injerencia del poder estatal sobre la vida privada de los individuos y sobre el funcionamiento autónomo y armónico de la sociedad.

Algunos son considerados derechos naturales, como el derecho a la vida, a la libertad física o ambulatoria, a la no discriminación –igualdad ante la ley–, y otros son considerados como una resultante necesaria de ellos, tales como el derecho a la intimidad o privacidad, a la libertad de reunión, a la libertad de asociación, a la libertad de pensamiento y de expresión, a enseñar y aprender, entre otros.

- *Derechos económicos*: surgen de considerar el derecho a la propiedad privada como derecho subjetivo natural y se regulan sus diferentes expresiones con el objetivo de asegurar la libre circulación de la riqueza conforme las leyes del mercado. De entre ellos podemos mencionar el derecho a comerciar, a ejercer industria lícita, a navegar, trabajar, etc.
- *Derechos políticos*: basándose en la idea de la forma de gobierno representativa, se consagra como principal derecho político el derecho al sufragio activo y pasivo. Sin embargo, en muchas constituciones este derecho tiene alcances limitados –sufragio calificado o restringido–. Así, por ejemplo, la constitución francesa de 1791 negó la condición de ciudadano activo al servidor asalariado o doméstico. En la propia Constitución argentina de 1853-60, el sufragio no fue mencionado expresamente, sino que se lo consideraba un derecho no enumerado, a tenor del art. 33, asimismo poseer una renta anual determinada para ser elegido presidente o vicepresidente de la Nación, senador nacional o ministro de la CSJN, en los arts. 55, 89 y 111.

En el marco de las doctrinas predominantes, el rol del estado es limitado ya que es concebido por el liberalismo como un *mal necesario* que debía encargarse de asegurar a los individuos aquellos servicios que estos, mediante la iniciativa privada, no estaban en condiciones de alcanzar, a saber, el manejo de las relaciones

exteriores, la defensa nacional frente a posibles agresiones externas, la custodia de la seguridad interior, la administración de justicia para evitar la resolución de conflictos por mano propia, y, en algunos casos, brindar un nivel mínimo de educación para los más pobres.

Este estado ha sido caracterizado con diferentes denominaciones que reflejan algunos de sus aspectos o características. Entre las más ilustrativas mencionamos:

- *Estado de derecho o gobierno de las leyes*: refiere a uno de los principales objetivos del constitucionalismo clásico, cual fue establecer el imperio de la ley sometiendo el ejercicio del poder político a ciertas normas jurídicas, las que, al estar por encima de todos, tanto de gobernantes como de gobernados, diferenciaban el nuevo régimen del anterior –absolutismo monárquico– en el cual el monarca no quedaba sometido a las leyes que él mismo imponía a sus súbditos (al cual se ha llamado *estado de policía o gobierno de los hombres*).
- *Estado liberal*: en razón de las bases doctrinarias e ideológicas de las cuales surge y en base a las cuales fue estructurado.
- *Estado gendarme*: porque muestra un estado armado para custodiar que los individuos gocen de sus libertades y propiedades en paz y tranquilidad. Por ello, solo emplea el monopolio de la fuerza física cuando ellas se encuentran en riesgo.

1.3.3. Constitucionalismo social

1.3.3.1. Concepto

Recibe esta denominación la segunda etapa del constitucionalismo. Alcanzó sus primeras concreciones a comienzos del siglo XX, y se extendió luego por todo el mundo, tanto a través de la sanción de nuevas constituciones como de la reforma a las ya existentes con el fin de adaptarlas a los nuevos principios y valores.

Antes de entrar en el análisis de sus bases ideológicas y doctrinarias debemos señalar ciertos aspectos indispensables para comprender esta etapa.

En primer lugar, el constitucionalismo social no reniega ni rechaza muchos de los desarrollos efectuados por el constitucionalismo clásico. Respeta y sigue defendiendo valores tales como el imperio de la ley, la necesidad de preservar un ámbito de libertad individual, la voluntad popular como fuente de toda autoridad, la defensa del pluralismo como un factor necesario para el logro del bien común, el rechazo hacia toda forma de proscripción o persecución, la protección del derecho de propiedad privada, entre otros.

En segundo lugar, desarrolla otro modo de concebir al individuo, la sociedad y el estado. Su principal objetivo consiste en lograr un orden social y jurídico que permita que todas las personas se encuentren en condiciones de gozar efectivamente de los derechos y participar más equitativa e igualitariamente de los bienes morales, espirituales y materiales que pueda crear una sociedad. De este modo, pone el acento en una vida social más solidaria, de la cual son responsables –asumiendo nuevos deberes– no solo la propia sociedad civil sino también el estado.

Por ello, son presupuestos doctrinarios del constitucionalismo social la igualdad real de oportunidades para que todos los individuos puedan ejercer su libertad de manera efectiva, y la existencia de derechos sociales que deben anteponerse cuando el ejercicio de ciertos derechos individuales resulte abusivo.

Así como el constitucionalismo clásico significó socialmente el triunfo de la burguesía en ascenso durante el auge inicial del sistema capitalista, el constitucionalismo social representa la concreción de diversas luchas desarrolladas por sectores postergados o con expectativas insatisfechas durante ese mismo período: los trabajadores asalariados y las clases medias bajas.

1.3.3.2. Causas. La “cuestión social”

La consolidación del capitalismo como sistema económico regido en forma exclusiva por las leyes del mercado, y la revolución industrial que reemplazó de manera definitiva la producción artesanal por el empleo de maquinarias en grandes establecimientos situados generalmente en las ciudades, produjeron una serie de consecuencias frente a las cuales el constitucionalismo liberal no era capaz de dar respuestas.

La industrialización produjo la migración de grandes masas humanas de zonas rurales hacia las ciudades, en las que numerosas familias habitaban viviendas precarias o inquilinatos sin infraestructura que no poseían ni las más mínimas comodidades para llevar una vida digna.

La concentración de la riqueza y del poder económico, la formación de monopolios y oligopolios y la consideración del trabajo humano como una mercancía que podía comprarse y venderse, cuyo valor estaba sujeto a las reglas del libre mercado, se combinaron para dar forma a una de las más crudas manifestaciones de lo afirmado por Hobbes en su *Leviatán*: “el hombre es el lobo del hombre”.

Las condiciones de trabajo en fábricas, minas y talleres eran calamitosas: salarios miserables; jornadas agotadoras sin derecho al descanso; trabajo de mujeres y niños de corta edad con peor remuneración que los varones adultos; falta de perspectivas u horizontes, etc.

La situación descripta fue acompañada por un gran retroceso en las pautas culturales del grueso de la sociedad. El incremento del índice de delitos, la gran cantidad de personas viviendo o deambulando por las calles, el aumento del ejercicio de la prostitución, entre otras, conformaban un panorama corriente en las ciudades industrializadas.

Esta grave problemática, que llegó a producir tensiones que fracturaban y amenazaban con la disolución de las sociedades de entonces, suele ser caracterizada como *la cuestión social*.

Pero esta realidad también produjo otro tipo de consecuencias. El concentrar los sectores empobrecidos tanto en ciudades como en fábricas, talleres y minas provocó una convivencia que fue gestando sentimientos de descontento e injusticia compartidos y, a la vez, un sentido de solidaridad y unión como para intentar cambiar ese estado de cosas.

Lógica consecuencia de ello fue organizarse para hacer escuchar sus reclamos, entre ellos, el sufragio universal, la protección estatal frente a abusos de los empleadores, condiciones mínimas de vida que respetasen la dignidad humana, tales como vivienda, salud, educación, jornada limitada de labor, salarios dignos y derecho al descanso.

Distintas corrientes de ideas tomaron partido frente a la cuestión social, criticaron esa situación y reclamaron que el estado asumiera un rol más activo en la solución de tales problemas.

1.3.3.3. Bases ideológicas y doctrinarias

Ellas han sido muy heterogéneas. Dice Sagüés: “Diferentes doctrinas políticas (el socialismo, con sus múltiples versiones, el sindicalismo, el solidarismo, el social cristianismo, el marxismo, los anarquismos, el corporativismo, etc.) reclamaban un nuevo orden no individualista. Hasta el propio liberalismo termina por aceptar la necesidad de una reformulación sistemática...”²².

Analizaremos a continuación las que consideramos han tenido mayor incidencia en esta segunda etapa del constitucionalismo.

1.3.3.3.1. Socialismo

Si bien los trabajadores asalariados intentaron unirse en sindicatos para llevar adelante sus reclamos, el primer movimiento ideológico doctrinario que se desarrolló para cuestionar el estado de cosas fue el socialismo.

Este movimiento político y filosófico nació cuestionando de raíz el capitalismo como sistema económico y social. Sus primeros pensadores surgieron a fines del siglo XVIII²³. Sin embargo, la mayor difusión internacional del socialismo se produjo a partir de mediados del siglo XIX gracias a la obra y el accionar político de Karl Marx (1818-1883) y Friedrich Engels (1820-1895). La obra más importante de Marx fue *El capital*, cuyo primer volumen fue publicado en 1867²⁴.

22 Sagüés, *ob. cit.*, t. I, pág. 10.

23 Entre ellos mencionaremos al galés Robert Owen (1771-1858) y a los franceses Charles Fourier (1772-1837), Claude Henri de Rouvroy Conde de Saint Simón (1760-1825) y Louis Blanc (1811-1882). Estos proponían formas de organización económica alternativas al capitalismo, y buscaban mediante la predica y el ejemplo convencer a la sociedad. Fue ello una de las razones por las cuales Marx y Engels los denominaron “socialistas utópicos”.

24 Los principales análisis del pensamiento marxista ortodoxo o clásico eran los siguientes: 1. La interpretación materialista de la historia, a través de la cual se la concibe como una lucha constante entre clases sociales por la dominación de los medios de producción. El resultado de esas luchas se define conforme la evolución del modo de producción; cuando este obstaculiza el desarrollo de las fuerzas productivas se produce en él un salto cualitativo. Ello explica, según esta teoría, el paso del esclavismo al feudalismo y de este al capitalismo. 2. Relación dialéctica entre las relaciones de producción y las instituciones políticas, sociales, jurídicas y morales. Existe una influencia recíproca entre ellas, pero mientras las primeras son estructurales las restantes son superestructurales; dicho en otros términos, las relaciones entre las personas en su carácter de productores condicionan a las demás. 3. El estado es siempre el instrumento de dominación del que se valen las clases que detentan el poder económico en una sociedad para mantener sus ventajas y privilegios. 4. El final del capitalismo es fatal, la concentración del capital en pocas manos traba el desarrollo de las fuerzas productivas. El poder de producir bienes y servicios excede las posibilidades de consumo por parte de los asalariados. En consecuencia, las crisis serán periódicas hasta que una de ellas sea definitiva. El rol del proletariado es acelerar ese proceso histórico.

Hacia fines del siglo XIX, el pensamiento socialista se dividió en distintas corrientes. Señalaremos dos:

- *Marxistas ortodoxos o revolucionarios*: a partir de cuyo pensamiento se plasmaron diversas revoluciones socialistas. La primera de ellas fue la Revolución Rusa de 1917 y la posterior sanción, en 1918, de la constitución de la República Socialista Federativa de los Soviets²⁵. En base a estas, se crearon regímenes políticos denominados “comunistas” o “del socialismo real”.
- *Marxistas revisionistas o reformistas*: dieron pie a la creación de partidos socialdemócratas o laboristas en distintos países del mundo. Entre los fundadores de esta corriente mencionaremos al francés Jean Jaurès (1859-1914) y al alemán Ferdinand Lasalle (1825-1864). Plantean llegar pacíficamente y en forma gradual a una sociedad más igualitaria en base al triunfo en la competencia electoral con partidos de otros signos ideológicos. Desde este lugar, han sido promotores principales de los cambios que caracterizaron al constitucionalismo social.

1.3.3.3.2. Sindicalismo

Durante el siglo XIX, los obreros urbanos promovieron la formación de organizaciones propias, en un comienzo conducidas por ellos mismos, con el fin de presionar a las autoridades para que estas buscaran soluciones a la *questión social*.

Fue en Gran Bretaña –el estado más industrializado de la época– donde se inició y desarrolló la práctica sindical. Las *trade unions*, asociaciones obreras locales o de distintas fábricas formadas en función de los oficios que ejercían los trabajadores, existían desde comienzos del siglo XIX, y fueron reconocidas legalmente en 1824. Diez años más tarde, se formó la primera federación que comprendía todos los sindicatos de ese país, denominada *Grand National*. Estas organizaciones desarrollaron en el Reino Unido un papel fundamental dentro del denominado *movimiento cartista*, que luchó por la célebre *People's Charter*, una carta que reconociera el sufragio masculino universal y secreto, la abolición del requisito de ser propietario para integrar la Cámara de los Comunes y la celebración de elecciones parlamentarias anuales, entre otros reclamos²⁶.

El movimiento sindical no tuvo durante el siglo XIX un desarrollo uniforme en todos los países. En algunos unieron sus luchas a la militancia socialista y en otras ocasiones estuvieron claramente separados. Sin perjuicio de que este movimiento tuviera expresiones muy radicalizadas, el movimiento obrero organizado impulsó cambios que dieron parte de su impronta al constitucionalismo social.

25 Néstor Pedro Sagüés, prestigioso constitucionalista argentino, señala como etapa segunda del constitucionalismo el constitucionalismo del estado social de derecho, y en ella analiza tres tipos de concreciones: a) El constitucionalismo neoliberal-social; b) El constitucionalismo marxista, y c) El constitucionalismo corporativo. Ver *ob. cit.* del autor, t. I, págs. 9-12.

Preferimos considerar los procesos b) y c) como parte del título “Crisis del constitucionalismo” que se analizará más adelante.

26 McNall Burns, *ob. cit.*, t. II, pág. 734.

1.3.3.3.3. La Doctrina Social de la Iglesia

Las iglesias basadas en el cristianismo no son, ni han sido en general, opositoras al capitalismo ni al derecho de propiedad privada sobre los medios de producción.

Sin embargo, dentro de la Iglesia Católica surgieron corrientes de pensamiento que promovían una participación más activa en el debate y resolución de la cuestión social²⁷. Estas corrientes alcanzaron el carácter de versión oficial cuando el papa León XIII (1810-1903), apodado “el Papa de los trabajadores”, sentó posición al promulgar la célebre encíclica *Rerum novarum* (“De las cosas nuevas”) en 1891.

En ella, se ubican las bases de la denominada Doctrina Social de la Iglesia Católica; se pronuncia a favor de la propiedad privada, pero condena por igual tanto la concepción que basa las relaciones sociales en la idea de la lucha de clases como el capitalismo entendido como acumulación ilimitada de riquezas; rechaza el empleo de la violencia como mecanismo de resolución de problemas y plantea la necesidad de conciliar intereses entre el capital y el trabajo. Por ello es que resalta la necesidad de organizar sindicatos de trabajadores que negocien de manera pacífica con los empleadores los beneficios para los asalariados. Marca la necesidad de que, desde el estado, se establezca una legislación que proteja al trabajador, garantice salarios dignos y reduzca la jornada laboral.

La encíclica *Rerum novarum* marcó un paradigma permanente a lo largo del siglo XX en la Iglesia Católica. El concepto de justicia social²⁸ fue introducido por esta doctrina. Sus aspectos esenciales fueron confirmados en 1931 por el papa Pío XI en la encíclica *Quadragesimo anno*, en la que introdujo los vocablos “doctrina social”.

Esta posición tuvo gran trascendencia, ya que en torno a dichas ideas se formaron en Europa, desde fines del siglo XIX, partidos políticos social-cristianos, cuyos dirigentes promovieron la adopción de medidas que finalmente se concretaron en el constitucionalismo social.

1.3.3.3.4. El pensamiento keynesiano

Vemos cómo aun dentro de las teorías defensoras a ultranza del capitalismo existieron quienes desarrollaron ideas que luego fueron reflejadas en las constituciones propias de esta segunda etapa.

Haremos una breve referencia a las teorías del economista inglés John Maynard Keynes (1883-1946), quien, a comienzos del siglo XX, se desvió del pensamiento económico liberal clásico y proclamó la necesidad de que el estado intervenga en la actividad económica para corregir los desequilibrios que cíclicamente se producen cuando ella queda librada al juego de las reglas del mercado. En consecuencia, plantea la necesidad de una intervención moderada, racional y temporal del estado en las relaciones económicas.

27 Se considera al sacerdote, teólogo y político francés Félicité Robert de Lamennais (1782-1854) el fundador de esta corriente dentro de la Iglesia Católica. Si bien fue condenado por la propia Iglesia, sus ideas alcanzaron gran difusión durante el siglo XIX y ganaron adeptos en muchos sectores eclesiásticos.

28 La expresión “justicia social” fue acuñada por el teólogo jesuita Luigi Taparelli en 1834.

Sus ideas en el plano económico aportaron el sustento teórico²⁹ para exigir al estado que abandone su papel abstencionista y asuma un rol activo, no solo en materia económica, a través de controles, regulaciones y planes de obras públicas, sino también mediante programas de reformas sociales que mejoraran la vida de muchos sectores de la sociedad. En las constituciones de esta segunda etapa la obligación de prestar servicios y asumir funciones por parte del estado se sustentan también sobre estas teorías económicas³⁰.

1.3.3.4. Derechos de segunda generación. Rol del estado

Las ideas y praxis desarrolladas por las distintas corrientes que hemos analizado dieron como resultado, en diversos estados, medidas concretas de gobierno tendientes a descomprimir o superar los conflictos provocados por la *questión social*.

La primera de las grandes potencias que emprendió un programa de reformas en este sentido fue la Alemania del canciller Bismarck, con un plan de medidas iniciado en 1883 que, a través de la sanción de diferentes leyes, limitaba la jornada de trabajo, establecía un régimen de jubilaciones por vejez, exigía a las empresas adoptar medidas de seguridad e higiene para sus empleados y prohibía el trabajo infantil, entre otras. Estos programas fueron imitados por otros estados europeos, y hacia la primera década del siglo XX ya habían sido adoptados en gran parte de Europa occidental.

Sin embargo, estos nuevos derechos solo ostentaban rango legal; eran medidas adoptadas por los cuerpos legislativos y, por ello, las decisiones posteriores de otros gobiernos podían dejarlos sin efecto con el simple procedimiento de sancionar leyes que los derogaran.

Fue así que comenzó a exigirse el otorgamiento de jerarquía constitucional a los nuevos derechos, los cuales pasaron a formar parte de las bases de convivencia social. Por ello, durante el siglo XX, comenzaron a sancionarse nuevas constituciones que los incluían expresamente.

29 Confirmado en la práctica a través del plan económico conocido como *New Deal*, implementado luego de la Gran Depresión de 1930 en los Estados Unidos de América por el presidente Franklin D. Roosevelt.

30 Néstor P. Sagüés denomina “neoliberalismo” esta base ideológica del constitucionalismo social. Si bien con el nombre de “nuevo liberalismo” o “neoliberalismo” fueron denominadas en sus orígenes –década de 1930– las teorías económicas que, dentro del capitalismo, buscaban dar respuesta a la cuestión social –considerando que el liberalismo puro había fracasado–, preferimos no utilizar esa denominación ya que puede generar confusiones. En efecto, desde la década de 1980, el término “neoliberalismo” se utilizó para denominar la escuela económica que reaccionó a las crisis económicas mundiales de la década de 1970 atribuyendo sus causas a postulados del keynesianismo. Se considera neoliberalismo las teorías económicas de raíz liberal más pura o clásica de Ludwig von Mises, Friedrich Hayek en principio y luego Milton Friedman. Este último asesoró directamente en materia económica, junto con otros economistas de la Universidad de Chicago, al dictador Augusto Pinochet en Chile. El neoliberalismo propuso limitar el papel del estado en la economía, privatización de empresas públicas, flexibilización o desregulación laboral y apertura de las fronteras a mercancías, capitales y flujos financieros. Estos postulados económicos fueron centrales en las políticas económicas del Reino Unido y los EE.UU., con Margaret Thatcher y Ronald Reagan, respectivamente. Sin perjuicio de que sea un término controvertido, queda claro que con el correr de las décadas del siglo XX su contenido se volvió opuesto al original y, por ello, no nos parece apropiado utilizarlo. Ver Sagüés, Néstor P., *Teoría de la constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2004, pág. 44.

La primera de ellas fue la constitución de México sancionada en Querétaro en 1917. La siguieron la constitución de Alemania en 1919, la austriaca en 1920, la checoslovaca en 1920, la polaca y la yugoslava en 1921 y la española en 1931. En cambio, en otros estados, el constitucionalismo social no se concretó mediante la sanción de una nueva constitución, sino a través de la reforma de la ya existente.

Por uno u otro camino, en los textos constitucionales se sumaron a los derechos de primera generación otros nuevos derechos, los cuales, por ser propios de esta segunda etapa del constitucionalismo, suelen denominarse *derechos de segunda generación*.

Para caracterizarlos resaltaremos lo siguiente:

- Se trata de facultades o atribuciones que, tomando como base un tipo de organización política en la que se respeta la libertad individual, la dignidad del ser humano, la diversidad y el pluralismo, que complementan estos derechos con la igualdad real de oportunidades, a fin de que todo ser humano pueda desarrollar sus capacidades y satisfacer sus necesidades.
- Siendo la solidaridad un valor tan importante como los anteriores, se le otorga el carácter de deber jurídico para asegurar la efectiva vigencia de los nuevos derechos. Por ejemplo, se mantiene el respeto al derecho a la propiedad privada, pero se resalta que debe ejercerse en función social. Es decir, se prohíbe jurídicamente su ejercicio abusivo y antisocial.
- Los derechos que se establecen parten de la concepción de la *persona situada*, es decir, tomando en cuenta la realidad social y económica en que desarrolla su vida. Por ello, buena parte de los derechos de segunda generación no solo tienen por objetivo remover los obstáculos que impiden a las personas sus libertades sino que, también, persiguen el objetivo de facilitar su organización a fin de remover en conjunto y solidariamente dichos obstáculos.
- La vigencia de gran parte de los nuevos derechos depende del rol activo del estado, a quien se le otorga el carácter de garante de su cumplimiento.

Los principales derechos de segunda generación pueden clasificarse según su contenido en:

- *Derechos sociales*: se otorgan explícitamente con el propósito de superar las desigualdades e injusticias que surgen a causa de la disímil distribución de la riqueza en el sistema capitalista. Entre ellos, mencionamos los siguientes derechos: a percibir un salario digno, a una jornada limitada y razonable de labor, al descanso, a gozar de condiciones dignas y seguras de trabajo, a organizar libre y democráticamente sindicatos, a decidir huelgas, a gozar de los beneficios de la seguridad social –sistemas de jubilaciones, pensiones por vejez o invalidez, subsidios por desempleo, seguro de salud, entre otros–.

También se incluyen derechos a favor de la familia –a una vivienda digna, asignaciones familiares, entre otras–.

- *Nuevos derechos políticos*: partiendo de la idea de que la democracia se basa en el respeto a la voluntad de las mayorías, el constitucionalismo social consagra expresamente el derecho al sufragio universal, igual y secreto, el derecho a orga-

nizar partidos políticos, el derecho a participar activamente en la vida pública mediante la creación de los mecanismos de democracia semidirecta –plebiscito, referéndum, iniciativa popular legislativa, *recall* o revocatoria popular de mandatos, son los más difundidos–.

Al estado se le confían roles muy distintos de los previstos por el constitucionalismo liberal o clásico. Este nuevo perfil ha sido caracterizado con diferentes denominaciones:

- *Estado social de derecho*: dado que se concibe un estado respetuoso de los derechos y libertades individuales y que se somete al orden jurídico establecido –estado de derecho–, pero asume un papel activo para armonizarlos en función de los intereses comunes de la sociedad.
- *Estado benefactor*: en tanto promueve la intervención del estado en las relaciones económicas, laborales y sociales a fin de evitar abusos que atenten contra la dignidad humana. Regula, orienta, planifica, controla y actúa como empresario si es necesario.
- *Estado de bienestar*: ya que se lo hace responsable de otorgar, por sí mismo, nuevos servicios a todos los habitantes para garantizarles condiciones mínimas de bienestar: organización de sistemas de seguridad social, salud, educación en todos los niveles, vivienda, créditos blandos para pequeños y medianos emprendimientos, entre otros.

Sin dudas, estos nuevos roles han provocado un notable crecimiento del aparato burocrático estatal y, por ello, básicamente, de su función administrativa. Lógica consecuencia ha sido el incremento del gasto y la inversión pública y de la presión tributaria. Con ello, para el constitucionalismo social, la actividad financiera del estado deja de tener un fin neutro, como postulaba la escuela clásica o liberal de la economía, para transformarse en un instrumento de política económica y social.

1.3.4. Crisis del constitucionalismo

Suele afirmarse que, a partir de la Primera Guerra Mundial, los postulados del constitucionalismo sufrieron en el mundo un retroceso a consecuencia del desarrollo de regímenes políticos que se basaban en concepciones doctrinarias antagónicas a él.

Dichos regímenes, de diverso cariz ideológico, tuvieron en común el acrecentamiento desmedido del poder estatal en desmedro de las libertades civiles y políticas de las personas y la concentración del poder político en un líder o grupo dominante.

Sin embargo, al estar organizados en base a instrumentos denominados “constitución”³¹, manteniendo la vigencia de un texto constitucional anterior³², o bien sancionando un ins-

31 Por ejemplo, la Revolución Rusa sancionó la constitución de la República Federativa de los Soviets en 1918.

32 Como ejemplo, Hitler fue designado canciller de Alemania por el parlamento alemán estando vigente la constitución alemana de 1919, aunque previamente habían sido mutilados muchos de sus derechos fundamentales por el decreto legal de 1933, conocido como “decreto del incendio del Reichstag”.

trumento al cual quedaba condicionada la vigencia de una constitución anterior³³, algunos autores los incluyen en su análisis del constitucionalismo como parte de un proceso de des-constitucionalización, porque no respetaron los mínimos postulados del constitucionalismo ni clásico ni social.

Dentro de estos, consideramos los siguientes: a) El estado comunista o del socialismo real, surgido por primera vez en Rusia a partir de la revolución de 1917. Este régimen político, que acentuó su carácter totalitario con la llegada de José Stalin al poder en 1922, se extendió a numerosos estados en el marco del denominado *mundo bipolar* estructurado por las grandes potencias una vez concluida la segunda guerra mundial; b) El estado fascista desarrollado en Italia bajo la conducción de Benito Mussolini desde 1922, caracterizado como totalitarismo de derecha por consagrar el concepto del ser humano al servicio del estado, considerado como un fin en sí mismo; c) El nazismo desarrollado en Alemania desde 1933 bajo la dirección de Adolf Hitler. Este ha sido caracterizado como el régimen totalitario más cruel de la historia de la humanidad, dado que, partiendo de la pretendida superioridad de una raza, comenzó con la persecución de opositores, judíos y gitanos para terminar sumiendo al mundo en una contienda internacional cuyo número de muertos y heridos no tiene parangón en la historia; d) El falangismo instaurado en España desde 1935, luego de la guerra civil, encabezado por Francisco Franco, feroz perseguidor de adversarios políticos y proscriptor de toda forma de vida democrática y pluralista; e) El corporativismo del dictador Antonio de Oliveira Salazar en Portugal desde 1932; f) Diversos regímenes dictatoriales en gran parte del mundo que, a partir de golpes militares o cívico-militares, suprimieron los derechos políticos de los ciudadanos y ejercieron el *terrorismo de estado*.

1.3.5. El constitucionalismo actual

Hemos visto que, como movimiento histórico, el constitucionalismo es esencialmente dinámico. Desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y especialmente desde las últimas tres décadas del siglo XX, han variado notoriamente aspectos esenciales de la teoría clásica del estado, a la vez que han surgido nuevas realidades y necesidades a las que el estado constitucional no es ajeno y debe dar respuestas.

Se habla de constitucionalismo actual o tendencias actuales del constitucionalismo para significar que estamos en una tercera etapa. Lo cierto es que, independientemente de las denominaciones y de la tendencia a dividir la historia en etapas –lo cual implica un cierto nivel de subjetividad y arbitrariedad, habida cuenta de que el mundo no es ni ha sido igual en todas partes al mismo tiempo–, podemos sí marcar ciertas transformaciones producidas, algunas muy profundas que analizaremos a continuación.

33 Como ejemplo, el régimen de la dictadura cívico-militar en Argentina de 1976 condicionó la vigencia de la Constitución Nacional de 1853 y sus reformas vigentes a ese año al Estatuto de Reorganización Nacional, el cual quedaba por encima de la Constitución Nacional.

– Internacionalización de los derechos humanos

Como reacción a las atrocidades producidas luego de las dos guerras mundiales, surgió el fenómeno de internacionalización de los derechos humanos, el cual se inició con la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945, pero especialmente desde la aprobación por la Asamblea General de la ONU de la “Declaración Universal de Derechos Humanos” en 1948, y a nivel regional desde la aprobación de la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” por parte de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, también en 1948. Esta última, en realidad, precedió unos meses a la anterior.

A través de este tipo de tratados internacionales se consagran formalmente derechos que son ínsitos a la condición humana y la dignifican, y que los estados se comprometen mutuamente a respetar y a asegurar su efectiva vigencia.

Este fenómeno ha generado, con el correr de las décadas, la aprobación de numerosos tratados internacionales que los amplían, y ha hecho surgir una nueva rama del derecho que se denomina Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Estos documentos internacionales conciben a la persona humana como el centro y principal destinatario de los derechos. Por ello, los que estos instrumentos consagran pueden reclamarse, bajo determinadas circunstancias, ante organismos internacionales.

La persona humana aparece como sujeto de derecho internacional y, por ello, resulta necesaria la armonización de las legislaciones y mecanismos de protección judicial de esos derechos a nivel interno, a nivel supranacional e internacional.

Este es un aspecto de los profundos cambios en el concepto clásico de soberanía estatal.

– Integración regional

También viene desdibujándose el concepto clásico de soberanía estatal a partir del fenómeno de la integración regional. Este consiste en la creación, por parte de estados independientes, de organismos supranacionales a los cuales delegan o transfieren parte de sus competencias internas. La integración regional en estado más avanzado es la que constituye, al año 2015, la Unión Europea.

Notamos que uno de los principales desafíos que los estados enfrentan es utilizar estos instrumentos –tratados sobre derechos humanos y tratados de integración regional– para lograr una mejor calidad de vida y mayor respeto para las personas, y no para profundizar las desigualdades en función del mayor o menor poderío de los estados.

– Derechos de tercera generación

Otra característica del constitucionalismo actual es la recepción constitucional de los denominados *derechos de tercera generación* o nuevos derechos, como la protección al medio ambiente, el desarrollo sustentable, los derechos de usuarios y consumidores y la recepción del concepto de derechos colectivos o difusos con correlativas acciones o garantías para accionar colectivamente en su defensa.

– Pluralismo e interculturalidad

Caracterizan también al constitucionalismo actual la defensa del pluralismo como bien social digno de protección, vale decir, el derecho humano de cada individuo y de cada comunidad a forjar su propia cosmovisión y a defender los rasgos que la caracterizan. Se enmarcan en ello la protección de los bienes y tradiciones culturales de los pueblos indígenas y el derecho y la protección de la identidad de género de las personas.

En las sociedades del siglo XXI, conviven en un mismo espacio y tiempo histórico personas que participan de los valores de diversas culturas. Dicha convivencia requiere de las sociedades suma tolerancia y, a la vez, un trato igualitario desde la legislación para hacer efectivo el derecho a la igualdad real de oportunidades y de trato.

1.4. Derechos de primera, segunda y tercera generación

Hemos analizado las tres generaciones de derechos considerados básicos o fundamentales por el constitucionalismo junto con el proceso histórico en el que aparecieron hasta lograr su consagración en el texto constitucional.

Tal metodología nos ha parecido más adecuada, ya que esta es la denominación que se emplea para clasificar los derechos fundamentales según su aparición en la historia del constitucionalismo –clasificación diacrónica o sucesiva–, y no determina mayor valor u orden jerárquico alguno entre ellos.

1.5. Evolución del constitucionalismo argentino

En la primera parte de este punto estudiaremos el proceso histórico que llevó a la organización de nuestro país bajo un régimen constitucional; luego se analizarán las fuentes doctrinarias de esta y, por último, el impacto de las etapas del constitucionalismo en nuestra Constitución.

1.5.1. Proceso histórico argentino

A tal fin, comenzaremos por aclarar que sobre el territorio de lo que actualmente es la República Argentina se han sucedido históricamente distintos tipos de organizaciones políticas. Para facilitar el análisis de ese proceso, lo dividiremos en diversas etapas.

1.5.1.1. Etapa o era indígena

Desde la llegada de los primeros seres humanos hasta la conquista y colonización por parte de los españoles, se desarrollaron en nuestro actual territorio numerosos grupos autóctonos: los denominados pueblos o naciones originarios o indígenas –cuya preexistencia es

reconocida por el art. 75, inciso 17, CN—, tales como diaguitas, comechingones, huarpes, querandíes, araucanos, tehuelches, pampas, tobas, mocovíes y guaraníes, entre otros.

Cada pueblo tenía un distinto grado de desarrollo. Por lo tanto, su organización política difería en función de esa variante. Con la llegada de los conquistadores, estas poblaciones autóctonas fueron sometidas a las formas de vida introducidas por los europeos, entre otras, su modelo de organización política.

1.5.1.2. Etapa o era española, hispánica o colonial

La ubicamos entre la llegada de los españoles –siglo XVI– y la Revolución de Mayo de 1810.

En esta etapa, nuestro actual territorio pertenecía a la monarquía española –hasta 1776 al Virreinato del Perú; ese mismo año se creó el Virreinato del Río de la Plata con capital en la Ciudad de Buenos Aires–. Jurídicamente regía el denominado Derecho Indiano o Leyes de Indias, sancionadas por autoridades españolas, algunas de ellas residentes en la península y otras en América. Entre las autoridades residentes en España merecen mencionarse al rey –máxima autoridad– y el Consejo de Indias. Entre las autoridades residentes en América mencionaremos al virrey, la Real Audiencia, el consulado y los cabildos.

Los cabildos eran órganos de gobiernos regionales o locales. Frente a acontecimientos de gravedad, solía permitirse la participación, en los debates de los cabildos, a vecinos notorios de las ciudades donde estos funcionaban. Tales asambleas se denominaban “cabildos abiertos”.

1.5.1.3. Período patrio: primeros intentos de organización nacional

Esta etapa se ubica entre 1810 y 1820. Como es sabido, la formación del primer gobierno patrio surgió a partir de los acontecimientos ocurridos en las jornadas de mayo de 1810 –Revolución de Mayo–. Como consecuencia de ellos, nació la Primera Junta de Gobierno, en la cual existía mayoría de criollos, quienes, a partir de ese momento, decidieron tomar las riendas del gobierno de lo que hasta ese entonces había sido el Virreinato del Río de la Plata. Ello fue sin dudas así pese a que los integrantes de dicha Junta, al asumir el cargo, juraron fidelidad al rey de España, Fernando VII, cautivo de las fuerzas napoleónicas. Esta táctica empleada por los patriotas del virreinato ha sido llamada “la máscara de Fernando VII”.

Conformado el primer gobierno patrio, y pese a la aparente fidelidad al rey, la clase política criolla comenzó a desarrollar acciones tendientes a organizar un nuevo estado independiente que detentara poder soberano.

Los intentos en ese sentido no prosperaron de manera definitiva ni permanente y, por ello, los gobiernos que se sucedieron fueron en general considerados “provisorios” –juntas, triunviratos, directorio, congreso–.

Entre dichos intentos destacaremos por su importancia:

- La Asamblea General Constituyente de 1813: este órgano fue convocado por el Segundo Triunvirato con el objeto de declarar formalmente la independencia y

organizar el país mediante la sanción de una constitución. Si bien no logró ninguno de los dos objetivos, adoptó una medida muy importante en ese sentido: el declararse depositario del ejercicio de la soberanía de las Provincias Unidas. También tomó decisiones que apuntaban a consolidar un proceso de independencia –acuñó moneda propia, ordenó diseñar y oficializar el escudo nacional, convocó a artistas para la creación del himno nacional, entre otras–. Además, suprimió instituciones propias del poder colonial español que agredían la ideología liberal en ciernes, como los instrumentos de tortura, los sistemas de trabajo forzado para los indígenas y los títulos de nobleza. Además, declaró la libertad de vientres.

- El Congreso de 1816: reunido en la ciudad de Tucumán el día 9 de julio de 1816, declaró formalmente la independencia del rey Fernando VII, sus sucesores y de toda otra dominación extranjera. Declarada la independencia, el Congreso se abocó a la tarea de sancionar una constitución.

Una vez trasladado a la ciudad de Buenos Aires, en 1819 sancionó la primera Constitución Nacional.

La Constitución de 1819 era unitaria y no abiertamente republicana, razones por las que fue rechazada por caudillos de las provincias del litoral, lo cual provocó, en 1820, la caída del Directorio –primera batalla de Cepeda– y la disolución del propio Congreso. Estos hechos hicieron que el país, por primera vez desde mayo de 1810, quedara sin un gobierno central. Por ese motivo suele denominarse el período iniciado en 1820 como la etapa de la “anarquía”.

1.5.1.4. Etapa de la anarquía. Organización de las provincias

La ubicamos entre 1820 y 1832. Generalmente, esta etapa se identifica como aquella en la cual mayor virulencia tomó la guerra civil –se suele hablar de guerra civil entre federales y unitarios–.

La ausencia de un gobierno central por la renuncia del director Rondeau y la disolución del Congreso que funcionaba en la Ciudad de Buenos Aires dejaron a las provincias sin un gobierno común. Estas, formadas en base a las zonas de influencia de los cabildos, asumieron plenamente su autonomía, e iniciaron así un proceso de organización institucional propia: comenzaron a sancionar constituciones, estatutos o reglamentos mediante los cuales organizaron sus instituciones políticas, eligieron de acuerdo a ellos a sus propias autoridades, armaron sus propios ejércitos, establecieron aduanas, etc.

Las provincias comenzaron a celebrar entre sí diversos pactos, a través de los cuales regularon recíprocamente sus relaciones económicas, comerciales, aduaneras y militares, y acordaron sobre la extradición de criminales, entre otros aspectos.

Pero también, a través de aquellos pactos, manifestaron su voluntad de unirse en un único estado, dado que normalmente, en dichos pactos, se comprometían e invitaban a las demás a enviar representantes a un congreso con el objetivo de sancionar una constitución nacional que las uniera definitivamente.

Uno de ellos fue el Tratado del Cuadrilátero en 1822³⁴, gracias al cual se logró sancionar el segundo intento constitucional en 1826, que era republicano y representativo en cuanto a la forma de gobierno, pero unitario en cuanto a la forma de estado.

Por esta razón, la Constitución de 1826 fue rechazada por buena parte de los gobiernos provinciales, lo que intensificó la guerra civil. Para afrontarla, en 1830 los defensores del unitarismo se unieron en un bloque o alianza ofensiva y defensiva denominada Liga del Interior, la cual tenía como máximo líder al general cordobés José María Paz. A su vez, en 1831, las provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos se unieron mediante la firma de un acuerdo denominado Pacto Federal, gracias al cual conformaron una alianza ofensiva y defensiva denominada Liga del Litoral, para hacer frente a la Liga del Interior.

Este pacto creaba un órgano común para las provincias firmantes, la “Comisión Representativa de los Gobiernos de las Provincias Litorales de la República Argentina”, el cual debía estar integrado por un diputado representante del gobierno de cada provincia y tendría, como principales funciones, conducir la guerra contra la Liga del Interior e invitar a las demás provincias, cuando estuviesen en plena libertad y tranquilidad, a un congreso general federativo, el cual organizaría definitivamente el país a través de una constitución que respetara el sistema representativo, republicano y federal de gobierno³⁵.

1.5.1.5. Etapa de la Confederación

La ubicamos entre la derrota definitiva de la Liga del Interior y la caída política del máximo líder de esta etapa: Juan Manuel de Rosas.

Al caer la Liga del Interior, todas las provincias se integraron al Pacto Federal de 1831, reconociéndolo como ley suprema. En consecuencia, las catorce provincias que hasta ese entonces se habían organizado pasaron a unirse bajo una forma al que muchos historiadores caracterizan como una verdadera confederación de estados.

Ello implicaba que, en teoría y hasta tanto no se sancionara una constitución nacional, se mantendría una alianza permanente entre provincias, pese a lo cual cada una de ellas se gobernaría por sí misma, salvo en ciertas cuestiones como, por ejemplo, el manejo de las relaciones internacionales o decidir cuándo se efectuaría un nuevo congreso constituyente, atribuciones encomendadas a la Comisión Representativa.

34 La falta de gobierno central tuvo una excepción. Sucedió que, en cumplimiento del Tratado del Cuadrilátero, se logró reunir en la ciudad de Buenos Aires un Congreso General Constituyente que comenzó sus sesiones en 1824. Dicho Congreso sancionó una serie de leyes provisionales, con el objeto de dar al país un gobierno central, hasta tanto se sancionara de manera definitiva la CN. De entre las leyes provisionales sancionadas, tal vez la más importante fue la ley de presidencia, la cual creaba, por primera vez en la historia de nuestro país, y de manera provisional, la figura del Presidente de la República, a cuyo cargo estaría el ejercicio del PEN. Dicho Congreso designó para ocupar el cargo a Bernardino Rivadavia. A su vez, el Poder Legislativo Nacional quedaba en manos del propio Congreso, el cual, por lo tanto, ejercería funciones legislativas y constituyentes.

35 *Pacto Federal*, art. 16, cláusula quinta.

Sin embargo, esta fue disuelta, y las provincias encargaron sus atribuciones al entonces gobernador de la provincia de Buenos Aires, Juan Manuel de Rosas, quien monopolizó el ejercicio del poder político durante este período por delegación de las provincias. Entre sus atribuciones se hallaba la convocatoria a un congreso general constituyente.

El fin de esta etapa comenzó con el denominado “Pronunciamiento de Urquiza”. La concentración de poder que Rosas había conseguido dentro de la Confederación generó diversas reacciones y le hizo ganar numerosos opositores. Uno de ellos fue el gobernador de la provincia de Entre Ríos, Justo José de Urquiza.

Este se encargó de efectuar alianzas que le permitieron armar un ejército denominado históricamente “el Ejército Grande” –integrado por soldados entrerrianos, correntinos, brasileños y uruguayos–, el cual, en febrero de 1852, derrotó a las tropas rosistas en la Batalla de Caseros. Esta derrota obligó a Juan Manuel de Rosas a renunciar y refugiarse en Inglaterra. Por lo tanto, quedaba Justo José de Urquiza como nuevo hombre fuerte dentro de la Confederación, quien comenzaría a dar una serie de pasos que desembocarían en la sanción, en 1853, de la CN.

1.5.1.6. Sanción de la Constitución Nacional

Ubicamos esta etapa entre el triunfo de Urquiza en Caseros y la celebración del Congreso Constituyente de 1853, el cual sancionó nuestra CN.

Luego de Caseros, Urquiza –asesorado entre otros por Juan Bautista Alberdi– tomó decisiones con el objetivo de promover a corto plazo la sanción de la CN, para lo cual convocó a las provincias que originalmente habían firmado el Pacto Federal de 1831 a reunirse en la ciudad de Buenos Aires. Fue así como, en abril de 1852, se firmó el Protocolo de San Benito de Palermo, a través del cual Urquiza quedó facultado para convocar a todas las provincias a reconstituir la Comisión Representativa.

En base al Protocolo de San Benito de Palermo, Urquiza convocó a los gobernadores de las catorce provincias a una reunión que se celebró en mayo de 1852 en la ciudad de San Nicolás de los Arroyos. Allí se firmó el acuerdo homónimo, en el cual los gobernadores se obligaron, entre otras cosas, a reconocer el Pacto Federal de 1831 como ley fundamental de la República.

En cumplimiento del acuerdo, se convocó a un congreso general constituyente, a celebrarse en la ciudad de Santa Fe, para organizar el país bajo la forma federal. Cada provincia se comprometió a enviar dos representantes a dicho congreso, elegidos conforme sus leyes electorales internas.

Se reunió, entonces, el Congreso General Constituyente con representantes de todas las provincias excepto la provincia de Buenos Aires, e inició sus sesiones a fines de 1852.

El 1 de mayo de 1853, los congresales juraron la nueva CN, razón por la cual dicha fecha es tomada como la de la sanción de nuestra ley fundamental.

1.5.1.7. Secesión y reincorporación de la provincia de Buenos Aires

La ubicamos entre el momento en que dicha provincia rechazó el acuerdo de San Nicolás de los Arroyos y su posterior incorporación al resto del país.

El acuerdo de San Nicolás de los Arroyos no fue ratificado por la legislatura de la provincia de Buenos Aires, entre otros motivos porque no quería ceder la aduana del puerto de la ciudad de Buenos Aires a la Nación. Por lo tanto, dicha provincia se declaró autónoma, no envió representantes al Congreso General Constituyente y sancionó en 1854 su propia constitución.

A partir de ello, coexistieron en el territorio de lo que actualmente es la República Argentina dos estados: la Confederación Argentina, cuya capital se asentó provisoriamente en la ciudad de Paraná, y Buenos Aires cuya capital continuó siendo la ciudad del mismo nombre.

Mientras que la primera se sumía en una situación de pobreza, la segunda prosperaba económicamente gracias a la ventaja de contar con el puerto y la aduana de la ciudad de Buenos Aires. Esta coexistencia tensa y difícil determinó que, en 1859, el Presidente de la Confederación Argentina, Justo José de Urquiza, decidiera declarar la guerra a Buenos Aires, cuyo gobernador por entonces era Bartolomé Mitre.

Fue así como las tropas de ambos estados se enfrentaron en la Segunda Batalla de Cepeda, donde resultó victorioso el ejército de la Confederación. Tras el enfrentamiento, se firmó el Pacto de San José de Flores en noviembre de 1859, el cual establecía, entre otras cuestiones, que la provincia de Buenos Aires sería considerada parte integrante de la Confederación Argentina y que podría proponer reformas a la CN, a pesar de que no había participado de su sanción. Estas propuestas deberían ser tratadas por una convención nacional constituyente *ad hoc*.

La Convención Constituyente *ad hoc* de 1860 solo tenía por objeto considerar las propuestas de reformas a la CN presentadas por la provincia de Buenos Aires, por ello se la denomina así.

1.5.1.8. Etapa del nuevo predominio de la clase política porteña

Esta etapa marcó un gran cambio de mando en la conducción futura de la organización política de nuestro país. Desde 1852, era Urquiza un líder del interior que había conducido dicho proceso. Sin embargo, sería la clase política porteña, liderada por Bartolomé Mitre, quien asumiría a toda costa dicho rol. El cambio en la balanza del poder se inició en 1861, cuando se produjo un nuevo levantamiento de la provincia de Buenos Aires contra el gobierno nacional. Esta vez, resultaron vencedoras las fuerzas de Buenos Aires encabezadas por Bartolomé Mitre en la Batalla de Pavón, a causa de la retirada ordenada por Justo José de Urquiza.

Dicho levantamiento provocó la disolución del gobierno nacional y permitió que el propio Bartolomé Mitre se hiciera cargo de él como nuevo presidente provvisorio de la Nación. De esta manera, se inició un nuevo proceso de organización nacional liderado por Mitre, de signo marcadamente centralista, racionalista y aristocrático.

1.5.1.9. La cuestión de la Capital Federal

Uno de los temas que produjo, en los años sucesivos, nuevos enfrentamientos fue la disputa sobre en qué ciudad del país residirían oficialmente las autoridades nacionales.

La CN sancionada en el año 1853 establecía directamente que las autoridades nacionales residirían en la ciudad de Buenos Aires, federalizándola de manera inmediata, lo cual implicaba sustraerle a la provincia de Buenos Aires su propia capital y, esencialmente, su puerto y aduana, los cuales constituyan su mayor fuente de prosperidad. Esta fue una de las principales causas de la resistencia, por parte de esta, a integrarse al resto del país.

Firmado el Pacto de San José de Flores, el gobierno de la Confederación Argentina se comprometió a no sustraer territorio de la extensión provincial a la ciudad de Buenos Aires sin el consentimiento de su legislatura.

Fue por ello que, en la reforma constitucional de 1860, se introdujo una importante reforma al art. 3 de la CN, el cual quedó redactado tal como se encuentra en la actualidad, disponiendo que la ciudad en que han de residir las autoridades nacionales y, a tal fin, federalizarse, debe ser determinada por una ley especial del Congreso de la Nación, previa cesión por parte de las provincias interesadas del territorio que haya de federalizarse.

En consecuencia, desde la reforma de 1860, el Estado Nacional carecía de capital federal hasta tanto fueran cumplidas las condiciones establecidas por el nuevo art. 3 de nuestra ley suprema.

Mientras tanto, las autoridades nacionales se trasladaron provisoriamente a la ciudad de Buenos Aires, formalmente capital de la provincia. Pudieron residir allí gracias a una autorización acordada mediante las denominadas “leyes de compromiso”.

Esta situación provisional e irregular se mantuvo hasta que, en 1880 y previa cesión por parte de la Legislatura de la provincia de Buenos Aires, el Congreso Nacional sancionó la ley de federalización que declaró capital federal a la ciudad de Buenos Aires.

Federalizada esta, la nueva irregularidad consistía en que también residieran en ella las autoridades provinciales. Para superarla, en 1882, la Legislatura provincial sancionó una ley que dispuso la construcción de una nueva ciudad a efectos de que en ella residieran las autoridades provinciales. Dicha ciudad, La Plata, fue inaugurada en 1884 como capital de la provincia de Buenos Aires y en ella residen las autoridades provinciales hasta el presente.

1.5.2. Fuentes de la Constitución Nacional de 1853/60

Las fuentes normativas –o del derecho constitucional escrito³⁶, es decir, los textos y normas previos a 1853-60 y que sirvieron de inspiración y antecedente al articulado de nuestra Constitución original, fueron:

- La constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787.

36 Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, quinta reimpresión, Ediar, Buenos Aires, 2006, t. I, pág. 289. Nota: el tema de las fuentes del derecho es complejo y existen diversas clasificaciones. En este caso tomamos esa denominación de la clasificación del prestigioso constitucionalista argentino.

- “Los ensayos constitucionales de 1810 hasta la constitución de 1826 [...] también hicieron su aporte, cuajando en el proyecto elaborado por Alberdi en las ‘Bases’...”³⁷.
- *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* fue la obra que el jurista tucumano Juan Bautista Alberdi redactó en Chile, país donde ejerció como abogado y se dedicó a estudiar profundamente la constitución de Estados Unidos y otras que ya se habían sancionado en el mundo con el fin de adaptarlas a la realidad argentina.

1.5.3. Impacto de las etapas del constitucionalismo en la Constitución Nacional

Trataremos de vincular la manera en que ha evolucionado nuestra CN con respecto a las diversas etapas del constitucionalismo en general.

La CN sancionada en 1853 poseía características típicas del constitucionalismo clásico o liberal. Dichos rasgos, en esencia, no se modificaron en ninguna de las reformas introducidas a lo largo del siglo XIX (1860, 1866 y 1898).

Los aspectos y valores vinculados al constitucionalismo social fueron introducidos con cierto detalle en el proceso de reforma constitucional que dio como resultado la CN de 1949. Como esta quedó sin efecto a partir del golpe de estado de 1955, habiéndose restaurado la vigencia de la Constitución de 1853 con las reformas del siglo XIX, una síntesis se plasmó en la reforma de 1957, receptada en el actual art. 14 bis que condensa derechos de segunda generación: derechos del trabajador, gremiales, de la seguridad social y de protección de la familia.

Los principios básicos del constitucionalismo social fueron receptados por nuestra CN recién con la reforma de 1994, tales como la obligación de proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social –art. 75, inciso 19–, y también algunos derechos de segunda generación como, por ejemplo, el sufragio universal, igual y secreto en el art. 37 –ya lo era, pero tenía reconocimiento legal y no constitucional–, mecanismos de democracia semidirecta, como la consulta popular y la iniciativa popular legislativa en los arts. 39 y 40, la igualdad real de oportunidades y de trato en el art. 75, inciso 23, entre otros.

Algunos caracteres del constitucionalismo actual fueron incorporados en la reforma constitucional de 1994, cuando se estableció la jerarquía constitucional de ciertos tratados sobre derechos humanos en el art. 75, inciso 22; la posibilidad de que la República Argentina celebre tratados de integración regional en el art. 75, inciso 24 y, asimismo, se han receptado derechos de tercera generación como el derecho al medio ambiente sano y el deber constitucional de preservarlo en el art. 41, los derechos de usuarios y consumidores de bienes y servicios en el art. 42, la protección de la identidad cultural de los pueblos indígenas y el valor de la interculturalidad en el art. 75, inciso 17, entre otros.

37 Bidart Campos, *ob. cit.*, t. I, pág. 290.

CAPÍTULO II

El estado. El estado de derecho. Derecho constitucional

CARLOS ALBERTO CASSINI¹

2.1. El estado como fenómeno político y jurídico

2.1.1. Concepto de estado

Para poder lograr la vida en comunidad, el ser humano acuerda la imposición de reglas que conforman progresivamente una estructura política y jurídica organizada que regula todas las conductas existentes. De allí proviene la noción de estado.

Asimismo, el término “estado” tiene su origen en el latín *status*, y el concepto se refiere –en general– a la comunidad política desarrollada como un fenómeno social; el estado es un ente jurídico supremo, o algo no visible pero palpable en los sujetos sometidos a un orden jurídico establecido que limita y reconoce derechos, pero estos derechos son una forma de organización de vida, porque somos nosotros mismos quienes creamos y limitamos el ejercicio de los derechos.

Entonces, la causa originaria en el nacimiento de un estado es la existencia de una población que acuerda vivir en comunidad por medio de un pacto social que desencadena la organización política y jurídica llamada “estado”.

1 Abogado; auditor de la Fuerza Aérea Argentina; especialista en Abogacía del Estado, título expedido por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado; profesor del posgrado de la carrera de Derecho Aeronáutico, Espacial y Aeroportuario, título expedido por el Instituto de Derecho Aeronáutico y Espacial (INDAE); profesor auxiliar de la cátedra “Instituciones del Derecho Público” en la carrera de contador; profesor de la cátedra “Responsabilidad de los médicos” en la carrera de medicina (Universidad Maimónides); diplomado en legislación sanitaria en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado.

Sin embargo, el estado podrá dar unidad política y jurídica a varias comunidades nacionales, como lo testimonia la historia, pero no puede ser anterior a ellas. Primero existieron los seres humanos, los grupos comunitarios y sociales y después la persona de existencia ideal llamada “estado”.

La necesidad de tener un estado se justifica, entre otras cosas, por el principio de autoconservación del individuo. Esto significa que el ser humano, desde que nace hasta que muere, está sometido a una serie de peligros, y es por ese motivo que se organiza intencionalmente para llegar al entendimiento de que solo un orden supremo puede hacer cumplir las reglas para su organización social y política.

Se puede sintetizar que el estado es la proyección de cada persona instalada en una sola unidad o campo de acción que convierte lo estático de su creación —persona de existencia ideal— en algo dinámico por su finalidad y los elementos que lo integran, entre ellos, el poder.

La creación humana se convierte en la razón de su existencia y desarrollo natural. El individuo sigue existiendo sin él, pero si fuera así no se conservarían sus derechos, como tampoco se cumplirían las obligaciones para vivir en una comunidad ordenada social y políticamente. Sin el estado estaríamos ante la destrucción de la civilización.

La noción de estado, en estos términos, implica un fin en sí mismo, y es aquel que le otorgó el pueblo para poder crearlo, esto es, la búsqueda intensa de límites para el ejercicio de los derechos y el bien común.

Finalmente, el nombre de estado en el derecho político y en la teoría política tiene una acepción conceptual diferente o, al menos, distinta a la etimología jurídica, pues no equivale, en puridad, a una situación, posición, postura o condición, sino a la designación de un ente que estructura una comunidad humana, lo cual revela un ser político, jurídico y social que se da en el mundo de la realidad cultural y que tiene una determinada implicancia, en cuyo descubrimiento se ha empeñado el pensamiento humano, traducido en multitud de teorías y concepciones.

2.1.2. Origen y evolución del estado

El nacimiento del estado es muy antiguo; algunos autores lo ubican en la creación divina de la humanidad, y otros desde la *polis* griega “ciudad organizada”, o con el nacimiento del Imperio romano hasta llegar al estado moderno.

En resumen, los estudiosos del tema explican el origen del estado a través de tres teorías:

- Teológica: el estado fue creado por Dios; es Él quien lo crea.
- Contractualista o de pacto social: principalmente autores desatacados de la filosofía, como Hobbes y Rousseau, quienes piensan que el estado se origina en un pacto o un acuerdo entre los miembros de la sociedad.
- Histórica y con motivaciones sociológicas: el estado es desarrollado por la evolución social del ser humano que se relaciona naturalmente entre sí. La ubica en la concepción de la familia y que la suma de estas conforma el estado.

Ahora bien, como ocurre siempre con el revisionismo histórico, cuando se intenta ubicar el momento de creación de un tema que implica múltiples factores –políticos, sociales, económicos, etc.– se pueden citar tantas fechas como historiadores que, según su tesis, estén dispuestos a escribir su versión.

Entonces, me permito señalar respecto al origen que no hay una fecha exacta ni ubicación temporal específica, porque el estado es un fenómeno político, social y jurídico que proviene de la historia.

No obstante, lo concreto es que la noción del estado en sentido genérico –como comunidad políticamente organizada– puede ubicarse en el surgimiento de las primeras civilizaciones. En un sentido específico, algunos autores lo ubican en la Edad Media, básicamente en el marco de la defensa y la lucha por la libertad que tuvieron los individuos sometidos al poder feudal. Quienes lograban escapar de las cargas señoriales acudían a las precarias ciudades que, paradójicamente, eran consideradas “comunidades de hombres libres” a pesar de estar sometidas al dominio del rey. Otras teorías asocian el estado en sentido específico con el surgimiento de los primeros estados nacionales bajo el régimen de las monarquías absolutistas del siglo XV.

Recién en el siglo XVIII surgió un nuevo tipo específico de estado, caracterizado por las revoluciones burguesas contra la nobleza, el desarrollo del capitalismo exteriorizado en espacios de poder generados por la actividad económica y la acumulación de capital.

El estado liberal surgió a partir de las revoluciones francesa, americana e inglesa.

Sin embargo, el punto de inflexión apareció con el nacimiento del constitucionalismo, la eclosión histórica de la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre, pues operó a fines del siglo XVIII un cambio en la vida política que transformó radicalmente la relación entre el estado y sus habitantes.

El estado o el soberano ya no tenían autoridad suprema ni actuaban con impunidad: el límite era la ley que los obligaba, y los daños que cometían en esta relación con los individuos eran reparados, porque existían derechos inalienables que debían respetar y que no podían desconocer, dado que eran superiores y preexistentes a ellos.

Finalmente, es importante destacar que el concepto de estado fue evolucionando con el fiel reconocimiento de la existencia de derechos preexistentes naturales del ser humano para hacerlos valer por encima de cualquier organización. Sin ese reconocimiento, la creación del estado carecería de sentido y se tornaría abstracta frente al poder inalienable de las personas.

2.1.3. Fenómeno político y jurídico

Señalaba anteriormente, respecto al origen del estado, que no existe una fecha exacta o específica para su nacimiento porque el estado es un “fenómeno”.

Del latín *phaenomenon*, que a su vez deriva de un concepto griego, el término “fenómeno” se refiere a algo que se manifiesta en la dimensión consciente de una persona como fruto de su percepción.

Por lo tanto, al referirme al estado como fenómeno político y jurídico, su validez será relativa, porque resulta de la dimensión que le brinde mi percepción, es decir, mi propia subjetividad.

El estado como fenómeno político y jurídico va más allá de una simple definición conceptual, ya que la realidad obliga a conocerlo en su verdadero campo de acción. También es cierto señalar que sufre variaciones de acuerdo a los tiempos, al desarrollo de la vida y a cómo se haga presente en la conciencia de un sujeto y aparezca como objeto de su percepción.

En concreto, el estado está integrado por un grupo de personas socialmente establecidas en un territorio determinado, cuya unidad se funda en una vinculación política que el estado representa bajo un orden jurídico unitario con la finalidad de realizar el bien común público.

Todo estado conformado para su estructura jurídica tiene que ser persona moral para no caer en una mera ficción de la teoría política, porque si el estado no es una persona moral, entonces carecería de personalidad jurídica para estar sujeto a derechos y obligaciones.

Ahora bien, cualquiera sea la organización en la que se compone, no tiene más personalidad que la de los individuos que la constituyen. Sin embargo, por una ficción útil conviene atribuir personalidad moral a esas organizaciones a fin de distinguir, por una parte, los actos de los gobernantes –como personas humanas– de los actos del grupo, para deslindar así atribuciones y responsabilidades y explicar, por otra parte, de una manera más clara y ordenada, la unidad y permanencia de los derechos adquiridos y de los compromisos contraídos por las agrupaciones y, en el caso, del estado.

Respecto a la organización del estado u órganos que lo componen, se lo ha considerado como una institución pública suprema creada por el orden jurídico fundamental primario o constitución originaria.

Bajo este aspecto, el estado se encuentra investido de personalidad jurídica, y es, como sostiene Kelsen, el principal centro de imputación, y como tal, agrego, titular de derechos y obligaciones.

Toda institución implica una organización, esto es, un conjunto de órganos colocados en una situación jerárquica. Por lo tanto, el estado no puede existir sin sus órganos, ya que en sí mismo entraña una organización, es decir, una unidad organizada de decisión y acción.

Por el análisis del campo de la teoría política se puede concluir con evidencia que es una persona moral y jurídica, una institución al servicio del bien público que no tiene conciencia ni voluntad propia, como los individuos, sino que llega al conocimiento y voluntad de las personas humanas que lo integran.

Es esencial poseer un orden jurídico en contraposición a la doctrina del poder absoluto e ilimitado del estado.

El estado presupone una actividad coordinada entre sus organismos y funcionarios, un marco de competencias bien definido por la ley para tutelar el interés general y así no generar desconcierto e inseguridad jurídica frente a sus administrados. Para lograrlo, es indispensable que el estado como organización adquiera forma en el derecho.

En resumen, el fenómeno “político” tiene su origen en la palabra griega *polis*, que significa “ciudad”, concepto que trata de expresar las relaciones interhumanas en el contexto de una sociedad organizada.

No obstante, dentro de una sociedad organizada también se inscribe una variabilidad de relaciones sociales, como las familiares, comerciales, religiosas, culturales, etc.; de modo que los fenómenos propiamente políticos se pueden enfocar desde el reconocimiento total del individuo por el individuo, lo que significa que el ser humano es un sujeto con atributos, cualidades, defectos, y que gracias a las reglas que crea reconoce obligaciones y derechos en términos de igualdad y libertad.

El ciudadano reconoce al otro como ciudadano, lo que significa hacer suyo valores como la libertad, la igualdad, la paz, la justicia, el bien común, los cuales se concretan y orientan a la sociedad a través de los planes de gobierno y las políticas públicas; el de las relaciones entre gobernantes y gobernados, autoridad y ciudadano, que implica relaciones de mando y obediencia que afectan al individuo y al ciudadano.

Estos fenómenos políticos variados y complejos de la vida social deben ser encuadrados por el derecho a fin de hacer valer el orden y la justicia en las relaciones sociales.

Ello es particularmente notorio si comparamos el *estado de derecho liberal* con el *estado social de derecho*. El primero, nacido al amparo de las revoluciones de finales del siglo XVIII, significó la construcción de una nueva forma de estado basado en el establecimiento de garantías y seguridades a la libertad personal, donde era considerado un mal necesario que debía ser sometido a fuertes restricciones: se lo consideraba un simple medio para que la persona realizara sus fines. En ese contexto, el reconocimiento de los derechos sociales, en cuanto implican –como veremos– la necesidad de una fuerte intervención del estado a los fines de atenuar las profundas desigualdades que “la mano invisible del mercado” causa o no logra evitar, resulta inadmisible. El segundo, por su parte, otorgó una nueva dimensión a la democracia a partir de la concreción de un conjunto de derechos sociales articulados a un sistema de protección legal, plasmado en el estado social de derecho. Así, la búsqueda de garantía a la igualdad de oportunidades para la efectivización de esos derechos y la preocupación por la redistribución de la renta a partir de acciones estatales implicaron una nueva dimensión social de la democracia.

En la actualidad, los estados democráticos tienen un rol activo en los derechos sociales. Hoy por hoy el estado argentino como fenómeno político y jurídico se concentra en un pensamiento basado en la operatividad y exigibilidad de los derechos y en que no sean solo un programa de gobierno².

Puedo concluir que un estado moderno que atravesó las conquistas del pasado no ubica actualmente el fenómeno del estado como una categoría política y jurídica desprovista de un rol activo en los derechos sociales, porque sería un retroceso importante y una indiferencia a su verdadera evolución.

2 Cám. Cont. Adm. y Trib. Bs. As. (Ciudad), Sala I, “Ortiz, Célia y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 2/12/2001, LL 2003-B-114.

El estado está obligado a adoptar medidas para su satisfacción, medidas que deben conjugarse en prestaciones concretas. Siendo así, resulta integral la definición del estado como fenómeno político y jurídico, aunque las percepciones estarán sujetas a cada uno de nosotros.

A modo de ilustrar la operatividad que se pregoná en el estado como fenómeno político y jurídico, en la actualidad es importante tener en cuenta las políticas públicas activas en el marco de intervención de los tres poderes que han adoptado con relación a los derechos sociales. Tal es el caso de la implementación de la Asignación Universal por Hijo, medida que, analizada desde una perspectiva de derechos humanos, parece apuntar al efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas por el estado en materia de derechos sociales.

Es notorio resaltar, a modo de consideración final, que en razón de la medida de intervención o rol activo que pueda adoptar el estado, esto le permitirá hacer operativos los derechos sociales para que no queden solamente en un programa político vacío de contenido.

El estado como fenómeno político y jurídico adoptará, de acuerdo a su participación en la sociedad, el carácter de estado de derecho liberal –pregona la protección y garantía de la libertad en cuanto a derechos civiles y políticos– o estado social de derecho –más allá de la libertad se extiende a garantizar los derechos sociales en el sentido de oportunidades mínimas para todos en protección y garantía de los derechos humanos–.

Por último, el estado como fenómeno político y jurídico en el transcurso del siglo XXI tiene que continuar su transformación hacia un estado social inteligente, es decir, la utilización de los recursos limitados –en un mundo cada vez más superpoblado y competitivo– requiere de decisiones inteligentes en la medida de una justa distribución, en tanto que lo social no se convierta solo en un programa o un eslogan político de campaña.

En este mismo orden de ideas se expidió el ex ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Carlos Fayt, respecto a la concepción de un estado social inteligente, al decir que no se requiere un estado benefactor, sino un estado inteligente que cumpla su deber hacia la sociedad, un estado social inteligente que utilice los fondos para hacer realidad los derechos sociales.

2.2. El estado de derecho

2.2.1. Concepto de derecho

El término “derecho” proviene del latín *directum*, que significa “lo que está conforme a la regla”.

El derecho se inspira en postulados de justicia y constituye el orden normativo e institucional que regula la conducta humana en sociedad. La base del derecho son las relaciones sociales, las cuales determinan su contenido y carácter. Dicho de otra forma, el derecho es un conjunto de normas que permite resolver los conflictos que surgen en el seno de una sociedad.

La definición de derecho no es igual que definir los “derechos” que proceden directamente de la naturaleza humana, esta es su razón de ser. El derecho entendido en esta acep-

ción proviene de la naturaleza humana porque los derechos son anteriores a la organización de los estados nacionales; pertenecen al hombre. Es algo inalienable, intrínseco a la persona, nativo, natural.

En este sentido, el derecho aparece como una condición del ser humano, inescindible de él. Desde la concepción en el vientre humano las personas físicas tienen derechos. Luego, al nacer y con el desarrollo en sociedad, los derechos forman parte de la identidad del ser humano, y deben ser respetados para garantizar la vida en sociedad.

Se puede establecer con esta visión la idea de derechos de *primer orden o dimensión*. Son los derechos fundamentales que se presentan como una zona de reserva que debe ser garantizada por la única razón de tratarse de una persona humana.

Como enseña el profesor Raúl Ferreyra en su artículo “Enfoque sobre el mundo del derecho, Constitución y derechos fundamentales, el derecho es creación de la razón y experiencia del hombre³”.

A su vez, desde la cosmovisión del estado como una organización política y jurídica asociada para satisfacer el bien común o el interés general, es comprensible la necesidad de imponer a la comunidad reglas claras que creen un orden para evitar que se torne ilusoria la vida en sociedad. Bajo este *segundo orden o dimensión*, la idea de derecho aparece en un sentido formal y como derivación del hombre, a diferencia de los *derechos fundamentales o de primer orden* que preceden a la vida social de la persona.

2.2.2. Introducción al estado de derecho

El estado de derecho implica la conjunción de las dos dimensiones desarrolladas anteriormente respecto a su acepción. Es el resultado de asociar en forma eficiente el ejercicio de los derechos que tiene el ser humano por el simple hecho de ser persona dentro de una organización jurídica y política –estado– que imparte sus reglas –normas formales–.

El significado que se obtiene de esa conjunción para definir el estado de derecho deviene de la relación existente entre el estado y el ciudadano, con el fin de garantizar y proteger los derechos que le son propios por su condición humana y de los que se nutre para vivir en sociedad.

3 “El hombre forma parte del mundo natural, porque es producto o resultado de la naturaleza o su evolución. La naturaleza no da fundamento ni dispone de ningún estado de cosas para que una decisión o convención humana fuese producida de determinada forma. La naturaleza no dispone, entre sus uniformidades y regularidades, de ningún modelo moral y/o jurídico. El Derecho es una eminente creación de la razón y experiencia del hombre, por tanto es él quien introduce un nuevo patrón o sistema a la naturaleza, que le ha dado la posibilidad de que viva en el mundo. Las leyes naturales rigen, por ejemplo, los movimientos de los cuerpos celestes, la sucesión de las estaciones climáticas del año o la ley de la gravedad, etc.; las leyes sociales o normativas rigen, ordenan, determinan con permisiones, obligaciones o prohibiciones la conducta humana; esta distinción, por supuesto, comporta una vigorosa y decisiva demarcación de campos de análisis y evaluación”. Ferreyra, Raúl G., “Enfoque sobre el mundo del derecho, Constitución y derechos fundamentales”, *Revista sobre enseñanza del Derecho UNAM*, N° 21, 2013, pág. 244.

La esencia del estado de derecho es la sumisión del poder al derecho. El estado de derecho es el que satisface las exigencias del constitucionalismo y, además, para obtener sus fines, se vale de sus principios y técnicas. Es decir, la característica esencial del estado de derecho es la limitación del poder. Las reglas o normas de derecho siempre regulan o determinan, directa o indirectamente, la conducta del individuo.

En este sentido, el profesor Ferreyra enseña, en el artículo ya mencionado, la interacción y el rol formal que ocupa el derecho en la vida en sociedad⁴.

Asimismo, en esta línea de pensamiento ubicamos el positivismo jurídico, el cual observa el estado de derecho desde un punto de vista formal, sobre la base de que los actos son realizados en su totalidad conforme al orden jurídico, y desde un punto de vista material, conforme el cual el estado de derecho tiene un contenido específico, legislación democrática propia, libertad política y civil e independencia de poderes.

Entonces, desde ambos puntos de vista el estado de derecho permite el desarrollo humano en forma libre y democrática bajo ciertas reglas concebidas por la sociedad. Es por eso que en sociedades afectadas por golpes militares no existe el estado de derecho, ya que, bajo estos regímenes, el orden jurídico y las libertades se encuentran cercenados.

De esta forma, se introduce la democracia como elemento definidor del estado de derecho, dado que el poder es ejercido por el pueblo cuando existen mecanismos legítimos de participación y representación.

El estado de derecho surgió en la segunda mitad del siglo XVIII y principios del XIX, se caracteriza por poner de manifiesto la oposición entre el poder y el derecho, e intenta obtener la supremacía de este último.

Si bien la doctrina del derecho natural le da fundamentación al estado de derecho, son las normas del derecho positivo de las que debe valerse. Principalmente, con el surgimiento del constitucionalismo.

La finalidad de crear un estado consiste en respetar la dignidad humana, lo que se logra con la soberanía del pueblo y el imperio de la ley. La soberanía se cumple con la libre participación del pueblo en los procesos políticos de elección de sus representantes.

Por otro lado, el sometimiento del gobierno al estado de derecho por medio del apego al principio de legalidad es estudiado en diferentes sistemas políticos –parlamentarios, mixtos o presidencialistas–.

4 “El hombre por intermedio del Derecho y este, por intermedio de sus normas, que son esquemas de determinación de conducta humana (acciones u omisiones) todavía no concretadas, pero posibles de ser concretadas, intenta reglar la realidad por vivir; esta realidad, la propia vida que el hombre tiene delante de sí y sus congéneres es el único mundo que podría autorizadamente pertenecerle a él o a ellos por completo o entero y no determinado por la causalidad natural o sus leyes. La realidad natural puede influir o presuponer, pero no determina ni fundamenta ni dura ni vigorosamente la realidad propia construida por el hombre. Conocer objetivamente cualquier sistema jurídico significa elaborar argumentos en forma de proposiciones”. Ferreyra, Raúl G., *ob. cit.*, pág. 245.

En este aspecto, interesa citar al doctor Barraza, quien claramente expuso su opinión respecto a la implicancia de la sujeción al principio de legalidad por parte de los gobernantes⁵.

Me permito destacar una de sus conclusiones: “No se puede desconocer la Constitución so pretexto de estar defendiendo el bien común, o al mismo estado de derecho, el bien común se logra a través del respeto a las instituciones del estado, sin respeto a la Constitución no hay protección del estado de derecho”⁶.

Asoman con esta definición el elemento formal característico y la técnica jurídica del estado de derecho: la supremacía de la CN, rigidez constitucional, división orgánica y funcional entre poderes, independencia de poderes, legalidad administrativa y control de la actividad de los órganos estatales.

La fundamentación del estado de derecho radica en que el poder del estado debe estar subordinado al derecho para lograr el bien común. Actúa de contexto para limitar el accionar de los poderes públicos en razón de que los derechos fundamentales de las personas son anteriores a la creación del estado.

Quienes gobiernan lo hacen sujetos a limitaciones impuestas por el orden jurídico de un determinado estado. Los dictadores no gobernaban por el imperio de la ley sino por su

5 “Roosevelt clasificó a los presidentes norteamericanos como pertenecientes al tipo Buchanan caracterizados por un gran apego a las normas; o al tipo Lincoln quien consideraba que el presidente era un fideicomisario del pueblo, por lo que debía hacer todo lo que las necesidades de la Nación le exigieran, salvo el caso en que dicha acción estaba prohibida por la Constitución y las leyes.

Se ha señalado que Taft fue un presidente tipo Buchanan. Taft en su libro *Our Chief Magistrate and his Powers*, manifestó que un presidente que no tiene apego a la norma, se convertía en una Providencia universal.

Ha sido manifestado que el segundo gobierno de Roosevelt no se basó en la teoría del fideicomiso, sino en la teoría de Stuart, resumida por John Locke en su segundo Tratado del Gobierno Civil, cuando describe la Prerrogativa, como el poder de actuar de acuerdo con su discreción por el bien público, sin ajustarse a la ley y a veces contra ella.

El gobierno de Roosevelt tuvo que afrontar situaciones de peligro que separaron su accionar de la ley. A fines del año 1940 entregó a Gran Bretaña cincuenta naves de guerra reacondicionadas, violando varias leyes y atribuyéndose temporariamente el poder del Congreso para disponer de la propiedad de los Estados Unidos. Lo curioso del caso es que el pueblo norteamericano acompañó con su aprobación el accionar de su presidente.

Locke decía que el pueblo rara vez o nunca se muestra escrupuloso detallista cuando se trata de cuestionar la prerrogativa, si advierte que en una medida tolerable se la aplica al uso al que estuvo destinada, es decir, el bien del pueblo y no evidentemente su perjuicio.

El accionar de quienes ostentan el alto honor de gobernar y representar al país, debe ajustarse al principio de legalidad, como un límite en su accionar. Sabemos que este principio, no pretende significar el apego liso y llano a una ley en sentido formal y material, sino que implica el respeto a los principios y normas de diversa índole que conviven en un Estado de Derecho. No desconocemos la existencia de circunstancias excepcionales, y que el derecho muchas veces se ha construido en base a esas situaciones. No obstante ello, consideramos que el gobierno y la administración deben ajustarse al orden legal del Estado de Derecho, ya que las mismas leyes constitucionales prevén mecanismos para hacer frente a las circunstancias excepcionales y urgentes”. Barraza, Javier I., *Manual de Derecho Administrativo*, LL, Buenos Aires, 2005, págs. 78-9.

6 Barraza, Javier I., *ob. cit.*

propia fuerza. Lo hacían fuera de un estado de derecho. Las reglas las imponían quienes gobernaban, como sucedía, por ejemplo, en el Imperio romano⁷.

Para concluir, prevalece en el estado de derecho un poder constituyente cuya titularidad pertenece al pueblo, que se expresa mediante el uso de su libertad política, donde se establecen los derechos y garantías individuales y colectivas, y las funciones del estado son realizadas por órganos independientes con sistemas de control recíproco.

2.2.3. Derecho objetivo y subjetivo

El concepto de derecho tiene dos significados diferentes: el objetivo y el subjetivo.

El primero corresponde si contemplamos el derecho como un ordenamiento social destinado a regular la conducta humana. Aquí se forma de ciertas reglas impuestas a la sociedad que regulan las conductas de las personas dentro de ella, y a las que estas deben someterse. Son llamadas genéricamente “normas” –aunque esta palabra tiene varias acepciones según sea el enfoque social, moral o jurídico–.

En cambio, en el campo de lo subjetivo se basa en el fuero íntimo de la persona, quien está en posesión de derechos desde su nacimiento, y puede hacerlos valer frente a los demás.

En concreto, el primero de los casos –derecho objetivo– es el conjunto de normas –leyes, decretos, costumbres, resoluciones, preceptos doctrinarios, etc.–, mientras que el segundo –derecho subjetivo– incluye las facultades que tienen las personas para actuar lícitamente en la sociedad, a fin de conseguir un bien asegurado por una norma jurídica natural o positiva.

Estas dos concepciones del derecho no son antagónicas ni opuestas. Al contrario, se pueden integrar una con la otra, toda vez que la justificación del derecho objetivo es por la realización del derecho subjetivo. Es decir, el individuo pretende desarrollarse socialmente ejerciendo los derechos naturales que le corresponden, pero sin un marco normativo no lo puede hacer. Este ordenamiento jurídico, entonces, encuentra justificativo en la pretensión del derecho individual o subjetivo.

Para ilustrar mejor el tema, es conveniente recurrir al *Diccionario de ciencias jurídicas y políticas*. Este define el derecho subjetivo como un “conjunto de facultades que corresponden al individuo y que este puede ejercitar para hacer efectivas las potestades jurídicas que las normas legales le reconocen”, y el derecho objetivo como “el conjunto de normas jurídicas que forman parte del ordenamiento vigente”⁸.

Ferreira se refiere también al término “derecho”: “Una [...] significación del término alude al derecho no como sistema u ordenamiento, sino como el nombre que recibe la dis-

7 El imperio es el sistema en el cual el poder político real está en manos de un solo individuo, el emperador. Se inauguró con el emperador Augusto. El Senado quedó limitado a un órgano de apoyo de ese poder político. Se denomina Alto Imperio al periodo que va de Augusto a Diocleciano y Bajo Imperio al que tiene lugar entre Diocleciano y la caída del Imperio romano de Occidente.

8 Ossorio, Manuel, *Diccionario de las ciencias jurídicas, políticas y sociales*, 2^a ed., Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2008, págs. 309 y 312.

ciplina científica o saber o ideología cuyo objeto –mediante la utilización de herramientas provenientes de los campos lógicos y/o empíricos y/o valorativos– es la identificación y/o sistematización y/o valoración de la compleja realidad configurada a partir del ‘derecho objetivo’”⁹.

Como bien señala este autor, tanto el estudio del objeto como el objeto del estudio reciben el mismo nombre. Para toda significación se utiliza el mismo signo: derecho.

Por último, la delimitación de por sí no da por ganada la partida ni asegura su resultado, que es lo importante. Este autor cita al prestigioso profesor Julio Maier, quien describe el derecho como la combinación de reglas, entre las cuales se encuentran normas de deber, normas potestativas y reglas permisivas específicas¹⁰.

2.3. Derecho natural y derecho positivo

2.3.1. Concepto de derecho natural

El iusnaturalismo o derecho natural es una doctrina ética y jurídica que defiende la existencia de derechos fundados o determinados en la naturaleza humana. Son derechos universales, anteriores, superiores e independientes al derecho positivo y al derecho consuetudinario.

Bajo el término “iusnaturalista” se agrupa un conjunto de teorías sobre el derecho y la justicia que difieren en métodos y formas de fundamentación, pero que coinciden en sostener que existen ciertos mandatos o principios que por definición pertenecen al derecho, de modo que si el derecho positivo no los consagra y sanciona no es verdadero derecho.

Dicho de otro modo, las teorías iusnaturalistas (o jusnaturalistas) mantienen que la legitimidad de las leyes positivas, que son el conjunto de normas efectivamente vigentes en un estado, depende en último término de su concordancia con el derecho natural. Para el iusnaturalismo, la validez de la ley depende también de su justicia –o corrección material–. Por esta razón, la tesis principal del iusnaturalismo se puede resumir en la expresión: “la ley injusta no es verdadera ley”.

Una consecuencia que habitualmente se extrae de algunas posiciones iusnaturalistas, particularmente la tomista y la lockeana, es la siguiente: “sería legítimo resistirse a la autoridad cuando se intenta imponer el cumplimiento de una ley que no es compatible con la ley natural”.

En otras palabras, la posición iusnaturalista sostiene que la ley positiva formal o los ordenamientos jurídicos que rigen en el estado moderno de derecho tienen validez si están consagrados en base al respeto de los derechos naturales.

El citado diccionario de ciencias jurídicas y políticas define el derecho natural en forma amplia como un “conjunto de normas reguladoras de la conducta humana, justas, eternas,

9 Ferreyra, Raúl G., *ob. cit.*

10 Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, págs. 94-5.

e inmutables. El concepto de derecho natural es opuesto al derecho positivo o vigente, imperfecto, temporal y cambiante. Las teorías del derecho natural denominadas jusnaturalistas pueden dividirse en dos grupos: a) las que lo consideran emanado de la voluntad divina y b) las que lo aceptan como surgido de la ‘naturaleza de las cosas’. De lo dicho se deduce que la fundamental diferencia entre el orden natural y el orden positivo es el origen de uno y otro; mientras el segundo es creado o ‘puesto’ por los hombres, el primero es trascendente a la voluntad humana. Frente a las doctrinas jusnaturalistas, encontramos el ‘positivismo jurídico’, que niega la posibilidad de conocer el contenido de ese supuesto orden natural de la conducta humana y, por consiguiente, limita el campo de la ciencia del derecho al estudio de los ordenamientos positivos o vigentes, dejando los problemas axiológicos que vinculan el derecho natural a la filosofía o a la política. Muchos autores llegan incluso a negar rotundamente la existencia del derecho natural”¹¹.

Los autores jusnaturalistas tienen varias definiciones sobre el derecho natural. El digesto de Justiniano dio la siguiente definición de derecho natural, que corresponde al jurista Ulpiano: “es el que la naturaleza enseñó a todos los animales”. Otro concepto incluido en la misma obra pertenece al jurista Paulo, quien dijo que es el derecho “que siempre es bueno y equitativo”.

2.3.2. Concepto de derecho positivo

El citado diccionario define el derecho positivo como “El sistema de normas jurídicas que informa y regula efectivamente la vida de un pueblo en un determinado momento histórico”¹².

El prestigioso profesor italiano Luigi Ferrajoli –estudiioso de los temas vinculados con el conocimiento del sistema de derecho– enseña que el derecho es producto del positivismo jurídico, algo distinto a otros sistemas por la institucionalización de la coerción¹³.

11 Ossorio, Manuel, *ob. cit.*, pág. 308.

12 Ossorio, Manuel, *ob. cit.*, pág. 310.

13 “El ideario, cuyo contorno luce ‘que el Derecho es algo distinto, definitivamente diferente de otros órdenes normativos’ es producto del positivismo jurídico, entendido como corriente teórica y con generosísima amplitud, donde el fenómeno jurídico se distingue de otros fenómenos normativos porque el Derecho es la organización e institucionalización de la coerción, y no depende necesariamente de la moral, ni se vincula con ella, aunque eventualmente podrían coincidir. Las teorías positivistas –hijas de la aspiración muy humana de intentar la estipulación de cierto grado de certidumbre para (y en) sus relaciones– tienen argumentos más plausibles para insistir en pretender definir al Derecho como el sistema jurídico cuyas reglas son la razón de la fuerza. Lo expuesto no implica una adhesión incondicional a las teorías iuspositivistas. Sencillamente, la simple comprobación empírica de que, en su inmensa mayoría, los sistemas jurídicos estatales existentes en el mundo se hallan estructurados por el Derecho que ‘es’ y no por el que ‘debiera ser’ que sí permitiría la cabal realización de los derechos fundamentales, y, con seguridad, sistemas jurídicos tanto más correctos”. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pág. 53.

El derecho positivo es, básicamente, el conjunto de reglas –normas– aceptadas por los ciudadanos de un determinado lugar para reglar la vida en sociedad en un momento histórico de sus naciones.

Las normas son dictadas por el estado para el cumplimiento de sus fines, pero estas, para su validez, no pueden estar desprovistas de los principios y valores fundamentales de carácter universal e inmutable que provienen del derecho natural.

Sin embargo, los llamados “positivistas” consideran que las leyes no son en sí mismas buenas o malas, justas o injustas, sino válidas o inválidas, según sean dictadas por autoridad competente, de acuerdo a los procedimientos legalmente establecidos o no.

Los positivistas no niegan la existencia de los derechos humanos, pero los consideran creaciones del legislador y no como reconocimiento de facultades naturales que posee el individuo desde su nacimiento. Niegan sí, por lo tanto, el derecho natural.

2.3.3. Diferencias entre derecho natural y positivo

En general, se entiende el derecho como el ordenamiento social justo para lograr la vida en sociedad y el bien común. En tanto que el derecho natural es el núcleo, la base de ese sistema conformado por la naturaleza humana que tiende a la instauración de valores como la justicia, el derecho positivo consiste en llevar a la práctica y darle contenido al derecho natural que actúa como antecedente.

Las diferencias entre ambos conceptos se enmarcan en la forma en que el derecho positivo traduce los postulados del derecho natural. Por ejemplo, en los países que aplican en su ordenamiento jurídico la pena de muerte, la traducción que hace el sistema de reglas del derecho natural es negativa para la sociedad, y la diferencia entre ambos sistemas de derecho queda más marcada, dado que uno no interpreta las bases del otro y es resistido.

Más allá de la terminología que use el derecho, el sistema está integrado por normas jurídicas y morales con el fin o el objetivo de que la vida en comunidad sea posible.

Si es por trazar diferencias, el derecho positivo regula las conductas en un momento histórico diferente al derecho natural.

Hans Kelsen (1881-1973), uno de los exponentes más representativos del positivismo, ideó en defensa de esta clasificación la *teoría pura del derecho*: “Toda norma emana de otra norma que la fundamenta, siendo la primera un presupuesto, la norma hipotética fundamental, que luego ubicó en el derecho internacional”¹⁴.

Por el contrario, los defensores del derecho natural no niegan la existencia del derecho positivo porque es palpable –está escrito–, pero afirman que por encima de este se encuentra el derecho natural, que los romanos definieron como el que pertenece tanto a las personas como a los animales.

El derecho natural existe antes que el legislador y el jurista, y es el que ellos tienen que descubrir al redactar o aplicar la norma. Si la norma elaborada es contraria a la verdad y a

¹⁴ Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1982, pág. 134.

la justicia, debe resistirse a la aplicación de la ley, de lo contrario estaríamos a merced de la arbitrariedad de los legisladores. Los partidarios del derecho natural pueden ser religiosos y sostener que estas normas provienen de Dios, o laicos, quienes las hacen proceder de la propia naturaleza humana.

Esta discusión entre positivistas y jusnaturalistas pierde valor en la actualidad, porque el propósito de los estados es alcanzar la eficiencia a través de sistemas jurídicos que se nutran de ambos campos para garantizar la real categoría de los derechos fundamentales constitucionales; el derecho positivo procura una aproximación a la justicia.

En la actualidad, los derechos de incidencia colectiva son una verdadera expresión del positivismo que avanza en la lucha de los litigios estructurales que son parte de las políticas públicas que concultan los derechos sociales y naturales del conjunto de la sociedad.

Finalmente, vuelvo a citar a Ferreyra, quien manifiesta que el problema surge cuando existen choques de valores y así es difícil encontrar soluciones justas, ya sea desde la óptica del derecho natural o del positivismo¹⁵.

2.3.4. Ramas del derecho positivo

La división del derecho es un tema crucial que debe ser materia de estudio no solo en el mundo jurídico, sino, también, para todos los profesionales que interactúan con él, para que se convierta en un verdadero instrumento social regulador de las conductas de la vida de las personas.

Si el derecho positivo es básicamente el conjunto de reglas –normas– aceptadas por los ciudadanos de un determinado lugar para reglar la vida en sociedad en un momento histórico de sus naciones, las diversas ramas del derecho positivo constituyen el diagrama de encuadramiento de esas relaciones humanas para que sea eficiente establecer el orden y justicia que pregoná.

Este sistema se organiza de acuerdo al tipo de conducta y ámbito que haya que reglar. A modo de ejemplo, el derecho civil es un sistema de encuadramiento de la conducta humana en el ámbito de las relaciones cotidianas de familia; el derecho comercial, de las vinculadas con las transacciones comerciales de dinero; el derecho laboral encuadra las relaciones

15 “Las normas del derecho natural son fáciles de descubrir, como cuando están en juego valores fundamentales, como el de la vida, la libertad, o la seguridad de las personas, en otros, pueden existir choques de valores, incluso entre los antes mencionados.

Piénsese por ejemplo, en el caso del aborto. Una ley que prohíba el aborto, penalizando a la mujer que se lo practica, puede ser considerada contraria al derecho natural, si se piensa que penalizar el aborto sería impedir que la mujer concurra a centros asistenciales adecuados, y ponga en riesgo su propia vida. Otros podrán decir que impedir el aborto, y obligar a la madre a criar un niño que no desea, podrá exponer a este a riesgos tan grandes, carencias y padecimientos, que será como matarlo de a poco. Una ley que liberalice el aborto también podrá ser cuestionada como contraria al derecho natural, pues no tendría en cuenta el derecho a la vida de un ser indefenso: la persona por nacer”. Ferreyra, Raúl G., “Derecho constitucional del ciudadano y derecho constitucional del poder del Estado”, *Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 8, Nº 15, 2010, págs. 83-122.

de trabajo; el derecho constitucional encuadra las relaciones políticas entre los gobernantes y ciudadanos, etc.

Sin embargo, en cada una de las ramas –entendidas como el desprendimiento del conjunto de reglas en que se divide el derecho positivo–, las normas mantienen su característica esencial que las constituye como tal: la distinción de lo justo y lo injusto, el elemento coacción que obliga a los hombres a respetarlas y cuya violación es reprimida por la autoridad pública mediante una sanción organizada, la cual puede ser penal o administrativa.

Si las reglas jurídicas no mantienen estos rasgos, se convertirían en normas morales, religiosas y de usos sociales.

La sociedad acepta y construye el sistema de derecho, lo divide en ramas para hacer una clasificación ordenada de las conductas que va a reglar. Lo que pretende es que las reglas se cumplan, ya que estas tienen de sostén la legitimidad que descansa sobre un sistema de valores prevalente en una sociedad que acepta, obedece y cree, porque las considera buenas, justas y necesarias.

Es importante señalar que, desde la época del derecho romano, el derecho positivo se divide en dos grandes ramas –según la definición de Ulpiano contenida en el digesto de Justiniano–: por un lado, el derecho público, el cual hace referencia “al estado de la cosa pública de Roma” y, por el otro, el derecho privado, el cual se refiere “al interés de los particulares”.

La diferencia sustancial radica en que el derecho público hace referencia a la estructura y organización estatal, y a las relaciones del estado con los particulares cuando ejerce su acción, investido de *imperium*, o sea, en un plano de jerarquía superior, mientras que el derecho privado rige las relaciones entre particulares.

Sin perjuicio de las diferencias que existen entre ambas ramas del derecho, es importante distinguir entre orden público y derecho público. El primero, por el valor que representa el derecho al que la norma tiene que amparar, requiere una protección especial; el derecho público configura el conjunto de normas que regulan la actividad del estado.

El orden público recae sobre distintos temas que, por su transcendencia e interés público –a contrario del interés particular o personal–, sin estar en juego la relación directa estado-ciudadano, requerirá la implementación de un tratamiento jurídico especial. Por ejemplo, en el derecho civil de familia, el tratamiento de las cuestiones relativas a los niños/as o adolescentes.

2.4. Derecho público y privado

2.4.1. Concepto de derecho público

El derecho público es la parte del ordenamiento jurídico que regula las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos y de estos entre sí.

Persigue un interés colectivo que, básicamente, consiste en crear las condiciones generales que permitan a los individuos y los grupos en que se integran conseguir su interés particular.

En el modelo de organización social que tenemos desde hace más de cinco siglos, la defensa de ese interés colectivo o común que persiguen los individuos en comunidad ha sido instrumentada a través del estado. La consecuencia es que el derecho público está constituido por las normas que regulan la actividad de los poderes del estado, de las relaciones de estos entre sí y de sus relaciones con los individuos que constituyen la base social del estado.

El diccionario jurídico, político y social define el derecho público como una “rama de la ciencia del derecho que estudia el origen, funcionamiento y fines del estado. A partir del constitucionalismo escrito, el estudio del estado se convirtió en el estudio del derecho constitucional...”¹⁶.

Con la llegada del constitucionalismo escrito, es decir, con el dictado de la CN y la provincial, el derecho público se nutre fundamentalmente del derecho constitucional y administrativo.

A su vez, nuestro Estado es federal, conforme establece el art. 1 de la CN: “La Nación argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal...”, lo cual significa que todas las provincias mantienen su autonomía, y de ahí que el derecho público provincial sea relevante dentro de la clasificación de derecho público.

Asimismo, existe también la subcategoría del derecho público municipal por la autonomía que ostentan los municipios provinciales, plasmada, básicamente, en el art. 5 de la CN, el cual establece que “cada provincia dictará para sí una constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”; y por el art. 123 de nuestra ley fundamental, que prevé que las provincias dicten su propia constitución, conforme lo dispuesto por el art. 5, asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.

En las ramas del derecho público, las partes no están en pie de igualdad porque involucran aún más los valores superiores de justicia, y donde el estado impone ciertas pautas a la que los sujetos del derecho deben ajustarse. Está integrado por: derecho administrativo, derecho constitucional, derecho penal, derecho procesal y derecho tributario.

2.4.2. Concepto de derecho privado

El derecho privado se ocupa de las normas que regulan las relaciones entre los individuos o particulares en defensa de sus propios intereses.

En ocasiones, sus normas son de *ius dispositum*, esto es, los sujetos privados pueden elegir establecer sus propias pautas. Ello quiere decir que se concede un amplio margen a la autonomía de la voluntad.

16 Ossorio, Manuel, *ob. cit.*, pág. 310.

Desde los primeros tiempos del estado, a causa de la naturaleza de las relaciones, nacieron dos grandes divisiones: el derecho que regula las relaciones de los comerciantes o derecho comercial, y el derecho civil que regula las relaciones personales y patrimoniales entre las personas.

Este derecho se ocupa preferentemente de las relaciones entre particulares, y en el caso de las relaciones entre el estado y particulares interviene sin *ius imperium*, actúa el estado como un particular sin ejercer potestad pública alguna, por ejemplo, el derecho laboral que regula las relaciones laborales en el marco de organismos públicos o privados.

En suma, las ramas que integran el derecho privado son: el derecho civil, comercial y laboral –aunque este último es caracterizado como mixto por el componente de derecho público que posee–.

2.4.3. Conclusión

La evolución de la comunidad permitió la integración de las ramas del derecho público y privado. Hoy por hoy es difícil elaborar una clasificación exacta que los diferencie, pues en todas estas ramas hay instituciones de uno y otro, más que nada con la actual tendencia al publicismo de las instituciones del derecho privado. Hasta algunos autores se niegan a hablar de derecho privado, ya que, por definición, el derecho tiene una función colectiva.

A modo de ejemplo se puede citar la creación de fueros especiales en materia de consumo, en los que los usuarios y consumidores, en caso de controversia contractual con las empresas prestadoras de servicios, dan lugar a la intervención del estado para dirimir la relación privada entre ambos y así evitar las desigualdades que ocurren al intentar conseguir un resultado justo.

Es evidente, de acuerdo al rol que tenga el estado en la vida de los ciudadanos, que surgirá en mayor o menor medida la incidencia del derecho público sobre el privado.

Finalmente, para poder distinguirlos, el derecho público y privado tienen características especiales: a) El primero es fundamentalmente irrenunciable; en cambio, en el derecho privado los individuos pueden o no ejercitar las facultades que le corresponden –autonomía de la voluntad– ; b) El derecho público es imperativo, mientras que en el privado rige el principio de la autonomía de la voluntad, y c) La interpretación del derecho público es estricta, las facultades deben ser establecidas expresamente, y en el derecho privado, los individuos están facultados para hacer todo lo que la ley no prohíbe hacer.

2.5. El derecho constitucional como derecho fundamental de organización del estado

2.5.1. Concepto de derecho constitucional

La expresión “derecho constitucional” nació en los países latinos, y suele utilizarse en Italia, España y América Latina. En Alemania se lo conoce como “derecho constitucional”, o “derecho estatal”. En Francia se denomina “derecho político constitucional”, o “derecho

político". En Gran Bretaña y los Estados Unidos de América se utiliza la expresión *constitutional law*.

En primer lugar, como señalaba anteriormente, el derecho constitucional integra la rama del derecho público.

La definición se puede encontrar en el diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales: "rama del derecho público que tiene por objeto la organización del estado y sus poderes, la declaración de los derechos y deberes individuales y colectivos y las instituciones que los garantizan"¹⁷.

Es la rama del derecho que lleva el nombre del instrumento legal que lo define: la Constitución.

La CN no es una norma más que existe en el sistema jurídico, sino que es la norma suprema o superior del ordenamiento normativo. El nivel jerárquico que ostenta deriva del poder constituyente del pueblo. Esa es la razón de su fuerza superior. La norma en sí misma no es nada, la denominación "constitución" puede cambiar, pero lo que existe es la razón de su fundamento.

Los estados necesitan apoyarse en una norma suprema o superior dentro de las estructuras que forman las bases jurídicas para hacer efectivos u operativos los derechos y garantías que están obligados a tutelar.

Para lograr ese estatus supremo en la pirámide normativa, es necesario que cuente con características particulares, como rigidez, es decir, para poder reformarla se exige un procedimiento especial complejo, distinto al estipulado para las normas ordinarias o comunes. El art. 30 de nuestra CN establece que "la Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros, pero no se efectuará sino por una convención convocada al efecto".

La estabilidad que tiene en el tiempo su estructura normativa la hace apolítica; es la norma que integra las llamadas políticas a largo plazo o de estado que no le corresponden a un partido político determinado. Las reformas constitucionales requieren de muchos consensos, acuerdos, fijación de metas públicas locales e internacionales, etc.

El origen del derecho constitucional basado en la concreción de la propia Constitución se diferencia del resto de las normas que integran las distintas ramas del derecho en razón de que dicho documento es producto del poder "directo" del pueblo, que fue su creador. En el resto de las leyes son los representantes del Congreso Nacional o, en el caso de los decretos, el Poder Ejecutivo quienes emanan las normas.

En suma, a partir del constitucionalismo, este documento jurídico –la Constitución– fue base fundamental de la organización jurídica y política del estado. En este sentido, se expresó en su obra el profesor Ferreyra al señalar que el Estado argentino se encuentra fundamentado constitucionalmente¹⁸.

17 Ossorio, Manuel, *ob. cit.*, pág. 300.

18 "En particular, el Estado argentino se encuentra fundamentado constitucionalmente por la suma regla más antigua de las sudamericanas que gozan de vigencia. Al igual que todos los Estados de América del

El desafío permanente es conocer con grado de certeza el cumplimiento y eficacia alcanzada con la vigencia de la Constitución en la relación entre los poderes públicos y los ciudadanos.

Finalmente, no basta con limitar su valor a la organización nacional, sino evaluar la eficacia de los derechos y garantías de los ciudadanos, de las personas jurídicas públicas – municipios y las provincias – respecto a una real autonomía, también si los tratados internacionales incorporados en las condiciones de su vigencia son recepcionados con ese sentido jurídico en el quehacer diario, etc.

2.5.2. Ciencia del derecho constitucional

El estudio del derecho constitucional como una ciencia supone la necesidad de aclarar previamente el concepto de “ciencia”. Se la puede definir como cualquier rama del conocimiento humano que reúne un objeto propio, métodos y técnicas especialmente adecuadas para el estudio de su objeto y la difusión sistemática de los conocimientos, los cuales suelen traducirse en principios.

Sur, la Argentina ‘ordena’ su vida ‘estatal’ por intermedio de una constitución. En el caso de la Argentina, el artificio fue inventado en 1853 e impuesto desde entonces. La Constitución nació a mediados del siglo XIX en el marco de un débil, fragmentado y casi inexistente contractualismo comunitario; sin embargo, transcurridos más de 160 años, sus determinaciones abstractas, abiertas y concisas, amén de sus reformas, la han convertido en un bien comunitario indispensable, mejor dicho: ‘un bien jurídico de naturaleza colectiva’ para que cada individuo puede diseñar el plan de vida que le plazca y desarrollarlo, reformarlo, con total libertad, sin interferencias. En principio, no existe otro Estado que no se encuentre ‘constituido’ por la respectiva ‘constitución’. ¡No debería existir vida estatal fuera de la constitución, pero existe! Aunque también se yergue un derecho estatal fuera de la constitución, aquí no hay espacio para su detallado tratamiento [...] Elegir al artificio constitucional como fundamento del Estado constituye una determinación política. Se adopta con antelación a la arquitectura estatal y se funde con sus fines. Por dicha razón, al desenvolverse la elección señalada se opera entre la decisión política y la propia arquitectura del sistema una relación circular que rige toda la construcción futura ‘Fundamento’ se utiliza en varios sentidos y en múltiples contextos. Por amor a la claridad conceptual, entre la variopinta gama de significados, indico, a continuación, los elegidos. Así, ‘fundamento’ en tanto raíz y ‘fundamento’ en tanto razón son los senderos escogidos, en coincidencia con algunas de las alternativas lexicográficas. ‘Fundamentos constitucionales’, en referencia a su raíz, porque toda la construcción jurídica de una comunidad, en determinado tiempo y espacio, queda o debe quedar sustentada, soportada, en fin, fundamentada por el propio Derecho que emana de la constitución, o cuya validación esta autoriza. ‘Fundamentos constitucionales’, en referencia a su razón, porque la validez jurídica de todo el Derecho de una comunidad, en determinado tiempo y espacio, queda o debe quedar explicada, justificada, en fin, ‘fundamentada’ por el propio Derecho que emana de la constitución, o cuya validación esta autoriza. La fundamentación constitucional del Estado se cumple o puede cumplirse por intermedio de cuatro principios o reglas: subordinación, variación, distinción y acción. Ninguna de estas reglas o principios posee una realización absoluta; por eso son reglas inacabadas o reglas de realización progresiva, o reglas de realización relativa. Además, se asume en este texto que no existen diferencias ontológicas o estructurales entre los principios y las reglas que emanan de las normas constitucionales”. Ferreyra, Raúl G., “Enfoque sobre el mundo del Derecho, constitución y derechos fundamentales”, *Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 11, N° 21, 2013, págs. 243-282.

El derecho constitucional, que pertenece al campo de las ciencias reales o materiales, nació como consecuencia de procesos históricos de luchas por el reconocimiento de derechos, libertades y garantías para vivir organizadamente en sociedad, procesos que concluyeron con la elaboración cívica de constituciones escritas.

La importancia del derecho constitucional como una ciencia estimativa radica en que no se limita a explicar relaciones, sino que también aprehende el espíritu de las instituciones y proporciona criterios de valor para la conducción de la actividad estatal, entendiendo el “derecho político” como la común interpretación de los tratadistas, nutrida de valores políticos y éticos.

En el último tercio del siglo XIX, el derecho constitucional adquirió una enorme importancia, y se distinguió como un sistema que unifica y consolida el estado; como la fórmula más eficaz para la convivencia política, el progreso y desarrollo de los pueblos, al extremo de que toda sociedad política que quisiera ingresar al universo jurídico de la civilización debía instaurar un régimen constitucional contenido de valores.

De ahí que André Hauriou¹⁹ enseñe que el significado del derecho constitucional, su sentido más profundo y, por así decirlo, su misión, sea la de organizar, en el marco del estado-nación, una coexistencia pacífica entre el poder y la libertad.

Siguiendo la línea de pensamiento del profesor Rafael Bielsa²⁰, el derecho constitucional es una disciplina jurídica autónoma y sistemática que regla el sistema de gobierno, la formación de los poderes públicos, su estructura y atribuciones, como asimismo las declaraciones, derechos y garantías del hombre como miembro de la sociedad, referida al estado y como miembro del cuerpo político –a título de ciudadanos–.

En un mundo en constante transformación, los temas que abarca el derecho constitucional se modifican a causa de las tendencias modernas en la relación entre los poderes públicos y los ciudadanos, reconociendo que existen factores importantes provocados por la ciencia y la técnica que impactan en la vida política.

El derecho constitucional es cada vez menos el derecho de la Constitución y cada vez más el derecho de las instituciones políticas, conténgase o no en el texto constitucional.

Surge entonces la interesante discusión sobre la posibilidad de sostener la existencia de una ciencia sin su elemento característico, que es la Constitución. Si bien abordar el tema requiere de una mayor extensión y búsqueda por su complejidad y análisis en el derecho comparado, es propicio decir que esta ciencia no se limita al texto constitucional sino al funcionamiento eficaz de las instituciones públicas y sus relaciones con el ciudadano, más allá de la norma suprema.

Sin embargo, a decir verdad, para cotejar la eficiencia de esta tarea, el espejo siempre es la Constitución, pues sirve como base para medir los resultados de la mentada prosperidad.

El tránsito de un estado legislativo de derecho a un estado constitucional democrático de derecho donde la Constitución deja de ser un conjunto de reglas de mera descripción

19 Hauriou, André, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, 2^a ed., Ariel, Barcelona, 1980.

20 Bielsa, Rafael, *Derecho Constitucional*, 2^a ed., Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1954, pág. 43.

normativa que prioriza la limitación del poder estatal hacia un modelo axiológico con un rico contenido de valores que prioriza, ahora, el respeto y protección de los derechos fundamentales.

El neoconstitucionalismo, como una nueva interpretación del derecho, expresa que la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa, sino que apuesta por la protección y defensa de los derechos fundamentales, y su rico contenido valorativo, el cual privilegia la dignidad de la persona humana, hace un esfuerzo constructivo de crear un estado constitucional y democrático de derecho.

Con este nuevo paradigma del derecho se supera el positivismo jurídico y se convierte el derecho constitucional en una disciplina jurídica prescriptiva cuyas normas tienen una función política, influida por elementos históricos, económicos, sociológicos, axiológicos; para asegurar ese fin contiene preceptos jurídicos.

El conjunto de variables interdisciplinarias inciden en el derecho constitucional convirtiéndolo es una disciplina científica pluridimensional, valorativa y sincrética.

En igual sentido que lo señalado por prestigiosos doctrinarios constitucionalistas como Néstor P. Sagüés, concluyó que el derecho constitucional estudia las instituciones políticas desde un ángulo jurídico, y agrego respetuosamente que, además de estudiarlas, al ocuparse del estado, las expone frente a la realidad cívica en un proceso de conversión y dinamismo propio marcado por la influencia de otros elementos que la integran: lo social, económico, filosófico, etc.

En resumen, el derecho constitucional como ciencia es la convergencia perfecta de la teoría del estado, la teoría de la constitución, la historia de las doctrinas políticas y económicas, las instituciones políticas, la ciencia política y la teoría de la sociedad.

Sumado a ello, la reforma constitucional de 1994, con la incorporación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, en el art. 75, inciso 22 agrega el control de convencionalidad de las normas internacionales que han sido adoptadas en nuestro plexo constitucional²¹.

21 “Art. 75 - Corresponde al Congreso [...] Inc. 22 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 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 Crueles, Inhumanos o Degradiantes; 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. Solo 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.

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”.

2.5.3. Objeto y método del derecho constitucional

2.5.3.1. Objeto

El objeto de estudio de la ciencia del derecho constitucional es la CN, más los tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional.

Los autores se dividen entre quienes ven en su objeto el estudio completo del estado y sus relaciones con los ciudadanos –mirada política–, y quienes lo hacen desde una mirada instrumental –netamente jurídica–. En realidad, el derecho constitucional es el fundamento de la organización del estado. Por lo tanto, el objeto está dado por la suma de ambas miradas con la finalidad de visualizar el grado de eficacia de los postulados de su creación. Esto implica determinar la forma de estado, establecer la forma de los estados de gobierno, fijar los límites del derecho del estado, establecer las funciones institucionales y los controles de su actividad, etc.

En concreto, el estudio de la constitución como objeto principal de esta ciencia puede realizarse desde la teoría constitucional política y desde la teoría jurídico constitucional donde se revisa el funcionamiento de las instituciones que la integran, los derechos, deberes, garantías, recursos, principios, etc.

El derecho constitucional tiene como punto de partida la política –antes conocido como “derecho político”–, y con el dictado de las constituciones escritas su objeto se plasmó textualmente en el documento fuente que sirve de base para orientar las relaciones entre el estado y la sociedad.

Las normas constitucionales son de carácter organizativo para aplicarlas a la verdadera organización social y política, el estado.

El objeto es el encuadramiento jurídico de las relaciones entre el estado y los ciudadanos que lo componen, comprometiendo la existencia y eficiencia del estado y todas las demás instituciones públicas y privadas en aras de la armonía social y el bien común. Además, desde su entramado jurídico intenta restringir el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder del estado, y busca proteger y defender el respeto a los derechos fundamentales.

Finalmente, el derecho constitucional puede lograr los fines del estado porque contiene un conjunto de valores que orientan al orden social: el bien común, la justicia, la libertad, la paz, la seguridad y la solidaridad.

2.5.3.2. Método

Etimológicamente, “método” significa “camino a seguir”.

Desde un punto de vista científico, el método enmarca el recorrido intelectual que emprende todo investigador; es el camino que utiliza el sujeto investigador para llegar al conocimiento de la verdad y, también, el procedimiento ordenado por medio del cual se aborda el conocimiento científico.

El método es el modo de interpretación jurídica que utilizan los ciudadanos, jueces, abogados y funcionarios para revisar el contenido y la aplicación del derecho.

En el caso de los jueces, la utilización de un método tiene mayor incidencia, dado que son garantes del cumplimiento de la CN y de los tratados con jerarquía constitucional por

medio del control de constitucionalidad y convencionalidad en los casos que llegan a su juzgamiento.

Todos los temas que comprenden el ámbito del derecho constitucional han sido objeto de estudio desde la antigüedad hasta nuestros días. Todas las instituciones que se encuentran previstas en la CN han sido sistematizadas en diferentes teorías o doctrinas constitucionales.

Esta disciplina de carácter pluridimensional y sincrético requiere de un método y una técnica, como toda ciencia, en los que converjan factores y elementos políticos, históricos, filosóficos, jurídicos, sociológicos e incluso económicos.

El método prevalente debe ser el jurídico, el cual se sirve del método inductivo y deductivo. Mediante el inductivo se parte de un caso particular para llegar a conclusiones y principios generales. Y mediante el deductivo se analizan casos complejos o principios generales para concluir en propuestas particulares. Asimismo, se debe emplear la metodología dialéctica con el fin de confrontar tesis y resultados respecto de las instituciones políticas encuadradas en un sistema jurídico. También debe utilizar el método experimental, a posteriori o el método racional, a priori, para analizar las instituciones jurídico-políticos teniendo en cuenta factores históricos, filosóficos, económicos, sociales, culturales, psicológicos, para convertirlos en principios –dogmas–.

También están los métodos exegético y teleológico. El primero se ocupa de determinar el sentido de la ley según la lógica del denominado “espíritu del legislador” y se atiene a lo que dice la ley. En el segundo, el intérprete precisa de los contenidos de la norma por su sentido finalista, es decir, por lo que busca el legislador al expedir una determinada norma.

Las técnicas están referidas a cada una de las operaciones parciales que realiza el investigador en el transcurso del método. Por lo general, pueden comprender bibliografía, encuesta, entrevista, entre otros.

Los resultados enriquecen y renuevan el derecho constitucional haciéndolo práctico y operativo para el desarrollo de las políticas de gobierno. El método a priori, por ejemplo, es de suma importancia porque ha posibilitado la construcción de los derechos fundamentales, como el concepto de libertad, las ideas democráticas y éticas y las formas de organización política. Los resultados deben tener un contenido estimativo, vale decir, ético, moral, para que la norma sea duradera.

El derecho constitucional hará uso de la dogmática jurídica, que no es precisamente dogmática opuesta a toda revisión y crítica, sino que sobre la base de la autoridad de los principios da estabilidad, orden y seguridad jurídica al derecho positivo, obrando como un dique de contención a la improvisación.

2.6. Fuentes del derecho constitucional

2.6.1. Concepto y clasificación

La palabra fuente deriva del latín *fons, fontis*, que en su primera acepción alude al manantial de agua que brota de la tierra. Etimológicamente, fuente es el “lugar de donde emana o fluye algo”. Es el origen o principio fundamental de algo.

Respecto al concepto de fuentes del derecho constitucional, se impone afirmar que este adolece de gran ambigüedad²².

Ahora bien, si el derecho constitucional tiene por objeto el estudio de la constitución escrita, que antes de aprobarse este documento superlativo el estudio de los fenómenos que el texto constitucional trata eran abordados por el derecho político, no hay dudas de que la fuente del derecho constitucional es el documento que forma parte de su estudio: la Constitución.

El derecho constitucional nació de una situación histórica producida por las transformaciones de la estructura jurídico-política tradicional, hecho que dio lugar a un sistema de normas material y formalmente diferenciado, a la necesidad de racionalizar sistemáticamente para hacerlo operativo y, finalmente, fijar los criterios valorativos de interpretación política y ética.

La idea de redactar este documento fuente fue explicada muy claramente por el profesor Eugenio L. Palazzo²³.

Ahora bien, nuestra organización constitucional reconoce como fuente primaria la constitución de los Estados Unidos de América, pero no es una copia textual de ella como se quiere hacer notar. Como afirmó Alberdi, “Si los argentinos no se hubieran separado en muchas cosas del sistema de Norteamérica para acomodarse a sus antecedentes y a su manera peculiar de ser, toda su organización habría sido un pobre plagio de una forma extranjera”²⁴.

22 “La expresión ‘fuentes del derecho’ adolece de gran ambigüedad, pues se emplea para designar fenómenos diferentes. Hans Kelsen, en su *Teoría pura del derecho*, afirma que la expresión es utilizada para hacer referencia a: 1) Razón de validez de las normas. En ese sentido la norma superior es fuente de la inmediatamente inferior. 2) Forma de creación de la norma. Así el acto legislativo es fuente de la ley; el acto de sentenciar de la sentencia; la costumbre de la norma consuetudinaria, etc. 3) Forma de manifestación de las normas. La Constitución, la ley, los decretos serían en este sentido fuentes del derecho. 4) Por último, se habla de fuentes como el conjunto de pautas compuesto por valoraciones, principios morales, doctrina, etc. que determinan la voluntad del legislador, contribuyendo a dar contenido a la norma jurídica.

A veces las legislaciones, como la argentina, se refieren especialmente a las fuentes del derecho en el segundo sentido indicado para determinar cuáles serán consideradas tales; esto, en especial, para resolver el problema de la costumbre, que en el caso de la Argentina es rechazada en materia penal, pero expresamente admitida en materia civil y comercial”. Ossorio, Manuel, *ob. cit.*, pág. 425.

23 “La original idea de redactar constituciones nació, durante el último cuarto del siglo XVIII, en dos países: Estados Unidos de América y Francia, inaugurando el concepto restringido de constitución cuya elaboración se produce en un prolongado lapso, en el que aparecen y se consolidan las ideas que lo sustentan: la limitación del gobierno por el derecho, la existencia de leyes escritas en el campo del derecho público, la supremacía de la constitución, su rigidez, la protección de los derechos fundamentales, la división del poder, a las que añaden, luego, la concepción del poder constituyente y el establecimiento de un gobierno democrático”. Palazzo, Eugenio L., *Las fuentes del derecho en el desconcierto de juristas y ciudadanos*, FECIC, Buenos Aires, 2004, pág. 73.

24 Alberdi, Juan Bautista, *Estudios sobre la Constitución argentina de 1853*, El Ateneo, Buenos Aires, 1929, pág. 32.

Los principios morales y los valores fueron positivados en la CN, particularmente en el preámbulo nacional²⁵.

La fuente o el camino a seguir para lograr constitucionalizar el sentimiento de la época en una norma jurídica de gran transcendencia, como es la Constitución, fueron las ideas de organización del estado bajo un orden social y moral.

Es imposible concebir una constitución igual a la de otro estado, porque cada población tiene su propia idiosincrasia que la hace soberana espiritualmente, asimilada a sus costumbres, hábitos, formas de pensar, historia, etc.

Finalmente, el derecho constitucional reconoce como fuente la CN, la cual debe su existencia a múltiples ordenamientos jurídicos.

Así lo señala Barraza: “Nuestra ley fundamental debe su existencia a múltiples ordenamientos jurídicos, esa diversidad de fuentes ha hecho que nuestro texto fundamental transite por un camino azaroso y hoy lo sigue haciendo tratando de adaptar instituciones de lugares tan lejanos a la realidad de nuestra tierra”²⁶.

2.6.2. Fuentes primarias y secundarias

La CN, la cual proviene de una serie de fenómenos pluridimensionales, es la fuente primaria del derecho constitucional. A partir de su creación podemos advertir la clasificación de fuentes secundarias o derivadas que actúan en forma concatenada en leyes constitucionales complementarias, tratados internacionales, jurisprudencia de la Corte Suprema, la historia, la doctrina, el derecho comparado constitucional, la costumbre internacional y los principios generales del derecho.

2.6.2.1. Constitución Nacional

Es la ley suprema del estado en lo jurídico y político y la fuente más importante del derecho constitucional. Regula el rol de los poderes del estado y su relación con los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos.

Como señala García Pelayo, “Es un complejo normativo donde se establecen las funciones fundamentales del estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos [...] Por otra parte es una estructura resultado de una lenta transformación histórica, en la que intervienen motivos irrationales y fortuitos, se concreta en

25 “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina”.

26 Barraza, J. I., *ob. cit.*, pág. 5.

los usos y costumbre de cada pueblo [...] Atiende al predominio de determinadas fuerzas sociales...”²⁷.

2.6.2.2. Tratados internacionales de jerarquía constitucional

Según Bidart Campos, el término “tratado” tiene un sentido lato, y comprende todo acuerdo entre sujetos o personas internacionales, es decir, entre miembros o partes de la comunidad internacional, y un sentido más estrecho y formalista, reservado para los acuerdos internacionales celebrados de conformidad con el procedimiento especial que cada estado arbitra en su ordenamiento interno.

Los tratados internacionales revisten múltiples formas, aparte de los propiamente tales: convenios, convenciones, acuerdos, actas, protocolos adicionales, notas reversales, pactos, concordatos, declaraciones, etc.

En el caso argentino, con la reforma constitucional de 1994, se incorporaron los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional en el art. 75, inciso 22.

La jerarquía constitucional implica que las normas que se incorporan tienen el mismo nivel que la propia CN, dado que las materias que regula cada una de ellas están asimiladas a la protección de los derechos humanos y las cuestiones civiles, sociales, económicas y políticas que requieren de una mayor tutela.

Asimismo, en el marco de la incorporación de los tratados con jerarquía constitucional, además de las materias sensibles y de trascendencia que regulan, la importancia de su incorporación al texto constitucional se debe por el compromiso de proteger y tutelar jurídicamente la población más vulnerable: niños, ancianos, personas con discapacidad, enfermos, etc.

2.6.2.3. Leyes constitucionales complementarias

La puesta en marcha de los esquemas previstos por la Constitución requirió del dictado de numerosas leyes complementarias. Como bien define a estas Palazzo, “Son fuentes del derecho constitucional en cuanto regulan instituciones políticas, derechos o garantías fundamentales, que se encuentran establecidos o reconocidos por el texto constitucional, o surgen implícitamente de él...”²⁸.

Las leyes constitucionales se distinguen porque los preceptos están contenidos en leyes diversas.

2.6.2.4. Costumbre internacional

La costumbre como fuente del derecho varía según el derecho sea o no escrito. En este último caso tiene muy poca importancia, puesto que esa costumbre constituye el derecho vigente.

27 García Pelayo, Manuel, “Derecho constitucional comparado”, *Manuales de la Revista de Occidente*, 4^a ed., Madrid, 1957, pág. 34 y ss.

28 Palazzo, Eugenio L., *ob. cit.*, pág. 199.

En materia jurídica podemos decir que la costumbre está constituida por el derecho repetido y tomado en cuenta por el derecho. La costumbre es la creación espontánea, por parte de la comunidad, de modos de comportamiento que se reiteran frente a circunstancias similares. Es una fuente del derecho que la doctrina tradicional ha aceptado con reservas y sujeta a ciertos requisitos, en algunos campos del derecho.

Algunos autores reservan la costumbre constitucional a aquellos países que no cuentan con constitución escrita, y los que la tienen utilizan la expresión “prácticas constitucionales”.

De una u otra manera, el derecho constitucional se nutre de esta fuente del derecho siempre que implique fuente de conocimiento y aprendizaje para la ciencia constitucional.

2.6.2.5. Doctrina

Particularmente, en los países latinos siempre se ha dado importancia a las opiniones de los juristas, influencia que es menor en los países afiliados al sistema anglosajón del *common law*²⁹.

La doctrina tiene importancia como fuente mediata del derecho, ya que el prestigio y la autoridad de los destacados juristas influyen a menudo sobre la labor del legislador e incluso en la interpretación judicial de los textos vigentes³⁰.

2.6.2.6. Jurisprudencia

Deriva de los vocablos latinos *ius*, *iuris* “derecho” y *prudentia* “pericia”. Significa conocimiento del derecho, de la justicia y de las cosas justas.

Es la doctrina sentada por el más alto tribunal de justicia de un país a través de varios fallos dictados de manera uniforme sobre una materia, es decir, el derecho introducido por los fallos de los tribunales mediante la aplicación de las leyes.

Se destaca la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación que es el más alto tribunal argentino. Sus sentencias son seguidas por los jueces inferiores y ejerce el control de la supremacía de la Constitución.

2.6.2.7. Derecho comparado

Ciencia cuyo objeto es el estudio de las semejanzas y diferencias entre los ordenamientos jurídicos de dos o más países³¹.

Este puede ser útil debido a que la experiencia extranjera constitucional sirve, en la medida en que permite plantear problemas comunes y evaluar cursos alternativos de acción frente a los problemas jurídicos.

29 Palazzo, Eugenio L., *ob. cit.*, pág. 73.

30 Ossorio, Manuel, *ob. cit.*, pág. 339.

31 Ossorio, Manuel, *ob. cit.*, pág. 299.

El derecho comparado, en diversas ocasiones y de distinta manera, resulta de suma utilidad para solucionar, con criterios objetivos, problemas jurídicos³².

2.6.2.8. Historia

Es compañera inseparable del derecho constitucional. Como ciencia y fuente del derecho, comprende toda narración de los sucesos acaecidos en la vida de los pueblos que los hacen particular y así mantienen su idiosincrasia abarcando los diversos fenómenos socioeconómicos, políticos y constitucionales.

2.6.2.9. Los principios generales del derecho

En los precedentes constitucionales, no se encuentra la formula “principios generales del derecho”, aunque aparece la voz “principio” o “principios” con diversos alcances. Es sinónimo de idea básica, califica un principio en particular.

Alberdi desarrolló más ampliamente esta cuestión en *Elementos de derecho público provincial argentino*, donde plantea los principios generales del derecho como ideas y máximas del derecho constitucional.

32 Palazzo, Eugenio L., *ob. cit.*, pág. 222.

CAPÍTULO III

Teoría constitucional

MANUEL RUFINO TRUEBA¹

3.1. Introducción

Bajo la denominación de “teoría constitucional” corresponde estudiar, en primer lugar, qué es una constitución y cuáles son los tipos y las clases en que usualmente son agrupadas las constituciones a partir de diversos criterios. En segundo lugar, corresponde estudiar qué contiene una constitución, y ello conducirá a la clasificación de las normas constitucionales. Además, se hace necesario examinar aquí cómo se da nacimiento a una constitución, lo cual será abordado al tratar la temática relativa al poder constituyente. Ello lleva a estudiar la cuestión de la reforma constitucional.

Por su relación con la teoría constitucional y el concepto de constitución, este capítulo tratará también sobre la interpretación de la constitución.

El estudio de la teoría constitucional y de la interpretación constitucional permite conocer, a partir de postulados abstractos y genéricos, cómo es nuestra CN, y cuáles son los métodos para interpretarla. De allí la trascendencia de los temas mencionados. La teoría constitucional es una forma de “ingresar” al conocimiento de la CN. De allí su utilidad metodológica.

3.2. Conceptos político y jurídico, y fuerza normativa de la Constitución

El constitucionalismo es la respuesta de la cultura a la necesidad humana de progreso y de búsqueda de una vida en sociedad sin arbitrariedades ni injusticias.

1 Profesor regular adjunto de la Facultad de Ciencias Económicas (UBA) de la asignatura “Instituciones de Derecho Público”. Profesor adjunto de la Facultad de Abogacía (Universidad del Museo Social Argentino) de la asignatura “Derecho constitucional”. Prosecretario letrado de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

Uno de los elementos esenciales de un estado es el *poder* político. Un estado consta de otros elementos, pero nos interesa ahora solo el poder, al que denominaremos indistintamente “poder estatal” o “poder político”.

Partiendo de una observación histórica o historicista, y desde un punto de vista que debería ser llamado “*objetivo*”, ese poder ha aparecido exteriorizado en todos los lugares y casos a través de mecanismos o resortes que, entrelazados unos con otros, inciden de modo real, práctico o vivencial en la sociedad, siempre de acuerdo con ciertas reglas o normas básicas, las cuales son el fundamento de todo el sistema constituido por aquellos mecanismos o resortes.

Siempre que ha habido relación entre uno o varios mandantes –detentadores del poder o mando– por un lado, y por otro, quienes obedecen –destinatarios del poder o mando– sobre la base de ciertas reglas, es decir, siempre que ha habido comunidad humana, ha existido esa relación mando-obediencia.

Desde esta visión objetiva, la constitución es el conjunto de normas o reglas jurídicas fundamentales que regulan el funcionamiento de los mecanismos o resortes mediante los cuales un estado ejerce su poder político.

En una palabra, y en una aproximación al concepto que aquí interesa, una constitución rige el ejercicio del poder político o estatal.

En términos más rigurosos, los mecanismos a los que aludimos no serían otra cosa más que las instituciones de un estado, es decir, las instituciones políticas, o instituciones de derecho público.

A ellas se refiere Hauriou: “Según el diccionario, las instituciones son cosas establecidas por los hombres. Las instituciones políticas son, pues, cosas establecidas por los hombres en el campo de la vida política. Por ello, las instituciones políticas comprenden las reglas de derecho constitucional [...] y ellas hacen cosas que sirven para encuadrar la vida política”².

La coordinación de esas instituciones a través de reglas o normas jurídicas sería, entonces, la finalidad a la que está destinada una constitución. Podría decirse que “constitución” es “co-institución”, es decir, coordinación de una institución con otra u otras, lo que da por resultado dicha labor de coordinación de aquel conjunto de normas o reglas que regula o rige el ejercicio del poder político.

Ahora hay que efectuar otra observación histórica: el ser humano, que ha bregado desde muy antiguo por la libertad en todas las facetas de su personalidad –creencias religiosas, intervención política en el gobierno de las sociedades, progreso económico, elevación cien-

2 “Etimológicamente, ‘constituir’ –que proviene del latín– significa ‘organizar’, ‘instituir’, ‘disponer’ , y también ‘poner’, ‘colocar’”, Hauriou, Andre, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Ariel, Barcelona, 1980, pág. 36. “En Roma antigua, *constitutio* significaba ‘decreto’, ‘edicto’, sentido que mantiene en castellano hasta el siglo XVIII”, Corominas, Joan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, 3^a ed., Gredos, Madrid, 1990, pág. 167. “En la Edad Media, la palabra ‘constitución’ se usaba para aludir a las reglas eclesiásticas de vida en los monasterios”, Badía, Juan F. (Coord.), *Regímenes políticos actuales*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 16. La expresión “poder político” puede decirse de otro modo: mando en la *polis*, o sea, en la ciudad, en el estado.

tífica y cultural, desarrollo social y otros aspectos–, halló en la limitación del poder político una forma de salvaguardar aquella libertad.

Por eso, y aunque esta apreciación pueda ser contradicha por datos de excepción –ya que lamentablemente han existido y existen regímenes autocráticos–, la humanidad en general ha dado un tono definido a las constituciones. Ese tono, que es el que en la actualidad domina en muchas partes del mundo, consiste en que las normas básicas que dichas constituciones contienen han tendido y tienden a regular el ejercicio del poder político o poder del estado de modo tal de limitarlo, para que la libertad humana no quede expuesta al riesgo de ser arbitrariamente disminuida o sobre pasada o, lisa y llanamente, negada por el proceder de quienes ejercen aquel poder.

Por tanto, hay que integrar el concepto inicial que hemos dado de constitución con las ideas de limitación al poder político y a la libertad.

Entonces, desde una perspectiva subjetiva –porque en esto prevalece una apreciación cuya raíz se hunde en las apetencias e intereses de las personas destinatarias del poder estatal, los habitantes del estado–, una constitución regula y limita el ejercicio del poder político con el fin de preservar la libertad.

En esta radica el fin último de las regulaciones constitucionales. Prácticamente hoy no se concibe como tal una constitución que, aun regulando el ejercicio del poder político, no provea los medios para limitar el estado y, con ello, salvaguardar la libertad, lo cual involucra proteger los derechos de las personas, ya que todos ellos confluyen en la libertad.

Ha dicho Sánchez Viamonte que “la historia del constitucionalismo es, también, la historia de las limitaciones al poder político”³.

En tal sentido, el constitucionalismo encaminado a garantizar la libertad reúne, más allá de las diferencias entre los países, las siguientes notas características: universalización del sistema representativo, cualquiera sea la forma de gobierno, división de funciones gubernamentales –función legislativa, ejecutiva y judicial–, reconocimiento de derechos, desde los derechos individuales reconocidos al inicio del movimiento constitucional hasta los derechos que se reconocieron luego, tales como los sociales, económicos, culturales, y los de más reciente reconocimiento, como los derechos medioambientales y los del consumo de bienes y servicios.

A tal punto es ello así que la noción misma de constitución no pudo escindirse en un momento del decisivo carácter aportado por los contenidos de la libertad y el respeto de los derechos. En efecto, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional francesa el 26 de agosto de 1789, contuvo el siguiente artículo: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene constitución”⁴.

Una constitución reúne y contiene reglas para regir las **instituciones de derecho público**, que son: el reconocimiento de los derechos y libertades de las personas, y los órganos

3 *Enciclopedia Jurídica Omeba: Constitucionalismo*, t. III, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, pág. 1043.

4 Art. 16; Colas, Dominique, *Textes constitutionnels français et étrangères*, Larousse, París, 1994, pág. 613.

del poder político, estructurados, divididos y coordinados en orden a garantizar aquellos derechos y libertades.

Una constitución es, al mismo tiempo, instrumento de gobierno y restricción de poderes frente a los individuos, a quienes reconoce derechos⁵.

Resta tratar el último componente de la conceptualización de “constitución”.

Al mismo tiempo que regula y limita el ejercicio del poder estatal, una constitución es la base o el fundamento de todas las restantes normas jurídicas, tanto las que regulan la actividad estatal, como la actividad del estado reguladora de las relaciones entre las personas. Por eso, todas las normas jurídicas de un estado, tanto las de derecho público –que conciernen a la organización política de la sociedad– como las de derecho privado –concernientes a la regulación de las relaciones entre las personas, o con el estado, ajenas al ejercicio del poder político o público– deben derivar y ser la consecuencia de la constitución.

Así considerada, la constitución forma parte del ordenamiento jurídico –tal como en el caso de la Constitución argentina–, dándole validez *formal* y *sustancial* a todas las restantes normas jurídicas. Validez formal porque el procedimiento para la creación de las restantes normas jurídicas debe ser el que establece la Constitución; y sustancial porque el contenido de dichas restantes normas debe ser adecuado a la constitución, que prevalece y ha de prevalecer siempre sobre ellas –principio de supremacía constitucional–.

En la constitución de un estado, todas las normas jurídicas de ese estado hallan su criterio, su razón de ser y su fuente de validez para que puedan ser legítimamente aplicadas, incluso coactivamente, es decir, con el auxilio de la fuerza pública.

La norma jurídica inferior a la constitución que no se adecue a esta última merece la impugnación de anticonstitucional o inconstitucional⁶.

En suma, una constitución es el conjunto o sistema de normas jurídicas que regula el ejercicio del poder del estado, limitándolo con el fin de preservar la libertad y los derechos de las personas, y en el que se encuentra la base o fuente de validez –formal y sustancial– de las restantes normas jurídicas de dicho estado.

La idea de constitución suprema limitadora del estado tiene remotos antecedentes en nuestro proceso histórico constituyente. Se remonta a 1810, cuando Mariano Moreno destacó que era necesario establecer una constitución “firme” –es decir, suprema–, que sirviera de “dique” –límite– al poder⁷.

5 Linares Quintana, Segundo V., *Constitucionalismo y libertad*, Editorial Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1943, pág. 23, con cita de Faustino J. Legón.

6 Se remite aquí al desarrollo explicativo sobre supremacía constitucional y control de constitucionalidad en esta misma obra.

7 Levene, Ricardo, *El pensamiento vivo de Moreno*, Losada, Buenos Aires, 1983. Se ha conceptualizado la idea de constitución según la perspectiva surgida del movimiento constitucionalista en el marco de las luchas políticas contra distintos tipos de autoridades, a partir, fundamentalmente, de los procesos revolucionarios inglés del siglo XVII, norteamericano y francés del siglo XVIII, e hispanoamericano del siglo XIX (aunque existen antecedentes anteriores). El constitucionalismo impuso el “gobierno de las leyes”, y se opuso al “gobierno de los hombres” (Linares Quintana). Nuestra constitución, nacida en el apogeo del constitucionalismo liberal del siglo XIX, adscribe a la noción conceptual de constitución un sentido limitador del

Enseñaba Mario Justo López que en cada estado, en cada comunidad política, “existe una ley suprema, es decir, un conjunto de normas de derecho positivo –escrito o no– del cual depende la validez de las restantes normas jurídicas, junto con las cuales componen aquellas el orden jurídico total. Pero como es lógico, y como la experiencia lo comprueba, el contenido de esas normas fundamentales –las concretas respuestas a las acuciantes preguntas *¿quién debe gobernar?, ¿cómo?, ¿para qué?*– varía de una constitución jurídica a otra”⁸.

Siguiendo el razonamiento de López, pueden ampliarse las preguntas que deben ser respondidas por una constitución: *¿quién o quiénes gobiernan?, ¿cómo son elegidos los gobernantes?, ¿cómo gobiernan?, ¿cuáles son los fines u objetivos del gobierno?, ¿hay o no descentralización del poder según sus funciones?, ¿hay o no descentralización del poder en el territorio del estado?*

Juan B. Alberdi definió la constitución como “la organización del gobierno considerado en los sujetos y cosas sobre que ha de recaer su acción, en la manera como ha de ser elegido, en los medios o facultades de que ha de disponer y en las limitaciones que ha de respetar”, definición en la que subyace la finalidad garantizadora de los derechos y libertades de las personas⁹.

estado. Tal es el sentido valioso y genuino del concepto de constitución. El derecho constitucional comenzó a enseñarse poco después de la eclosión revolucionaria liberal francesa de 1789 (v. Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Colección Demos, Ariel, Barcelona, 1962, pág. 1). El sentido disvalioso de “constitución” es el privado de los componentes que la tornan límite al poder y garantía de la libertad y de los derechos, y la reducen a simple régimen jurídico del mando, lo que es en definitiva autocrático.

8 López, Mario Justo, *Vivir para la república*, Carpetas de Derecho, Buenos Aires, 1986, pág. 309. López explica con claridad (v. págs. 164/70) la diferencia entre constitución “jurídica”, que es el régimen jurídico basal del estado, por un lado, y por otro, los conceptos de constitución “natural” y constitución “real”. La “natural” es la situación predispuesta física (la geográfica, por ej.) de un país, o cultural (cómo es el pueblo, sus valores, su historia, etc.). Podría darse como ejemplo la tendencia que existe –sin ser absoluta- a que los países de gran superficie territorial adopten la forma de estado federal. El hecho de que Suiza –país pequeño- haya adoptado el federalismo pudo obedecer a su geografía montañosa. Se entiende por “constitución real”, las relaciones reales de poder en una sociedad (coincidiría con el concepto de constitución política, que párrafos más adelante se consignará). Si la constitución no tiene en miras esas relaciones, se reduce, decía Lasalle, a “hojas de papel”. De todos modos, advertía López, si la realidad es oprobiosa o denigrante para las personas, el constitucionalismo no tiene que sucumbir ante ella.

Ferdinand Lasalle (1825-1864) abogado y político alemán. Acuñó el concepto de “constitución real” en las conferencias pronunciadas en Berlín en 1862, y luego publicadas en la obra *¿Qué es una Constitución?*, traducida a varios idiomas, siendo una obra clásica del derecho constitucional.

9 Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina (las bases)*, 6^a ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1993, pág. 133. Obsérvese que esa definición de “constitución” se concilia con la visión según la cual toda constitución debe garantizar, en última instancia, la libertad de las personas, visión con la que surgió el movimiento constitucionalista liberal o de la libertad. Se enriqueció tiempo después el constitucionalismo *liberal* con el componente *social* cobrando forma el constitucionalismo liberal-social, o constitucionalismo social. Luego, se produjo otra oleada más de aumento de contenidos del constitucionalismo (como en el caso argentino son los derechos medioambientales y de consumo). Ninguna nueva etapa de aumento de contenidos significó negar las etapas previas. Más que de “generaciones” de constituciones o de derechos constitucionales, habría que hablar de “pliegues” dentro del movimiento constitucionalista, donde cada pliegue es la respuesta al desafío generacional contemporáneo.

Desde un punto de vista político, una constitución es una determinada forma de relación mando-obediencia en una sociedad.

Desde un punto de vista jurídico, la constitución es el régimen jurídico fundamental de lo político. Para que no haya fricciones entre la constitución jurídica y la política, ella debe ser el reflejo de esta última –sin perjuicio de que la realidad no puede prevalecer si es oprobiosa o indigna para las personas, como advertía M. J. López–.

La constitución forma parte del ordenamiento jurídico y, como tal, impera, es decir, debe ser cumplida, lo que equivale a afirmar que tiene *fuerza normativa*.

Más allá de la definición de constitución, hay distintas modalidades que han asumido o asumen las constituciones, cuestión que será analizada al examinar los tipos y las clases de constitución.

3.3. Tipos y clases de constitución

3.3.1. Finalidad de la clasificación

Los tipos y clases de constitución son categorizaciones que ayudan a conocer la constitución de un país a partir de su descripción.

Cuando la teoría constitucional se refiere a los “tipos de constitución”, alude a modelos de constitución que se han dado o se dan en el mundo.

La alusión a las “clases de constitución” remite a las posibles y diversas formas que puede adoptar cada tipo constitucional.

Más allá de que, en ciertos casos, se da una coincidencia entre tipo y clase¹⁰, el estudio de los tipos y las clases tiene un sentido práctico concreto: conocer las características de una constitución.

Se tratará primero el tema de los “tipos” constitucionales, y luego las “clases” de constitución.

3.3.2. Tipos de constitución

Es posible distinguir tres tipos de constitución: *racional-normativo*; *historicista* o *histórico*, *tradicional-historicista*; y *sociológico*. Si bien se trata de tipos puros que por una cuestión metodológica se examinan separadamente, pueden darse más de uno o los tres al mismo tiempo en una misma constitución.

El tipo *racional-normativo* es al que responden las constituciones que se pretende que modifiquen la realidad y la adecúen a determinado esquema jurídico por el solo hecho de la existencia de un conjunto de normas fundamentalmente escritas y ordenadas de manera racional. El creador de una constitución de este tipo tenderá, entonces, a planificar por

¹⁰ Por ejemplo, ya se consignará que las constituciones *racional-normativas* son usualmente escritas.

medio de ella la realidad futura, cualesquiera sean los contornos sociales y los antecedentes históricos de la sociedad de que se trate.

Bidart Campos señalaba lo siguiente respecto de este tipo: “a) define a la constitución como conjunto de normas, fundamentalmente escritas, y reunidas en un cuerpo codificado; b) piensa y elabora a la constitución como una planificación racional, o sea, suponiendo que la razón humana es capaz de ordenar constitucionalmente a la comunidad y al estado; c) profesa la creencia en la fuerza estructuradora de la ley, es decir, en que las normas son el principio ordenador del régimen constitucional y de que tienen en sí mismas, y en su pura fuerza normativa, la eficacia para conseguir que la realidad sea tal como las normas la describen; d) la constitución es un esquema racional de organización, un plan o programa formulado con pretensión de subsumir toda la dinámica del régimen político en las previsiones normativas”¹¹.

A diferencia del tipo racional-normativo, los otros dos tipos se inclinan hacia la realidad pasada o presente de la sociedad de cuya constitución se trate.

Pertenece al tipo *historicista* la constitución que surja de un proceso histórico, de una tradición, que lleve a una sociedad a tener determinadas y particulares reglas, diferentes de las de otras sociedades con procesos históricos distintos.

Por último, el tipo *sociológico* responde a la circunstancia de que la constitución sea considerada socialmente vigente en el presente. Una constitución de este tipo estaría integrada por las normas que en un momento determinado sean asumidas por la sociedad como obligatorias.

La Constitución argentina puede ser adscripta a un tipo complejo de constitución, en el que conviven los tres tipos.

En primer lugar, nuestra Constitución es el resultado de una historia institucional, ideológica y política, moldeada por las luchas por la independencia y por los conflictos internos. Múltiples disposiciones constitucionales obedecen a nuestra historia. En gran medida, nuestra Constitución es nuestra historia decantada en ordenamiento jurídico basal. La forma de gobierno representativa, republicana y federal ya estaba perfilada en sus lineamientos fundamentales en antiguos reglamentos políticos surgidos de la Revolución de Mayo de 1810. Muchos derechos y libertades reconocidos en la Constitución ya habían sido reconocidos expresamente durante los primeros gobiernos revolucionarios derivados del movimiento de 1810¹². Indudablemente, la propia Constitución alude a la historia cuando, en el Preámbulo, señala que es dictada “en cumplimiento de pactos preexistentes”.

11 Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1995, pág. 101.

12 Segundo V. Linares Quintana decía que cada artículo de la Constitución es un segmento de nuestra historia. Podría estudiarse historia desde la Constitución, o la Constitución desde la historia. El origen del proceso constituyente argentino es la Revolución de Mayo de 1810. También las reformas constitucionales pueden ser el resultado de ciclos históricos posteriores a la sanción de la Constitución. Innegablemente, la introducción en la reforma de 1957 de derechos sociales fue la consecuencia de los hechos que en esa materia se habían vivido en las décadas anteriores. Otro ejemplo: la reforma de 1994 prevé las consecuencias de los actos de fuerza y gobiernos de facto –autocracias- a raíz de la recurrencia de ese tipo de gobiernos en

En segundo lugar, puede decirse que, desde la época de su sanción, la Constitución de 1853/60, con sus reformas válidas y vigentes a la fecha, es aceptada por la sociedad argentina, que la reconoce y admite como norma obligatoria fundamental. Sería, entonces, una constitución sociológica. La aceptación social del ordenamiento constitucional estaría dada en nuestro caso por el hecho de que la Constitución fue sancionada por los representantes del pueblo y por voluntad y elección de las provincias, según el Preámbulo. Las sucesivas generaciones, al tomar como base de las decisiones públicas la CN, confirman a lo largo de la historia, hasta el presente, esa continuada aceptación¹³.

Por último, nuestra Constitución es escrita y está ordenada según un criterio racional en un cuerpo codificado, que es el texto constitucional. Al mismo tiempo, contiene un esquema o plan político –que se sustenta centralmente en el reconocimiento de los derechos de las personas y en la instauración de un régimen de organización estatal destinado a salvaguardar la libertad– al que los hacedores de la Constitución pretendieron adecuar la realidad. Desde esa óptica, nuestra Constitución es racional-normativa. El Preámbulo alude al futuro cuando asegura el cumplimiento de los fines estatales “para nuestra posteridad”.

Nuestra Constitución, surgida de un proceso histórico colectivo y compartido, y aceptada en todo momento por una sociedad que cifra en ella su porvenir –y que por eso es factor de unión de todo el pueblo–, debiera ser tomada siempre como la base de los consensos necesarios para la adopción de las decisiones públicas –por ej., políticas, económicas, sociales, etc.–¹⁴.

3.3.3. Clases de constitución

Al margen de los tipos constitucionales, se distinguen *clases* de constituciones, según varios criterios de clasificación. Comenzaremos por los principales, a saber:

nuestra historia desde 1930. Spota enseñaba que nuestra Constitución es letra, es historia y es espíritu. Pese a todo ello, podría explicarse por la falta de arraigo histórico nacional la dificultad para que ciertos mecanismos institucionales exóticos –útiles y eficaces en otros países– operen en la realidad política argentina según los fines que subyacen en la regulación constitucional –como es el caso de la jefatura de gabinete, o el Consejo de la Magistratura–.

- 13 Lo cual no quita la posibilidad de que, con cierta frecuencia, la Constitución deba ser interpretada a la luz de las circunstancias y valoraciones de cada momento histórico. Pero ello no desmerece la aceptación social, sino que permite aplicar reglas llamadas a ser perennes según una modalidad adecuada a cada generación. Es un problema de interpretación para la aplicación constitucional.
- 14 Sobre la base de tales consensos es que los partidos políticos con representación parlamentaria deben formular las políticas públicas: de esa manera, las leyes –aunque varíen de tiempo en tiempo o aunque haya matices (no diferencias profundas) de partido en partido– serán siempre herramientas para cumplir la Constitución. Premisa de dichos consensos es asumir la democracia como pluralista y participativa, modelo que es el asumido por nuestra Constitución. El pluralismo democrático significa unirse al adversario “en una verdad más alta” (Carlos Floria, *Análisis introductorio de la política y del Estado*, Astrea, Buenos Aires, 1986, pág. 31) y, en última instancia –a través del diálogo en todos los ámbitos de la vida del país–, arribar a consensos sobre la base del consenso fundamental: la Constitución, para lo cual se necesita una alta dosis de inteligencia, educación, elevación de miras por el bien común y patriotismo auténtico.

- a) *Constituciones escritas y constituciones no escritas*: se designa como constitución escrita –o formal, o codificada– aquella constitución cuyas normas pueden ser conocidas mediante la lectura de un texto ordenado sistemáticamente. En general, todas las constituciones del mundo occidental encuadran en esta categoría. Las que no exhiben dicha característica son constituciones no codificadas, como las del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y Nueva Zelanda¹⁵.
- b) *Constituciones pétreas y constituciones reformables*: las primeras no pueden ser reformadas, en tanto sí lo pueden ser las segundas. No obstante, hay que tener presente que, en muchas ocasiones, las constituciones reformables contienen normas irreformables, o de mayor dificultad de reforma que las restantes normas de la misma constitución¹⁶.
- c) *Constituciones rígidas y constituciones flexibles*: una constitución rígida es aquella cuya reforma –si se considera necesaria– debe realizarse mediante procedimientos diferentes de los previstos para la sanción y reforma de las leyes. A veces dicha rigidez obedece a la exigencia de recurrir a un órgano distinto del legislativo para efectuar la reforma, en cuyo caso se habla de *rigidez orgánica*. Otras veces la rigidez consiste en que la reforma puede ser hecha por el órgano legislativo, pero de acuerdo con un procedimiento distinto al de sanción de las leyes; en este caso, la rigidez es *por procedimiento agravado*. En cambio, las constituciones son flexibles si pueden ser modificadas por el mismo órgano y según el mismo procedimiento previstos para las leyes.

Lo hasta aquí expuesto permite afirmar que la Constitución argentina es escrita, o formal, o codificada, lo cual resulta corroborado por la existencia de un texto ordenado sistemáticamente que permite conocer las diversas normas constitucionales. Nuestra Constitución es rígida, ya que solo puede reformarse si se sigue un procedimiento que exige el cumplimiento de requisitos que lo diferencian del trámite para la sanción y reforma de las leyes. El nuestro es un caso de rigidez orgánica.

Otras clasificaciones merecen ser destacadas.

Una constitución *genérica* es la que contiene solo un marco regulatorio de las actividades estatales y de las personas. En cambio, una *analítica* es la que reglamenta, incluso hasta detalles menores, aspectos normalmente asignados a los órganos constituidos. Como ejemplos de constituciones genéricas se cuenta con la estadounidense y la argentina. Constituciones analíticas son las de México y Brasil. Parece más conveniente la confección de constituciones genéricas, dado que ingresar en cuestiones menores, a través de constituciones detalladas o analíticas, puede dar lugar a problemas de interpretación y aplicación, sin contar con que una constitución genérica es más fácil para la difusión pública y la educación

15 Destaca con frecuencia el profesor Mario Federici que la institución del *primer ministro* no está prevista por escrito en el derecho constitucional británico. Merece notarse que, en los albores del control judicial de constitucionalidad, al dictarse la sentencia del caso “*Marbury v. Madison*” en Estados Unidos (1803), la Corte federal de dicho país destacó la relación entre constitución escrita y control de constitucionalidad. La escritura da precisión y certeza a la constitución.

16 Caso este último de la constitución española (1978).

cívica. A ello se añade que las constituciones analíticas podrían ser llamadas a ser reformadas más frecuentemente –en virtud de la necesidad de adecuar en cada tiempo los detalles reglados por la constitución–. Perderían con ello la dosis de autoridad y respeto que confiere la estabilidad de la norma fundamental. Los pormenores de la aplicación de las reglas constitucionales deben ser determinados a la hora de adoptar las decisiones públicas por vía de interpretación de ellas. No hay que olvidar que las constituciones están dirigidas a mantener la estabilidad política encuadrando en ella la dinámica social¹⁷.

La constitución *formal* es la constitución mirada en su aspecto de sistema de normas. La constitución *material*, en cambio, es la vivenciada en la realidad del país. En otras palabras, la primera se vincula con lo que “debe ser” según las normas, y la segunda, con lo que “es” efectivamente en la realidad¹⁸.

Según la clasificación de Lowenstein, una constitución *normativa* es, además de válida, realmente vivida por la comunidad a la cual rige (en tal caso, es dable afirmar que coincide la constitución material con la formal). Una *nominal* es la que, si bien es formalmente válida, no se adecua a la estructura de poder que existe en la realidad y, por ende, no tiene vigencia efectiva, aun cuando tiene una función educadora, al establecer qué es lo que debiera hacerse –falta la coincidencia entre constitución material y formal–. Una constitución *semántica* es aquella cuyas normas formalizan la estructura del poder real en beneficio exclusivo de quienes lo ejercen. Esta última es indudablemente una constitución autocrática, no democrática¹⁹.

3.4. Contenido de las constituciones y clasificación de las normas constitucionales

De acuerdo con lo que fue expresado párrafos más arriba, una constitución reúne las normas jurídicas que regulan y limitan el ejercicio del poder político –o poder del estado– y

-
- 17 Sirve comparar, a título de ejemplo, las constituciones argentina y la brasileña en algún aspecto tratado por ambos, por caso los derechos sociales. El art. 14 bis de la CN establece, en pocas líneas, cuáles son los derechos sociales expresamente reconocidos por ella, mientras que la brasileña ahonda en un detallado elenco de derechos sociales mucho más extenso que la sintética enumeración argentina (v. arts. 6 y 7 de la constitución de Brasil, que llega a establecer contenidos específicos de política social que, en el caso argentino, están regidos por la ley, siguiendo las reglas “genéricas” del art. 14 bis).
- 18 Debe aclararse que puede darse el caso de *desuetudo* constitucional, es decir, normas constitucionales que se entienden derogadas por el uso social, en contra de lo dispuesto por ellas. Que exista desuetudo no desmerezce la clasificación entre constitución formal/material, que parte de la premisa de normas vigentes, es decir no derogadas. Para dar un ejemplo, entendemos por nuestra parte que la obligación establecida por la CN de implementar para los procesos penales el juicio por jurados ha caído en desuetudo. Asimismo, cayó en desuetudo la exigencia de renta o entrada económica para ser senador.
- 19 Por fuera de la conceptualización de “constitución” en sentido genuino (limitadora del poder político y garantizadora de la libertad), se halla la “constitución” autocrática, de modo que, como espejo de la clasificación de las formas de gobierno en democracia y autocracia, hay constituciones democráticas (o sea, valiosas) y constituciones autocráticas (vale decir, disvaliosas). Como ejemplos de constituciones nominales pueden citarse las de 1819 y 1826, dadas durante nuestro proceso histórico institucional.

en que se encuentran las bases de todo el derecho público y privado del estado. Específicamente, una constitución contiene las normas que establecen la forma de gobierno, la relación del poder político con el territorio del estado, la instauración de órganos que ejercen el poder político, las facultades de las que están investidos tales órganos y las previsiones fundamentales acerca de los procedimientos de su actuación, las relaciones existentes dentro de cada uno de esos órganos –relaciones intraórganos–, las relaciones entre los diversos órganos –relaciones interórganos–, y el reconocimiento de derechos y libertades, así como los procedimientos que aseguren el respeto de esos derechos y libertades.

Para Vanossi, todas las normas constitucionales son de competencia y están destinadas a limitar la actuación estatal. Desde esta perspectiva, las normas constitucionales se clasifican en aquellas de competencia *negativa o prohibitiva*, que fijan los límites a la actividad estatal, amparando de esa manera los derechos y libertades de las personas que habitan el estado, y en normas de competencia *positiva o afirmativa*, que regulan las atribuciones de los órganos estatales, sus procedimientos, relaciones intra e interorgánicas, y otros aspectos orgánicos, estableciendo de esa manera la actividad oficial y sus modalidades²⁰.

Una importante y útil clasificación distingue las normas o cláusulas constitucionales *operativas de las programáticas*.

Las normas operativas se diferencian de las programáticas en que para la aplicación, funcionamiento u operatividad práctica de las primeras resulta prescindible recurrir al dictado de normas jurídicas inferiores a la constitución. En cambio, las segundas requieren para su operatividad práctica de otras normas que las complementen y permitan su funcionalidad en la realidad.

Las normas operativas inciden en la realidad sin que obste a ello la inexistencia de normas inferiores a la constitución destinadas a complementarlas. Dichas normas complementarias se denominan *reglamentarias*. Estas últimas son, en cambio, imprescindibles para que las cláusulas o normas programáticas puedan ser consideradas cumplidas u obedecidas. Sin norma reglamentaria, una norma programática sería “letra muerta”.

Las normas programáticas disponen un “programa” –un proyecto–, pero ese programa hay que “operativizarlo”.

Cabe consignar que, en materia de normas operativas que reconocen derechos y libertades, es necesaria la reglamentación no para apuntalar la cláusula haciéndola operativa (porque ya lo es), sino para coordinar el ejercicio de los derechos y libertades, toda vez que estos son relativos y restringibles a efectos de que su ejercicio por parte de una persona no perjudique a los demás. Todos los derechos y libertades se ejercen “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”, tal como establece el art. 14, CN.

Resulta apropiado traer algunos ejemplos de normas operativas y programáticas.

La norma que reconoce el derecho individual a ejercer libremente el culto – contenida en el art. 14, CN – es operativa, por cuanto, para asegurar su cumplimiento, no se requiere

20 Se infiere claramente de lo dicho que los derechos y libertades son *contrapoderes*: el estado carece de competencia más allá de una línea trazada por los derechos y libertades, que son un “freno” (prohibición) a esa competencia.

ninguna otra norma jurídica. La sola previsión constitucional que reconoce ese derecho es suficiente para que, en la práctica, cada uno pueda ejercer libremente su culto.

Caso opuesto es el derecho a una vivienda digna, reconocido por el art. 14 bis, CN. Aquí ya no basta la sola previsión constitucional para que pueda considerarse cumplida esa norma reconocedora del derecho a la vivienda digna. Es necesario que existan normas reglamentarias que permitan efectivizar, en la práctica, el acceso a las viviendas dignas. Sin tales normas reglamentarias aquel derecho no podría considerarse asegurado. El Congreso, a través de las leyes, es el encargado de hacer operativas las cláusulas programáticas de la Constitución. En el caso del ejemplo, es el Congreso el órgano competente para dictar las leyes necesarias para asegurar el acceso a una vivienda digna –a través de leyes de construcción de viviendas, leyes de acceso al crédito o financiamiento para la vivienda, o de préstamos para la construcción, préstamos hipotecarios, etc.–.

En general, puede decirse que las cláusulas constitucionales que reconocen derechos individuales, como las contenidas en los arts. 14 a 18, CN, son operativas.

También, en general, puede afirmarse que las normas que traducen un plan, proyecto o programa a ser desarrollado por el estado, como las contenidas en los arts. 14 bis y 75, incisos 18 y 19 de la Constitución, son programáticas²¹.

No es reprochable que una constitución contenga cláusulas programáticas, que, en muchos aspectos de la organización estatal, son necesarias a fin de orientar el rumbo del gobierno hacia determinados fines que se consideran valiosos, pero sin privar a la ley de la posibilidad de especificar cuál es el camino o método concreto para alcanzar ese fin en cada momento histórico, y según las circunstancias y contingencias que sucedan, sin exorbitar el “programa” constitucional. En otros términos, las decisiones y políticas públicas deben adoptarse dentro de la CN. Nada fuera de ella.

El contenido de la CN está dividido en dos grandes partes, metodológicamente hablando: las declaraciones fundamentales, derechos y garantías se encuentran en la primera parte –parte *dogmática*, arts. 1 a 43–, mientras que el régimen de los órganos del estado federal y la situación jurídico-constitucional de las provincias y la ciudad de Buenos Aires se halla en la segunda parte –parte *orgánica*, arts. 44 a 129–.

Más allá de la división metodológica en dos partes, una no se entiende sin la otra, y ambas forman un todo: la libertad y los derechos se garantizan, en última instancia, gracias al régimen de división orgánica del poder²². Eso es lo que permite que el poder judicial se erija en un reaseguro de la operatividad de la libertad y los derechos.

Por eso, la CSJN, cuando dictó sentencia en la causa “Ángel Siri”, en 1957, consideró operativas las normas constitucionales relativas a derechos personales fundamentales,

21 El art. 14 bis reconoce los derechos sociales (derechos individuales y colectivos del trabajador, y derechos de la seguridad social). No obstante, el sentido predominantemente programático de dicho artículo reconoce derechos operativos, como el derecho a la huelga o a la organización sindical libre y democrática. Los incisos 18 y 19 del art. 75 de la Constitución argentina mandan u ordenan al Congreso.

22 Precediendo la parte dogmática se halla el Preámbulo. Y luego de la parte orgánica, hay en la Constitución una serie de disposiciones transitorias impuestas en la reforma de 1994.

respecto de las cuales entendió el máximo tribunal federal que debían ser garantizados por procedimientos judiciales sumarios y efectivos, específicamente la acción de amparo, aun cuando tal procedimiento no estuviera previsto por la reglamentación²³.

3.5. El poder constituyente. Concepto. Clases. Diferencia con los poderes constituidos

El poder constituyente es la facultad, energía o potencia de que goza un pueblo para crear y reformar las normas de organización del estado. A través del ejercicio del poder constituyente, un pueblo crea su estado, estableciendo –y eventualmente modificando– las normas básicas a las que dicho estado deberá ajustar el ejercicio del poder político. Por medio del poder constituyente, un pueblo se da a sí mismo sus instituciones y las reforma si lo considera apropiado. Mediante él, un pueblo, al organizarse política y jurídicamente, determina la forma en que el estado creado ejercerá su poder –el político–. Es decir, el poder constituyente es organizador porque establece órganos –y las relaciones entre ellos y con los habitantes del estado–. A través de tales órganos, el estado creado ejercerá el poder político. Dichos órganos son constituidos porque reciben su organización o constitución pasivamente del pueblo, que es el agente actuante y organizador a través del ejercicio de su poder constituyente. Lo que corresponde al gobierno en cualquiera de sus ramas –legislativo, ejecutivo, judicial– es poder constituido. Quienes ejercen esos poderes son las autoridades constituidas. Todo lo que organiza, limita y regula normativamente la acción y el funcionamiento de esos poderes constituidos es función constituyente y pertenece al poder constituyente.

De lo recién expuesto se desprende que el pueblo es el titular del poder constituyente. Lo que quiere decir que la organización política surge de la voluntad del pueblo que ejerce su poder constituyente. Es el pueblo el que quiere organizar el estado y es el pueblo el que determina cuáles normas habrán de establecerse para regular y limitar el ejercicio del poder político por parte del estado que nace. Nacido el estado, es también el pueblo el que decide si se reforma la constitución y, en su caso, cuáles normas necesitan reformas y cuál será el contenido de las nuevas normas constitucionales. En una palabra, la constitución del estado depende de la voluntad soberana del pueblo, o sea, de la soberanía popular²⁴.

La soberanía popular está captada por la Constitución argentina en su art. 33, el cual expresa explícitamente el *principio de la soberanía del pueblo*, y también está reflejada en otras partes de la CN, donde, como se verá inmediatamente, queda patentizado el ejercicio del poder constituyente. Es decir, es el pueblo el que ejerce el poder constituyente porque él es el titular de dicho poder. Ello no obsta a que el poder constituyente

23 Publicación de la sentencia en colección de fallos de la Corte Suprema, t. 239, pág. 459.

24 Aplicando tales conceptos teóricos a la realidad histórica de nuestro país, la Constitución argentina es el resultado del ejercicio del poder constituyente por parte del pueblo en ocasión de sancionarse el texto de 1853 –tras un proceso surgido de la Revolución de Mayo de 1810–, y la reforma de 1860, entendida esta como el ejercicio del poder constituyente correspondiente a la provincia de Buenos Aires, que no había participado en la Convención Constituyente que aprobó el texto constitucional de 1853.

sea ejercido a través de representantes del pueblo, ya que no son esos representantes los titulares del poder constituyente, sino el pueblo en cuyo nombre actúan. De allí que, en la práctica, el ejercicio del poder constituyente se realice en el ámbito de asambleas donde se reúnen los representantes del pueblo. Tales son las asambleas constituyentes, también conocidas como congresos constituyentes, congresos generales constituyentes, o convenciones constituyentes.

El poder constituyente es también poder político, pero es distinto al que ejerce el estado una vez constituido. El poder constituyente es un poder político organizador, y el del estado es un poder organizado, que debe subordinarse al primero. Es decir, el poder constituido debe someterse al derecho.

La actuación del poder constituido, a través de órganos constituidos, debe concretarse en el marco de las limitaciones impuestas por el pueblo mediante el ejercicio del poder constituyente. Por eso, el estado tiene como límite de su poder a la constitución. La constitución es límite.

En nuestra CN, lo fundamental de esas limitaciones radica en la organización tripartita del poder constituido, el cual, como se sabe, es ejercido por el estado a través de sus tres órganos: legislativo, ejecutivo y judicial.

En esa división de los órganos constituidos, que encierra una limitación impuesta por el pueblo, descansa el fundamento del sistema de respeto y salvaguarda de los derechos y la libertad de las personas.

Esa es la tónica general de las constituciones basadas en la libertad. Decía Spota: “la limitación a los poderes constituidos es, en Occidente, común denominador en todos los estados de derecho”²⁵.

Spota remarcaba que la primera división del poder se da entre el poder constituyente, por un lado, y, por el otro, el poder constituido, y que era un peligro para la libertad que se confundieran los roles de uno y otro, o sea que el poder organizador pasara al poder constituido. La frontera entre poder constituyente y poder constituido tiene que ser tajante, a fin de evitar que el estado cree o modifique las normas a las que quedará sujeto, lo cual daría como resultado el incremento del poder estatal a expensas de los derechos y libertades de las personas, que serían fácilmente reducidos o extinguidos²⁶.

25 Spota, Alberto Antonio, “En el estado de derecho los poderes constituidos son y deben ser limitados”, *El Derecho*, 17/3/1997, pág. 1.

26 A su vez, recordaba el querido y distinguido doctrinario, el poder constituido se divide en nuestro país entre poder nacional o federal, y poder de las provincias, para finalmente dividir tripartitamente cada nivel político (federal y provincial) en órgano legislativo, ejecutivo y judicial. Uno de los problemas que ha traído la mecánica adoptada por la reforma de 1994 a la Constitución argentina ha sido la de traspasar al Congreso Nacional la responsabilidad de sancionar normas orgánicas del estado que, en rigor, debieron ser fijadas por la convención reformadora (son las llamadas “leyes constitucionales”). Ello ha hecho aseverar a Vanossi que la reforma de 1994 dio lugar a una constitución “evanescente”, es decir que va perdiendo paulatinamente vigor. El problema radica en que el Congreso, al recibir la competencia de sancionar tales leyes, está recibiendo cuotas de poder constituyente de reforma, que debieron ser ejercidas por el órgano constituyente (la convención). La consecuencia –muy grave– de tal problema es la facultad que, indirectamente, se adjudica al partido político mayoritario en el Congreso de establecer reglas políticas que debieron ser en puridad

La constitución *reparte* poder, para que este último no sea ejercido en forma concentrada.

Ahora bien, debemos marcar una diferencia, que viene insinuada desde párrafos anteriores, entre poder constituyente *originario* y poder constituyente *derivado*.

El *originario* es el poder constituyente en su aspecto de facultad para darse un pueblo una constitución, creando y organizando para sí un estado²⁷.

El *derivado* es el poder constituyente en su aspecto de facultad del pueblo de reformar la constitución ya existente.

¿En qué lugar de nuestra Constitución están captadas las ideas de poder constituyente originario y derivado? El Preámbulo de la CN traduce la idea de ejercicio de poder constituyente originario, ya que, en las partes que ahora deben concitar la atención, dice: “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente, por voluntad y elección de las provincias que la componen [...] ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Nación Argentina”.

Allí aparece el pueblo –que actúa a través de sus representantes– organizando o constituyendo la Nación, o sea, creando normas constitucionales para el ejercicio del poder político. La expresión “Congreso General Constituyente” alude a la asamblea organizadora en la que se reunieron los representantes del pueblo para ejercer en su nombre el poder constituyente originario. Las palabras “ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución” revelan la noción de creación de la constitución, de nacimiento y origen de la organización estatal y de la instalación de órganos constituidos.

El poder derivado –es decir, el poder de reformar la constitución– se halla plasmado en la Constitución argentina en la primera parte de su art. 30: “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes”. El Congreso Constituyente que sancionó nuestra Constitución no quiso sujetar las generaciones futuras a las normas entonces establecidas, por lo que, advirtiendo que, con el paso del tiempo, pudiera resultar necesario modificar las normas constitucionales inicialmente previstas, contempló con gran amplitud la posibilidad de su reforma²⁸.

creadas por la convención (por ej., reglas para la composición del Consejo de la Magistratura, reglas para el control del dictado por el órgano ejecutivo de reglamentos de necesidad y urgencia, reglas para asegurar el reparto de fondos coparticipables según los criterios de distribución establecidos en la Constitución, etc.).

27 Por eso, suele destacarse la idea de que un estado es un pueblo –o nación, en su sentido de pueblo–, política y jurídicamente organizado.

28 Sin perjuicio de la posibilidad de reforma de nuestra Constitución, el poder de reforma tiene sus límites, que serán analizados un poco más abajo. La posibilidad de reforma constitucional exterioriza una especie de solidaridad intergeneracional: una generación organiza el estado –o modifica sus reglas–, pero permite a las sucesivas generaciones modificar las reglas constitucionales, siempre dentro de ciertos límites, y sin soslayar que no es aconsejable recurrir con frecuencia a las reformas constitucionales, porque ello puede obstaculizar la actividad estatal y hacerle perder autoridad política, jurídica y moral a la constitución. El secreto de tener constitución, decía Alberdi en *Las bases*, es conservar la constitución, no reformarla. Tenemos Constitución para cumplirla (y solo podemos excepcionalmente reformarla si ello es imprescindible).

El poder constituyente derivado es tal porque, precisamente, *deriva* de la propia constitución, vale decir, proviene del permiso contenido en ella –art. 30–, que contiene la facultad de amplia reforma que fue dispuesta en la ocasión de ejercerse en nuestro país el poder originario.

Esa posibilidad de reforma corrobora la idea de que una constitución no es un esquema cerrado que impida el reconocimiento de los cambios políticos, sociales, culturales, económicos y, en general, de mentalidad, propios del dinamismo de la historia de un pueblo. Al contrario, las constituciones deben ser –y lo son en general, como es el caso de la nuestra– marcos organizativos básicos, de cumplimiento obviamente ineludible, pero que de ningún modo resultan ataduras impuestas por una generación a las generaciones futuras. No obstante, **desde una perspectiva de filosofía política, pensamos que aquella amplitud de la posibilidad de reforma no puede llevar a reformar las constituciones en forma apresurada, imprevista o ligera, sino que hay que modificar las constituciones cuando realmente exista una necesidad de reforma, reclamada por la sociedad, y producir el cambio de la o las normas constitucionales de que se trate de un modo prudente y juicioso.** La virtud política de la prudencia es exigible también en lo que se refiere al ejercicio del poder de reforma.

Decía Alberdi: “El principal medio de afianzar el respeto de la Constitución es evitar en todo lo posible sus reformas. Estas pueden ser necesarias a veces, pero constituyen siempre una crisis pública, más o menos grave. Son lo que las amputaciones al cuerpo humano: necesarias a veces, pero terribles siempre. Deben evitarse todo lo posible, o retardarse lo más [...] Conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución”²⁹.

El ejercicio del poder constituyente –en sus dos facetas– tiene sus límites. La respuesta al interrogante de cuáles son dichos límites tiene su raíz en el principio de la soberanía popular. La medida del ejercicio de dicho poder será la dispuesta por el pueblo. Será este el que disponga qué contendrá la constitución, cuán detalladas serán sus normas, cuál será la organización estatal y cuáles las miras ideológicas o filosóficas de la constitución. El pueblo es libre para organizar y reformar sus instituciones estatales. No obstante, ello no quita que el ejercicio del poder constituyente, tanto originario como derivado, se encuentre sujeto a reglas preexistentes que lo condicionan.

Son límites de ese poder el derecho internacional (al constituirse un país deberá respetar las normas internacionales), y los valores democráticos y de respeto a la libertad y los derechos.

En cuanto a límites que inciden sobre el poder originario, se puede agregar a lo anterior los casos en que el ejercicio de ese poder se produzca a partir de etapas que marcan

29 Alberdi, *ob. cit.*, págs. 258 y 260. Como la Constitución tiene vocación de perennidad, surge el problema de cómo adecuarla a los permanentes cambios que se producen en la vida de un país a lo largo de la historia, en el terreno no solo político, sino también social, cultural, económico, etc. El medio para adecuar la aplicación de la Constitución a cada momento histórico es la labor de interpretación y aplicación que se hace por vía de la jurisprudencia. El mecanismo más idóneo para lograr esa adecuación de lo perenne a lo cambiante, sin violar ello ni desconocer este, es la interpretación constitucional dinámica. En Estados Unidos de Norteamérica, la reforma constitucional se denomina “enmienda” (*amendment*), palabra que exterioriza un sentido muy limitado o menos ambicioso de los alcances de la modificación constitucional.

condicionamientos jurídicos que anticipan la forma en que quedará determinada la constitución.

En el caso argentino, es claro que cuando se decidió por medio de la Constitución de 1853 adoptar la forma de gobierno estatuida por su art. 1, ello fue de ese modo porque había condicionamientos jurídicos que así lo habían previsto, marcando el cauce del proceso constituyente ulterior. Se trató de los pactos interprovinciales –en cuyo cumplimiento se dictó la Constitución–, fundamentalmente el *Pacto Federal* firmado el 4 de enero de 1831, según el cual la forma de gobierno debía ser republicana (o democrática), y la forma de estado, federal. Gracias a ese pacto anterior al Congreso Constituyente –pacto mantenido en posteriores acuerdos–, se logró la sanción de la Constitución³⁰.

Respecto de las reformas constitucionales, como ya fue señalado, ellas están sujetas a limitaciones, toda vez que las constituciones determinan cuál es el procedimiento de reforma, o si hay cláusulas irreformables. Tal es el caso de la Constitución argentina.

3.6. Ejercicio del poder constituyente derivado en la República Argentina. Análisis del art. 30, CN. La reforma de la Constitución argentina

3.6.1. Las dos etapas del procedimiento de reforma

Las normas regulatorias del procedimiento de reforma de nuestra Constitución son una limitación al ejercicio del poder constituyente derivado en nuestro país.

El régimen de la reforma constitucional se encuentra contenido en el art. 30, CN, el que –transcrito– establece: “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros, pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”.

Tal procedimiento involucra dos etapas: a) una etapa preconstituyente o de iniciativa, y b) una etapa constituyente, durante la cual se decide si se reforma o no la Constitución, y, si se da el primer caso, se reforma la Constitución. Aun cuando se haya cumplido el primer paso (iniciativa para la reforma), podría no haber reforma constitucional.

La primera fase de la reforma se halla confiada al Congreso Nacional, que, si así lo considera pertinente, debe declarar la necesidad de la reforma. La segunda fase se encuentra asignada a una convención reformadora, que es la encargada de efectuar la reforma, si así lo decide³¹. En otros términos, si bien es posible la reforma de la Constitución argentina,

30 Ver Levene, Ricardo, *Manual de historia del derecho argentino*, G. Kraft Ltda., Buenos Aires, 1964, pág. 459. Fue el Pacto Federal, decía Levene, el que dio forma al producto del Congreso Constituyente, al revés de lo que se hacía, en que constituciones fracasadas eran fruto de congresos (constituciones de 1819 y 1826).

31 Nótese que el art. 30 no denomina esa convención con la expresión “convención constituyente”. Tan solo emplea la palabra “convención”.

no es ella obligatoria ni imperiosa. Solo se efectúa si: a) el Congreso declara la necesidad de reforma –cuando la considera necesaria–, y b) la convención reformadora decide por su propia autoridad realizar la modificación.

En ordenamientos constitucionales distintos al nuestro, a las etapas preconstituyente y constituyente se añade una tercera: la de ratificación de la reforma. Tal es el caso de la constitución de los Estados Unidos, donde, para que entre en vigor la reforma constitucional, se requiere que sea ratificada por los estados integrantes de la unión.

Veamos por separado las dos fases de la reforma constitucional en la Argentina.

3.6.2. La etapa preconstituyente

Corresponde al Congreso de la Nación declarar la necesidad de la reforma constitucional, si dicha reforma es necesaria. Con las salvedades que se dirán, la declaración de necesidad puede referirse a toda la Constitución –reforma total– o solo a una parte o partes –reforma parcial–, en cuyo caso la declaración de necesidad indicará cuál es –o cuáles son– las partes que, a su entender, requieren ser reformadas.

No obstante la amplitud de la posibilidad de reforma, el Congreso no puede declarar la necesidad de reforma de las llamadas “cláusulas pétreas” –“de piedra”–.

Las cláusulas pétreas son las irreformables, es decir, son cláusulas que, al menos en su sustancia, no pueden ser modificadas o eliminadas de la Constitución, porque establecen lo sustancial –el “núcleo duro”– de nuestro sistema de organización política.

Hay dos clases de cláusulas pétreas: las *expresas* y las *implícitas*.

Las expresas son las normas que prohíben la pena de muerte por causas políticas, los tormentos y los azotes –art. 18, CN–, y la confiscación de bienes –art. 17, CN–. Con estas cláusulas, la Constitución impide las persecuciones a disidentes u opositores políticos, la aplicación de los más degradantes sistemas punitivos y la confiscación de bienes, que había sido usada antes de la Constitución de 1853/60 como factor de persecución o de hegemonía política³². En ambas disposiciones citadas se lee el circunstancial de tiempo “para siempre”, a través del cual se afirma que las prohibiciones que se estatuyen son eternas.

Las cláusulas pétreas implícitas son las que, sin surgir de la literalidad de la norma su carácter irreformable, se interpreta que sí lo son por ser consustanciales con el sistema de valores y la ideología que trasunta nuestra Constitución.

Sobre tal base, son implícitamente pétreas las normas que disponen cuál es nuestra forma de gobierno y de estado, y las que reconocen derechos y libertades –arts. 1, 14 a 20, 22, y otros–.

El propósito de adjudicar a ciertas cláusulas constitucionales el carácter de pétreas radica en evitar que la reforma constitucional acabe por desnaturalizar nuestro sistema polí-

32 La pena de muerte por causas no políticas (causas judiciales) se halla fuera de la prohibición pétreas, pero prohibida en nuestro país por operatividad de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Hoy no existe en el derecho argentino la pena de muerte.

tico y desvincularlo de los principios éticos y profundamente arraigados en la sociedad sobre los que se basa nuestra organización como país³³.

Declarada la necesidad de la reforma, el Congreso organizará el procedimiento para la elección de los integrantes de la convención reformadora, los cuales serán designados por elección popular directa, como si se tratara de diputados nacionales, aunque se trate de funcionarios distintos, denominados convencionales.

El Congreso también puede indicar en qué lugar del país se llevará a cabo el desempeño de la Convención y, además, puede fijarle un plazo. Las modificaciones que la convención realizará por fuera del lugar y plazo indicados serán pasibles de anulación.

Si bien la declaración de necesidad de reforma –y las reglas complementarias que se acaban de citar– no deben seguir el procedimiento para la sanción de las leyes –puesto que no estamos aquí ante la actividad legislativa del Congreso–, este último generalmente se ha pronunciado bajo la forma de ley, asignándole a la declaración el trámite de ley, es decir, votando primero los miembros de una cámara, y luego los de la otra³⁴.

No obstante, pese a la analogía que puede hacerse respecto del trámite de las leyes, es esencial puntualizar que ello no implica que la “ley” declarativa de la necesidad de reforma pueda ser vetada total o parcialmente por el poder ejecutivo. Sería absurdo que pudiera existir ese veto, ya que si la Constitución es el resultado de la necesidad de limitar el poder del estado, no sería lógico que el poder ejecutivo –que usualmente es el órgano que más fácilmente concentra poder– pudiera impedir o trabar el desarrollo de una actividad organizativa o limitadora del estado, particularmente limitadora del propio poder ejecutivo.

Es importante señalar que, para que la declaración de necesidad de reforma se concrete, la Constitución exige, como mínimo, el voto de las dos terceras partes de los miembros del Congreso de la Nación, o sea, las dos terceras partes de cada cámara legislativa nacional. Ese mínimo de votos debe computarse inexorablemente sobre los miembros totales de cada cámara, es decir, no solo sobre los presentes al momento de llevarse a cabo la votación. Si la Constitución hubiera querido establecer un mínimo menor, así lo hubiera dispuesto.

Luego de la declaración de necesidad de reforma, son elegidos los convencionales a partir de las listas de candidatos que ofrece a la ciudadanía cada partido político que se presente en las condiciones de ley a la concurrencia electoral.

3.6.3. La etapa constituyente

Tras la declaración de la necesidad de la reforma y elección de los convencionales, la convención se instala y queda encargada de efectuar la reforma, si lo considera necesario.

33 En otros ordenamientos jurídicos, se prevé que ciertas cláusulas sean de mayor dificultad de reforma. Por ej., la constitución española de 1978.

34 La reforma constitucional de 1994 fue declarada necesaria por ley 24309, dictada en 1993.

“Convención” viene del latín *conventio*, que significa “reunión”. De allí que la convención reformadora sea la reunión de los convencionales, destinada a deliberar sobre si la reforma es en definitiva necesaria o no, y consumarla en el primer caso; todo ello, sobre la base de la declaración previamente efectuada por el Congreso.

La convención reformadora es convocada “al efecto”, dice el art. 30. Es decir, no es un órgano permanente; solo funciona cuando es formada para los fines indicados. La convención es un órgano distinto a –y separado de– los órganos legislativo, ejecutivo y judicial.

La convención reformadora puede dictar su reglamento interno y elegir sus autoridades. Cumplidos todos los pasos preparatorios necesarios para el desenvolvimiento de sus tareas, comienza a debatir si efectúa o no la reforma de los aspectos que el Congreso entendió necesarios de reforma.

La convención es libre para deliberar y para reformar o no la Constitución. Si lo hace, debe reformar solo las normas que el Congreso puntuó como necesarias de modificación. En otras palabras, la declaración que efectúa el Congreso da a la convención el marco dentro del cual debe esta última encuadrar su labor. La convención puede reformar todos los aspectos indicados por el Congreso, solo algunos, o ninguno. Lo que no puede hacer es tratar puntos o reformar normas constitucionales excluidas de la declaración de la necesidad de reforma.

En caso de que la convención se excediera de ese marco, la modificación que así se dispusiera carecería de validez.

La declaración de necesidad de reforma confiere a la convención el marco de su competencia o atribuciones, lo que también significa que actúa como un órgano que no es plenamente soberano ni autónomo.

La convención es libre para actuar, pero dentro del ámbito de competencias otorgado por el Congreso.

La soberanía de la convención es limitada, porque debe reconocer como restricciones y respetar i) el procedimiento constitucional de reforma, ii) la declaración de necesidad, y iii) las cláusulas pétreas.

Si una convención, por hipótesis, se declarara “soberana”, esa misma declaración sería contraria a la Constitución y justificaría anular cualquier modificación constitucional que hiciera en tales condiciones, sin importar el contenido de dicho cambio.

Compete también a la convención reformadora decidir cuál será el contenido de la nueva norma constitucional, en caso de que, en el marco de su competencia, decida modificar la Constitución en la parte que esté tratando.

En ocasión de la reforma constitucional de 1994 –y a raíz de la mecánica de deliberación y decisión adoptada por la ley 24309, en función de lo acordado en el llamado “Pacto de Olivos” de 1993–, Bidart Campos señalaba que el Congreso podría indicar, al declarar la necesidad de la reforma, cuál es la finalidad que tiene que perseguir la nueva norma constitucional, mientras que también podría dejar establecido, en caso de innovar en cierta materia, que la convención debería innovar en tal otra materia. Pero ni lo uno ni lo otro puede entenderse en el sentido de que la convención pueda verse compelida a darle un contenido determinada a la nueva norma. Ello es así, porque es la convención la que efectúa la reforma

–art. 30, CN–, y es exclusiva y excluyentemente el órgano competente para determinar el contenido de la nueva norma constitucional³⁵.

Es claro, por lo demás, que la convención reformadora tampoco puede reformar las cláusulas pétreas expresas o implícitas, aun cuando, por la razón que fuere –por ej., por error o exceso–, el Congreso las haya declarado como necesarias de reforma.

Por último, una vez agotado el fin para el cual se instauró la convención –o, en su caso, agotado el plazo de su vigencia–, se disuelve sin más.

El paso último, si se modifica la constitución, es la publicación oficial del nuevo texto constitucional³⁶.

3.6.4. Control de la reforma. El poder de reforma como poder constituido

¿Es posible jurídicamente revisar la reforma constitucional? Desde la doctrina se ha afirmado la posibilidad de controlar las reformas constitucionales.

Por lo pronto, ya se ha visto que el poder constituyente derivado no tiene capacidad o competencia para hacer todo lo que quiere.

Por ello, la reforma constitucional puede ser revisada, en los casos en que hubiesen sido violadas durante el proceso de reforma las restricciones a que debe subordinarse el ejercicio del poder de reforma. No es sino el poder judicial el órgano encargado de tal control³⁷.

Cabe una última consideración acerca de la naturaleza del poder de reforma. Sin ingresar aquí en una indagación más exhaustiva sobre la naturaleza de su poder, merece hacerse notar que tal punto es materia de controversia. Es que, en virtud de que es un poder limitado –ya que está sometido a restricciones–, habría que concebirlo como poder *constituido* –sería un poder constituido no permanente, o sea, extraordinario–. Sin perjuicio de que cambiar la calificación del poder no altera en nada lo explicado sobre el proceso de reforma y su control, pensamos, en definitiva, que resulta más apropiado calificarlo del modo propuesto, pese a la difusión que tiene en nuestro medio concebirlo como poder constituyente.

35 Tras extensos debates, la convención reformadora de 1994 terminó por aprobar –por mayoría– la mecánica decisoria prevista por la ley 24309 –y el Pacto de Olivos–.

36 Recuérdese que para la entrada en vigencia de la reforma constitucional, conforme el art. 30 no se requiere ninguna clase de ratificación o aprobación por parte de las provincias, de los poderes constituidos, ratificación popular, ni cualquier acto análogo. Tema aparte lo constituye la cuestión de si la facultad legislativa de denunciar tratados internacionales con jerarquía constitucional o asignar dicha jerarquía a ese tipo de tratados importa una flexibilización de nuestra Constitución rígida. Sin ahondar en ello, dado el objetivo de esta obra, nos limitamos a afirmar que, pese a dichas reglas en materia de relaciones internacionales, nuestra Constitución sigue siendo rígida, en tanto los tratados del tipo mencionado no la integran.

37 Ese es el criterio asumido por la CSJN en el caso “Fayt, Carlos S. c/Estado Nacional,” Sent. 19/8/1999, en el que se siguió jurisprudencia anterior.

3.7. Las reformas constitucionales argentinas

El texto constitucional de 1853 –sancionado el 1 de mayo de ese año por la Convención Constituyente de Santa Fe– fue reformado en varias oportunidades.

La primera reforma tuvo lugar en 1860. Sin embargo, dicha reforma se realizó en un contexto político e institucional especial, con motivo de que la provincia de Buenos Aires se había escindido de la Confederación Argentina en 1852, y no participó del congreso constituyente que tuvo como feliz resultado la sanción de la Constitución de 1853.

La reforma de 1860 –hija del Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859– fue necesaria para que la provincia de Buenos Aires pudiera ejercer su parte de poder constituyente originario.

Las reformas posteriores tuvieron lugar en 1866, 1898, 1949, 1957, 1972 y 1994. Las reformas de 1949 y 1972 tuvieron una vigencia efímera.

La reforma de 1949 fue anulada –*abrogada* fue el término que se empleó– en 1956 por decisión del gobierno de facto o dictadura militar surgida del golpe de estado conocido como la “Revolución Libertadora”, que derrocó al presidente Juan D. Perón el 16 de septiembre de 1955. Quedó restituido el texto constitucional de 1853 con sus reformas hasta 1898, inclusive³⁸. La reforma de 1949 fue viciada, toda vez que no se respetó, al declararse la necesidad de reforma en el Congreso, la exigencia de contar con la mayoría de dos tercios de votos –art. 30, CN–.

La reforma de 1972, instrumentada mediante un “estatuto fundamental” que modificó numerosos artículos de la CN, fue impulsada por un gobierno de facto o dictadura militar, previendo que, si antes del 25 de agosto de 1976 una convención no la ratificaba, el plazo de vigencia de la reforma expiraría el 24 de mayo de 1981. Al no llevarse a cabo dicha convención, la modificación de 1972 agotó su plazo de vigencia, autoimpuesto por ella a sabiendas de su tramitación ajena a las exigencias constitucionales³⁹.

Al presente, en suma, las reformas constitucionales válidas y vigentes son las que se llevaron a cabo en 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994.

Resta efectuar una síntesis del contenido de las sucesivas reformas, comenzando por las válidas y vigentes:

38 La decisión de abrogar la reforma de 1949, y la posterior reforma de 1957 dieron pie a la existencia de una corriente de opinión –que es dable dar por inexistente desde hace muchos años– que sostiene la vigencia de aquella reforma pese a la anulación. Nadie duda de que la decisión abrogatoria fue ajena al procedimiento de reforma constitucional, como también ajena al mismo art. 30 había sido la declaración de necesidad de reforma en 1949. Es indudable, también, que la reforma de 1957 se originó en la convocatoria a convención por parte de un gobierno de facto. Pero si había alguna duda, esta quedó despejada por la aceptación social de las disposiciones introducidas en 1957 y por la ley declarativa de necesidad de reforma de 1994 –ley 24309–, cuyo art. 1 declaró la necesidad de la reforma de la Constitución de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957, con lo cual el Congreso argentino reconoció la no vigencia de la reforma de 1949 y la vigencia de la de 1957.

39 Más allá de lo previsto por la enmienda de 1972, está claro que el imperio constitucional se interrumpió en ocasión de un nuevo golpe de estado el 24 de marzo de 1976, el cual dio lugar al gobierno de facto o dictadura militar que rigió hasta el 10 de diciembre de 1983.

- a) *Reforma de 1860*: al procurar el propósito de tener a la provincia de Buenos Aires dentro de la Nación, el tono general de las modificaciones consistió en fortalecer las facultades de las provincias. Fue en beneficio de Buenos Aires, pero el resultado fue una acentuación del federalismo para todas las provincias.
- b) *Reforma de 1866*: se limitó a autorizar a la Nación a establecer impuestos a la exportación más allá de ese año, que había sido fijado como límite temporal para ese tipo de impuestos en 1860.
- c) *Reforma de 1898*: hizo también pocas modificaciones. Se vincularon con la base numérica de la representación de los diputados nacionales, y el número de ministerios del poder ejecutivo nacional.
- d) *Reforma de 1957*: incorporó un artículo –dividido en tres párrafos, art. 14 bis– por el cual fueron reconocidos los derechos del trabajador –en el plano individual y sindical– y los derechos de la seguridad social. Tales son los derechos sociales. También confirió al Congreso Nacional la facultad de dictar las leyes (códigos) de trabajo y seguridad social.
- e) *Reforma de 1994*: consagró en forma expresa nuevos derechos –en especial, los relativos al medio ambiente, y los derechos del consumidor, la igualdad de oportunidades–, dio reconocimiento explícito a los procedimientos de tutela constitucional sumaria y efectiva –acciones de amparo, *habeas data* y *habeas corpus*–, introdujo en el plano constitucional la ciudadanía por opción, reformó los órganos estatales en punto a aspectos organizativos y atributivos de competencias, incorporó reglas tendientes a fortalecer el federalismo y los municipios, y confirió autonomía a la ciudad de Buenos Aires, entre otras modificaciones. Aún quedan por sancionar algunas leyes encomendadas al Congreso por la convención de 1994 para “completar” la reforma de ese año –por ej., la ley de coparticipación federal de impuestos–.

Por lo demás, de las dos reformas de vigencia efímera, la reforma de 1949 exhibió los siguientes contenidos principales: por un lado, incorporó al texto constitucional numerosos derechos sociales. No obstante, eludió reconocer expresamente el derecho a la huelga, y no reconoció el derecho de los trabajadores a la participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección, derechos que luego serían explícitamente reconocidos en 1957. En cuanto a otros derechos, afirmó permitir la “emisión del pensamiento dentro del terreno doctrinal”, “sometido” a la ley. En el plano económico, contuvo normas consecuentes con una perspectiva de intensa intervención estatal en el mercado y las actividades económicas. Por otro lado, la reforma de 1949 modificó diversos aspectos orgánicos, como fue el caso de autorizar la reelección ilimitada del presidente y vicepresidente de la Nación. En cuanto a la organización territorial, disminuyó el federalismo con esta reforma, que dispuso que las provincias debían reformar sus respectivas constituciones para “adaptarlas” a la nueva constitución nacional. También modificó el Preámbulo constitucional para ajustarlo a la ideología que imperaba en la época. La reforma de 1949, por su impronta marcadamente intervencionista del estado en el ámbito del individuo y de la sociedad, fue ajena a la tradición e ideario del movimiento constitucionalista al que adscribió nuestra Constitución desde su origen y que se enriquecería con el tiempo.

Por último, la reforma de 1972 se concentró en aspectos orgánicos, y permitió la elección directa del presidente y vicepresidente de la Nación, en doble vuelta, debiéndose llevar a cabo la segunda vuelta –*ballotage*– si la fórmula más votada no superaba el 50% de los votos. Redujo el mandato presidencial a cuatro años.

3.8. El poder constituyente provincial

Establece el art. 5, CN un “techo” para el ejercicio del poder constituyente por parte de las provincias.

Estas, al formar la federación y organizarla mediante la constitución federal de 1853/60, aceptaron subordinarse al derecho nacional, aun en las materias que integran su autonomía, como su organización institucional propia –art. 123, CN–.

No pueden las provincias, al establecer –o eventualmente reformar– sus constituciones, violar los recaudos de validez del art. 5, ni la jerarquización normativa estatuida por el art. 31, CN.

El art. 5 obliga a las constituciones provinciales a i) adoptar el sistema representativo republicano, “de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional”, y ii) asegurar su administración de justicia, régimen municipal y educación primaria. Cumplidos esos recaudos, agrega el art. 5, la Nación garantiza a las provincias “el goce y ejercicio de sus instituciones”.

En virtud de la autonomía provincial, las provincias pueden reformar sus propias constituciones, para lo cual los textos constitucionales de cada una disponen cuál es el procedimiento a seguir.

En la mayoría de los casos, el proceso de reforma de las constituciones provinciales –y también el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– es análogo al nacional, aunque hay que señalar que, en general, los textos provinciales son más detallados a la hora de reglamentar dicho proceso, como observa Lonigro⁴⁰. Hace excepción de la provincia de Buenos Aires, que establece una opción para efectivizar la reforma: la ley declarativa de la necesidad de reforma puede determinar si la reforma se decidirá por vía de una convención reformadora, o por medio de un plebiscito –art. 207, constitución de la provincia de Buenos Aires–.

3.9. La Constitución y la educación

Una constitución, para que tenga vigencia social –es decir, para que sea normativa y rija realmente en un país–, tiene que ser difundida en el pueblo a través del sistema educativo, de lo cual se infiere la importancia de la educación cívica y la enseñanza del derecho constitucional.

⁴⁰ Lonigro, Félix V., *Derecho Constitucional*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2014, pág. 187.

Un pueblo educado según las enseñanzas del constitucionalismo democrático ama la libertad y la justicia en todos los planos de la vida privada y pública, individual y colectiva; quiere y sabe defender la democracia, y no cae en el error de aceptar los abusos y la concentración del poder, que son la antesala de la autocracia –es decir, la antidemocracia–. De allí la obligación a cargo del estado de garantizar el acceso de todas las personas –especialmente personas en su infancia, adolescencia y juventud– a educación de calidad a fin de lograr su formación integral⁴¹. Defiende sus derechos el pueblo que los conoce. La ignorancia es aliada e instrumento de cualquier plan para instalar o mantener la autocracia.

Por eso, es exigencia de la CN y de diversos tratados internacionales de derechos humanos asegurar la educación –lo que involucra, entre otros aspectos, la formación cívica de las personas para la defensa de su libertad y sus derechos y la capacitación para el ejercicio de los derechos políticos y la función pública–⁴². En el sistema educativo debe ser enseñado el pluralismo democrático, lo que incluye la tolerancia y el respeto al disenso.

3.10. La interpretación constitucional. Principales técnicas, reglas o métodos

La interpretación constitucional obedece a la necesidad de aplicar la Constitución. La actividad de interpretación es paso previo a la aplicación de toda norma jurídica.

41 No por nada Domingo Faustino Sarmiento, el gran educador, predicaba que había que “educar al soberano”, es decir, educar al pueblo. Nicolás Avellaneda, quien fuera ministro de instrucción pública durante la presidencia de Sarmiento, señalaba que nuestra Constitución “reposa sobre la aptitud colectiva del pueblo, llamado a realizar el gobierno por ella establecido” y que “...es una condición vital para su mantenimiento [el de la Nación] que la educación desenvuelva en el pueblo mismo la aptitud para el ejercicio de sus derechos y para la práctica de sus deberes” (extractos de *Páginas de Avellaneda sobre educación*, Ministerio de Justicia e Instrucción Pública de la Nación, Buenos Aires, 1935, pág. 11). En los Estados Unidos, decía Benjamín Franklin en el siglo XVIII, la mejor inversión es el conocimiento, porque es la que paga el mejor interés. Modernamente, Vanossi ha destacado la trascendencia de la educación para igualar oportunidades y mejorar la democracia (Vanossi, Jorge R., *El estado de derecho en el constitucionalismo social*, Eudeba, Buenos Aires, 1982, pág. 329).

42 Por ejemplo, el art. 5, CN –entre otras limitaciones al poder constituyente provincial– dispone que las constituciones provinciales garanticen la “educación primaria”, y el inciso 18 del art. 75 –cláusula del progreso– impone al Congreso de la Nación el deber de proveer lo conducente “al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria”, entre otras obligaciones legislativas, mientras que tanto la Nación como las provincias están obligadas a promover “la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura”, tal como dispone el art. 125 al enumerar diversas facultades concurrentes de la Nación y provincias. Entre los tratados internacionales con jerarquía constitucional, se destaca lo dispuesto por la *Convención sobre los derechos del niño*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1989, aprobada en menos de un año por la República Argentina a través de la ley 23849. La aludida convención obliga a los estados parte a garantizar el acceso a la educación en todos los niveles, incluyendo la asistencia financiera a todos los que la necesiten (v. art. 28 de dicho tratado). El otorgamiento de subsidios, ayudas parciales, o becas integrales para financiar los gastos necesarios para la vida de las personas mientras estudian –desde el preprimario hasta el postdoctorado– son medios, entre otros factibles, para hacer operativa esa garantía igualadora de oportunidades, teniendo en cuenta la capacidad en la enseñanza superior o universitaria.

La CN carece de disposiciones acerca de cómo debe ser interpretada, por lo cual ha sido necesario acudir a métodos de interpretación constitucional, los cuales, con el tiempo, se fueron delineando y consolidando, especialmente a partir de la labor de la jurisprudencia –por sobre todo de la Corte Suprema Federal– y la doctrina⁴³.

Pueden reseñarse del modo siguiente los métodos de interpretación constitucional⁴⁴:

3.10.1. Método literal o gramatical

La primera tarea de quien interpreta la Constitución es conocer el sentido de las palabras empleadas por sus normas a partir de su significado lingüístico. Podría considerarse que este es el mecanismo espontáneo a que acude quien interpreta cualquier norma jurídica. Entendiendo el significado de las palabras, se conoce qué dispone la norma constitucional interpretada. En caso de palabras que puedan tener un significado general o usual y otro técnico, se debe dar prevalencia al primero, salvo que resulte del texto constitucional que la palabra sea usada en su sentido jurídico técnico. Hay que partir de la base de que nunca una palabra es superflua o está de más en la Constitución, y que esta es un todo orgánico –un *sistema*– que hay que interpretar *en conjunto*, para que la interpretación de una norma sea compatible con las restantes normas.

3.10.2. Método histórico o de la voluntad del creador de la norma (método teleológico), método dinámico e interpretación mutativa

El método histórico o de la voluntad consiste en interpretar la norma constitucional a partir de cuál ha sido la intención que subyace detrás de ella. Se busca entender qué ha querido el autor de la norma al crearla, es decir cuál ha sido su voluntad, o qué finalidad ha procurado conseguir⁴⁵. Debe tenerse presente que la finalidad última de la CN –su contenido teleológico fundamental– es garantizar la libertad, la justicia, los derechos de las personas y limitar el estado. Los derechos de las personas deben ser interpretados con criterio amplio, y los poderes del estado con criterio restringido⁴⁶.

Ocurre con cierta frecuencia que lo que quiso el autor de la norma constitucional no se adecua a las necesidades del momento histórico en que hay que aplicar dicha norma. En estos casos, se debe complementar el método histórico o teleológico con una interpretación *progresista* o *dinámica* de la norma. Ello significa la necesidad de adecuar la voluntad inicial del autor de la norma a la realidad de cada momento, en la que se incluyen las valoraciones éticas de la

43 Entre los mejores trabajos de doctrina sobre la interpretación constitucional, se encuentra el de Linares Quintana, Segundo V., *Reglas para la interpretación constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1988, de donde se extraen no pocas de las afirmaciones contenidas en esta parte del capítulo.

44 Se sigue en este trabajo un criterio sintético de exposición de los métodos interpretativos, sin desconocer los distintos y fundados enfoques con que se los explica desde la doctrina de los constitucionalistas.

45 *Teleología* es palabra que proviene del griego y significa conocimiento del fin (o de la finalidad).

46 Los fines de los órganos políticos argentinos están expuestos en el Preámbulo de la Constitución, que sirve, entonces, como fuente de interpretación constitucional.

sociedad, las cuales van cambiando, ya que son mutables por múltiples causas espontáneas o provocadas. Cada generación tiene sus valores éticos, desde los cuales interpreta la Constitución y pretende que esta sea aplicada⁴⁷. La interpretación dinámica hace que la Constitución sea aplicada adaptándola al ritmo de los cambios sociales, pero sin violar la letra, los fines y valores constitucionales. Sagüés la considera un método de interpretación *mutativa* compatible con la Constitución⁴⁸. Pensamos que la interpretación dinámica es una conciliación axiológica, ya que hay que compatibilizar los valores en que se funda la Constitución desde su sanción –valores perennes o perdurables– con los valores del momento de aplicación –valores cambiantes–.

3.10.3. Método previsor o por examen de las consecuencias

En algunas ocasiones, para arribar a una interpretación adecuada de una norma constitucional, se hará necesario medir las consecuencias de distintas interpretaciones posibles e inclinarse por la opción más útil o menos riesgosa⁴⁹.

El objetivo de la interpretación de una norma constitucional debe ser arribar a una solución *justa* (vale decir, *razonable*) a partir del empleo de uno, dos o los tres métodos de interpretación antedichos. En esa tarea, indudablemente, inciden los valores éticos del intérprete, quien deberá juzgar cuándo la solución adoptada tras la interpretación cumple aquel requisito.

En el país, los últimos intérpretes de la CN son los jueces, principalmente en ocasión de ejercer el control de constitucionalidad. Dentro del sistema judicial argentino, el último intérprete de la CN es la CSJN, de donde sus fallos en los casos en los que son competentes (por ej., por vía del recurso extraordinario federal), son una fuente primordial para el entendimiento y aplicación de la Constitución por parte de los otros órganos estatales y de los habitantes del estado, y para el control de constitucionalidad⁵⁰.

47 Sagüés ha asignado importancia a la *doctrina de las generaciones*. Por otra parte, la interpretación dinámica es un modo de evitar la reforma constitucional cada vez que se percibe la necesidad de adecuar la aplicación de la Constitución a la realidad del momento. Un caso significativo de aplicación del método dinámico se dio en oportunidad de que la CSJN interpretara el derecho de propiedad con el fin de adecuarlo a la necesidad de restringirlo razonablemente para atender necesidades sociales urgentes como la crisis de la vivienda (v. por ej., el caso inicial de la Corte en tal sentido: sentencia en el caso “Avico c/De La Pesa”, 1934, publicado en *Fallos*: 172:29).

48 Las mutaciones constitucionales son transformaciones o cambios que ocurren en la constitución material respecto de la constitución formal, sin que esta sea modificada. Ver Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, t. I, 2^a ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 56.

49 Es el criterio que aplicó la CSJN al dictar sentencia en la causa “Fibraca Constructora c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, 7/7/1993, a los efectos de facilitar el proceso de integración del país con otros países antes de que la reforma de 1994 estableciera que los tratados internacionales son superiores a las leyes nacionales.

50 Para la cuestión concerniente a la posibilidad de interpretar la CN a los efectos de que organismos o tribunales internacionales, a cuya jurisdicción esté sometida la República Argentina, verifiquen su adecuación a tratados internacionales (concretamente, de derechos humanos), remitimos al tratamiento del tema *control de convencionalidad*. Se apunta ello a efectos metodológicos, sin perjuicio de participar de la tesis según la cual, en caso de conflicto entre la CN y un tratado internacional de derechos humanos, prevalece el esfuerzo interpretativo para conciliar los textos.

CAPÍTULO IV

Supremacía y control constitucional

MARCELA SILVIA RAMA¹

4.1. Introducción

Desde el advenimiento del estado constitucional, ha surgido una rama específica del Derecho que se denomina “Derecho Constitucional” y se ha elaborado una teoría acerca de algunos institutos que veremos en este capítulo, aunque hay otros que han sido analizados en el capítulo anterior.

El objetivo de su diseño y las formas de implementación de estos institutos ha sido dotar de la mayor estabilidad posible el acuerdo básico de convivencia que un pueblo expresa en su Constitución, de forma tal que no pueda ser modificable por quienes ejercen transitoriamente el poder político. Pero, además, por la permanente necesidad de someter ese ejercicio a reglas racionales y razonables en pos de la libertad e igualdad² de las personas.

Por tal motivo, analizamos dos de ellos en este capítulo: la *supremacía constitucional* y el *control de constitucionalidad*.

Sin embargo, el constitucionalismo actual se enfrenta a nuevos desafíos, entre los cuales mencionamos el proceso de internacionalización de los derechos humanos y la integración regional –con su producto: el derecho comunitario o regional– que han venido a afectar estos institutos.

1 Abogada (UBA). Profesora regular adjunta de la asignatura “Instituciones de Derecho Público”, Facultad de Ciencias Económicas (UBA). Secretaría Defensoría General Departamental Lomas de Zamora, Ministerio Público, Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

2 La igualdad concebida como igualdad real de trato y de oportunidades de cada persona humana, que es el concepto de igualdad actual –art. 75, inciso 23, CN–, y no el que expresa la mera igualdad formal del art. 16, CN, originada en la concepción liberal individualista. La evolución histórica del concepto se analizó en el capítulo I de este libro.

Previo a analizar la supremacía y el control, veremos el régimen que rige en nuestro país para que un tratado internacional adquiera y pierda vigencia, puesto que aparece como un contenido de necesario abordaje para comprender lo siguiente.

4.2. Régimen de los tratados internacionales

4.2.1. Introducción

En el mundo moderno, las comunidades se organizan políticamente en estados. El conjunto de ellos conforma la denominada comunidad internacional.

Esta se halla compuesta por los diversos estados independientes o soberanos que existen en el mundo. Son estos sus sujetos primarios. En la actualidad, también son considerados sujetos de la comunidad aquellas organizaciones internacionales que los propios estados han creado, como, por ejemplo, la ONU, la OEA, la UE, el Mercosur, entre muchas otras.

Las relaciones entre los diversos sujetos de la comunidad internacional se rigen por un conjunto de prácticas reiteradas y aceptadas universalmente que configuran el denominado Derecho de Gentes³ y, fundamentalmente, por instrumentos escritos celebrados por las autoridades de los estados y de las organizaciones internacionales, denominados “tratados internacionales” (en adelante TI). Todo ello integra una rama o especialidad del Derecho Público denominada Derecho Internacional Público.

A través de este cuerpo normativo –Derecho de Gentes y TI–, se intenta crear una suerte de estado de derecho en las relaciones internacionales.

Los TI pueden recibir diferentes denominaciones. Declaración, pacto, tratado y convención son las más frecuentes. Pueden referirse y reglamentar los más diversos temas: delimitar fronteras, establecer mecanismos de explotación conjunta y protección de ciertos recursos naturales, regímenes de cooperación internacional, promover inversiones, etc.

Según las partes que intervienen, los TI pueden ser bilaterales –entre dos estados– o multilaterales –entre varios estados y organizaciones internacionales–.

Respecto del procedimiento que cada estado internamente debe seguir para adoptar como obligatorio un TI, debe decirse que ello se encuentra establecido por su propio derecho interno –normalmente por su constitución–.

4.2.2. Relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno

¿Puede un estado, en ejercicio de su poder soberano, celebrar tratados a nivel internacional y luego no cumplirlos basándose en que su orden jurídico interno no lo autoriza?

Trataremos de simplificar su explicación, a los fines didácticos y en base al objetivo de este capítulo:

³ Receptado por el art. 118, CN.

- a) Si la respuesta fuera afirmativa, significaría que el Derecho Internacional y el Derecho Interno de un estado son dos compartimentos estancos. En general, dicha postura se denomina *dualismo*.
- b) Si la respuesta fuera negativa, significaría que el Derecho Internacional y el Derecho Interno de un estado forman parte de un todo y, por ende, se complementan. En general, dicha postura se denomina *monismo*. En este último caso, en cada estado soberano deben implementarse mecanismos para asegurar tal complementación, los cuales varían en cada estado. Nuestro país, en la actualidad, adopta la postura monista⁴.

4.2.3. Tratados especiales

4.2.3.1. Tratados internacionales sobre derechos humanos

Estos tratados normalmente son multilaterales y promovidos por organizaciones internacionales, tales como la ONU o la OEA.

Para caracterizarlos, puntualizaremos:

- a) Tienden a concitar la cooperación internacional con el objeto de preservar la vigencia de ciertos derechos fundamentales considerados imprescindibles e inherentes a la condición humana.
- b) Algunos de estos tratados poseen alcance general, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica– aprobada por la Asamblea General de la OEA en 1969; otros poseen un alcance especial limitado a la protección de ciertos sujetos o de ciertos derechos en particular, por ejemplo, la Convención sobre los derechos del niño (ONU, 1989), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW – ONU, 1979), Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (ONU, 1984).
- c) Estos tratados crean instancias internacionales de protección de dichos derechos a través de la instrumentación de organismos o tribunales internacionales,

4 En 1969 se celebró la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, y ella se encuentra vigente en la República Argentina por ley 19865. El art. 27 dispone que un estado “no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Y el art. 46 añade que “el hecho de que el consentimiento de un estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho estado como vicio de su consentimiento a menos que esa violación sea manifiesta y afecte su derecho interno”.

Nos dice Ekmekdjian: “La tesis monista fue adoptada por la Corte en 1992, en el fallo “Ekmekdjian c/Sofovich” y luego confirmada en fallos posteriores “Fibraca c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande” y “Café la Virginia” [...] Esta tesis fue adoptada expresamente por el texto constitucional luego de la reforma constitucional de 1994” (Ekmekdjian, Miguel A., *Manual de la Constitución argentina*, 4^a ed., Depalma, Buenos Aires, 1999).

por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) crea un sistema de este tipo, otorgando competencias a dos órganos: Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH).

El Consejo de Europa aprobó en 1950 la Convención Europea de Derechos Humanos que instauró el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en África, la Organización para la Unidad Africana sancionó en 1981 la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos que creó en 2004 la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

- d) Estos tratados han mutado el concepto tradicional relativo a que en el ámbito internacional solo actúan los estados. En la esfera internacional son también sujetos las personas que viven en los estados como titulares de los derechos humanos que los tratados internacionales les acuerdan y, por ello, tienen *legitimación* –pueden reclamar por sí mismos– ante organismos internacionales. Esta legitimación no es amplia ya que no existen organismos o tribunales únicos en el mundo, pero en ciertos supuestos y bajo ciertas condiciones existe esa posibilidad.
- e) Por último, destacamos que el desarrollo de este tipo de tratados ha hecho surgir una nueva disciplina jurídica internacional que se denomina *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*⁵.

4.2.3.2. Tratados internacionales de integración

Estos tratados se corresponden con el fenómeno actual de integración regional de los estados. Como hemos visto, una de las tendencias actuales del constitucionalismo consiste en los procesos de integración regional o supranacional. Se trata de procesos a través de los cuales distintos estados de una zona o región del mundo se integran política, económica y jurídicamente a través de un conjunto de tratados internacionales que suelen denominarse “tratados internacionales de integración”.

Estos, como así también las normas creadas por los órganos comunitarios, configuran el denominado “Derecho Comunitario”. Para caracterizarlos, puntualizaremos:

- a) Tienden a facilitar la integración recíproca entre distintos estados de una misma región.
- b) A tal fin, suelen establecer organismos supraestatales compuestos por representantes de los diversos estados que se integran.
- c) A tales organismos se les transfieren atribuciones propias de la soberanía de cada estado, por ejemplo, ciertas funciones legislativas, ejecutivas, administrativas, judiciales.
- d) Para possibilitar este proceso, en su derecho interno, los estados integrantes reconocen superior jerarquía a los tratados de integración que a las normas de derecho nacional o interno.

⁵ Algunas cuestiones de esta nueva disciplina se desarrollan en el último capítulo de este manual.

4.2.3.3. Aspectos comunes

En el capítulo I se han consignado como notas típicas del constitucionalismo actual la transformación o dilución del concepto clásico de soberanía de los estados.

“Es evidente, si se realiza un balance de las conexiones entre el derecho constitucional y el internacional, que el último tiende, por diversos caminos, a perfilarse como el prevaleciente y limitativo del poder constituyente interno [...] Principios internacionalistas cada vez más fuertes (*bona fide, pacta sunt servanda, consuetudo sunt servanda*)⁶ y, sobre todo, la conciencia de la insuficiencia del estado para cumplir con sus fines y la primacía del bien común internacional sobre el nacional (con la consecuente mutación del concepto de soberanía), van diseñando una nueva estructura de poder, en la cual el constitucionalismo nacional cede posiciones ante el internacional y el supranacional”⁷.

4.2.4. Procedimiento para la vigencia y denuncia de un tratado internacional en nuestro país

4.2.4.1. Procedimiento para todos los tratados internacionales

Este tema consiste en analizar el procedimiento establecido por la CN para que un tratado internacional adquiera vigencia en nuestro país, y a cargo de quiénes están cada una de las etapas que deben darse.

4.2.4.1.1. Vigencia

- Primera etapa: la *negociación y firma* de un tratado es atribución del Poder Ejecutivo Nacional (PEN), vale decir que se encuentra a cargo de el/la presidente de la República por ser jefe/a de estado y de gobierno. Por ello, jurídicamente, ningún otro órgano de gobierno puede imponerle tal decisión.

Al ser jefe/a de estado posee la representación jurídica de este ante la comunidad internacional y por ser jefe/a de gobierno puede decidir cuáles, cuándo, dónde, cómo o con qué estados u organismos firmarlos.

Esta atribución surge del art. 99: “El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: inciso 1. Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno [...] inciso 11. Concluye y firma tratados, concordatos⁸ y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras...”.

6 Locuciones latinas que significan “buena fe”, “los pactos deben ser cumplidos”, “la costumbre debe ser cumplida”. Son principios del Derecho de Gentes.

7 Sagüés, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, t. I, 2^a ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 128.

8 Concordatos es la denominación que revisten los tratados internacionales realizados con el Estado Vaticano.

- Segunda etapa: ahora bien, ¿por el solo hecho de que el PEN firme un tratado, este resulta obligatorio en nuestro país?

La respuesta obvia sería que no, ya que en un estado constitucional democrático como es la República Argentina se requiere la intervención, de alguna forma, de los representantes del pueblo ante tal decisión⁹, pese al razonamiento que efectuamos, ello ocurre en el ámbito internacional y también en nuestro país a través de los “acuerdos simplificados”, los cuales la CSJN ha validado en función de las “otras negociaciones” que el art. 99, inciso 11 autoriza al PEN.

Por ello se requiere la *aprobación* del tratado por el Congreso de la Nación. El art. 75 establece: “Corresponde al Congreso: [...] inciso 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede...”

El trámite legislativo que se sigue es el de sanción de leyes; es tratado por ambas cámaras del Congreso y puede aprobarse o no. Si resulta aprobado, el Congreso de la Nación sanciona una ley que así lo establece.

Esta etapa es muy importante para controlar la adecuación o compatibilidad del tratado internacional a nuestro derecho interno, sobre todo por el hecho de que, una vez concluido todo el trámite para la vigencia del tratado, tendrá mayor jerarquía que las leyes en nuestro derecho interno, como veremos.

- Tercera etapa: ¿la aprobación del tratado por parte del Congreso Nacional le otorga vigencia? La respuesta es no. Falta esta tercera etapa que vuelve a estar a cargo del PEN, ya que se requiere la *ratificación* del tratado ante el o los demás estados con los cuales se celebró y consiste en informar a ellos que la República Argentina ratifica o asegura ser parte del tratado. Se sustenta en el art. 99, inciso 1, ya que ejerce la jefatura de estado.

La ratificación no es un trámite administrativo y el ejecutivo no se encuentra obligado a ratificar el tratado. Así lo ha resuelto la CSJN¹⁰.

De manera que el tratado será obligatorio o tendrá vigencia en la República Argentina recién cuando el PEN lo ratifique. Una vez ratificado es obligatorio internacional e internamente, no es necesario otro acto posterior –como sí requieren los sistemas dualistas–.

9 Existe una práctica internacional de concluir acuerdos o tratados internacionales sin intervención de los órganos legislativos, que también sigue la República Argentina. La doctrina los denomina acuerdos simplificados o acuerdos no sometidos a aprobación. La doctrina anglosajona los denomina “acuerdos ejecutivos” por cuanto se celebran entre los poderes ejecutivos de cada estado, y no solo entre jefes de estado, sino también entre cancillerías. Para algunos autores constituyen una situación patológica en el manejo de las relaciones exteriores. Vanossi, Jorge Reinaldo A. y Dalla Vía, Alberto R., *La reforma de la constitución y los tratados internacionales*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2000, pág. 311.

10 CSJN, “Frites, Eulogio y Alemán, América Angélica c/Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/recurso de hecho”, 4/12/1995.

4.2.4.1.2. Denuncia

Un tratado internacional que adquiere vigencia en nuestro país la mantiene hasta tanto el Estado Nacional decida **denunciarlo** en sede internacional.

La denuncia implica el apartamiento o la renuncia a seguir cumpliendo con dicho tratado.

En cuanto a cómo debe efectuarse dicha denuncia, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- La atribución de denunciarlo en sede internacional pertenece al presidente/a de la Nación –art. 99, inciso 1– por la jefatura ya expuesta.
- Sin embargo, solo puede hacerlo si cuenta con la autorización del Congreso de la Nación, el cual, previamente, mediante la sanción de una ley, lo autoriza, en tanto el art. 75, inciso 22 establece que este órgano tiene la facultad de desear tratados concluidos¹¹.

4.2.4.2. Casos especiales

4.2.4.2.1. Tratados sobre derechos humanos de jerarquía constitucional

En el mundo se han celebrado numerosos tratados sobre protección de derechos humanos, a los cuales ya nos hemos referido. La República Argentina forma parte de varios de esos tratados, celebrados a instancias de la ONU y la OEA.

Para que nuestro país incorpore un nuevo tratado sobre derechos humanos no hace falta ningún trámite especial ni diferente al analizado en el subtítulo anterior.

Sin embargo, existen ciertos tratados sobre derechos humanos que en la República Argentina tienen un estatus diferente desde la reforma constitucional de 1994.

En efecto, el constituyente decidió que algunos de ellos posean jerarquía constitucional, vale decir, integren junto con la CN un cuerpo normativo que se ha denominado “bloque de la constitucionalidad federal”¹² o “bloque de constitucionalidad federal”.

La enunciación de los mismos surge del texto expreso del art. 75, inciso 22, pero no es una enunciación completa o cerrada, puesto que también ha previsto el constituyente que ese bloque se amplíe o se reduzca, ya sea porque a nuevos tratados sobre derechos humanos se les otorgue dicha jerarquía –luego de ser firmados, aprobados y ratificados– por ley del Congreso de la Nación, o bien porque se los denuncie.

La elevación a jerarquía constitucional de nuevos tratados sobre derechos humanos –vale decir, otros distintos de los que ya la tienen por disposición del constituyente– o la denuncia de cualquiera de ellos –de los que integran ese bloque por disposición del consti-

11 Señalamos aquí también que existen convenios o acuerdos simplificados a nivel internacional que se aprueban y se rechazan sin intervención de los cuerpos legislativos y que se rigen por las propias pautas del convenio internacional. Se remite a la crítica de la nota 9.

12 Esta es la denominación que ha venido utilizando la CSJN desde el año 2000 en diferentes casos “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus, 3/5/2005; “Llerena, Horacio Luis s/abuso de armas y lesiones”, 17/5/2005; “Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos A. s/homicidio calificado por el vínculo y alevosía”, 8/8/2006.

tuyente o por decisión posterior del legislador– es lo que difiere con respecto al proceso que analizamos en el subtítulo anterior.

En efecto, para otorgar jerarquía constitucional a un tratado sobre derechos humanos vigente en nuestro país, es necesario que el Congreso de la Nación vote tal elevación con una mayoría calificada de 2/3 del total de los miembros de cada cámara.

Para denunciar un tratado sobre derechos humanos que tiene esa jerarquía, vale decir que integra ese bloque, el Congreso de la Nación debe votar con una mayoría calificada de 2/3 del total de los miembros de cada cámara.

La mayoría calificada exigida es la misma que la Constitución exige al Congreso de la Nación para declarar la necesidad de reforma constitucional –art. 30– y es la más alta que prevé nuestra Constitución.

El art. 75 establece: “Corresponde al Congreso [...] Inciso. 22. 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 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 Crueles, 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.

Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos tercera partes de la totalidad de los miembros de cada cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos tercera partes de la totalidad de los miembros de cada cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

4.2.4.2.2. Tratados de integración

Si el tratado fuera de integración y delegara competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, se requiere un procedimiento un tanto más complejo, sobre todo si se celebra con países que no pertenecen a Latinoamérica.

El art. 75 establece: “Corresponde al Congreso [...] Inciso 24. 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.

La aprobación de estos tratados con estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara.

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 solo 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.

La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad da los miembros de cada cámara”.

El procedimiento requiere una mayoría especial para su aprobación y denuncia –mayoría absoluta del total– y además requiere una declaración previa para celebrarlos con estados que no pertenezcan a Latinoamérica.

4.3. Supremacía constitucional

4.3.1. Concepto

El concepto de supremacía que vamos a brindar se vincula con el de suprallegalidad, aunque, en rigor, son términos que apuntan al análisis de cuestiones diferentes.

Tanto el concepto de supremacía como el de suprallegalidad descansan en la idea de que el orden jurídico interno de un estado está encabezado o dirigido por un instrumento: la Constitución y que ella es el fundamento de validez formal y material del resto del ordenamiento jurídico, es decir, la Constitución es como una *síper ley*, que exige que todas las demás se ajusten a ella.

Todas las demás normas son, entonces, infraconstitucionales. Sin embargo, no todas tienen la misma jerarquía, no todas valen lo mismo.

Entonces, ¿cómo sabemos cuál es esa jerarquía? Son las mismas constituciones las que establecen cuál es la jerarquía que tiene el resto de las normas.

El fundamento de que algunas normas tengan mayor jerarquía que otras se sustenta en varios aspectos: la mayor importancia de los derechos que regulan, por ejemplo, el derecho a transitar libremente –o libertad ambulatoria– es ubicado en la máxima jerarquía en la Constitución, en cambio la velocidad máxima para circular libremente con un vehículo por las calles, avenidas y autopistas está regulada en una ley, de manera que pueda ser más fácilmente reformada de acuerdo a las necesidades concretas de los tiempos. Los aspectos fundamentales de organización e integración de los poderes públicos están fijados en la Constitución. En cambio, aspectos secundarios reposan en las leyes, por ejemplo, el sistema electoral para elegir presidente y vicepresidente de la Nación, senadores nacionales, diputados nacionales está previsto en la Constitución. Sin embargo, si el sufragio se emite con boletas de papel o se recurre al sistema de boleta única electrónica se establece en la ley que regula el sistema electoral.

En términos generales, la importancia, trascendencia, generalidad y necesidad de mantener preservados derechos, garantías y organización básica del ejercicio del poder político son los aspectos que determinan la jerarquía, de manera que cuanta más jerarquía ostente, más difícil sea su modificación.

El art. 31 de la CN establece desde su versión original: “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...”.

A su vez, de los arts. 27 y 28 podemos deducir claramente que los tratados deben estar en conformidad con la Constitución (art. 27) y que las leyes no pueden alterar los principios, garantías y derechos reconocidos en la Constitución (art. 28).

Sin embargo, durante más de un siglo no existía certeza acerca de cuál era el orden entre los tratados y las leyes. Dicha cuestión quedó definitivamente resuelta a partir de la reforma constitucional de 1994, ya que el art. 75, inciso 22, primer párrafo establece claramente que “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes...”.

Hasta ahora tenemos en claro que está en primer lugar la Constitución, luego los tratados internacionales y luego las leyes del Congreso de la Nación.

Sin embargo, este esquema ha sufrido transformaciones profundas, ya que ahora tenemos no solo la Constitución, sino además algunos tratados internacionales sobre derechos humanos, con igual jerarquía que ella, en la cúspide de nuestro ordenamiento, porque la misma Constitución lo dispone en el art. 75, inciso 22.

De manera que nuestra cúspide es un bloque normativo que se denomina “bloque de la constitucionalidad federal” o “bloque de constitucionalidad federal”¹³. Como sostuvo Bidart Campos, “dentro de ese bloque no hay planos superiores o inferiores; o sea, forman una cabecera en la que todas sus normas se encuentran en idéntico nivel entre sí”¹⁴.

Por tal razón, ya no hablamos de la “estructura piramidal” de nuestro ordenamiento jurídico, en razón de que no resulta fácil imaginar una pirámide que en su cúspide tenga un bloque conformado por tantos documentos internacionales¹⁵.

13 Enseña Sagüés que esta expresión tiene también varios significados en el derecho comparado. Así, por ejemplo en España refiere a un paquete de normas de la constitución y otras sin esa supremacía que tratan un punto determinado; en Francia, el *bloc de constitutionnalité* se integra con el texto constitucional, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la constitución de 1789, el preámbulo de la constitución de 1946 y los principios fundamentales de las leyes de la República; en Italia, la expresión “bloque de constitucionalidad” involucra la constitución y ciertas normas interpuestas entre ella y las leyes ordinarias, como las reglas que establece la Unión Europea. Ver Sagüés Néstor P., *Teoría de la Constitución*, primera reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2004, pág. 233.

14 Bidart Campos, German J. *Manual de la Constitución reformada*, t. 1, Ediar, pág. 344.

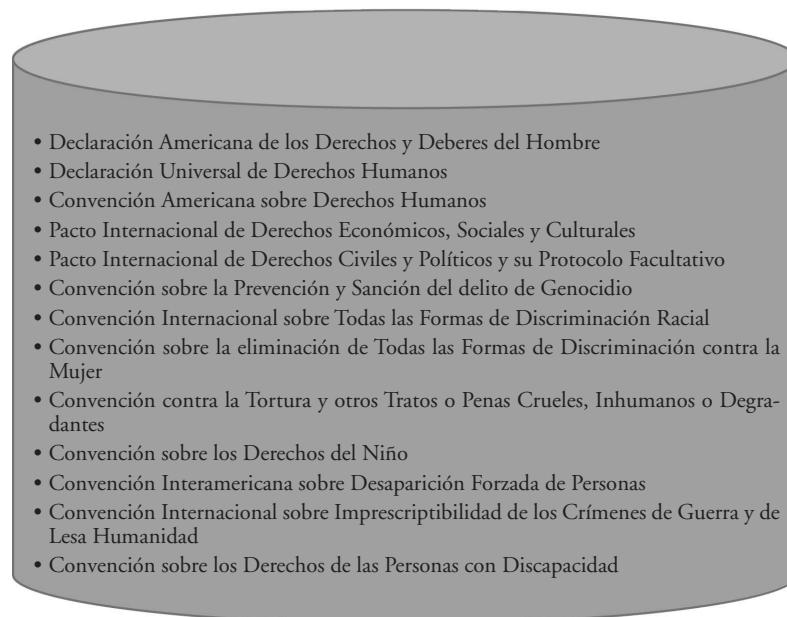
15 Existen muchas otras razones doctrinarias para no utilizar el concepto de pirámide jurídica de raíz kelseniana, en especial la menor rigidez en la circulación de las normas jurídicas, las nuevas instancias internacionales de creación de normas jurídicas obligatorias y con jerarquía constitucional dentro de los estados, la posibilidad de que sea obligatorio respetar ciertos tratados que padecan alguna inconstitucionalidad. Sobre circulación normativa ver Ost, François “Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de jueces”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 14, Doxa, 1993. Sobre el contenido del bloque de constitucionalidad ver Albanese, “El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana”, *Jurisprudencia argentina*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013-III, págs. 29 y ss.

Entonces, ahora, tenemos en primer lugar el bloque de constitucionalidad federal, luego en un plano inferior los demás tratados internacionales –entre los cuales quedan incluidos los tratados de integración– y luego las leyes del Congreso Nacional.

En los estados federales como Argentina, el tema se complejiza aún más, ya que si bien el art. 31 antes transcripto obliga a las provincias a respetar la CN, principio reiterado por los arts. 5 y 123, CN, no toda norma nacional tiene prioridad sobre la provincial.

“...no toda norma nacional tiene prioridad sobre una provincial, sino solo aquella ley (o decreto, resolución, ordenanza, etc.) dictada en consecuencia con la Constitución, es decir, dentro de los poderes conferidos por ella al estado federal, expresa o implícitamente (‘Soc. Com. e Ind. Giménez Vargas Hnos.’, *Fallos*: 239:343)...”¹⁶.

4.3.2. Representación gráfica de la jerarquía normativa



Como puede observarse, los tres últimos tratados internacionales no surgen del texto del art. 75, inciso 22, CN. Ello es así porque se les otorgó jerarquía constitucional con posterioridad por el mecanismo previsto en el tercer párrafo del inciso.

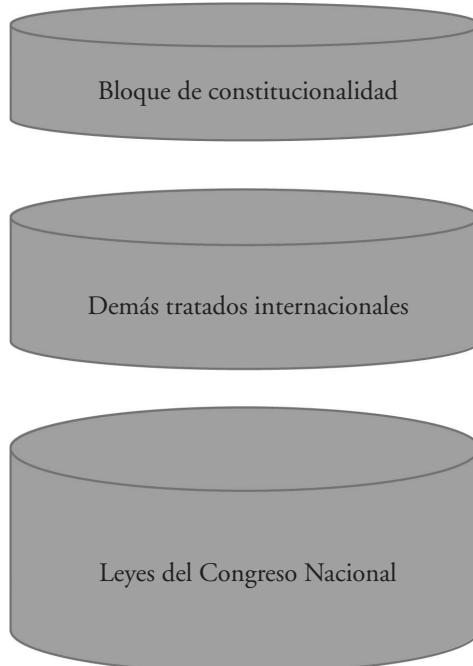
Ellos son:

1. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (OEA), aprobada a través de la ley 24556 y con jerarquía constitucional desde 1997, según la ley 24820.

16 Sagüés, *ob. cit.*, *Elementos...*, t. I, pág. 227.

2. La Convención Internacional sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad (ONU, 1968), aprobada a través de la ley 24584 y con jerarquía constitucional desde 2003, según la ley 25778.
3. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, desde 2006), aprobada a través de la ley 26378 y con jerarquía constitucional desde 2014, según la ley 27044.

Siguiendo con la estructura de bloques o planos, el orden jurídico supremo a que alude el art. 31, CN, y que también las provincias deben respetar¹⁷ puede verse del siguiente modo.



Una ley del Congreso Nacional no puede violar o contradecir lo establecido por la CN, ni ningún tratado que integre el bloque federal de constitucionalidad, ni tampoco ningún tratado simple, ya que, si bien no viola directamente la Constitución, está violando la jerarquía impuesta por ella –por lo cual, también está violando la Constitución indirectamente–.

Los decretos reglamentarios de las leyes que emite el PEN no pueden violar o contradecir lo establecido por una ley del Congreso Nacional porque se encuentran debajo de las leyes en la estructura jerárquica, ni tampoco contradecir normas que surjan de tratados internacionales, ni el bloque federal de constitucionalidad.

¹⁷ Con la salvedad hecha anteriormente sobre las leyes nacionales que no invaden las competencias no delegadas por las provincias a la Nación como, por ejemplo, si una ley del Congreso Nacional pretendiera regular el sistema electoral que una provincia debe aplicar para elegir sus autoridades provinciales.

Cuando ello ocurre, la norma que viola esa jerarquía posee un vicio o defecto que llamamos *inconstitucionalidad* y por tal razón puede ser privada de validez. El mecanismo para lograrlo se analiza a continuación.

4.4. Control de constitucionalidad

4.4.1. Concepto

Significa evitar que las normas y actos administrativos inconstitucionales produzcan efectos jurídicos. Vale decir, hacer cumplir en la práctica el principio de supralegalidad o supremacía constitucional. Ello se logra mediante una decisión denominada declaración de inconstitucionalidad.

4.4.2. Sistemas de control en el derecho comparado

En el derecho comparado, se han desarrollado distintos sistemas de control. Simplificaremos los tipos existentes en dos categorías¹⁸.

4.4.2.1. Sistema de control judicial difuso

En el sistema de control judicial difuso, el *órgano* que ejerce el control es cualquier órgano que cumpla funciones jurisdiccionales.

El *procedimiento* es generalmente indirecto o incidental. Ello implica que debe existir un juicio iniciado por otro motivo y en el cual, para resolver el caso, el juez debe aplicar normas jurídicas, alguna de las cuales es considerada inconstitucional.

Lo importante es comprender que el juicio persigue otro objetivo, cualquiera sea: una indemnización por despido –juicio laboral–; una quiebra –juicio comercial–; un juicio por daños y perjuicios –juicio civil patrimonial–; un juicio de liquidación de bienes de comunidad ganancial –juicio civil de familia–; para esclarecer un homicidio –juicio penal–.

El juez, al emitir sentencia, debe valorar si aplica o no una norma jurídica que puede considerarse inconstitucional, vale decir, si declara su inconstitucionalidad y la aplica a ese caso o no.

18 Existen varias formas de realizar el control de constitucionalidad. Las simplificamos en dos grandes grupos, pero existen sistemas mixtos como en Perú y Colombia, ya que tanto un tribunal constitucional como los jueces ordinarios invisten competencia, cada cual mediante diversas vías procesales. Bidart Campos, *ob. cit.*, t. I, pág. 356.

“Sistemas mixtos. Bueno es alertar que a menudo los sistemas estadounidense (control constitucional judicial, realizado por la justicia común) y austriaco (control jurisdiccional por una magistratura especializada en lo constitucional) tienden a entrelazarse, generando sistemas complejos o mixtos”. Ver Sagüés, Néstor P., *Teoría de la Constitución*, primera reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2004, pág. 451.

Los *efectos* de esa declaración son, por lo general, en estos sistemas, limitados o no derogatorios de la norma. Ello quiere decir que si el juez declara la inconstitucionalidad de la norma, no la aplica al caso concreto, pero esa declaración no deroga la norma. Por ello, a estos efectos se los denomina también *inter partes*, ya que la norma deja de tener efectos –o ser válida– para las partes de ese juicio, mientras sigue vigente y válida para todas las demás personas.

Los jueces juzgan, no legislan, y por ello no pueden derogar las normas jurídicas. Esta función queda reservada a los órganos que ejercen la función de legislar.

En estos sistemas, el control es siempre posterior a la sanción de la norma cuestionada.

4.4.2.2. Sistemas de control concentrado

En cambio, en los sistemas de control concentrado, como su nombre lo indica, hay un *órgano* especializado, único, al cual se adjudica esa función. Por lo general, es un órgano jurisdiccional, vale decir, integrado por jueces especializados, el cual puede formar parte del Poder Judicial de ese estado, como es el caso de Uruguay y España, o puede ser un órgano extrapoder, como es el caso de Italia¹⁹.

En estos sistemas, el procedimiento puede ser directo, vale decir, la pretensión es para atacar la presunta inconstitucionalidad, no hay otra causa para promover la acción, o bien puede ser indirecto o incidental. En este último caso, como el juez que está llevando adelante el juicio –civil, penal, de familia, comercial o contencioso administrativo, etc.– no tiene la facultad de declarar la inconstitucionalidad de la norma jurídica, debe remitir el juicio al órgano especializado para que se expida y luego vuelve a su despacho para que resuelva o dicte sentencia.

A su vez, los efectos pueden ser limitados o no derogatorios o *inter partes*, pero también pueden ser amplios, *erga omnes* o derogatorios. Esto significa que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad pueden extenderse y alcanzar casos o situaciones que van más allá de las partes intervenientes en el juicio.

En estos sistemas, el control puede ser también previo o preventivo (antes de la entrada en vigencia de la norma) y generalmente el efecto es derogatorio de la norma, si se declara su inconstitucionalidad.

4.4.3. Sistemas de control argentino (a nivel federal)

4.4.3.1. Caracterización del sistema

En nuestra Constitución, no existe ninguna norma que establezca cómo se realiza, de manera que hemos receptado un sistema de creación jurisprudencial²⁰ que posee las siguientes características:

19 Bidart Campos, *ob. cit.*, pág. 356.

20 A partir del caso “Sojo” de 1887, la CSJN recepta el sistema norteamericano creado a partir del famoso fallo “Marbury vs. Madison” de 1803, conforme el cual es a los jueces a quienes compete pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas, y no a otro órgano o poder.

- 1) En cuanto al *órgano* que lo ejerce, es un sistema de control judicial difuso. Ello significa que el control –y la declaración de inconstitucionalidad– puede ser efectuado por cualquier órgano judicial –de cualquier instancia, materia, perteneciente al Poder Judicial de la Nación o al Poder Judicial de una provincia o de la Ciudad de Buenos Aires–.
- 2) El *procedimiento* es indirecto, incidental, en principio, y salvo pocas excepciones (amparo, acciones declarativas de certeza), vale decir que el control se realiza en un caso o causa judicial iniciada con otro objetivo –penal, civil, comercial, laboral, etc.–.
- 3) El *objeto del control*. La declaración de inconstitucionalidad puede efectuarse sobre un acto administrativo o sobre cualquier norma jurídica de derecho federal o local –siempre y cuando esta resulte aplicable al caso–. Incluso el control y la declaración de inconstitucionalidad pueden recaer sobre una norma de la propia CN, si dicha norma hubiera sido incluida en ella, violando el procedimiento previsto en su art. 30 o alguna cláusula o norma pétrea.
- 4) Los *efectos de la declaración* son limitados o no derogatorios, en principio y salvo algunas excepciones –amparo colectivo o reclamos en protección de derechos de incidencia colectiva²¹. Por lo tanto, pese a tal declaración de inconstitucionalidad, la norma sigue vigente, aunque no se aplica en el caso concreto.

El riesgo que entraña el sistema de control judicial difuso es la posibilidad de que existan sentencias contradictorias sobre la misma cuestión²². Vale decir, un juez declara la inconstitucionalidad, y sobre el mismo tema otro juez en otro lugar del país la rechaza.

El remedio que prevé nuestra regulación se denomina *recurso extraordinario federal*. A través de él, en cada juicio la parte perjudicada por la sentencia del juez puede interponer un recurso –vale decir, requerir que la sentencia sea revisada por un órgano judicial de una instancia superior– haciendo reserva de mantener en todas las instancias su planteo de inconstitucionalidad a través de este recurso extraordinario.

De manera que si la instancia superior –por ejemplo, una Cámara de Apelaciones– confirma el fallo de primera instancia, se puede recurrir al Tribunal Superior si, por ejemplo, estamos litigando ante tribunales de una provincia. Si el Tribunal Superior confirma el fallo de segunda instancia, se puede acceder a la CSJN a través de este recurso extraordinario federal previsto por nuestro ordenamiento en una ley muy antigua, la ley 48²³.

21 Ver art. 43, CN. Los derechos de incidencia colectiva han sido reconocidos en el art. 14 de la ley 26994, Código Civil y Comercial de la Nación. Por ejemplo, la ley 25675 de 2002 de política ambiental nacional establece que la sentencia que admite la pretensión tenga efectos *erga omnes*. A su vez, a través del caso “Halabi” de 2009, la CSJN admitió el dictado de sentencias con efectos expansivos.

22 Por ejemplo, los miles de ampares iniciados por ahorristas a causa de las medidas de restricción a la disponibilidad de depósitos –corralito financiero– dispuestas en la República Argentina a partir de diciembre de 2001.

23 “El perfil del instituto se desarrolla básicamente a partir de la noción de cuestión federal [...] noción esta que ha sido definida por la misma CSJ como ‘aquella que se presenta cuando se hace preciso asegurar la supremacía del ordenamiento jurídico federal en general y de la Constitución Nacional en particular’...”. Carnota, Walter F., *Instituciones de Derecho Público*, LL, Buenos Aires, 2005, pág. 103.

Como se advierte, el mecanismo establecido en nuestro ordenamiento para mantener incólume la supremacía constitucional es muy costoso, tanto en tiempo como en dinero, y más aún por el hecho de que, una vez que el caso llega a la CSJN, la sentencia de la Corte tiene efectos limitados o *inter partes*, vale decir, alcanza solo a las partes de ese juicio.

Sin embargo, opera un efecto nivelador, ya que con el nuevo fallo de nuestro máximo tribunal, el resto de los jueces que llevan adelante una causa sobre el mismo tema pueden dictar sentencia en consonancia con la Corte y dejar a salvo que su opinión es contraria.

4.4.3.2. Requisitos para que pueda efectuarse el control de constitucionalidad

Según la jurisprudencia de la CSJN, los requisitos son:

- a) Existencia de una causa judicial. El control no puede hacerse en abstracto sino en concreto, en un juicio²⁴.
- b) Que exista petición de parte e interés legítimo en la declaración de inconstitucionalidad. Vale decir que lo peticione el afectado directo por una norma jurídica o acto administrativo presuntamente inconstitucional y que la norma o acto lesione de manera actual o inminente un derecho o una garantía del peticionante.

Sin embargo, este requisito tiene excepciones, puesto que, cuando la inconstitucionalidad es evidente o manifiesta, los jueces no pueden sustraerse a la obligación de declararla, es decir, *deben declararla* aunque las partes no lo requieran porque justamente tienen la obligación de velar por la supremacía constitucional²⁵.

- c) Que no se trate de una cuestión política no justiciable: son decisiones que, según la jurisprudencia de la CSJN, resultan potestades exclusivas y discrecionales del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo o de ambos, por lo que el Poder Judicial no puede expedirse sobre ellas en sus sentencias.

Esta elaboración jurisprudencial ha sido receptada de una doctrina elaborada, a su vez, por la jurisprudencia de los EE.UU. denominada “gobierno de los jueces”. Considera que estos, en un sistema de control de constitucionalidad judicial difuso, poseen un verdadero “poder de veto” sobre las decisiones adoptadas por los otros órganos del estado que se traduce en la atribución de declarar la inconstitucionalidad de toda norma o acto de gobierno por considerarlos violatorios del principio de supremacía de la Constitución.

En consecuencia, es necesario reservar un mínimo ámbito de discrecionalidad para esos otros órganos de gobierno, a fin de evitar que, en última instancia, las decisiones políticas fundamentales y la conducción del estado quede en manos de los jueces –lo cual desvirtuaría su verdadera función– y, por otra parte, debemos señalar que esos *otros* órganos son revalidados en sus cargos por el sufragio popular periódicamente, no así los jueces, para preservar su imparcialidad e independencia.

24 Arts. 116, CN, y 2, ley 27.

25 Este criterio, anticipado en el caso “Mill de Pereyra” de 2001, fue aceptado y reiterado por la CSJN a partir del caso “Banco Comercial de Finanzas” de 2004.

Ahora bien, respecto de la existencia de cuestiones políticas no justiciables –o no judiciables–, deben hacerse una serie de aclaraciones:

- a) Su reconocimiento implica de por sí que ciertos actos o decisiones de los Poderes Legislativo y Ejecutivo no pueden ser juzgados. En consecuencia, sobre ellos no se ejerce el control de constitucionalidad, por lo cual dichas cuestiones deben interpretarse con un criterio restrictivo y de excepción.
- b) La existencia de cuestiones políticas no justiciables es una creación jurisprudencial de la CSJN. Por lo tanto, es este mismo tribunal el que ha determinado, a través de diversos fallos, cuáles son esas cuestiones.

En tal sentido, podrían mencionarse a título ejemplificativo: la declaración de la intervención federal a una provincia o a la Ciudad de Buenos Aires; la declaración del estado de sitio; la concesión de un indulto por parte del presidente de la Nación; la designación de un ministro del Poder Ejecutivo; la decisión adoptada por ambas cámaras del Congreso consistente en la aplicación de una sanción a alguno de sus miembros o durante el juicio político –siempre que se hayan respetado las garantías del debido proceso–; la oportunidad y conveniencia de la creación de un tributo, como así también la determinación de su *quantum* –excepto que resulte confiscatorio–, entre otras.

- c) Cuando el procedimiento para adoptar una decisión, que es considerada cuestión política no justiciable, se encuentra constitucionalmente reglamentado, puede juzgarse su cumplimiento o incumplimiento; limitándose el carácter de no justiciable a la oportunidad, mérito y conveniencia de la misma.

Así, por ejemplo, de acuerdo con los arts. 75, inciso 29, y 99, inciso 16, la declaración del estado de sitio configura una atribución del Congreso de la Nación cuando se encuentra durante el período de sesiones. Por lo tanto, si dicha declaración, en tales circunstancias, fuera efectuada por el Poder Ejecutivo, podría ser juzgada y declarada inconstitucional por vicio de procedimiento. Lo que no podría juzgarse sería si la situación justifica o no la declaración del estado de sitio.

4.4.3.3. Aclaración final

Resulta necesario efectuar una última aclaración relacionada con el control de constitucionalidad y el bloque federal de constitucionalidad.

El control de constitucionalidad en nuestro país comprende toda norma o acto que contrarie directa o indirectamente el bloque federal de constitucionalidad y no solo la Constitución.

Por tal razón, hablar de control de convencionalidad en Argentina no es totalmente apropiado²⁶, ya que los jueces no realizan por un lado control de convencionalidad y por

26 La Corte IDH exige el control de convencionalidad, pero ello es porque muchos estados que se encuentran sometidos a sus decisiones tienen sistemas de control concentrado o mixto y sus jueces se limitan a aplicar las leyes, no ejercen el control de constitucionalidad, como sí ocurre en Argentina o México, que siguen el sistema estadounidense de control difuso.

otro de constitucionalidad. La CN y los tratados de jerarquía constitucional conforman un bloque de documentos que se complementan y, en caso de colisiones, habrá de estarse a los criterios de interpretación que se utilicen para conciliarlos.

Tal bloque, ya hemos explicado, se encuentra integrado por tratados internacionales sobre derechos humanos. Uno de ellos es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual ha creado una corte para resolver juicios contra estados que incumplan con la protección de los derechos en ella reconocidos.

La República Argentina se encuentra sometida al control de las sentencias dictadas por la CSJN por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo cual –y solo respecto de los derechos reconocidos en dicha convención– no es nuestro máximo tribunal de justicia y las sentencias dictadas contra el estado argentino por no respetar o reconocer los derechos implican que se incurra en responsabilidad internacional y abonar indemnizaciones a los damnificados, entre otras sanciones,²⁷ aunque en verdad, lo más importante es la afectación a los derechos de las personas, quienes luego del largo camino que implica recurrir al recurso extraordinario federal, deben luego acudir a un tribunal internacional para obtener una sentencia definitiva.

27 Sentencias Corte IDH “Fontevecchia J. y D’Amico H.” 1/9/2012 protección de la libertad de expresión; “Fornerón e hija” del 22/3/2013 protección del derecho a la familia, “Mendoza” 14/5/2013 por prisión y reclusión perpetuas impuestas a menores de 18 años, entre otras. Pueden consultarse en www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia.

CAPÍTULO V

Formas políticas

AGUSTÍN PESCE¹

5.1. Formas de gobierno y de estado

El concepto “forma de gobierno” responde a la pregunta sobre quién debe tomar las decisiones que comprometen toda la sociedad y cómo se organiza ese sistema de toma de decisiones². Hay distintas clasificaciones al respecto, como teorías que intentan definir cuál de ellas es la mejor forma de gobernar.

“Forma de estado”, por su parte, hace referencia a la distribución espacial de las decisiones de un estado. Se toman como modelos de distribución del poder: el estado unitario, que lo concentra en una sola unidad de toma de decisiones, o los estados federales o confederaciones, que distribuyen la toma de decisiones entre distintas unidades.

5.2. Formas de estado

La forma de estado describe el grado de centralización o descentralización de las decisiones políticas en un determinado territorio. Cabe citar como modelos teóricos de forma de estado la *confederación*, el *estado federal* y el *estado unitario*.

1 Abogado. Pontificia Universidad Católica Argentina. Especialista en Derecho Administrativo Económico. Electo director del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Diversas publicaciones y conferencias dictadas. Agradezco a *Florencia Campos*, licenciada en Relaciones Internacionales (UCA), Magister en Ciencia Política por la Universidad Rey Juan Carlos, España y doctoranda en Ciencias Sociales (UBA), su colaboración en la realización del presente capítulo.

2 López, Mario Justo, *Manual de Derecho Político*, 1^a ed., Kapeluz, Buenos Aires, 1984, pág. 337.

La **confederación** es la unión permanente de estados independientes, basada generalmente en pactos de paz interior y defensa exterior³. Dicha unión, nacida de un pacto internacional –en pie de igualdad– no significa una disminución de la soberanía y no alcanza a los ciudadanos, sino solo a los estados miembros, que además conservan el derecho de secesión.

Las principales experiencias históricas de este modo de articulación estatal fueron la Confederación de Estados Unidos, entre 1776 y 1787, la Confederación Suiza, de 1815 a 1848, y la Confederación Germánica, de 1815 a 1866 –la cual continuó sin Austria hasta 1871–. Se discute si la ex Unión Soviética (1922-1991) era una confederación –ya que los miembros tenían algunos derechos soberanos y derecho de secesión–, aunque en la práctica actuara como un estado federal. Hoy también se discute si la Unión Europea es una confederación de estados, dado que sus miembros han cedido competencias en la unión. Sin embargo, esta se define a sí misma como una entidad con personalidad jurídica propia y única, y no como una alianza de estados –como el NAFTA o el Mercosur–. Sus miembros conservan soberanía sobre decisiones de política exterior, defensa, sistema fiscal o la hacienda pública, pero cedieron colectivamente la administración del comercio, la política monetaria y las políticas de competencia comercial.

El **federalismo** es la unión de estados –que pasan a ser autónomos– en un solo estado al que ceden soberanía. Estos se vinculan por medio de una constitución que determina los deberes y derechos de cada una de las partes y la forma de resolver las controversias entre los estados partes y el estado soberano. Además, constituye una nueva persona jurídica diferente de los estados partes. Se distingue de la confederación por la subordinación de los estados partes al estado soberano y la imposibilidad legal de la secesión.

El primer ejemplo histórico de federalismo fue Estados Unidos, que comenzó a organizarse de esta manera en 1787. Ya en el siglo XIX, se sumaron a esta categoría los estados suizo, alemán –desde 1871 hasta 1918– argentino, brasílico, venezolano y mexicano, y en el siglo XX, Alemania, Austria, Yugoslavia, Libia, Jordania, Canadá, Australia, India y Paquistán.

Los **estados unitarios** son los que unifican las decisiones políticas en un solo órgano central. Estos pueden tener autoridades locales para desconcentrar tareas ejecutivas, pero siempre el poder legislativo es único para todo el país. Francia, Bélgica, Suecia, Noruega, España, Portugal así como Chile, Colombia, Cuba, Paraguay, Perú y muchos países de África y Asia son estados centralizados.

También se utiliza en muchos países la denominación “regiones” como una manera de mantener la unidad sin perder la necesaria autonomía local de cada unidad política. Así, por ejemplo, China, que sufrió distintos períodos de división y posterior reunificación territorial, hoy posee cinco regiones autónomas (Zhuang de Guāngxī, Mongolia Interior, Hui de Níngxià, Uigur de Xīnjiāng y Tíbet) y dos regiones administrativas especiales (Hong Kong y Macao), las cuales tienen sus propios regímenes, unidos bajo “una sola China”. También el Reino Unido tiene cuatro regiones con autogobierno: Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda del Norte. Y de igual manera existen experiencias de regiones a nivel de la Unión Europea.

³ Jellinek, Georg, *Teoría general del estado*, FGCE, México DF, 2000, pág. 26.

5.3. Formas de gobierno

5.3.1. Clasificaciones clásicas

La clasificación de las formas de gobierno más difundida es la establecida por Aristóteles (384-322 a. C.), la cual sigue un doble criterio: uno formal que tiene en cuenta la cantidad de personas que ejercen el gobierno, y otro sustancial, que distingue si los gobernantes persiguen el “bien común” o el bien personal. Afirmaba que “la monarquía es aquel estado en que el poder dirigido al interés común no corresponde más que a uno solo; aristocracia, aquel en que se confía a más de uno, y democracia, aquel en que la multitud gobierna en utilidad pública. Estas tres formas pueden degenerar: el reino en tiranía, la aristocracia en oligarquía, la democracia en demagogia⁴”.

Para Aristóteles, existe un orden natural u objetivo en donde la “justicia” consiste en dar a cada sector de la sociedad el lugar que le corresponde. Se pregunta si el modelo de gobierno de un determinado pueblo se ajusta a la justicia –cada pueblo tiene su propia forma de gobernarse según su constitución y su historia– o hay algo que desentonía con el bien común. Sugiere que existen “formas de gobierno mixtas” o “propias de la clase media” que se adaptan a determinados puestos que estarían ordenadas al bien común, y también otras formas mixtas que pueden ser injustas.

Formas justas de gobierno		Formas injustas de gobierno	
Gobierno de uno	Monarquía	Gobierno de uno	Tiranía
Gobierno de los mejores	Aristocracia	Gobierno de los ricos	Oligarquía
Gobierno de la mayoría	Democracia	Gobierno de los pobres	Demagogia

Polibio⁵ destaca que, en Roma, la República era una forma mixta que combinaba distintos criterios, y en la que los cónsules eran los representantes de la realeza, el senado de la aristocracia y los llamados “tribunos de la plebe”, del pueblo.

En la Edad Media, Santo Tomás de Aquino⁶ agregó a la clasificación valores asociados a cada forma de gobierno, como la virtud y la unidad en la realeza, la virtud y la justicia distributiva en la aristocracia y la libertad en la democracia. También propuso la violencia como principio rector de la tiranía, la riqueza como principio rector de la oligarquía y el egoísmo como principio rector de la demagogia. Estos hacen referencia al sentido ético o a la finalidad con que se organizan las formas de gobierno. Además, son pasibles de degenerarse según si quien gobierna lo hace dentro o en contra de la ley, o busca el bien de todos o el propio.

4 Aristóteles, *Política*, libro III, cap. V.

5 Polibio, historiador griego (S. II a.C.). Su obra más importante *Historias* reúne 40 volúmenes. Ver Polibio, *Historias de Roma*, Alianza Editorial, 2008.

6 Tomás de Aquino (1224-1247). Teólogo y filósofo católico, principal representante de la Escolástica.

5.3.2. Clasificaciones modernas

Algunos cambios sociales ocurridos en el siglo XVII generaron modificaciones en la forma de entender el poder y dieron lugar a nuevas ideas y justificaciones acerca de quién, cómo y por qué se debe gobernar. Filósofos como Hobbes, Locke, Rousseau otorgaron nuevas perspectivas y fundamentos al poder, el cual ya no estaría justificado de manera “natural” o por “mandato divino”, sino por un acuerdo tácito entre los hombres.

Como antecesores de estos pensadores encontramos a Maquiavelo,⁷ quien comenzó a clasificar las formas de gobierno sin tener en cuenta el objetivo final del gobernante, sino la función de la historia y las realidades políticas existentes. Así, clasificaba las formas de gobierno en repúblicas o principados, y a estos últimos los subdividió en “hereditarios”, “nuevos” y “mixtos”. El florentino ya no se preguntaba tanto sobre si la forma de gobierno era justa o injusta, sino que puso el acento en brindar herramientas para conservar el gobierno y evitar que otro estado o golpe interno termine con la continuidad de quien ostentara el mando.

En otra de sus obras, Maquiavelo⁸ estableció una jerarquía en torno a cuál es la mejor forma de gobierno, y concluyó que la forma mixta “será más firme y estable, porque en una constitución donde coexistan la monarquía, la aristocracia y la democracia, cada uno de los poderes vigila y contrarresta los abusos de los otros”. Nótese que la jerarquía no responde a la idea de justicia sino a un criterio de poder. Se trata de establecer qué forma de gobierno es la más poderosa.

Los contractualistas no innovan en la clasificación de las formas de gobierno y toman las formas aristotélicas como base, pero el fundamento de la clasificación no es el fin que sus gobernantes le otorgan, sino que surge de un acuerdo -o contrato- entre los hombres, el cual tiene como base la “soberanía popular”. Ya no hay un “pueblo” que sea beneficiario del “bien común”, sino que hay individuos que pasan de un “estado de naturaleza” a vivir en “sociedad” por voluntad propia –aunque esta sea tácita–.

Así, Hobbes⁹ defiende la monarquía hereditaria –anteriormente de origen divino– bajo el argumento de que los hombres ceden todos sus derechos al monarca para conservar su vida, porque “el hombre es lobo del hombre” y necesita someterse a un soberano que garantice la paz.

Locke¹⁰, por su parte, destaca que este acuerdo entre los hombres, que da fundamento al gobierno, no nace de la violencia entre ellos, sino de la necesidad de proteger los derechos naturales de sus habitantes. Estos necesitan un juez imparcial y superior para determinar sus asuntos y proteger sus derechos, que son previos a la conformación del gobierno.

7 *El príncipe* de Nicolás Maquiavelo fue publicado por primera vez en 1513.

8 *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* de N. Maquiavelo fue publicado por primera vez en 1531.

9 Hobbes, Thomas (1588-1679) filósofo inglés, teórico del absolutismo político. Su obra cumbre *Leviatán* se publicó en 1651.

10 Locke, John (1632-1704) filósofo y médico inglés, considerado el padre del liberalismo clásico. Su máxima obra en esta temática es el *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil* publicado en 1689.

Rousseau¹¹ asume que la única forma de gobierno legítima es la que da la soberanía al pueblo por medio de la ley, más allá de si el poder ejecutivo se organiza, para el cumplimiento de esa ley, como una monarquía, una aristocracia o una democracia.

Montesquieu¹² dio un paso más en el análisis de las formas de gobierno. Por un lado, propuso una nueva clasificación fundada en la estructura de gobierno –el cual detenta el poder– y el principio que da vida al gobierno. En base a esa clasificación, la monarquía estaría movilizada por el honor, la tiranía por el temor, la república democrática por la virtud –que consiste en priorizar el interés general por sobre el individual– y la república aristocrática por la moderación.

Pero profundizando las ideas de Locke, el autor desarrolla la hipótesis de que la división de las funciones de un gobierno entre quienes hacen la ley, quienes gobiernan y quienes imponen las sentencias, favorece que nadie tenga un poder absoluto y, por ende, pueda privar de derechos al conjunto de ciudadanos. Hay una relación entre la forma de gobierno y su resultado, una linealidad entre dividir el poder y evitar la tiranía que, sin llegar al determinismo del hombre por las estructuras, establece que algunos esquemas organizacionales favorecen ciertas conductas en los gobernantes de turno.

5.3.3. Democracia y autocracia

La democracia, como vimos anteriormente, es la forma de gobierno en la que la mayor parte de la población es quien gobierna en favor del bien común. Pero, a diferencia de lo que se entiende hoy por democracia, en la antigüedad el concepto estaba asociado a la libertad –todos gobiernan y son gobernados por turnos– y la igualdad –como todos son iguales nadie tiene preeminencia para mandar sobre el otro–, por lo que se sorteaban los cargos y las decisiones más importantes eran tomadas en asamblea por mayoría¹³. La democracia era directa –sin representantes ni intermediarios– y los cargos públicos se designaban por sorteo.

Esta forma de gobierno tenía poco prestigio por las dificultades que entrañaba su práctica. Montesquieu (en *El príncipe*) consideraba que el pueblo era apto para elegir, pero no para gobernar, así como Rousseau sostenía que “tomando el término en su riguerosa aceptación, no ha existido nunca verdadera democracia, ni existirá jamás. Va contra el orden natural que el gran número gobierne y el pequeño sea gobernado”¹⁴.

La experiencia ateniense de democracia en el siglo IV a.C. fue breve. En la *ekklesia*, o asamblea, se tomaban las decisiones políticas más importantes, y el consejo llamado *bulé*, compuesto por quinientos miembros designados por sorteo, era el encargado de preparar

11 Rousseau, Jean-Jacques (1712-1778) escritor, filósofo y músico suizo. Sus ideas influyeron notoriamente en la Revolución Francesa. Fue autor de varias obras, entre ellas *El contrato social* y *El origen de la desigualdad entre los hombres*.

12 Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu (1689-1755) filósofo y pensador político. Su obra principal *Del espíritu de las leyes* se publicó en 1748.

13 Aristóteles, *Política*, libro VII.

14 Rousseau, *El contrato social*, libro III, cap. III.

los proyectos de ley y las órdenes del día de la asamblea, además de la administración de la *polis*.

La Edad Media y la Edad Moderna no conocieron experiencias de democracias directas más allá de regímenes parecidos en Florencia o los cantones suizos. La experiencia inglesa, con la revolución de Cromwell, también tuvo algunas similitudes y representó el espíritu democrático.

En sus fundamentos, la democracia tiene raíces en los autores clásicos, pero sobre todo en movimientos embrionarios como los comuneros de Paraguay (1735) o los *quilombos* de los afroamericanos que escapaban de la esclavitud bajo los portugueses.

La independencia de Estados Unidos en 1776 marcó un sendero que fue ratificado por la Revolución Francesa en 1789 y que dio curso al nacimiento de muchas democracias a partir de la victoria de los Aliados en 1945. Proclama que todos los hombres son libres e iguales y por lo tanto que todo hombre tiene derecho a participar –de alguna manera– en el gobierno de la cosa común.

En sociedades fuertemente estratificadas como las europeas esto significó un cambio muy importante a nivel social y económico que amplió progresivamente el poder desde los sectores más preeminentes a otros sectores anteriormente excluidos.

Este movimiento democrático nació también como oposición a los totalitarismos, y entremezclado con el objetivo de ordenar el poder de los gobiernos a través de una república constitucional, que tiene como objetivo asegurar el imperio de la ley por sobre las voluntades personales de los gobernantes. República y democracia pasaron a ser dos caras del mismo régimen que se instrumenta de distintas maneras según la tradición y la sociología de cada pueblo.

En oposición a estas ideas, la autocracia constituye el “régimen político” por el cual un solo hombre o grupo detenta el poder sin límites, sustentado en las armas para imponer su autoridad.

5.3.4. Parlamentarismo y presidencialismo

A partir de la proliferación de democracias en el mundo después de la Segunda Guerra Mundial, se fue tornando más complejo el debate y se fueron ampliando las categorías de los regímenes políticos existentes.

Tomando las clasificaciones de las democracias clásicas, que son las que abundan en occidente, de Maurice Duverger¹⁵, vemos que el autor distingue entre democracias de tipo inglés –también conocido como modelo Westminster–, los regímenes de tipo americano y el régimen suizo o de coalición.

La democracia de tipo inglés tiene una larga trayectoria histórica que se extiende desde las convocatorias a parlamentar, asambleas reunidas por Eduardo I en 1265, pasando por

¹⁵ Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, PUF, París, 1970. Duverger (1917-2014) fue jurista y politólogo francés.

la ejecución de Carlos I en 1649 y la declaración de derechos de 1689 tras la llamada Revolución Gloriosa.

Sus características particulares son la fusión entre el poder legislativo y el ejecutivo, la existencia de un monarca que cumple la función de jefe de estado y un primer ministro que es jefe de gobierno, un sistema electoral de circunscripción uninominal mayoritario que genera mayorías y un sistema bipartidista. Hoy está presente en más de treinta países, como Canadá, Israel, India y Australia.

El modelo es parlamentario –no monárquico– porque el soberano es el parlamento. Al no haber una constitución escrita que lo limite, sus decisiones son últimas. Dicho parlamento es bicameral, asimétrico, compuesto por la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes que concentra la mayor cuota de poder y de la cual surge el gobierno. Este rinde cuentas ante el parlamento que puede destituirlo y formar otro gobierno, así como el primer ministro puede convocar a elecciones y dar así lugar a una nueva conformación de los miembros del parlamento.

La Cámara de los Comunes está integrada por 650 miembros electos democráticamente por circunscripción uninominal mayoritario por un período máximo de cinco años. Es la cámara más poderosa; de entre sus miembros surge el primer ministro inglés, quien es el jefe de gobierno –generalmente es el presidente del partido mayoritario–, y el gabinete de ministros que lo acompaña en la gestión del gobierno, que en general pertenece al mismo partido, por lo que reúne mucho poder.

La Cámara de los Lores está compuesta por 733 lores nombrados por la corona con asesoramiento del primer ministro, quienes tienen derecho vitalicio no hereditario –anteriormente solo se podía participar en esta cámara por derecho hereditario–. Entre ellos, se cuentan 26 lores espirituales, elegidos de entre los eclesiásticos de la Iglesia anglicana, y otros 704 lores terrenales elegidos entre intelectuales prestigiosos, miembros de negocios, científicos de renombre o decanos de universidades. La cámara tiene funciones legislativas en asuntos remitidos desde la Cámara de los Comunes, tiene poder de veto por un año sobre las leyes nacidas en esta última y una función de control de las acciones de gobierno. Hasta 2009, cuando entró en vigencia la Corte Suprema del Reino Unido, era el órgano judicial de apelaciones.

En definitiva, la combinación del sistema electoral que genera mayorías y la existencia de partidos fuertes y disciplinados, liderados por un presidente que, en caso de ser mayoría en la Cámara de los Comunes, es también el primer ministro, crea un gobierno fuerte, levemente limitado por el monarca y la Cámara de los Lores, pero ante una crisis política también posee la flexibilidad suficiente para formar nuevo gobierno.

Las democracias de coalición también tienen una división en la jefatura de estado, que puede ser un rey, como el español, o un presidente como el italiano, pero se caracterizan porque la elección de los miembros del parlamento se realiza en forma proporcional. Esta modalidad de selección genera una mayor representatividad en el parlamento, pero también un sistema de múltiples partidos que necesita generar coaliciones para poder gobernar.

En cuanto a las democracias de tipo americano, se caracterizan por una rígida separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, donde el presidente reúne las funciones de jefe de estado y de gobierno –el semipresidencialismo divide esta figura entre el presiden-

te y un primer ministro elegido por el parlamento— y elige a los miembros de su gabinete sin restricciones.

5.3.5. La representación política

En las democracias representativas actuales, la soberanía del pueblo se expresa y canaliza por medio del voto, el cual empodera un partido político para que tome decisiones en nombre de toda la comunidad. La representación política es entonces el mecanismo por el cual el conjunto de ciudadanos entrega el poder a sus gobernantes para que estos los “representen” en el gobierno.

En la antigüedad, salvo algunas excepciones como los griegos y romanos en ciertos períodos de su historia, los gobernantes –emperadores, reyes, dictadores– se legitimaban fundamentalmente a través del argumento de la designación divina para gobernar. El contractualismo rompió esa tradición, y hoy existe consenso en torno al principio de que los ciudadanos, el pueblo, la sociedad, la nación, son dueños del poder y lo transmiten al gobernante según el modelo que dicha comunidad elija. Hoy el gobernante, cualquiera sea la forma de gobierno, ya no actúa en nombre de Dios, sino en representación de un mandato de la comunidad que lo eligió para dicha función.

La idea de representación ha ido cambiando a lo largo de la historia. La democracia directa de la antigüedad, fundamentada en la igualdad entre gobernantes y gobernados, ha mutado en la democracia indirecta actual, en la que todos los gobernados pueden ser –idealmente– también elegidos como gobernantes. En la Edad Media, encontramos por primera vez instituciones que se organizan en torno a la representación, como los estamentos –clérigos, nobles, artesanos, etc.–, pero que se organizan para expresar ideas e intereses de grupos determinados. Los parlamentos en Inglaterra constituyen la primera aproximación a la representación actual, aunque en ese momento primaba el concepto de que cada diputado electo representaba a sus votantes, pero el parlamento no expresaba la soberanía del pueblo, sino que era simplemente el lugar donde estos representantes se ponían de acuerdo.

En el ámbito político, recién en el debate constituyente de los Estados Unidos (1787) se empezó a tomar la representación como fenómeno de análisis y medio para que el pueblo se exprese. En *El federalista*¹⁶ se entiende que la democracia es una forma de gobierno en la que el pueblo se expresa directamente, y ubica el sistema representativo dentro de la república.

El fenómeno de la representación se complejizó en las democracias modernas por la introducción de los partidos políticos. Cuando los representantes se organizaron en “partidos” con el objetivo de ofrecer propuestas de gobierno a los ciudadanos, se trastocó el concepto originario de representación, en el cual el pueblo votaba a sus representantes para que estos se pusieran de acuerdo sobre los asuntos públicos. La “parte” ya no representa el

¹⁶ *El federalista* fue publicado en forma de libro en 1788. Es una recopilación de los artículos periodísticos escritos por Hamilton, Madison y Jay en los años fundacionales de los Estados Unidos de América posteriores a la declaración de su independencia en 1776.

todo, generando indirectamente que una determinada mayoría intervenga con las mismas posiciones en la totalidad de los asuntos públicos.

5.3.6. El sufragio

Cada forma de gobierno tiene su mecanismo de representación. En la democracia representativa es el sufragio. Este es un mecanismo por el cual se expresa la voluntad de un individuo. En una democracia, la representación política se institucionaliza por medio del voto de cada ciudadano, el cual elige sus representantes y aprueba o rechaza ciertos actos de gobierno. Es la base desde la cual se construye la representación y sobre la cual se van a constituir las mayorías que formen el gobierno según el sistema electoral.

Existen diferentes modalidades de sufragio, las cuales pueden clasificarse según *cómo* se emita el voto, *quiénes* pueden emitirlo, según si dicho voto es *obligatorio* o *facultativo* y según el *grado de relación* entre los electores y los elegidos:

- *Cómo se emite el voto*: el modo de votar puede ser público o secreto. Este último es el más utilizado a nivel gobierno para resguardar la libertad del emisor.
- *Quiénes pueden emitirlo*: el voto puede ser universal, o sea que alcanza la totalidad de los individuos capaces de votar –el derecho al sufragio siempre es reglamentado limitando a menores o extranjeros–, o calificado, en el cual solamente se permite emitir el voto a quienes tengan cierta cualidad (determinado sexo, capacidad intelectual, económica o social, etc.).
- *Según la obligatoriedad*: puede ser facultativo, de carácter opcional u obligatorio, como un deber de participación ciudadana.
- *Según el grado de relación entre electores y elegidos*: el voto puede ser directo, en el que la relación elector-elegido no está mediatisada, o indirecto, en el que los electores votan un cuerpo electoral que a su vez elige a los gobernantes.

5.3.7. Sistemas electorales

Los sistemas electorales son los mecanismos por los cuales se adjudican los votos de los representados a los cargos de los representantes en función de los resultados de la elección. Su importancia radica en que la estructura de cada sistema promueve una determinada tendencia política sobre el sistema de partidos en particular y sobre el régimen de gobierno en general.

La organización territorial del sufragio da lugar a distintas modalidades de votación, las cuales pueden clasificarse en circunscripciones únicas, uninominales o plurinominales:

- El distrito único es el que alcanza todo el territorio y constituye una unidad política y administrativa. Generalmente es utilizado para una elección presidencial. En esta modalidad, cada ciudadano vota por tantos candidatos como cargos a cubrir existan en todo el país.

- En las circunscripciones uninominales, el territorio se divide en pequeños distritos y en cada uno de ellos se elige un representante. Los votantes de cada distrito solo eligen entre los candidatos a ocupar ese cargo.
- En las circunscripciones plurinominales, el territorio se divide en grandes distritos electorales, a cada uno de los cuales corresponde un cierto número de candidatos. El ciudadano de cada distrito vota por el total de la lista de candidatos para esa región.

También los sistemas electorales se clasifican según la manera en que reflejan en el gobierno la voluntad de los electores:

- Los sistemas mayoritarios son aquellos en los cuales el partido que obtiene la mayor cantidad de votos de cada distrito electoral obtiene la totalidad o gran parte de los votos. En este sistema las minorías quedan sin representación en ese distrito.
- Los sistemas proporcionales son los que reflejan más fielmente la voluntad de los electores, con sistemas matemáticos como el *D'Hont*, *Have* y *Hagenbach* que respetan la proporcionalidad de los elegidos según la voluntad de los electores.
- Los sistemas minoritarios son los que tienen como objetivo la representación de las minorías y pueden materializarse de distintas maneras. Dentro de este conjunto encontramos el sistema empírico, en el que se acuerda la representación de una minoría por ley, y el sistema de voto limitado, en el que el elector vota por una cantidad de cargos menor a la de los cargos a cubrir, dado que el resto de los cargos son ocupados por las minorías.

5.3.8. Partidos políticos

Los partidos políticos son asociaciones de individuos unidos por un proyecto, idea o valores comunes que persiguen como meta alcanzar el control del gobierno para llevar a la práctica dichos objetivos. Se enmarcan dentro del fenómeno de la representación política, ya que mediatizan la relación representantes-representados.

Siempre han existido formas organizadas de poder y partidarios de determinado grupo, pero en el régimen democrático representativo se presentan con determinadas particularidades que caracterizan los partidos modernos. Entre estas características se destaca la organización legal para alcanzar el control del estado por medio de la competencia en elecciones, ya que los partidos tienen el monopolio de la competencia en elecciones –o al menos influir en las decisiones políticas– y la existencia de programas de gobierno –o por lo menos doctrinas o criterios de gobierno–.

La institucionalización de los partidos políticos ha permitido en las democracias representativas el apoyo de los ciudadanos a distintas corrientes de opinión, brindando cierta estabilidad y previsibilidad al sistema y dando la posibilidad al ciudadano de elegir con cierto grado de información, de manera que su decisión sea realmente libre.

Según la cantidad de partidos políticos que compitan por los cargos de gobierno, es posible clasificar los sistemas de partidos en unipartidismo, bipartidismo y multipartidismo.

Los sistemas unipartidistas no reconocen la oposición, pero en general tienen sistemas de diferenciación interna que hacen posible los acuerdos hacia adentro del partido, y suelen ser eficaces en la consecución de sus fines. En cuanto a los sistemas bipartidistas y multipartidistas, está superado el debate acerca de la gobernabilidad, ya que hay experiencias históricas de estabilidad e inestabilidad en ambos regímenes, ya que son otras variables las que hacen a ello.

Hay distintas clasificaciones de partidos políticos según la conformación y estilo de gobierno que toman. Las más conocidas son los partidos de masas, los partidos de cuadros y los partidos escoba.

- Los partidos de masas son aquellos en los que la relación del líder y los electores no está mediatisada por nadie. Se caracterizan por un alto contenido ideológico y la exaltación de un liderazgo carismático que interpreta dicha ideología. Históricamente surgieron a fines del siglo XIX y comienzos del XX en Europa. Se caracterizan, además, por tener una organización sólida y una amplia base de afiliados y mantener fuertes vínculos con organizaciones externas como sindicatos, organizaciones sociales y entidades religiosas.
- Los partidos de cuadros son los menos ideologizados, ya que un grupo de expertos conduce institucionalmente las decisiones de gobierno, y priman el conocimiento y la experiencia como formas de legitimación.
- Los partidos escobas¹⁷ (en inglés *catch-all party*) tienen como característica principal la drástica reducción del componente ideológico a fin de captar votantes dentro de todo el espectro de ideas. También ponen menor énfasis en las clases sociales y en la relación con distintas minorías y grupos de interés que ven el partido como una forma de lograr sus objetivos particulares.

5.4. Forma de gobierno y de estado en la República Argentina

5.4.1. Introducción

Según ha sido desarrollado anteriormente, existen notables diferencias entre los conceptos de formas de gobierno y formas de estado. Si bien no hay un acuerdo general sobre dicha diferenciación, lo cierto es que cuando se habla de formas de gobierno, se hace referencia a quién o quiénes ejercen el poder, mientras que la referencia a formas de estado se realiza cuando el ejercicio de dicho poder se relaciona con el territorio o con la población.

Bidart Campos es uno de los autores que sostiene la distinción entre formas de estado y formas de gobierno. Considera que el estado es un ente político organizado compuesto por cuatro elementos: población, territorio, poder y gobierno; la forma de gobierno es el modo de organizar uno de esos elementos, y la forma de estado será la manera de organización del poder en relación a la totalidad de dichos elementos¹⁸.

17 Ware, Alan, *Partidos políticos y sistemas de partidos*, Istmo, Madrid, 1996, pág. 352.

18 Bidart Campos, German, *Lecciones elementales de política*, 5^a ed., EDIAR, Buenos Aires, 1996, pág. 240.

Concluye dicho autor que las formas de gobierno se ocupan de los titulares del poder, sus funciones y de las relaciones entre ellos, mientras que la forma de estado es el modo de ejercer dicho poder, independientemente de su forma, dado que es una cuestión de contenido o sustancial.

En cualquier caso, tanto las formas de estado como las formas de gobierno son medios o instrumentos para la realización del bien común,¹⁹ único y principal fin de cualquier organización política.

La manera de organizar tanto la forma de estado como la forma de gobierno en nuestro país se plasmó principalmente en el artículo primero de nuestra CN, el cual prescribe que “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según lo establece la presente Constitución”.

En este caso, el constituyente de 1853 no diferenció entre forma de gobierno y forma de estado, sino que confundió ambos conceptos. Es decir, por un lado, tanto el sistema federal como el sistema representativo, según se ha dicho, son formas de estado en los que el ejercicio del poder se da en relación al territorio y a la población. Por otro lado, el sistema republicano adoptado encuadra dentro de la clásica división de formas de gobierno, la manera en que los titulares del poder lo ejercen.

Es dable destacar que no se menciona la palabra *democracia*, ni la palabra *presidencialismo*. Lo curioso es que la palabra “democracia” recién se incorporó al texto constitucional con la reforma efectuada en 1957, dentro del art. 14 bis, que asegura al trabajador la organización sindical libre y *democrática*. Posteriormente, luego de la reforma constitucional de 1994, la palabra “democracia” ha pasado a mencionarse en los arts. 36 y 38, así como en el art. 75, incisos 19 y 24 de nuestra Constitución.

Por otro lado, la palabra “presidencialismo”, como forma de gobierno, es mencionada en el art. 87 del texto constitucional, el cual reza: “El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de Presidente de la Nación Argentina”.

De esta manera, en el marco de un estado federal y representativo, se adoptó la forma de gobierno republicana de tipo presidencialista, es decir, unipersonal.

Para entender por qué originalmente el constituyente de 1853 no mencionó la palabra *democracia*, es importante tener en cuenta, como ya hemos dicho, que antiguamente tanto Aristóteles como otros pensadores de la época, cuando clasificaban las diversas maneras de gobierno posibles, consideraban que la democracia era la forma desvirtuada de la república y, por consiguiente, la peor forma de gobierno.

Este concepto fue evolucionando con el transcurso del tiempo, pasando a ser hoy día el ideal de participación popular en la toma de decisiones políticas, tanto a través de la representatividad partidaria, como en otros casos por vías de participación directa, como veremos seguidamente.

Lo cierto es que los constituyentes de aquel momento utilizaban el concepto de república con el mismo significado que hoy damos al término democracia.

19 Bidegain, Carlos María, *Curso de derecho constitucional*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 72.

En la actualidad, un sistema republicano de gobierno es concebido fundamentalmente como un sistema político de división de poderes, es decir, de control del poder, en el que existe responsabilidad de los funcionarios públicos ante sus actos, periodicidad de los cargos electivos y, por sobre todo, igualdad ante la ley.

La doctora María Angélica Gelly²⁰ observa que el artículo primero de nuestra CN, cuando refiere a la forma de gobierno que se establece para nuestro país, utiliza la palabra “adopta”. Esto quiere decir, conforme sostiene la doctora, que los constituyentes de 1853 no crearon una forma determinada de gobierno, sino que la tomaron del modelo norteamericano.

De esta manera, nuestra actual forma de gobierno se basa en gran medida en el sistema implementado por los convencionales de Filadelfia, quienes recogieron los lineamientos básicos del principio de división de poderes, tal como había sido formulado por Montesquieu, e invistieron el Congreso con todos los poderes legislativos y al presidente con la totalidad del poder ejecutivo.

5.4.2. Gobierno representativo

El preámbulo de nuestra CN comienza diciendo: “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente...”. Con esta expresión, los constituyentes de 1853 quisieron dejar en claro que la soberanía radicaría en el pueblo, y que ellos serían sus representantes.

Es importante destacar que, en términos históricos, la soberanía popular, es decir, el pueblo como titular del poder, es un hecho de apenas un poco más de dos siglos de historia. Hasta entonces el poder siempre había radicado en una persona con el título de rey, príncipe o emperador.

Dicho de otra manera, el poder pasó de ser titularidad exclusiva de una sola persona, a corresponder a un conjunto de personas reunidas en una comunidad organizada, y su ejercicio llevado a cabo por sus respectivos representantes.

De esta manera, se consagró en el primer artículo de nuestro texto constitucional un sistema representativo de gobierno, en el que sería el pueblo titular de la soberanía quien, a través de sus representantes, pudiera conducir los destinos del país.

Dicho precepto se confirma de manera clara en el art. 22 del mismo texto constitucional, donde se establece 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 este, comete delito de sedición”. Con esta fórmula, el constituyente quiso echar por tierra la famosa frase de Lincoln: “gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”.

Como dice el doctor Bidegain,²¹ el gobierno del pueblo es en realidad algo imposible porque ni siquiera en la democracia directa el pueblo puede desempeñar la múltiple actividad –legislativa, ejecutiva y judicial– que cubre la función del “gobierno”.

20 Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, 3^a ed., LL, Buenos Aires, 2006, pág. 16.

21 Bidegain, Carlos María, *ob. cit.*, pág. 139.

Continúa diciendo que dicho gobierno del pueblo pudo haber ocurrido en los estados-ciudades de Grecia y en algunas comunidades de la Edad Media, en donde todo el pueblo tenía cabida en una plaza, pero una reunión tal es de hecho imposible en los estados modernos superpoblados.

Definitivamente, el art. 22 del texto constitucional buscó rechazar de manera categórica el sistema de una democracia directa al indicar que el único canal válido que tiene la ciudadanía para ejercer el poder es a través de sus representantes y autoridades constitucionales.

Como veremos más adelante, con la inclusión de varios mecanismos de participación ciudadana directa, este principio se ha morigerado bastante.

El doctor Bidegain termina su artículo estableciendo que nadie puede arrogarse los derechos del pueblo ni peticionar en su nombre, salvo que sean representantes y autoridades constitucionalmente habilitadas para ello.

Aquí vale la pena distinguir entre representantes y autoridades, entendiéndose los primeros como aquellos dirigentes legítimamente elegidos por el pueblo, y los segundos como los funcionarios, es decir, jueces, ministros, secretarios, etc.

Como ya se ha dicho, la representatividad fue cristalizándose en la Edad Media, donde se fueron conformando cuerpos colegiados integrados mayormente por nobles que representaban los intereses de determinados sectores de la sociedad ante el rey, el único soberano. Dichos cuerpos colegiados, posteriormente con el nombre de parlamentos, fueron ejerciendo ciertos límites a la autoridad real, especialmente los relativos a los bienes y a la vida, es decir, el pago de tributos y las decisiones de entrar en guerra.

Con el transcurso del tiempo, dicho sistema fue evolucionando hasta consagrarse en el siglo XVIII la llamada monarquía constitucional.

La monarquía constitucional fue durante mucho tiempo el mejor sistema de gobierno, pues contaba con una autoridad real, en su caso un rey, y con un parlamento que representaba cada vez en mayor medida más sectores de la sociedad.

Pensadores de todas partes consideraban dicho sistema como la mejor forma de gobierno existente, ya que en ella se encontraban representados muchos sectores claves de la sociedad, tales como la nobleza, la burguesía, el clero, etc.

Recién con la instauración del sistema democrático y representativo en los Estados Unidos fue tomando forma la verdadera representación política.

Cuando los Estados Unidos comenzaron a organizarse como nación independiente, implementaron un sistema sumamente novedoso para la época. Los padres fundadores establecieron un sistema en el que la soberanía, es decir, el poder, radicaría en el pueblo, y este, a través de sus representantes, llevaría adelante la conducción y el gobierno general.

Todo el mundo parecía expectante frente a esta gran innovación, puesto que entregarle el poder al pueblo conllevaba demasiados riesgos. Se consideraba que “la plebe” no estaba en condiciones de ser titular del poder, y que en gran medida podría llevar a cruentas revueltas y a un estado de anarquía generalizado.

Fue así que, lentamente, el sistema de democracia representativa implementado por los Estados Unidos fue consolidándose. El gran problema radicaba en cómo lograr institucionalizar la faz agonal de la política, es decir, la disputa de poder entre las diversas faccio-

nes. La creación de los partidos políticos fue la respuesta a dicho interrogante. Así, por el año 1830, ya se habían terminado de delinear los dos principales partidos políticos de dicho país, dando plenitud a la representación política.

Nuestro país, como hemos visto, ha adoptado dicho sistema de gobierno, incorporando el régimen de partidos políticos, en cuyo ámbito la ciudadanía elige las distintas ideas e intereses y es representada.

A partir de la reforma de 1994, se incorporaron a la CN los partidos políticos, que hasta entonces solo se hallaban regulados por ley. En el art. 38 de nuestra Carta Magna, se establecieron las garantías para su creación y su funcionamiento.

Dicho artículo dispone que “Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático. Su creación y 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 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”.

Sin duda, la importancia de los partidos políticos para una verdadera democracia representativa es superlativa, pues son verdaderos instrumentos intermediarios entre la ciudadanía y el estado.

En el año 2001, la Argentina sufrió una de las peores crisis de su historia, no solo económica, sino también política y social. Desde el punto de vista político, los partidos perdieron credibilidad ante la ciudadanía, y dejaron de ser los verdaderos canales de representación institucional. Una encuesta realizada por la consultora Latinobarómetro²² del año 2002 mostró un crudo resultado: solo el 4% de los encuestados confiaba en los partidos políticos. El lema principal de aquel diciembre de 2001 fue “que se vayan todos”, duro mensaje a la dirigencia política de ese difícil momento histórico.

5.4.3. Mecanismos de participación popular

Como dijimos en el punto anterior, nuestro país adoptó un sistema de gobierno representativo en el que el pueblo, titular de la soberanía, lo ejerce a través de sus representantes o autoridades constitucionales.

El mundo contemporáneo ha avanzado en la creación o implementación de mecanismos o sistemas que permiten a la ciudadanía expresarse y decidir sin intermediarios, es decir, de manera directa.

Durante gran parte del siglo XX, los partidos políticos fueron partidos de masas, donde todo comenzaba y terminaba en ellos, puesto que eran los verdaderos representantes de

22 Informe 2002. Disponible en www.latinobarometro.org.

los intereses de la sociedad. Esto fue cambiando gradualmente ya a finales del siglo XX, y la sociedad empezó a identificar necesidades puntuales que no necesariamente eran satisfechas por sus líderes políticos, lo que motivó que fueran apareciendo diversos espacios o asociaciones constituidas sobre la base de afinidades en temas comunes de interés. Así nacieron las ONG, es decir, las organizaciones no gubernamentales.

Nótese cómo la necesidad de satisfacer diversos intereses, los cuales, en muchos casos, no pueden ser resueltos por los partidos políticos, originó la creación de instituciones no gubernamentales.

En nuestro país, este cambio de paradigma fue receptado constitucionalmente a partir de la reforma de 1994, cuando se incorporaron a los arts. 39 y 40 de nuestra Constitución mecanismos de participación directa por parte de la ciudadanía. Antes de esta reforma, solo encontramos el decreto 2272 de 1984 que convocaba a una consulta popular optativa y no vinculante respecto del acuerdo limítrofe con Chile.

En los arts. 39 y 40, CN fueron incorporadas la iniciativa y la consulta popular, ambos mecanismos de democracia semidirecta. El art. 39 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 deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa.

No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal”.

Por su parte, el art. 40 prescribe que “*El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática.*

El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio.

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular”.

Como sostiene la doctora María Angélica Gelly,²³ estas dos nuevas figuras de democracia semidirecta han ampliado los horizontes de la participación popular en la toma de decisiones políticas, aunque resulta curioso que desde la sanción de la reforma constitucional de 1994 hasta finalizado el 2001, ninguna de las dos formas de participación política directa hayan sido experimentadas por la ciudadanía. Recién en el año 2002 se sancionó la famosa ley de hambre más urgente, la que fue producto de una iniciativa popular.

23 Gelli, María A., *ob. cit.*, pág. 443.

La iniciativa popular consiste en otorgar a un número determinado de ciudadanos la posibilidad de interponer un proyecto de ley ante la Cámara de Diputados de la Nación, la que está obligada a darle el respectivo tratamiento.

Conforme lo sostiene el doctor Carlos María Bidegain²⁴, aunque el proyecto debe ser interpuesto ante la Cámara de Diputados, si corresponde que sea tratado en primer término por el Senado, nada obsta para que se gire desde la Cámara de Diputados hacia la Cámara Alta para su tratamiento.

La consulta popular es una de las formas más eficaces de dar participación a la ciudadanía a fin de que emita opinión sobre determinados temas que revisten interés público. En este sentido, hablamos de *referéndum* cuando la consulta versa sobre una norma, y de *plebiscito* cuando lo que se somete a consideración es de suma trascendencia para el estado argentino, como son por ejemplo, las relaciones exteriores.

Podemos identificar entonces el referéndum con la primera parte del art. 40, mientras el plebiscito guarda relación con la segunda parte.

5.4.4. Gobierno republicano

A medida que continuamos el examen de la forma en que se organiza el poder en una sociedad, encontramos grandes diferencias entre sistemas en los cuales el poder o la soberanía está en cabeza de una sola persona, y en otros en los que dichos atributos residen en algunas personas o en todo el pueblo.

En el siglo XVIII, Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu²⁵, realizó una clasificación de las distintas formas de gobierno existentes en aquel momento, la cual al día de hoy se encuentra prácticamente vigente. Montesquieu sostenía que había tres categorías según quiénes fueran los titulares efectivos del poder. Así, si el soberano era el pueblo o una parte de él, se estaba ante la forma republicana; si el poder residía en una sola persona, y esta se hallaba sujeta a leyes fijas para gobernar, se estaba ante un sistema monárquico. Por otro lado, si en este último caso quien gobernaba no se hallaba sometido a ninguna norma pre establecida, entonces se estaba ante un sistema déspota.

En cuanto a la primera categoría, es decir, al sistema republicano, si el poder reside en todo el pueblo, existe un sistema democrático, mientras que si quienes detentan el poder son un pequeño grupo, se estará ante un sistema aristocrático.

En el sistema democrático y republicano, el soberano es el pueblo, es decir, el titular del poder, el cual es ejercido a través de sus representantes, elegidos mediante el sufragio. Montesquieu sostenía que era el pueblo el más indicado para saber quién debía gobernar, puesto que sabe y conoce las necesidades de su comunidad.

El pensador supeditaba el correcto funcionamiento del sistema democrático republicano a la condición de que los gobernantes estuviesen animados por la “virtud”, entendida

24 Bidegain, Carlos M., *ob. cit.*, t. I, pág. 223.

25 Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, 1747.

esta como la falta de egoísmo y la entrega en interés de los demás, con renuncia a la avaricia y al interés personal. Cuando dicha virtud desaparece, la república es un despojo; y su fuerza no es ya más que el poder de algunos ciudadanos y la licencia de todos.

Por lo tanto, la idea de república surgió básicamente como un concepto opuesto al sistema monárquico.

El doctor Tulio Ortiz transcribe en su obra lo sostenido por el constitucionalista argentino del siglo XIX, Aristóbulo del Valle, quien definió la república como “la sociedad organizada en base a 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 por su administración”²⁶.

Bidart Campos concluye que de dicha definición se extraen varios conceptos típicos del sistema republicano, a saber: a) elección popular; b) igualdad de los gobernados; c) responsabilidad del gobierno; d) contralor del mismo por el pueblo; e) publicidad de los actos de gobierno; f) separación de poderes; g) renovación periódica de las autoridades.

Todas estas notas características de dicho sistema confluyen para evitar la concentración total del poder y su ejercicio arbitrario. De ese modo se divide el poder, se lo controla, se obliga a que todos los actos de gobierno sean públicos, se responsabiliza a los funcionarios públicos de sus actos, se favorece la alternancia y, por sobre todo, se pone en pie de igualdad a fuertes y a débiles, ricos y pobres.

Encontramos todas estas notas características del sistema distribuidas en distintos artículos de nuestra Carta Magna.

La doctora María Angélica Gelly²⁷ sostiene que en nuestra Constitución la separación de poderes se expresa de tres formas o modos distintos. Por un lado, a través de la clásica división de los tres poderes: el ejecutivo, el legislativo y el judicial. Por otro lado, se hace evidente en una distribución de poder territorial entre Nación y provincias, y por último, en la coexistencia de poderes constituyentes y poderes constituidos.

La finalidad de tal separación de poderes se encuentra claramente mencionada en el art. 29 del texto constitucional y no es otra que la de impedir que un solo poder concentre todas las funciones y facultades. La norma, en efecto, expresa: “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 los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.

Queda claro que tan sabio concepto es la consecuencia de la historia preconstitucional de nuestro país, rica en trágicas experiencias basadas en la detención de facultades extraordinarias y la suma del poder público en una sola persona.

26 Cit. por Ortiz, Tulio, *Política y Estado*, 1^a ed., Editorial Estudio, Buenos Aires, 1991, pág. 269.

27 Gelli, María A., *ob. cit.*, pág. 21.

En definitiva, la división de poderes, nota típica del republicanismo, sirve para controlar el poder y así garantizar los derechos consagrados en nuestra Carta Magna.

Otras de las características del sistema republicano es la obligación de hacer públicos todos los actos de gobierno. Este principio establece que todo acto del estado debe tener el carácter de público. Aunque no encontramos en el texto escrito de nuestra CN ninguna norma expresa en esta materia, tal característica fluye tácitamente de diversas prescripciones, como las contenidas en los arts. 33 y 83.

De esta manera, se garantiza que los actos de gobierno sean conocidos por la ciudadanía y esta pueda ejercer su respectivo control.

La responsabilidad de los funcionarios públicos se contrapone a la irresponsabilidad del rey, a quien se lo consideraba infalible, por derivar su poder de Dios.

En este caso, el soberano es el pueblo, y ante él los funcionarios deben rendir cuentas. Nuestra Constitución contiene diversas normas vinculadas a la forma en que se debe evaluar y juzgar la responsabilidad política de los funcionarios.

Así, por ejemplo, los arts. 29, 36, 53, 59, 60, 110 asignan responsabilidades y determinan procedimientos para destituir funcionarios en casos de mala conducta o mal desempeño en sus funciones.

En lo que respecta a la periodicidad de los cargos electivos, es vital para el sistema democrático y republicano que sus representantes se renueven en el ejercicio del poder, puesto que de lo contrario, como nuestra historia se ha encargado de demostrar claramente, la perpetuación del poder provoca necesariamente el debilitamiento de las instituciones republicanas.

Esa importante premisa quedó expresamente plasmada por nuestro constituyente en el art. 90, al prescribir que “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. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período”.

En similar sentido, pero con relación a los diputados, el art. 50 prescribe: “Los diputados durarán en su representación cuatro años, y son reelegibles; pero 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”.

Y en lo que respecta a los senadores, el art. 56 dispone que “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”.

Adviértase que, aunque la norma autoriza la reelección indefinida de los senadores, sus mandatos tiene un plazo de duración limitado. En cuanto al Presidente, solo es posible reelegirlo por un único período.

Por último, el art. 16, CN establece uno de los pilares fundamentales del sistema republicano de gobierno al suprimir los fueros personales y los títulos nobiliarios y consagrara la igualdad de todos los habitantes ante la ley: “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”.

5.4.5. Presidencialismo

El origen del presidencialismo se encuentra en los Estados Unidos, donde, como sostiene Karl Loewenstein,²⁸ con la idea de evitar el despotismo legislativo y el absolutismo del ejecutivo, se montó un sistema con diversos e independientes detentores del poder, mutuamente coordinados. De esta manera, se creó el régimen presidencialista con un poder ejecutivo a cargo de un presidente, elegido por el pueblo, independiente del poder legislativo.

El Poder Ejecutivo es eminentemente unipersonal, con secretarios de estado que solo tienen responsabilidad ante el presidente, quien los designa. Es decir que no pueden ser interpelados por el parlamento, ni refrendan los actos del presidente. En rigor, no hay gabinete, solo jefes de departamento.

En Latinoamérica, la gran mayoría de los estados han adoptado el sistema presidencialista, en muchos casos, teñido de rasgos de tipo parlamentarista. Ese sistema consiste en una división de tres poderes, en el cual el ejecutivo está a cargo de un presidente, quien es el jefe de estado y jefe de gobierno, elegido directamente por el pueblo. Posee muchas facultades propias, tales como ser representante del estado, responsable de la administración, jefe de las fuerzas armadas, colegislador, etc.

El presidente, como único titular del poder ejecutivo, cuenta con la asistencia de ministros y/o secretarios, designados directamente por él.

Asimismo, y como lo sostiene el doctor Gros Espiell,²⁹ debido a la influencia del caudillismo y del cacicazgo en toda la región, la preponderancia del poder ejecutivo por sobre los demás poderes fue y es notable, al punto de tornar en letra muerta muchas veces la separación de poderes propia del sistema republicano de gobierno.

Nuestro país no fue la excepción y, como hemos visto, adoptó como forma de gobierno el sistema representativo, republicano y federal, con un poder ejecutivo fuerte, de tipo presidencialista y unipersonal.

En nuestro país las figuras de los caudillos, quienes eran grandes líderes que representaban e interpretaban los deseos del pueblo, contribuyeron al establecimiento de un sistema de gobierno unipersonal, con fuertes características centralistas.

En opinión de Alberdi³⁰, cuando un gobierno republicano sucede inmediatamente a una monarquía, como ocurrió en nuestro país, conviene que el nuevo régimen mantenga ciertas notas y características propias del régimen anterior para evitar saltos drásticos. Citaba como ejemplo lo ocurrido en Francia, donde la República francesa, vástago de una monarquía, se habría salvado de volver a dicho sistema, si no hubiese sido por la exacerbación del radicalismo instaurado por los revolucionarios.

28 Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, 2^a ed., Ariel, Barcelona, 1976, págs. 132-133.

29 Gros Espiell, Héctor, *El predominio del poder ejecutivo en América Latina*, 1^a ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, 1977, pág. 10.

30 Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 1852, fue fuente principal de la CN de 1853.

Alberdi observó que la gran mayoría de los países de la región dependientes de la corona española habían tenido reacciones radicales opuestas a otorgar nuevos poderes a una sola persona, y fue por esa razón que en los primeros años de independencia, muchos países se organizaron bajo formas colegiadas de gobierno, fuesen asambleas, directorios, etc.

Luego de un tiempo, este tipo de gobiernos colegiados llevó a la anarquía y al desorden, y generó fuertes guerras civiles en muchos de aquellos países.

Alberdi advirtió que era necesario, por tanto, establecer gobiernos revestidos de un poder ejecutivo fuerte capaz de hacer efectivos el orden constitucional y la paz interior, sin las cuales es imposible que un país se desarrolle.

Por lo tanto, la Argentina estableció en el art. 87, CN un sistema de gobierno de tipo presidencialista, con un poder ejecutivo que sería desempeñado por un ciudadano con el título de Presidente de la Nación Argentina.

Conviene destacar que este tipo de gobierno solo ha funcionado correctamente en los Estados Unidos, país que lo creó. En la mayoría de los países latinoamericanos que lo han adoptado, dicho sistema no ha funcionado debidamente, puesto que no ha permitido un debido orden ni continuidad constitucional. Prueba de ello es nuestro país, donde, desde la primera ruptura constitucional en 1930 hasta la actualidad, es decir durante 85 años, solo han podido terminar su mandato cinco presidentes: Agustín P. Justo, Juan Domingo Perón, Carlos Menem, Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner.

Estas rupturas constitucionales no solo significan un quiebre institucional, sino que generan graves crisis sociales y económicas.

Curiosamente, en todas las democracias modernas se ha implementado el régimen parlamentarista de gobierno, bajo el cual se implementa un sistema de colaboración y de acuerdos entre el poder ejecutivo y el poder legislativo, gracias al cual se forman gobiernos y gabinetes, los cuales tendrán responsabilidades políticas ante el parlamento.

El parlamentarismo ha probado todos los tipos de gobierno: conservadores y progresistas, largos y cortos, sistemas monárquicos y republicanos, federales y unitarios, han resistido en tiempos de paz y de guerra, en recesiones y expansiones económicas, etc.

Se observa que, a diferencia del sistema presidencialista, en donde, cuando se genera una crisis política o económica, el presidente, único titular del gobierno y de la administración general del país, corre serios riesgos de caer, en el parlamentarismo la inestabilidad política o económica se “normaliza” y se incorpora como parte del sistema de acuerdos y desacuerdos en el parlamento.

5.5. Gobierno federal

5.5.1. Distribución territorial del poder político. Forma de estado

Como ya se ha dicho, la forma de estado es esa relación que existe entre el ejercicio del poder y la población o el territorio. En cuanto a la organización territorial, la forma de estado determina el grado de centralización o descentralización de las decisiones políticas

en un determinado país. Ejemplos de ello son la confederación, el estado federal y el estado unitario.

Nuestro país adoptó un sistema de distribución de poder territorial de carácter federal, a semejanza del adoptado por los Estados Unidos, pero con características muy propias, producto de las particularidades de nuestra historia.

Luego de largas luchas entre unitarios y federales, el Pacto Federal celebrado en 1831, y luego el Acuerdo de San Nicolás se constituyeron en las sólidas bases sobre las que se asentó la organización federal.

Juan B. Alberdi en las *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, consideraba que “La distancia es origen de soberanía local, porque ella suple la fuerza. ¿Por qué es independiente el gaucho? -Porque habita la pampa. ¿Por qué la Europa nos reconoce como nación, teniendo menos población que la antigua provincia de Burdeos? -Porque estamos a tres mil leguas. Esta misma razón hace ser soberanas a su modo a nuestras provincias interiores, separadas de Buenos Aires, su antigua capital, por trescientas leguas de desierto”.

Alberdi consideraba que, a causa de la gran extensión territorial de nuestro país y con motivo de la escasa población –que no llegaba al millón de habitantes en esa época–, era necesaria una descentralización capaz de organizar de manera efectiva una verdadera unidad nacional. Gran parte de la obra de Alberdi está dedicada a demostrar que nuestro país debía adoptar un sistema mixto de gobierno, es decir, un medio entre un sistema unitario puro y un sistema federal puro. Se requiere de una “federación unitaria” o una “unidad federativa” para encontrar ese término medio, que represente la paz entre la provincia y la nación, entre la parte y el todo, entre el localismo y la idea de una República Argentina.

La Constitución de 1853 imprimió al sistema federal un fuerte carácter centralista, al establecer, por ejemplo, que todas las constituciones provinciales debían ser aprobadas por el Congreso Nacional, o la facultad que se le atribuía a este para enjuiciar políticamente a los gobernadores de las provincias.

Estas cláusulas fueron eliminadas con la incorporación de Buenos Aires en 1860, si bien algunos artículos de tinte centralista han permanecido vigentes hasta el día de hoy, tales como la “cláusula del progreso” dispuesta en el art. 75, inciso 18, la cual establece que “el Congreso Nacional deberá encargarse de proveer lo necesario para la prosperidad del país, el adelanto y bienestar de todas las provincias y el progreso de la ilustración...”, o la atribución del Congreso de la Nación para dictar el derecho común, es decir, los códigos de fondo.

Es importante destacar que la estructura federal de gobierno es muy poco frecuente en el mundo. Son verdaderamente pocos los países que han adoptado dicho sistema, entre ellos, Brasil, México, Estados Unidos, Canadá, Alemania, China, India, Rusia, entre otros. El resto de los países ha adoptado una estructura unitaria, es decir, centralista en el ejercicio del poder territorial.

En nuestro país, existen por tanto cuatro niveles de gobierno distribuidos territorialmente. Un primer nivel de gobierno es el nacional, es decir, el gobierno central, el cual ejerce todas las facultades delegadas por las provincias en nuestra Constitución. Un segundo nivel es el de las provincias, que son estados con facultades de autonomía y autarquía, con personali-

dad jurídica y política. Un tercer nivel radica en los municipios, a los que luego de la reforma constitucional de 1994 se les concedió el carácter de autónomos y, por último, la Ciudad de Buenos Aires, como un nuevo ente autónomo con personalidad jurídico-política.

Es del caso mencionar que, si bien el sistema federal adoptado por nuestra Constitución tiene notas centralistas, hoy en día dicho centralismo se ha incrementado sustancialmente, debilitando en gran medida la salud del sistema. El desequilibrio económico y social de muchas de las provincias de nuestro país genera una profunda desigualdad ante un Poder Ejecutivo Nacional que concentra cada vez más prerrogativas.

5.5.2. Situación de la Ciudad de Buenos Aires

Como ya se ha dicho, la Ciudad de Buenos Aires se constituyó como un nuevo sujeto de derecho público a partir de la reforma constitucional de 1994, en los términos del art. 129, el cual establece que “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. En el marco de lo dispuesto por este artículo, el Congreso de la nación convocará a los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones”.

De esta manera, los constituyentes de 1994 han querido otorgar a la Ciudad de Buenos Aires un régimen de gobierno autónomo con particularidades propias, por ser, por un lado, una ciudad, y por el otro, conservar el carácter de capital de la federación.

Las provincias argentinas, conforme el art. 121, CN, conservan todo el poder no delegado al gobierno nacional, mientras que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires nació de manera inversa, es decir, como fruto de una expresa delegación por parte de las autoridades federales hacia la Ciudad.

La historia de la Capital Federal es un tema que, como sostiene Horacio Creo Bay,³¹ ha dividido durante largo tiempo a los argentinos. Comenzó con Rivadavia, quien fue el primero que intentó lograr que la Capital Federal tuviese su sede en Buenos Aires, pretensión que fue satisfecha con la sanción de la ley de 1826, pero que luego de las disputas y tensiones entre el presidente Rivadavia y el gobernador de Buenos Aires, general Las Heras, nunca entró en vigencia.

Posteriormente, con la Constitución de 1853, volvió a designarse a Buenos Aires como capital de la federación. El rechazo de Buenos Aires a adherir a dicha constitución motivó la federalización provisoria de la Ciudad de Paraná.

Con la posterior incorporación de Buenos Aires en 1860, esta pasó a ser capital de la República y asiento de las autoridades federales.

31 Creo Bay, Horacio, *Buenos Aires, Ciudad Autónoma*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, pág. 23.

Finalmente, en 1880 y a través de la ley 1029, se declaró formalmente capital de la República Argentina al municipio de Buenos Aires.

A partir de entonces y hasta la reforma de la Constitución de 1994, la situación institucional de la Ciudad de Buenos Aires no fue otra que la de un municipio con características particulares, en donde los poderes nacionales con asiento permanente en su territorio ejercían las facultades ejecutivas, legislativas y jurisdiccionales.

Con el nuevo art. 129, CN incorporado en 1994, la Ciudad cambió su estatus jurídico y se convirtió en una ciudad autonómica, es decir, un intermedio entre una provincia y un municipio.

Se faculta a la Ciudad de Buenos Aires a dictar su propio “estatuto organizativo”, sus instituciones y elegir sus respectivas autoridades de gobierno, esto es, un jefe de gobierno y una legislatura. Se le otorga, a título propio, representación en el Congreso Nacional, tanto en la cámara de diputados como en la de senadores. Conserva su doble estándar, por un lado, como capital de la república y, por el otro, el de ciudad autónoma. El caso es que, si la Ciudad llegara a perder la calidad de capital de la República, seguiría conservando el estatus autonómico consagrado en la CN.

CAPÍTULO VI

La constitución económica. Poder tributario del estado

JORGE AQUILES SERENI¹ Y EXEQUIEL ALBERTO JUÁREZ²

6.1. Introducción

En este capítulo analizaremos algunos temas vinculados a la llamada “constitución económica”, vale decir, aquellos institutos, principios y límites al *imperium* estatal que la Constitución establece como garantía para las personas –tanto personas humanas como jurídicas– en tanto actúan como contribuyentes.

6.2. Poder tributario del estado

6.2.1. Concepto

Por “poder tributario” debemos entender la potestad jurídica del estado de exigir contribuciones con respecto a las personas o bienes que se hallan dentro de su jurisdicción. Se ha considerado que la potestad tributaria deriva del poder de imperio que tiene el estado y que lo ejerce en el ámbito de su competencia por medio de los tres poderes que conforman el gobierno: el legislativo, ejecutivo y judicial.

1 Abogado y contador público. Especialista en Sindicatura Concursal, a cargo del Cuerpo de Peritos Contadores del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesor adjunto de la asignatura “Actuación judicial” y docente de las asignaturas “Actuación profesional del contador en sociedades” e “Instituciones de Derecho Público”, Facultad de Ciencias Económicas (UBA).

2 Abogado especialista en Derecho Penal, docente de la Facultad de Derecho (UBA) y docente de derecho en la Universidad Abierta Interamericana y Universidad Maimónides.

Dicha potestad es “...la capacidad potencial de obtener coactivamente prestaciones pecuniarias de los individuos y de requerir el cumplimiento de los deberes instrumentales necesarios para tal obtención”³.

Sin perjuicio de ello, corresponde destacar que dicha potestad no es absoluta ni total, sino que posee limitaciones de orden principalmente constitucional que derivan de la forma de organización política y del encuadramiento dentro de los lineamientos que la CN fija. Dicho poder de imperio es de carácter permanente, irrenunciable e indelegable.

6.2.2. Principios y límites del poder tributario del estado

6.2.2.1. Principio de legalidad

La frase latina *nullum tributum sine lege*, que significa “no hay tributo sin ley”, se explica como un sistema de subordinación a un poder superior o extraordinario que en el derecho moderno no puede ser la voluntad del gobernante, sino la voluntad de lo que representa el gobernante, es decir, de la misma sociedad representada. Es justamente esta representación la que otorga legitimidad al ejercicio del poder del estado y, al mismo tiempo, su potestad tributaria.

De esta manera, el principio de legalidad delimita el campo y legitima el obrar del estado para la imposición de tributos. No cualquier órgano puede imponer tributos, sino solo los que posean la potestad constitucional para hacerlo –autorización legal–, de lo que resulta que “están autorizados por la sociedad”, puesto que la ley es la voluntad de la sociedad.

Resulta sin más un medio de garantizar estabilidad y respeto por los derechos de toda la sociedad, fundados en el pacto social, y esta se expresa a través de la ley.

El tributo se debe en tanto y en cuanto sea el antecedente de un hecho previsto en una norma como presupuesto de la obligación –el llamado “hecho imponible”–. Dicha norma debe ser un mandato general, abstracto y coercible, dictado por el estado en sentido material.

6.2.2.2. Principio de igualdad

La igualdad es un valor jurídico receptado en nuestra CN en el art. 16, en cuanto dispone que todos los habitantes son iguales ante la ley y que dicho precepto es la base del impuesto y de las cargas públicas. El concepto de igualdad se afianzó en la modernidad, con la Revolución Francesa, bajo los lemas de libertad, igualdad y fraternidad.

Va de suyo que el principio de igualdad no hace referencia a un concepto meramente numérico que acarrearía sin más una situación diametralmente contraria a la esencia misma de la norma, sino más a una necesidad legal de asegurar idéntico tratamiento a quienes se encuentren en situaciones económicas similares.

3 Villegas, Héctor B., *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, 7^a ed., Depalma, Buenos Aires, 1999, pág. 186.

6.2.2.3. Principio de no confiscatoriedad

Este límite a la potestad tributaria del estado consiste en garantizar que este último no tenga la posibilidad de atentar contra el derecho de propiedad de los individuos. La CN asegura la inviolabilidad de la propiedad privada, su libre uso y disposición y prohíbe enfáticamente la confiscación. Va de suyo que, mediante tributos, el estado no podría vulnerar dicha garantía.

Si bien la determinación del carácter confiscatorio entra en matices no del todo claros, ha sido la Corte Suprema de Justicia de la Nación la que ha sostenido que los tributos son confiscatorios cuando absorben una parte sustancial de la propiedad o la renta de las personas. Para determinar los límites que se consideran admisibles, el tribunal ha considerado y fijado el 33% como tope de validez constitucional de ciertos tributos.

6.2.2.4. Principio de proporcionalidad

Este principio, que comparte ciertos componentes al ya analizado principio de igualdad, supone que la fijación de los tributos sea determinada a partir de las manifestaciones de capacidad contributiva, ya que lo deseado es que el aporte se realice en justa proporción con ella.

6.2.2.5. Principio de generalidad

El principio de generalidad surge también del art. 16, CN –igualdad ante la ley– y dispone que deben tributar quienes posean la capacidad contributiva para hacerlo. Cuando se habla de “generalidad”, se hace alusión a que las personas –tanto se trate de persona física o ideal– tienen el solidario deber de contribuir sin importar su sexo, religión, nacionalidad, edad o pensamiento político.

El límite al principio viene dado por la instrumentación de exenciones o beneficios impositivos o contributivos fijados por el estado bajo determinados supuestos y, por lo general, de carácter excepcional, que se fundan en razones de tipo social, económico o político.

6.3. Tributos

6.3.1. Concepto

Conforme surge del diccionario de la Real Academia Española, el vocablo “tributo” se define como “carga u obligación de tributar”, y así define entonces la tributación como la acción de tributar o “entregar el vasallo al señor en reconocimiento del señorío, o el súbdito al estado para las cargas y atenciones públicas, cierta cantidad en dinero o en especie”.

Desde una perspectiva jurídica, el tributo es una manifestación del poder coercitivo del estado, ya que este, prescindiendo de la voluntad de los obligados, lo establece unilateralmente, hallando suficiente legitimación para ello en el ejercicio de su soberanía.

Se trata del acatamiento de una obligación de dar; la vinculación de derecho público que existe entre los habitantes y el estado hace desplazar toda idea de que entre ambos existe alguna vinculación de tipo contractual, en la que el habitante pueda prestar su consentimiento previo a obligarse. Lo que está en cabeza del contribuyente es verdaderamente una prestación obligatoria y, por ende, no puede sustraerse de su cumplimiento.

En general, esta obligación se cumple mediante la entrega en dinero (aunque ello no es excluyente) de algún otro tipo de cumplimiento, con lo cual es válido decir que esta obligación es de carácter pecuniario por exigencias que devienen en gran parte de la estructura económica monetaria, y no porque la obligación tributaria sea esencialmente pecuniaria.

Su razón de ser principal, aunque no exclusiva, es dotar al estado de ingresos para cubrir las cargas públicas, lo cual no obstaculiza el hecho de que otros impuestos sean creados con otros objetivos orientados a solucionar problemáticas que no se ciñan solo a la política recaudadora fiscal. Se trata de una obligación con fuente legal, ya que su cumplimiento es exigido por ley. Generalmente, la opción de tal o cual tributo responde a una elección del legislador basada en el cumplimiento de los objetivos económicos y sociales trazados por el gobierno.

El tributo consiste en la materialización de una obligación genérica que reside en entregar al estado una cosa, la cual es exigida por él a todas las personas –contribuyentes– con el principal objeto de llevar adelante el fiel cumplimiento de las funciones que le son propias y cubrir los llamados gastos públicos.

El art. 2, apartado 1 de la ley general tributaria española –ley 58/2003– dispone que “...los tributos son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos. Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución”.

Por su parte, Giuliani Fonrouge⁴ sostiene que las clasificaciones acerca del impuesto han provenido en gran medida de la ciencia de las finanzas, y por ello es que sus autores han tenido mayormente en cuenta aspectos tales como los políticos, económicos o sociales y no precisamente aspectos netamente jurídicos. De allí que, justamente, al momento de recibir de aquella ciencia sus clasificaciones, el derecho haya creado las propias a partir del poder tributario del estado y, con ello, haya dotado todas las contribuciones, más allá de su denominación, de una análoga estructura jurídica.

⁴ Giuliani Fonrouge, Carlos M., *Derecho Financiero*, vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 2001, pág. 320.

6.3.2. Distintos modelos tributarios

6.3.2.1. MCTAL. OEA-BID

El modelo de Código Tributario para América Latina (MCTAL), realizado en 1967 bajo los auspicios de la Organización de los Estados Americanos y el Banco Interamericano de Desarrollo, establece en su art. 13 que “Tributos son las prestaciones en dinero que el estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines”.

Como se evidencia, la redacción de la norma alude a un concepto de tributo meramente técnico. En efecto, se considera el tributo como una prestación de dar cierta suma de dinero a favor del estado. El concepto no referencia en forma expresa quiénes deben soportar la carga tributaria. Tampoco se menciona la necesidad de la existencia de un dispositivo normativo.

En la exposición de motivos del MCTAL, se señala que, aunque autorizadas opiniones aconsejan excluir de los códigos las definiciones –para que la doctrina y la jurisprudencia elaboren libremente los conceptos–, la comisión estimó que, en el caso particular del MCTAL, destinado a homogeneizar instituciones y principios –y que, por lo tanto, tiene cierto carácter formativo–, era conveniente incluir las definiciones.

6.3.2.2. CIAT

El modelo de Código Tributario del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT) establece en su art. 2 que “1. Tributos son las prestaciones pecuniarias que el estado exige en ejercicio de su potestad tributaria y como consecuencia de la realización del hecho imponible previsto en la ley, al que esta vincula el deber de contribuir, con el objeto de satisfacer necesidades públicas. Constituyen tributos parafiscales aquellos establecidos de manera obligatoria por una ley, cuando no respondan totalmente a ninguna de las categorías del numeral 2. Estos tributos se regirán supletoriamente por las disposiciones de este código. 2. Los tributos se clasifican en: a) Impuestos. b) Tasas. c) Contribuciones especiales”.

En este caso, se aprecia que la definición adoptada por el modelo del Código Tributario del CIAT persigue los cánones de las tradicionales disquisiciones empleadas por la doctrina y por los códigos tributarios de la región. Se valora, además, la inclusión del concepto técnico de tributo cuya cristalización se plasma en el hecho imponible y su antecedente legal, es decir, por el imperio de la ley.

A diferencia de anteriores redacciones, el CT-CIAT del año 2015 ha abandonado la idea de incluir en la definición de tributo dos conceptos de suma transcendencia: por un lado el de prestaciones en “dinero” reemplazado por un concepto más adecuado y preciso, como lo es el de prestación “pecuniaria”. En segundo término, el “poder de imperio” que ha dado paso al de “potestad tributaria” lo cual es, también, más acorde y preciso desde una perspectiva técnica que su anterior redacción.

El dato tal vez más sobresaliente de la actual redacción es la inclusión en la definición general del supuesto de los tributos parafiscales, lo cual abona esta idea de mayor claridad tantas veces reclamada por la doctrina.

Para finalizar, la definición adoptada por el CT-CIAT, a semejanza del MCTAL, no hace expresa referencia a las personas que soportan la carga tributaria, es decir, al sujeto pasivo de la obligación tributaria.

6.3.2.3. Ley general tributaria de España (LGTE) – ley 58/2003

El art. 2 de la ley general tributaria de España (en adelante LGTE) dispone que “Los tributos son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos. Los tributos además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución”.

La LGTE desarrolla un concepto técnico del tributo en la medida en que se refiere a las “prestaciones pecuniarias”.

De este modo, se señala que el tributo es un ingreso público. Hay que tener presente que se consideran ingresos públicos las sumas de dinero que el estado y los demás entes públicos perciben y pueden emplear en el logro de sus fines.

Aquí hay que tener presente que el calificativo “público” se refiere al titular del ingreso, ya sea que se trate del estado o de un ente público. Esto significa que el ingreso público es tal debido a que constituye un ingreso obtenido por un ente público.

Cuando la ley española señala que el tributo es una consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, está aclarando que en la ley se describe el hecho generador del “deber de contribuir” y si un determinado caso concreto cumple con la indicada descripción legal se produce el inmediato nacimiento del tributo.

También es interesante advertir la presencia del deber de contribuir, que es una categoría propia del derecho constitucional. En este caso, se resalta el aspecto político y no económico del tributo –capacidad contributiva–. Esto significa que aunque la definición de tributo no lo mencione expresamente, el tributo responde al principio de capacidad contributiva.

En este sentido, es importante tener presente lo que señala el art. 31.3 de la Constitución española, en cuanto indica que “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”.

6.3.3. Capacidad contributiva

6.3.3.1. Concepto

El concepto debe entenderse como la aptitud de un individuo de ser sujeto pasivo de obligaciones de naturaleza tributaria.

Es la capacidad contributiva la causa de la obligación que le confiere su naturaleza tributaria y es, a su vez, el límite material en cuanto al contenido de la norma tributaria, en cuanto garantiza su justicia y razonabilidad.

En esa dirección, “la capacidad contributiva del individuo es el fundamento del deber de obtención de los fines comunes e indica la cantidad de riqueza que legítimamente puede ser cobrada con fines solidarios dentro de los límites que facilitan la libre iniciativa económica privada y, además la dirección y la coordinación hacia fines sociales de la actividad pública y privada. En este sentido, la capacidad contributiva constituye el presupuesto, límite y fundamento del pago y consiste en la idoneidad del sujeto a ser coactivamente sometido a la potestad tributaria según los criterios de progresividad”⁵. Posee, a su vez, una doble función: legitima el poder tributario y fija un límite al ejercicio de dicho poder.

La capacidad contributiva emerge entonces justificando la imposición del tributo, ya que, por mandato constitucional, todos los sujetos deben contribuir equitativamente al mantenimiento del estado.

El profesor Dino Jarach entiende que “el principio de capacidad contributiva es un límite al poder fiscal, por cuanto no se viola el principio de legalidad cuando el impuesto es proporcionado a la capacidad contributiva”⁶.

En el mismo sentido, Villegas señala que “...el principio constituye el soporte de las garantías constitucionales que limitan el poder tributario. La generalidad exige la no exención (salvo motivos razonables) de quienes tengan capacidad contributiva; la igualdad requiere que no se hagan arbitrarios distingos, sino los que tengan fundados en la capacidad contributiva (salvo fines extrafiscales); la proporcionalidad garantiza contra progresividades que no se adecuan a la capacidad contributiva graduada según la magnitud del sacrificio que significa la privación de una parte de la riqueza; la confiscatoriedad se produce ante aportes tributarios que exceden la razonable posibilidad de colaborar al gasto público; la equidad y la razonabilidad desean la justicia en la imposición y tal concepto está expresado por la idea de que cada cual responda según su aptitud de pago”⁷.

Ahora bien, el concepto analizado no se encuentra expresamente contenido en nuestra CN, sino que surge implícitamente de los arts. 4, 16, 17 y 75, inciso 2. Así, por cuanto la norma suprema, al referirse a los tributos, lo hace con una terminología que no puede dejar dudas sobre la intención de los constituyentes.

Los señalados arts. 4 y 17 hablan de contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso; el art. 16 en cuanto a la igualdad como base del impuesto; y el art. 75, inciso 2, al otorgarse al Congreso la facultad excepcional de imponer contribuciones directas se estipula que ellas deben ser proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación.

Por último, Villegas⁸ sostiene que la capacidad contributiva posee cuatro implicancias:

5 Amatuci, A. A. y González García, E., *Tratado de Derecho Tributario*, t. 2, Temis, Bogotá, 2001, pág. 7.

6 Jarach, Dino, *Curso de Derecho Tributario*, 3^a ed., CIMA, Buenos Aires, 1980, pág. 151.

7 Villegas, Héctor B., *ob. cit.*, pág. 314.

8 Villegas, Héctor B., *ob. cit.*, pág. 317.

- 1) Exige a los titulares de medios aptos para hacer frente al impuesto el deber de contribuir en razón de un tributo o de otro, salvo quienes no cuenten con un nivel económico mínimo, los cuales quedan al margen de la imposición;
- 2) El sistema tributario debe estructurarse de tal manera que los de mayor capacidad económica tengan una participación más alta en las entradas tributarias del estado;
- 3) Los hechos imponibles o bases imponibles no pueden seleccionarse bajo circunstancias o situaciones que no sean abstractamente idóneas para reflejar una capacidad contributiva determinada;
- 4) El límite a la capacidad contributiva será fijado sobre la base de un juicio de razonabilidad sobre el tributo o conjunto de tributos que recaigan sobre un individuo, ya que de lo contrario se estaría atentando contra la propiedad, al confiscarla ilegalmente.

6.3.3.2. Evolución jurisprudencial

En el fallo del 19 de diciembre de 1989 “Marta Navarro Viola de Herrera Vegas c/Nación Argentina – DGI”⁹, la Corte Suprema de Justicia de la Nación –en adelante CSJN– analizó el caso de la ley 22604, la cual implementó un impuesto de emergencia por única vez sobre los activos financieros existentes al 31 de diciembre de 1981. La actora poseía a dicha fecha acciones, parte de las cuales donó a una fundación el 5 de abril de 1982. Es decir, la demandante, si bien poseía las acciones al 31/12/1981, ya parte de ellas no las poseía a la fecha de la sanción de la ley que creaba el tributo. La actora pagó el tributo correspondiente, incluyendo el importe de las acciones donadas y, a pesar de considerar improcedente el gravamen en este aspecto, interpuso luego el reclamo de repetición. El tema de discusión se centra en el hecho de que ni del texto ni de la exposición de motivos surge que, como condición de aplicación de la ley 22604, fuera necesario que los activos financieros permanecieran en el patrimonio del contribuyente al sancionarse la ley. Al mismo tiempo, el Fisco Nacional sostuvo que aceptar las pretensiones de la actora propiciaría que eventuales contribuyentes detrajeran de su patrimonio los activos a gravar en razón de haber tomado conocimiento previo de esa forma de imposición. Es lo que se conoce como el “efecto noticia del impuesto”.

La CSJN sostuvo en su fallo que la existencia de una manifestación de riqueza o capacidad contributiva es indispensable como requisito de validez de todo gravamen. En tales condiciones señaló que la afectación del derecho de propiedad resulta palmaria cuando la ley torna como hecho imponible una exteriorización de riqueza agotada antes de su sanción, sin que se invoque siquiera la presunción de que los efectos económicos de aquella manifestación permanecen, a tal fecha, en la esfera patrimonial del sujeto obligado. Así, la Corte dejó sentado los caracteres comunes al concepto de capacidad contributiva, esto es que debe ser real, efectiva y actual.

⁹ Fallos: 312:2467.

Seguidamente, el 4 de mayo de 1995, en el fallo “Indo SA c/Fisco Nacional – DGI s/repetición. L. 11683”¹⁰ se trató el reclamo de devolución de importes ingresados en razón del régimen de “ahorro obligatorio” –L. 23256– ante la depreciación que sufría el dinero depositado al no permitirse su reajuste. Dicha ley tomaba como base la capacidad económica resultante de la renta o el patrimonio del contribuyente. Cabe agregar que, aunque con distintos matices, en el voto de los ministros de la Corte Suprema en el caso “Horvath, Pablo c/Nación Argentina” de la misma fecha, existe coincidencia entre ellos en atribuirle naturaleza tributaria al ahorro obligatorio.

En su fallo, la CSJN resalta la necesidad de corregir los efectos de la inflación, dado que se producen perturbaciones graves sobre los tres aspectos de la capacidad contributiva: sobre la capacidad objetiva al deformarse la cuantificación de los rendimientos netos; sobre la capacidad subjetiva al no tenerse en cuenta los gastos reales que integran el mínimo no imponible y cargas de familia; y sobre la intensidad del gravamen al agudizarse la progresividad para los escalones más bajos de renta. De no ser corregidos los efectos de la inflación, la capacidad económica gravada será inexistente o ficticia.

Expresamente, dijo: “La previsión legislativa de la restitución de los importes depositados en las cuentas estatales –y la pertinente reglamentación– queda comprendida dentro de las amplias y discrecionales facultades que son propias del Congreso cuyo ejercicio no es revisable por el Poder Judicial [...]. Que por lo demás, cabe señalar que al tratarse en el Congreso el proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo, se suprimió el mecanismo de actualización [...] Resulta claro entonces que la ley no permite el reajuste de las sumas depositadas por los contribuyentes. En tales condiciones, corresponde señalar que el principio de separación de los poderes –fundamental en el sistema republicano de gobierno adoptado por la Constitución Nacional– no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto expresamente por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacuerdo”.

Por último, el 27 de agosto de 1996, en el fallo “San Telmo SAAIC c/Nación Argentina s/acción declarativa”¹¹, la CSJN analizó la inconstitucionalidad de la ley 23549 sobre régimen de “ahorro obligatorio”, al pretender cobrar el impuesto cuando un peritaje contable producido en el expediente aclaraba que el contribuyente “carecía de capacidad de ahorro al momento de devengarse la obligación de pago del ahorro obligatorio, hecho que se confirma al empeorar con posterioridad su situación patrimonial, económica y financiera”.

6.3.3.3. Criterio aplicable desde la reforma constitucional de 1994

Conforme fuera desarrollado en los acápite que anteceden al presente, de la CN surgen una serie de principios que regulan el marco sobre el cual descansa toda la actividad tributaria de la Nación. Ejemplos de ellos son el art. 4 (formación del tesoro nacional), el art. 16 (igualdad), art. 18 (legalidad), art. 28 (razonabilidad), art. 33 (derechos y garantías

10 Fallos: 318:785.

11 Fallos: 319:1726.

implícitos), art. 75, inciso 2 (potestad normativa y coparticipación), señalados como los fundamentales.

No resulta baladí mencionar que el art. 75, inciso 2, tercer párrafo estableció el reparto de los ingresos entre la Nación, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con la indicación de que tal distribución sería “...equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional”.

Ahora bien, a partir de la reforma del año 1994 el constituyente incluyó dentro del art. 75, inciso 22 los tratados internacionales sobre derechos humanos, con jerarquía constitucional.

Sobre el tema que nos ocupa, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. XXXVI, dice que “...*toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos*”.

Del mismo modo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 29, dispone: “1. Toda persona tiene deberes respecto de la comunidad, puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y del bien de una sociedad democrática”.

Si bien la redacción original de la Constitución 1853/60 no incluyó concepto alguno sobre capacidad contributiva, y la reforma mantuvo sin alteraciones el articulado, los agregados al art. 75, inciso 22 antes mencionados contemplan dicho principio como fundamento del deber jurídico y hasta moral de contribuir a la manutención del Estado.

6.3.4. Concepto de presión tributaria

En la doctrina se han señalado las dificultades de abordar una definición concreta y, a su vez, completa del concepto de “presión tributaria”. Sin perjuicio de ello, se ha dicho que puede definirse como “la disminución del poder de adquisición o el aumento del coste que produce en un determinado sistema económico la actividad financiera del Estado. Se trata [...] de una resultante de dos componentes: por una parte detacción de impuestos y por otra empleo de los respectivos ingresos”¹².

Cosciani¹³ considera la presión fiscal como “...la relación existente entre la cuantía de los ingresos fiscales y la renta colectiva”. En dicho contexto, corresponde añadir que los ingresos denominados fiscales comprenden desde ya los impuestos, pero también las tasas y, además, la parte del producto de las empresas públicas, en cuanto excedan del beneficio

12 Saccone, Mario A., *Manual de Derecho Tributario*, LL, Buenos Aires, 2002, pág. 253.

13 Cosciani, Cesare, *El impuesto al valor agregado*, Depalma, Buenos Aires, 1969, pág. 177.

industrial normal. De esta forma, los ingresos fiscales comprenderán todos aquellos cuya recaudación esté a cargo del estado.

El autor antes citado considera que sobre la presión fiscal pueden hacerse una serie de consideraciones, a saber: a) toda detacción de impuestos implica necesariamente una disminución de la capacidad de consumo de la clase social que resulta gravada o un aumento del coste de producción de un grupo económico particular, b) todo empleo del producto de los impuestos no implica necesariamente un aumento correspondiente del poder de adquisición o de los consumos efectivos de los particulares, ni una disminución del coste de producción, c) todo empleo de medios financieros supone una transferencia de poder de adquisición de una clase a otra¹⁴.

Por último, se ha señalado que la presión tributaria puede ser positiva o negativa. Consiste la primera en la disminución del poder de adquisición o el aumento del coste de producción que las economías de un determinado sistema económico son obligadas a soportar por la actividad financiera del estado. Su versión negativa se dará cuando las mismas economías se beneficien del consiguiente empleo de los impuestos en medida superior, igual o inferior a las relativas cargas, es decir, en caso de que los beneficios superen las cargas.

6.4. Impuestos

6.4.1. Concepto

Es el tributo exigido por el estado a quienes se hallan en las situaciones consideradas por la ley como generadoras de la obligación de tributar –hechos imponibles–, situaciones estas ajena a toda concreta acción gubernamental vinculada a los pagadores¹⁵.

Llámase impuesto al tributo el que se establece para los sujetos en razón de la valorización política de una manifestación de la riqueza objetiva –independientemente de la consideración de las circunstancias personales de los sujetos a los que esta riqueza pertenece o entre los cuales se transfiere— o subjetiva, teniendo en cuenta las circunstancias personales de los sujetos pasivos, tales como su estado civil, cargas de familia, monto total de ingresos y fortunas¹⁶.

6.4.2. Clasificaciones

6.4.2.1. Reales y personales

La doctrina¹⁷ los ha clasificado siguiendo cuatro criterios distintos. Un primer criterio denomina personales aquellos en los cuales el sujeto pasivo colabora en la determinación de

14 Cosciani, Cesare, *ob. cit.*, pág. 178 y ss.

15 Villegas, Héctor B., *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, 9^a ed., Buenos Aires, 2005, pág. 157.

16 Jarach, Dino, *Finanzas públicas y derecho tributario*, 4^a ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, pág. 245.

17 Ídem nota anterior.

dicho impuesto, ya sea inscribiéndose en los registros respectivos, presentando declaraciones juradas, etc. Son reales, en cambio, los impuestos que prescinden de esa colaboración administrativa.

Un segundo criterio los clasifica de acuerdo a la técnica legislativa utilizada en la determinación del hecho imponible respecto a los aspectos objetivos y subjetivos.

Serían personales aquellos impuestos que ponen en evidencia la persona del contribuyente al lado del aspecto objetivo del hecho imponible, y reales los que la ley no define al sujeto sino que surge través del hecho imponible objetivo.

Por ejemplo, son personales siguiendo este criterio el impuesto a la renta de las personas físicas como el de las sociedades, ya que aquí el legislador expresa claramente quién es el contribuyente. Por el contrario, son reales los impuestos que ponen de relieve el aspecto objetivo del hecho imponible. Esto sucede, por ejemplo, con los derechos aduaneros, en los impuestos a la propiedad inmueble, etc.

Un tercer criterio define como reales los impuestos cuyas obligaciones están respaldadas por una garantía real sobre los bienes comprendidos en el objeto de los hechos imponibles, y como personales a los que carecen de esa garantía.

Finalmente, un cuarto criterio consiste en clasificar como personales los que buscan determinar la capacidad contributiva de las personas físicas, discriminando la cuantía del gravamen según las circunstancias económicas personales del contribuyente. Por el contrario, define como reales los que prescinden de dichas circunstancias. Y elige como hechos imponibles del gravamen manifestaciones objetivas de riqueza.

En conclusión, podemos definir como impuestos reales los impuestos que consideran en forma exclusiva la riqueza gravada prescindiendo de la situación personal del contribuyente. Por ejemplo, los impuestos a los consumos; y como impuestos personales los que tienen en cuenta la especial situación del contribuyente y valoran los elementos que integran su capacidad de pago, por ejemplo, el impuesto a la renta.

6.4.2.2. Fijos, proporcionales y progresivos

Esta clasificación es la que se establece relacionando el monto del impuesto con respecto al monto imponible:

- 1) *Fijos*: son aquellos impuestos que se establecen en una suma invariable por cada hecho imponible, cualquiera fuera el monto de la riqueza involucrada. También incluye la categoría de graduales, que son los que varían en relación con la graduación de la base imponible. Un ejemplo de este último es clasificar las empresas diferenciándolas por hechos objetivos –número de empleados, volumen de ventas, gastos variables, etc.–; el ejemplo típico en nuestro país es el monotributo.
- 2) *Proporcionales y progresivos*: un impuesto es proporcional cuando mantiene una alícuota constante de su base imponible, por ejemplo, el impuesto a los consumos.

Es progresivo cuando aumenta la alícuota a medida que se incrementa el valor de la riqueza gravada; tal es el caso del impuesto progresivo a la renta total de las personas.

6.4.2.3. Directos e indirectos

Esta clasificación es la más trascendente en nuestro país de acuerdo a nuestro diseño constitucional en materia tributaria, en la cual se delimitan las facultades impositivas entre la Nación y las provincias siguiendo un criterio administrativo que prevalecía en la doctrina de la época en que fue dictada nuestra Carta Magna. Así lo expresa el art. 75 en los incisos 1 y 2 de nuestra CN, que tiene su fuente en el art. 4:

“Art. 75. Corresponde al Congreso: 1. 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.

2. 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. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables”.

“Art. 4. 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...”.

Tradicionalmente, los impuestos se dividen en directos e indirectos, pero hasta el presente no hay coincidencia en cuanto al criterio atributivo de esas categorías.

Un primer criterio de clasificación consiste en considerar como impuestos directos los que se recaudan periódicamente según listas o padrones –porque gravan situaciones más o menos estables– como, por ejemplo, el impuesto inmobiliario, mientras que los impuestos indirectos no se pueden incluir en listas dado que gravan actos o situaciones accidentales como los consumos.

Un segundo criterio de clasificación y tal vez el más antiguo se basa en la posibilidad de traslación, o sea, la transferencia económica de la carga impositiva de su pagador a un tercero.

Considera impuestos directos los que son soportados efectivamente por los contribuyentes designados como tales por la ley y que no se trasladan a otros sujetos, y como indirectos los que, en cambio, se trasladan a sujetos distintos del contribuyente *de iure*.

En los impuestos indirectos, surge la figura del contribuyente de facto, o sea, quien en definitiva soporta la carga del impuesto al término de todos los procesos de traslación.

Un tercer criterio de clasificación de los impuestos, en directos o indirectos, es el que agrupa como impuestos directos los que gravan manifestaciones directas de la capacidad contributiva, o sea, la renta y el patrimonio, y como impuestos indirectos los que gravan manifestaciones indirectas, tales como el consumo, la transferencia de bienes, etc.

6.4.2.4. Instantáneos y periódicos o de ejercicio

Esta clasificación tiene en cuenta las manifestaciones de riqueza de carácter periódico o permanente, y los gravámenes que se aplican por una sola vez.

Impuestos periódicos o de ejercicio son aquellos cuyo hecho imponible goza de continuidad en el tiempo, de forma que el legislador se ve obligado a fraccionarlo. Cada fracción resulta luego una deuda tributaria distinta, por ejemplo, el impuesto a la renta. En cambio, los instantáneos son aquellos cuyo presupuesto de hecho se agota, por su propia naturaleza, en un determinado período de tiempo, por ejemplo, el impuesto a la herencia.

6.4.2.5. Impuestos financieros y de ordenamiento

Dice Héctor B. Villegas¹⁸ que los impuestos financieros son las prestaciones exigidas por el estado, y que su fin exclusivo o principal es el de cubrir los gastos públicos, sin retribución específica. Mientras que los impuestos de ordenamiento son las prestaciones de dinero a las que recurre el estado no prioritariamente para lograr ingresos, sino para determinar una conducta, un hecho u omisión. Suelen tener por objeto fomentar algunas actividades estimulando a los contribuyentes para que las emprendan. También, su intención puede ser disuadirlas. Si lo que se desea es incentivar, se adoptan diferimientos para el pago de impuestos, exenciones o reducciones por un tiempo determinado; lo mismo se hace si se quiere fomentar el desarrollo de ciertas actividades en determinada provincia o regiones del país.

6.4.3. Efectos económicos de los impuestos

A fin de abordar el tema, utilizaremos el esquema adoptado por la doctrina tradicional, especialmente la italiana, que fuera desarrollada luego por Edwin R. A. Seligman en “The Shifting and Incidence of Taxation”. El prestigioso profesor norteamericano analizó la traslación e incidencia de los impuestos¹⁹.

- 1) *Noticia*: este efecto se produce cuando el ciudadano se entera a través de los medios que se va a crear un nuevo impuesto o modificar uno existente en forma más gravosa para él. Ante esta, las conductas pueden ser de distintos tipos:
 - a) Acaparar bienes, que serán más caros al sancionarse el impuesto.
 - b) Adaptarse a un consumo menor o dejar de usar ciertos objetos o productos.
 - c) Modificar estructuras con el fin de eludir el impuesto.
- 2) *Percusión*: es el hecho por el cual el contribuyente *de iure*, o sea, quien, por estar comprendido dentro del hecho imponible, debe pagar por designación y coacción legislativa.

Las conductas del contribuyente abarcan una serie de opciones. La más trascendente es la que se produce cuando el impuesto se transfiere a la fase siguiente –traslación–.

18 Villegas, Héctor, *ob. cit.*, en nota 15, pág. 163.

19 Seligman, Edwin R. A., “The Shifting and Incidence of Taxation” (“Introducción a la traslación e incidencia de los impuestos”) en Musgrave, Richard Abel y Shoup, Carl S., (Comps.), *Ensayos sobre economía impositiva*, FCE, México, 1964, págs. 223/35.

Cuando el sujeto pasivo es alcanzado por el impuesto sin posibilidad de trasladarlo, trae consecuencias en la conducta económica del contribuyente y alteraciones en el mercado.

- 3) *Traslación económica*: el proceso de traslación se realiza esquemáticamente:²⁰ el impuesto es exigido a quienes están encuadrados en los hechos imponibles. Esas personas se denominan “contribuyentes *de iure*”, o sea, los designados por la ley para pagar el impuesto. Pero suele ocurrir que quien ingresa el importe al Fisco no es en realidad quien soporta su carga. Esta recae en un tercero, a quien se denomina “contribuyente *de facto*”.

La transferencia de la carga impositiva se llama *traslación* y a veces es prevista por el legislador. Así, la mayor parte de los impuestos al consumo es soportada por el vendedor, pero como este los agrega al precio de sus productos, en definitiva, son soportados por los compradores. En otros casos, la traslación se produce sin estar prevista por el estado.

En impuestos modernos como el IVA, la propia ley exige que se opere el proceso de traslación, el cual, en consecuencia, adquiere un carácter jurídico.

La traslación a la que hacemos referencia está supeditada exclusivamente a la economía y se efectúa con total prescindencia de disposiciones legales. Es la que opera siguiendo las leyes de la oferta y la demanda.

- 4) *Incidencia*: es el fenómeno por el cual ciertos sujetos, que han sufrido la traslación del impuesto y que no pueden a su vez trasladarlo a otros, soportan la carga del impuesto desembolsando el precio de las mercaderías o servicios que adquieren conjuntamente con el impuesto, o ven disminuido el precio del importe que han de percibir sobre sus ventas.
- 5) *Difusión*: consiste en la irradiación a todo el mercado de los efectos económicos del impuesto mediante lentas, sucesivas y fluctuantes variaciones, tanto en la demanda como en la oferta de mercaderías y también en los precios. Como consecuencia del impuesto se producen alteraciones en el consumo, en la producción y en el ahorro.

6.5. Tasas

6.5.1. Concepto

Según Villegas,²¹ las tasas son prestaciones tributarias exigidas a quienes de alguna manera afecta o beneficia una actividad estatal.

Existen diversas definiciones de tasas. Algunas restringen su alcance a servicios que solo se conciben como particularizados en una cierta persona, por ejemplo, la tasa que se percibe por la obtención de un pasaporte. Otros autores comprenden dentro del mismo

20 Villegas, Héctor, *ob. cit.*, en nota 15, pág. 164.

21 Villegas, Héctor, *ob. cit.*, en nota 15, pág. 169.

instituto otras actividades en las cuales prevalece el servicio que es útil a la gente en general y no referidos a un contribuyente concreto.

Para Jarach,²² “la tasa es un tributo caracterizado por la prestación de un servicio público individualizado hacia el sujeto pasivo”.

Giannini²³ sostiene que “la tasa constituye una prestación debida por el desarrollo de una actividad del ente público que afecta particularmente al obligado”.

Con un criterio más amplio, Giuliani Fonrouge²⁴ define el instituto como “la prestación pecuniaria exigida compulsivamente por el estado, en virtud de ley, por la realización de una actividad que afecta especialmente al obligado”.

Villegas adhiere a un criterio más amplio y considera que la tasa es el tributo cuyo hecho imponible está integrado por un hecho o circunstancia relativos al contribuyente y por una actividad a cargo del estado que se refiere o afecta en mayor o menor medida a dicho contribuyente.

6.5.2. Características esenciales

Siguiendo a Héctor Villegas, podemos enunciar los principales elementos que caracterizan las tasas.

- 1) *Naturaleza del tributo*: la tasa tiene carácter tributario, o sea que el estado la exige en virtud de su poder de imperio, con lo que la diferencia del precio.
- 2) *Principio de legalidad*: ello está implícito ya que se trata de un tributo.
- 3) *Actividad efectiva*: de acuerdo a su definición, su hecho imponible está integrado con una actividad que el estado cumple y que está vinculada con el obligado al pago. La Corte Suprema ha sostenido que es de la naturaleza de la tasa que su cobro corresponda a la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio relativo al contribuyente²⁵.
- 4) *Destino del producido*: algunos autores afirman que la circunstancia de que el producto de la recaudación esté exclusivamente destinado al servicio respectivo también es una característica de la tasa.

6.6. Contribuciones especiales

6.6.1. Concepto

Esta categoría comprende gravámenes de diversa naturaleza y puede definirse como la prestación obligatoria debida en razón de beneficios individuales o de grupos

22 Jarach, Dino, *ob. cit.*, en nota 16, pág. 226.

23 Giannini, Achille D., *Istituzioni di diritto tributario*, 9^a ed., A. Giuffre, Milán, 1972, pág. 51.

24 Giuliani Fonrouge, Carlos M., *ob. cit.*, t. II, pág. 1065.

25 Fallos: 224:663.

sociales, derivada de la realización de obras públicas o de especiales actividades del estado²⁶.

Según este concepto, las contribuciones especiales adquieren mayor amplitud que la reconocida por cierta parte de la doctrina.

Algunos autores, en efecto, las limitan a la llamada contribución de mejoras, por considerar que gravámenes generalmente incluidos en esta categoría constituyen verdaderos impuestos; otros incorporan, además, las prestaciones debidas por la posesión de cosas o el ejercicio de actividades que exigen una erogación o mayores gastos estatales, como en el caso de la utilización de caminos públicos.

Giuliani Fonrouge incluye en esta categoría no solamente las contribuciones relacionadas con la valorización de la propiedad, sino también las de seguridad social²⁷ y las vinculadas con fines de regulación económica o profesional.

En consecuencia, según esta interpretación amplia, el concepto de “contribución especial” incluye la contribución de mejoras por valorización inmobiliaria a consecuencia de obras públicas, gravámenes y algunos tributos sobre vehículos motorizados y diversas contribuciones que suelen llamarse parafiscales.

6.7. El peaje

Significa la prestación dineraria que se exige por circular en una vía de comunicación vial o hidrográfica –camino, autopista, puente, túnel, etc.²⁸–.

En la historia hay numerosos ejemplos de derechos cobrados a los usuarios de vías de comunicación; algunas veces el producto se destina a financiar la construcción y conservación de tales vías de comunicación.

En otras oportunidades, se lo utiliza como medio para obtener recursos generales. Esto lleva a su desprecio; en la actualidad reaparecen los peajes bajo otra concepción.

Se organizan sistemas de este tipo para facilitar e impulsar el tránsito utilizando los fondos recaudados mediante el sistema de peaje en la construcción y conservación de vías modernas de comunicación.

En la actualidad, el instituto se ha generalizado y muchas veces importantes obras públicas viales e hidrográficas de comunicación de diversos países deben su existencia y mantenimiento al peaje.

26 Giuliani Fonrouge, Carlos M., *ob. cit.*, t. I, pág. 267.

27 Ídem nota anterior, pág. 268.

28 Villegas Héctor, *ob. cit.*, nota 15, pág. 199.

CAPÍTULO VII

La constitución económica. Distribución de potestades tributarias

GERMAN KRIVOCAPICH¹

7.1. Distribución de potestades tributarias entre la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires. Poder tributario municipal

7.1.1. Principios generales de distribución de la renta pública en la Constitución. Normas de distribución específicamente tributarias

De modo introductorio, presentamos las disposiciones constitucionales de contenido tributario expreso:

- 1) *Principio de legalidad:* 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".

1 Abogado (UBA). Especialista en Derecho Tributario. Profesor adjunto regular por concurso de la asignatura "Finanzas públicas" y "Derecho Tributario" de la carrera de abogacía (UNLAM). Profesor asociado a cargo de la cátedra "Finanzas públicas" de la licenciatura en ciencias políticas (UNLAM). Profesor de la asignatura "Tributos locales" en la carrera de especialización de Derecho Tributario (UBA). Profesor de la asignatura "Finanzas públicas" y "Derecho Tributario" de la maestría en derecho administrativo (UAI). Profesor invitado en la carrera de especialización en tributación (UNMdElP). Director y profesor de la carrera de especialización en tributación local (UNTREF). Docente de posgrado en el programa de actualización "Asesoría legal para PYMES" (CASI-UBA). Profesor adjunto de las materias "Economía política", "Finanzas públicas" y "Derecho Tributario" (USI). Profesor adjunto REGULAR por concurso de la asignatura "Instituciones de Derecho Público" en la Facultad de Ciencias Económicas (UBA). Autor de varios artículos y colaborador en libros de la especialidad. Consultor proyecto de investigación (UNLAM). Asesor legal de la Secretaría de Hacienda de la Municipalidad de Vicente López. Asesor legal de la Secretaría de Hacienda de la Municipalidad de Pergamino. Miembro de la AAEF, miembro del CAEPT. Subdirector del Instituto de Finanzas Públicas y Derecho Tributario del CASI.

2) *Reserva de ley en materia tributaria*: en forma positiva, asignando competencia al órgano depositario de la voluntad general: art. 4: Entre los recursos del Tesoro Nacional “...las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General...”.

Art. 17: “...Solo el Congreso impone contribuciones que se expresan en el art. 4...”.

Art. 75: “Corresponde al Congreso: 1. Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación [...] 2. 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...”.

Art. 52: “A la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de la leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas”.

3) *Reserva de ley*: en forma negativa, pues priva al ejecutivo de la competencia tributaria: art. 29: “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 los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.

Art. 99, inciso 10: acota las atribuciones del Poder Ejecutivo en materia tributaria, atento 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”. Este último también es ley.

Art. 99, inciso 2: el Ejecutivo “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”.

Art. 76: “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...”.

Art. 99, inciso 3: “...El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable emitir disposiciones de carácter legislativo. Sólo 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 continuación, y a lo largo de este capítulo, se desarrolla la aplicación de las normas constitucionales referenciadas, articuladas con los contenidos de este bloque temático.

7.1.1.1. La autonomía municipal en la Constitución reformada

Sin perjuicio de la larga discusión doctrinaria y de la evolución jurisprudencial que sobre la cuestión se había dado en nuestro país, es claro que a partir de la reforma del año 1994 ha quedado plasmada en la CN una norma que, según entendemos, resuelve definitivamente la debatida cuestión del estatus jurídico de los municipios de provincia: su art. 123 establece que cada constitución provincial debe asegurar “la autonomía municipal”, lo cual ha venido a complementar lo establecido en el art. 5, en cuanto a que no solo se debe asegurar el régimen municipal, sino también la autonomía de las comunas.

La autonomía municipal se debe definir como la capacidad que tienen las comunas para dictar su propia ley, dar sus propias instituciones y de gobernarse por medio de ellas, sin que ningún otro órgano ejerza autoridad alguna que desnaturalice dicha potestad.

Sin perjuicio de ello, debe quedar claramente sentada la facultad constitucional que poseen las provincias de reglar el alcance y contenido de la mencionada autonomía municipal, aunque tal reglamentación no debe ser entendida como sinónimo de vaciamiento.

Compartimos y seguimos el criterio expuesto por el doctor Horacio Rosatti², en el sentido de que el ejercicio de la autonomía *plena* por cada municipio implica reconocer las siguientes cinco atribuciones:

- a) Autonormatividad constituyente: capacidad de darse su propia norma fundamental;
- b) Autocefalía: capacidad de elegir sus propias autoridades;
- c) Autarcía: autosatisfacción económica y financiera, derivada de poseer recursos propios;
- d) Materia propia: reconocimiento de facultades de legislación, ejecución y jurisdicción;
- e) Autodeterminación política: reconocimiento de garantías frente a las presiones políticas.

Solamente cuando las comunas ejerzan estas cinco potestades se puede decir que estamos frente a un ente que posee autonomía en el sentido que emana del art. 123 de la ley fundamental.

Desde la sanción de la reforma constitucional de 1994, los municipios de provincia gozan de autonomía en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero, pues el citado art. 123 establece en forma clara que los municipios de provincia son autónomos, aun cuando las provincias puedan reglar su alcance.

2 Rosatti , Horacio D., *Tratado de Derecho Municipal*, t. I, 2^a ed. actualizada, Rubinzal - Culzoni editores, Buenos Aires, 1997, pág. 94.

Según Linares Quintana, uno de los métodos de interpretación de la ley fundamental es el histórico, y gracias a él puede señalarse que la normativa constitucional no ha hecho más que receptar, por un lado, la evolución jurisprudencial que, de entender los municipios como meras delegaciones administrativas, arribó a un pronunciamiento en el cual estableció la autonomía de las comunas; y por otro, el reconocimiento que desde 1957 se había producido en el constitucionalismo provincial en ese sentido; todo lo cual lleva, por medio de esta regla, a entender que hay acontecimientos históricos que motivaron que se estableciera una norma como la contenida en el art. 123 de la Carta Magna.

A partir del método de interpretación constitucional sistemático, relacionando el art. 123 de la CN con los arts. 5 y 75, inciso 30, se infiere que los municipios son autónomos y que tienen poder de imposición propio. Al vincular ese concepto con el art. 75, incs. 2, 13 –cláusula comercial–, 18 –cláusula del progreso– y 30 –cláusula de los establecimientos de utilidad nacional–, puede verse que estas últimas normas establecen una serie de limitaciones a la autonomía, tanto provincial como municipal, en pos de objetivos de la Nación, los cuales, en virtud de su importancia, tienen como natural consecuencia que las potestades comunales y, en algunos casos hasta las provinciales, no puedan ser ejercidas.

Por último, y en razón del enfoque semántico, no cabe ninguna duda de que al utilizar el constituyente la palabra “autonomía” –al referirse a los municipios de provincia– ha sido su intención determinar que las comunas tienen la potestad de dictar su propia ley y de gobernarse por medio de ellas, pues tal es el significado genérico y común que podemos asignar a esa expresión.

Pero entendiendo que la palabra “autonomía” puede tener varios significados, es posible recurrir a la voluntad o intención del legislador a fin de clarificar qué se quiso decir por medio de ella. En el caso, es claro que fue intención del constituyente dotar los municipios de facultades mayores de las que poseían, por lo cual el significado que cabe atribuir a la expresión es el consignado anteriormente.

Determinado así que, a partir de la reforma constitucional, los municipios poseen carácter autónomo, es necesario abordar las consecuencias prácticas, diferentes de las financieras y tributarias, que trae aparejada dicha afirmación, pues desde nuestro punto de vista son verdaderamente relevantes.

En primer lugar, y en virtud del principio de la primacía de la CN –art. 31– y de la adecuación que a ella deben atender las constituciones provinciales –art. 5–, es que las leyes fundamentales locales, cuyas normativas no establezcan la autonomía de las comunas que la componen, como, por ejemplo, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires –según surge de su art. 190 y ss.–, son inconstitucionales, por lo que deben ser adecuadas a la normativa de la Carta Magna.

Por otro lado, cada municipio ha quedado facultado para dictar su propia carta orgánica, que, en definitiva, constituye una constitución comunal o constitución de tercer grado, pues uno de los caracteres esenciales de la autonomía radica en la facultad del ente de que se trate para dictar sus propias normas reguladoras, dar sus propias instituciones y gobernarse por medio de ellas, todo lo cual debe ser llevado a cabo a través de la sanción de su norma fundamental.

7.1.1.1.1 Implicancias de la autonomía en materia financiera y tributaria

Sentada la posición respecto a la cuestión genérica de la nueva normativa constitucional reguladora de los municipios, trataremos de dilucidar las cuestiones derivadas de la autonomía comunal, relevantes en materia financiera y tributaria.

La autonomía económica y financiera –autarquía– es uno de los elementos fundamentales que permiten a un municipio ser considerado plenamente autónomo. Es imprescindible que las comunas posean la facultad de autodeterminarse en materia financiera y tributaria, lo cual debe entenderse no solo en el sentido de poder administrar sus propios recursos, sino que deben contar con ingresos suficientes para hacer frente a las funciones que les son inherentes, así como a las que les han sido transferidas: esos mayores recursos deben provenir de un mayor poder tributario con el que ellas deben contar.

Por todo ello, consideramos plenamente aplicable a la materia financiera de las comunas la denominada “teoría de la permisión”, por la cual las municipalidades pueden ejercer sus facultades en la materia con total libertad, estableciendo todo tipo de tributos, en tanto la provincia no ejerza su poder de restringirla, aunque siempre teniendo en mira una serie de limitaciones que provienen de la CN y la legislación del gobierno federal.

Lo expuesto, en conjunción con lo previsto en los arts. 75, inciso 30 –en cuanto a que “las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición...”– y 123 de la Constitución –que afirma que “asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden [...] económico financiero”–, sirve de fundamento para sostener que, claramente, la ley fundamental hace referencia concreta a la potestad tributaria municipal.

De lo dicho anteriormente debe concluirse que, más allá de lo determinado por las constituciones de cada provincia, los municipios son autónomos y tienen potestad tributaria, pues aparte de lo sostenido por algunos autores, esta es una facultad que nunca fue discutida.

7.1.1.2. Limitaciones al poder tributario municipal

Aun cuando se pueda creer que las municipalidades argentinas gozan de autonomía, es dable señalar que hay limitaciones al poder tributario de los municipios de provincia, pues, en definitiva, ellos tienen jerarquía institucional inferior a las provincias. Estas limitaciones son:

- I. La proveniente de los arts. 4 y 75, inciso 1, CN sobre la competencia exclusiva de la Nación para gravar las mercaderías con derechos de importación y exportación, lo cual excluye la posibilidad de que tales tributos sean utilizados por las provincias, o por los municipios de provincia, para gravar la entrada o salida de mercaderías.
- II. En el art. 75, incisos 13, 18 y 30, figuran las cláusulas comercial, del progreso y de los establecimientos de utilidad nacional, por las cuales las leyes que dicte el Congreso limitan el poder tributario, tanto provincial como municipal, siempre que tengan como objetivo promover cuestiones de interés general, nacional, que superan el mero interés local.

- III. Una limitación de carácter genérico afecta no solo el poder tributario de los municipios, sino también los de la Nación y las provincias: proviene del conjunto de los principios constitucionales financieros, emanantes de nuestra Carta Magna –reserva de ley, igualdad, no confiscatoriedad, capacidad contributiva, generalidad, etc.–, constitutivos de una valla infranqueable para cualquiera de los tres niveles de gobierno en el ejercicio de sus facultades de imposición.
- IV. Una de las cuestiones de más difícil dilucidación proviene de los regímenes de coparticipación de impuestos, por un lado, la ley 23548, y por otro, el convenio multilateral sobre distribución de la base imponible por el impuesto sobre los ingresos brutos. Lo relevante, a los efectos del tema abordado en ambos casos, es que las provincias asumen compromisos por sí, y en nombre de los municipios de su jurisdicción; desde el punto de vista de la autonomía municipal que propugnamos, esa facultad aparece, cuando menos, dudosa. Aclaremos algunas cuestiones.

Como es sabido, los regímenes de coparticipación de impuestos han sido constitucionalizados a partir de la reforma de 1994 –art. 75, inciso 2–, los que deberán ser instrumentados por una ley convenio que tenga como base acuerdos entre la Nación y las provincias.

De lo expuesto podría entenderse que las provincias mantienen la potestad de asumir obligaciones por los municipios que la componen, aun cuando, como señala Enrique Bulit Goñí³, al comentar el art. 9 de la ley 23548 “...el incumplimiento de los municipios no afecta para nada a las provincias respectivas; son por el contrario obligaciones directas que el pacto legal pone en cabeza de los municipios, de igual modo que si estos lo hubieran asumido directamente por sí mismos, al punto que si no cumple los compromisos que de él se derivan, ellos y solo ellos soportan sus consecuencias...”.

Sobre la base de que los municipios son entes gubernamentales que gozan de autonomía financiera y, constituyendo el régimen de coparticipación una de las principales fuentes de recursos con la que cuentan, a partir de la distribución que realizan las provincias, para que estas puedan negociar y obligarse por sí y en nombre de las municipalidades que las componen, es necesario que previamente se realice un acuerdo interno entre la provincia y sus comunas para definir la posición que sustentará el gobierno provincial en el proceso de negociación previo al dictado de la ley de coparticipación. Esta posición fue ratificada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el precedente “Intendente de la Capital” del 12 de noviembre del 2014.

7.1.1.3. Potestad tributaria y tributos municipales

Dentro del ámbito de la potestad tributaria, cada provincia debe ejercer su poder reglamentario mediante una ley o bien por medio de su ley fundamental que establezca, y de esa manera limite cuáles son las facultades tributarias de los municipios. Consideramos conveniente que el deslinde de tales facultades sea realizado en las constituciones provincia-

³ Bulit Goñí, Enrique, “Análisis de la reforma constitucional. Su alcance en materia de federalismo fiscal” en *El federalismo fiscal a partir de la reforma constitucional*, Asociación Mutual de Empleados de la DGI, 1994.

les, pues de esa manera se evitarían conflictos que pudieran llegar a producirse por el manejo que las legislaturas realizaran si la reglamentación se efectuara por una ley.

En tal sentido, la provincia debe hacer claro deslinde de cuáles serán los impuestos de su competencia exclusiva, y cuáles los correspondientes a los municipios de su jurisdicción, teniendo como única limitación dotar a estos de los recursos tributarios necesarios, que les permitan cumplir con las funciones tradicionalmente deferidas a ellos, así como con las que les han sido transferidas recientemente y con las que les sean transmitidas en el futuro.

Es sabido que los municipios tienen facultades para establecer no solo tasas y contribuciones, como en algún momento se sostuvo, sino que están habilitados para el cobro de impuestos, aun cuando la mencionada facultad se ve reducida al mínimo, o bien deja de existir, pues en la práctica no quedan materias imponibles para gravar, ello en virtud del régimen de coparticipación federal ya aludido, como limitativo de las facultades impositivas de los municipios.

Baistrocchi⁴ sostiene que, según las distintas limitaciones que recaen sobre los municipios, estos solamente tienen la facultad de establecer dos clases de impuestos: ecológicos y mineros.

7.2. La cláusula comercial, cláusula del progreso, establecimientos de utilidad nacional y poderes implícitos del Congreso Nacional

7.2.1. Cláusulas constitucionales de contenido tributario implícito

7.2.1.1. Cláusula del derecho común

Se ha reconocido a las provincias amplias facultades para establecer impuestos con excepción de los derechos de importación y exportación, en que la competencia ha sido atribuida en exclusividad al Gobierno Federal –art. 75, inciso 1, CN–. En ese sentido la doctrina de la CSJN ha afirmado que no es objetable la facultad de las provincias para dictar leyes y ordenanzas de impuestos locales y, en general, todas las que juzguen conducentes a sus bienes y prosperidad, sin más limitaciones que las emanadas del art. 108 –actual 126– de la Constitución; siendo la creación de tributos en todas sus especies, la elección de hechos imponibles como hipótesis de incidencia tributaria y formalidades de percepción del resorte exclusivo de las provincias, cuyas facultades son amplias y discretionales, de modo tal que el criterio de oportunidad o de acierto con que las ejerzan no es cuestión revisable por cualquier otro poder, ya que es esencial a la autonomía de las provincias la facultad de imponer contribuciones y percibirlas sin intervención alguna de autoridad extraña.

En este orden de ideas y como lógica consecuencia, si las provincias pueden crear contribuciones, resulta obvio que pueden reglar las formas de extinción de las obligaciones tributarias por medio del pago, compensación, prescripción, confusión, quita, remisión, etc., o prever la cancelación de las obligaciones tributarias por otros medios –vgr. títulos–.

⁴ Baistrocchi, Eduardo, “La autonomía de los municipios de provincia: sus posibles consecuencias tributarias”, *La Ley*, 1996-D, pág. 1996.

Sin embargo, la CSJN cuenta en su haber con algunos pronunciamientos que, a nuestro juicio, con más o menos acierto, han limitado a lo largo de su historia las facultades reservadas a las provincias en nuestra Carta Magna –arts. 121 a 126, CN en su actual redacción–.

En la causa “Tomasa de Vélez Sarsfield c/Consejo de Educación de la Provincia de Buenos Aires”⁵, la CSJN declaró la inconstitucionalidad del art. 62, inciso 3 de la ley de educación común de la provincia de Buenos Aires, la cual establecía el impuesto sobre las herencias con destino al fondo de escuelas comunes. El voto de la mayoría sostuvo que el tributo que pesaba sobre toda herencia o legado con destino a la educación común constituía una legítima forzosa establecida al margen de las previsiones del Código Civil que afectaba el derecho de testar de la causante. Sarmiento, que había intervenido en la causa en representación del consejo de educación provincial, en un opúsculo de 100 páginas publicado en el año 1882, defendió los derechos de la Provincia a gravar las herencias, sobre la base de que ni de su propia constitución ni de la nacional surge restricción especial al ejercicio de la potestad tributaria, materia no delegada al Gobierno Federal.

En la causa “Ana Masotti de Busso c/Provincia de Buenos Aires”⁶, la Corte declaró la inconstitucionalidad del adicional progresivo de la contribución territorial establecido por la provincia demandada, cuyo porcentual se graduaba con relación al valor total del inmueble, con prescindencia de la parte indivisa de cada condómino, al considerar que el citado adicional implicaba un desplazamiento de las normas sobre condominio establecidas en el Código Civil, y consideró que la legislación provincial constituía una injerencia ilegítima en una materia reservada al Congreso Federal por el art. 67, inciso 11⁷, CN.

Contrariamente a lo establecido en el precedente citado, la CSJN, en la causa “Lorenzo Larralde”⁸, sostuvo la constitucionalidad del impuesto inmobiliario establecido por la provincia sin atenerse a la parte indivisa de cada condómino. Aquí, la Corte entendió que “...pretender que las provincias en ejercicio de sus facultades privativas en cuanto a la imposición de contribuciones y a la manera de percibirlas, deben atener a las limitaciones que puedan surgir del Código Civil, importa hacer de este último Código, solo concerniente a las relaciones privadas, un derecho supletorio del derecho público, en este caso del derecho financiero; importando querer limitar el federalismo de la Constitución con el unitarismo del Código Civil, lo que es, desde luego, inaceptable, como doctrina general, [...] solo excepcionalmente, en la medida en que el Código Civil contiene principios o normas generales de derecho, rige también en el campo del derecho público”.

La cuestión de la gravitación del Derecho Civil sobre el Derecho Tributario local se presenta también en la doctrina de la Corte con relación al impuesto a la transmisión gratuita de bienes, con pronunciamientos pendulares.

En la causa “Atilio Liberti”⁹, el tema en discusión versaba sobre si las provincias podían gravar la transmisión hereditaria del causante en una sociedad colectiva o de responsabilidad

5 elDial.com-AA6F1E.

6 Fallos: 207: 270.

7 Art. 75, inciso 12, CN desde la reforma constitucional de 1994.

8 Fallos: 243:98.

9 Fallos: 235:571.

limitada con bienes en ellas y asiento en otra jurisdicción territorial donde también se hallaba domiciliado aquel al momento de su fallecimiento. La pretensión de la provincia de Buenos Aires se orientaba a prescindir de la existencia de la sociedad y gravar la transmisión hereditaria, no ya de las cuotas o participaciones sociales, sino de los bienes de la sociedad, sobre la base de los intereses del socio fallecido en la sociedad, y en atención a la radicación económica de los bienes de que era titular la persona de existencia ideal. La Corte no admitió la posición del Fisco provincial al sostener que ello implicaría desplazar las disposiciones del Código Civil en materia de sociedades, en tanto la liquidación del impuesto en la sucesión del socio fallecido, respecto de los bienes que integran el patrimonio de la sociedad, exigiría admitir la coexistencia del dominio de los socios sobre las cosas que son de la sociedad o la asimilación de la sociedad a un condominio en contradicción con los arts. 2508 y 1702 del Código Civil.

La doctrina del caso “Liberti” fue dejada de lado en el caso “Cobo de Ramos Mejía”¹⁰.

Siguiendo con los pronunciamientos pendulares de nuestro más Alto Tribunal, la Corte Suprema consideró que las disposiciones del Código Civil referidas a la materia de obligaciones resultan comprensivas tanto de relaciones de derecho privado como público, por lo cual la legislación provincial no puede pretender apartarse de sus previsiones. Así, en materia de emergencia económica o consolidación de deudas del estado, el legislador provincial no puede apartarse de la legislación nacional, estableciendo plazos más extensos, pago de las obligaciones consolidadas, o pretendiendo substraer su patrimonio de la acción de los acreedores, contrariando los derechos y garantías que acuerda la ley civil, pues las relaciones entre acreedor y deudor son de exclusiva competencia del Congreso Nacional.

7.2.1.2. La doctrina de la Corte relativa a la prescripción de la obligación tributaria

La doctrina de la Corte Suprema ha sostenido firmemente que la prescripción de la acción de repetición de lo indebidamente pagado en concepto de impuestos y contribuciones es materia propia del Código Civil, cuyas disposiciones no pueden ser modificadas por las legislaturas provinciales, por imperio de los arts. 31, 67, inciso 11 –hoy 75, inciso 12–, y 108 –hoy 126– de la CN.

En materia de repetición de impuestos, la Corte, en antiguos precedentes, afirmó que la obligación de devolver sumas de dinero abonadas en concepto de impuestos prescribe, a falta de disposiciones especiales en las leyes tributarias, en el término fijado en el art. 4023 del Código Civil, que posteriormente consideró aplicable sin ninguna salvedad, al considerar que la repetición de impuestos reputados inconstitucionales tiene su causa en las previsiones del art. 792 de dicho ordenamiento, declarando la inconstitucionalidad de las normas locales que se apartaban de las normas sobre prescripción del Código Civil.

Del mismo modo, cuando la legislación provincial ha pretendido extender los términos de prescripción de las acciones del Fisco para determinar y exigir el pago de tributos locales, la Corte invalidó tales disposiciones por importar un desplazamiento del Código Civil.

10 Fallos: 251:379.

En este punto, la mayoría de la Corte Suprema consideró justificado que el Congreso Nacional, en ejercicio de la habilitación conferida por el art. 75, inciso 12 de la Constitución, no solo fijara plazos de prescripción correspondientes a diversas hipótesis en particular, sino que estableciera también un régimen destinado a comprender la generalidad de las acciones susceptibles de extinguirse por esta vía. Agrega el tribunal que del mismo modo en que se ha considerado justificada la regulación por la Nación de los distintos modos de extinción de las obligaciones –sin que ello obste a su aplicación en el ámbito de materias no delegadas–, idéntica solución debe adoptarse respecto de la prescripción, desde que no se advierte cuál sería el motivo para presumir que, al dictar la Constitución, las provincias hayan estimado indispensable presupuesto de sus autonomías reservarse la posibilidad de evaluar los efectos de la propia desidia que esta lleva implícita.

7.2.2. Cláusula comercial

Se encuentra contenida en el inciso 13 del art. 75 de la CN y debe analizarse junto con los arts. 9, 10, 11 y 12.

El comercio se define con una concepción amplia: no solo es el intercambio de bienes sino que es todo tipo de relaciones a nivel interestatal. En el fallo “Empresa Gutiérrez”¹¹, se interpuso un recurso de amparo en el que la empresa impugnó la autorización dada por la provincia de La Rioja a otra línea, pues, si bien no era comercio, se asimiló así al transporte interjurisdiccional y cualquier cosa que aconteciera en una u otra provincia debía entender la Nación, pues, en las cuestiones de servicios públicos, no puede haber dos jurisdicciones concurrentes.

Otro fallo sobre transporte jurisdiccional es “Transportes Vidal SA c/Provincia de Mendoza”¹² de 1984. Se trataba de un impuesto por transporte interjurisdiccional de pasajeros. La empresa quería quedar exonerada de pagar tributos provinciales, pues, si la provincia gravaba este transporte, implicaría que estaría reglamentando el comercio y, por lo tanto, estaría ejerciendo una facultad privativa de la Nación. La Corte conjugó los arts. 9 a 12 con el inciso 13 del art. 75 y dijo que los primeros artículos tenían un trasfondo histórico muy arraigado, en el sentido de que, en la época preconstituyente, las provincias cobraban tributos no solo con fines fiscales sino también con fines de protección, y estos fines de protección fue justamente con lo que quiso acabar la Constitución. Por lo tanto, no puede entenderse que la cláusula del comercio implique un privilegio que libere de todo tipo de gravamen a aquellas personas que ejerzan este tipo de comercio interjurisdiccional. Así, todo tributo que grave el transporte entre provincias o con el extranjero no es de por sí inconstitucional; lo que se pretende es que el tributo no entorpezca el comercio o lo regule de una forma irrazonable.

Lo mismo dijo la Corte en “Agencia Marítima San Blas SRL c/Provincia de Chubut”¹³ en el caso de una empresa exportadora.

11 Fallos: 316:2865.

12 Fallos: 306:516.

13 Fallos: 307:374.

7.2.3. Cláusula del progreso

El inciso 18 del art. 75, última parte, dice que corresponde al Congreso 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 el 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.

Lo que nunca se cuestionó es que la Nación estableciera exenciones de tributos nacionales –esto incluye las leyes de promoción-. El problema se presentó cuando se eximía de tributos locales junto con la eximición de tributos nacionales, por ejemplo, concesiones a ferrocarriles –les aseguraba la eximición de tributos y una determinada rentabilidad– como se dio en el fallo “El Ferrocarril Central Argentino c/la Provincia de Santa Fe”¹⁴, sobre repetición de pago indebido. Según la Corte, debía interpretarse por los objetivos que perseguían los contribuyentes. Por ello, cualquier disposición del Congreso arraigada en esta cláusula, en tanto no fuese irrazonable y propendiera a la utilidad del país, no iba a ser inconstitucional. En el caso del ferrocarril, si se lo gravaba por todas las provincias y municipios por los que pasaba, no iba a ser rentable y consecuentemente la Nación debía cubrir la rentabilidad garantizada.

7.2.4. Cláusula de los establecimientos de utilidad nacional

El art. 75, inciso 30 dice que corresponde al Congreso ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y 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.

En él, se plasmó la postura mayoritaria de la Corte al decir que es competencia del Congreso sancionar una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en todo el territorio de la república aclarando 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.

7.3. Leyes de unificación y de coparticipación de impuestos

7.3.1. Antecedentes y régimen actual

En el año 1934, se sancionó la ley 12139 de unificación de los impuestos internos al consumo, a la que le sucedieron diversas leyes por las que la Nación participa a las pro-

¹⁴ Fallos: 68:227.

vincias de determinados tributos nacionales que recauda. Los distintos regímenes de participación tributaria se unificaron en la ley 20221. Luego de la caducidad de dicha norma, hacia fines del año 1984, y luego de un intervalo de tres años, se llegó a la sanción de la ley 23548, la cual, según Casas, constituyó un importante hito en el proceso de federalización de la República.

La ley 23548 constituyó un importante avance en el establecimiento de pautas objetivas de distribución. Las innovaciones esenciales de esta ley fueron:

- a) Criterio general de que la masa coparticipable se integra con el producido de los impuestos nacionales, a excepción de los derechos de importación y exportación;
- b) Supresión de toda detracción previa de los fondos coparticipables con destino al sistema de seguridad social.
- c) Incremento al 54,66 del porcentual asignado a las provincias más un 2% adicional a distribuirse entre Buenos Aires, Chubut, Neuquén, y Santa Cruz, en la proporción que se establece –incisos b y c de la ley–.
- d) Cláusula de garantía prevista en el art. 7 de la ley, por la cual el monto a distribuir a las provincias no podrá ser inferior al 34% de la recaudación de los recursos tributarios nacionales de la administración central, tengan o no carácter de distribuibles.

Pese a ello, la ley 23548 no satisface acabadamente el objetivo esencial tenido en cuenta con la sanción, cual es el de evitar superposición tributaria sobre las mismas fuentes. En efecto, si bien conforme al art. 9 de la ley las provincias asumen, *per se* y por las municipalidades de sus respectivas jurisdicciones, la obligación de sancionar impuestos locales análogos a los coparticipados, se establecen numerosas excepciones que, por su trascendencia y magnitud, resulta difícil determinar cuál es la regla y cuál la excepción.

Las excepciones comprenden los siguientes tributos locales:

- a) Sobre propiedad inmobiliaria.
- b) Sobre propiedad, radicación, circulación o transferencia de automotores.
- c) De sellos.
- d) A la trasmisión gratuita de bienes.
- e) Sobre los ingresos brutos.
- f) Tasas retributivas por servicios prestados.
- g) Tasas provinciales o municipales vigentes al 31/12/1984, que tuvieran afectación a obras o inversiones provinciales o municipales dispuestas en las normas de creación del gravamen.

En el contexto de un verdadero proceso de desfederalización, el Poder Ejecutivo Nacional suscribió, el 12/8/1993, con el aval de diecisésis provincias, el pacto fiscal y, en especial, la implementación de medidas complementarias por el Gobierno Nacional que discriminan en desfavor de las provincias no adheridas, hecho que constituye un abierto alzamiento contra el régimen republicano federal instituido por la CN. Se abandonó el espíritu de concertación voluntaria y multilateral mediante el consentimiento libremente

expresado por todos los fiscos intervenientes, plasmado por la ley 23548, y se lo sustituyó por la voluntad del Poder Ejecutivo y de los gobernadores de esas diecisésis provincias de las veintitrés que conforman la Nación. Porque, además de la necesaria intervención del congreso y de las legislaturas provinciales, no se puede privar a las provincias no adheridas al pacto fiscal del 12/8/1993, y menos aún adoptar medidas discriminatorias contra ellas, a modo de coacción tendiente a forzar sus voluntades.

El propósito que animó el decreto 18/2/1993 no fue otro que el de estimular desde el gobierno central una fuerte presión de los contribuyentes, especialmente de parte del sector de la producción primaria, industrial y de las entidades financieras y de seguros, sobre los gobiernos provinciales disidentes, a fin de que se adhirieran al pacto fiscal y determinados sectores aliviaran la carga tributaria local.

7.3.2. La reforma constitucional

La ley 24309 consignaba el tema de la coparticipación como parte de la distribución de competencias entre la Nación y las provincias respecto de la prestación de servicios y en materia de gastos y recursos –art. 3 A–. Sobre dicho tema, que es la gran asignatura del federalismo fiscal, la reforma ha significado lo siguiente:

- a) Se mantiene la conformación del tesoro nacional en el art. 4, CN.
- b) Se mantienen los derechos aduaneros como nacionales y el requisito de su uniformidad.
- c) Se mantiene la referencia a contribuciones directas e indirectas.
- d) Se confirman las potestades concurrentes en materia de contribuciones indirectas.
- e) Se confirma la autorización a la Nación para que establezca las directivas bajo las mismas condiciones preexistentes.

Las únicas novedades son que se sienta el principio de la necesaria correspondencia entre las funciones y los recursos, y que se legitima la coparticipación.

La reforma consiste en varios aspectos, a saber:

- 1) Convalida la coparticipación: la parte final, agregada al que ha quedado como primer párrafo del inciso segundo del ahora 75, al decir que los impuestos directos e indirectos son coparticipables, parecería indicar que la coparticipación ha sido consagrada como autorización, no como obligación, es decir que aquellos gravámenes podrían ser coparticipados o no. Por todo lo cual, entiende Bulit Goñi, hubiese sido recomendable que en el primer párrafo del inciso, el agregado dijese, en lugar de que los impuestos son coparticipables, que “serán coparticipados”¹⁵.
- 2) Excluye los derechos aduaneros: el agregado hecho al primer párrafo del inciso segundo del art. 75 se refiere a “las contribuciones previstas en este inciso”,

15 Bulit Goñi, Enrique, “Autonomía o autarquía de los municipios (sobre las implicancias tributarias de un reciente fallo de la Corte Suprema nacional)”, La Ley: 1989-C, 1053, en especial pág. 1056.

lo que claramente alude a las contribuciones indirectas y las directas a que se refiere no comprenden los derechos de importación y exportación, a los que se refiere el inciso anterior; es decir que se ha dispuesto, *contrario sensu*, que los derechos de importación y exportación no son coparticipables.

- 3) Excluye los gravámenes con asignación específica: siempre en el agregado final al primer párrafo del inciso segundo, al sentar la regla de que las contribuciones aludidas en él son coparticipables, se hace excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, norma que debe considerarse teniendo a la vista el nuevo inciso tercero agregado donde debería decir “afectación” en lugar de “asignación”. Aquí se trata, exclusivamente, de que el producido de las contribuciones directas o indirectas establecidas para cumplir una determinada finalidad no será distribuido entre los fiscos mediante la coparticipación. A ello se lo llama “afectación”, más no “asignación”.
- 4) Instituye el mecanismo de las leyes convenio: la reforma le ha dado cabida en el texto constitucional al imponerla como la forma obligada. La única manera de disponer la coparticipación de los impuestos directos e indirectos es la que sancione el Congreso de la Nación.
- 5) Instituye los acuerdos entre la Nación y las provincias: según el párrafo segundo de este inciso 2, esa ley convenio que instituirá régimen de coparticipación ha de hacerse sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, lo que introduce una nueva normativa. Por otro lado, si la formulación normativa se toma al pie de la letra, desde un punto de vista formal, el texto pareciera conducir hacia algo semejante, al acuerdo entre el gobierno nacional y los gobernadores del 10/8/1992 o al pacto federal para el empleo, la producción y el crecimiento del 12/8/1993. Se firma el acuerdo naturalmente entre los poderes ejecutivos, únicos funcionalmente habilitados para hacerlo y sobre su base se dictan las leyes ratificadorias, tanto nacionales como provinciales.
- 6) La aprobación por las provincias: de la naturaleza misma de las leyes convenio se implica la coparticipación de las provincias en el propio mecanismo de su creación, tal como ha sido siempre. El nuevo texto constitucional hace referencia a que la ley convenio será aprobada por las provincias. Por lo tanto, aunque el término “aprobación” no plantea dudas interpretativas, y aun puede ser lingüísticamente el apropiado, entiendo que debió elegirse otro. Por ejemplo, “adhesión” o “aceptación” que son los que usa la ley 23548, art. 9, inciso a y 16, o “ratificación”, o “convalidación”, o cualquier otro que según se ha dicho quede situado fuera del trámite legislativo propio del congreso.
- 7) Manda mantener las distribuciones primaria y secundaria: el tercer párrafo de este inciso hace referencia a la distribución entre la Nación y las provincias, y la Ciudad de Buenos Aires. La reforma ha preservado en líneas generales la estructura de los regímenes de coparticipación, pues quedan allí comprendidas tal como ha venido siendo la distribución primaria –distribución total de la masa coparticipable entre la Nación por un lado y el conjunto formado por

todas la provincias y ahora la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el otro –y la distribución secundaria –distribución a cada provincia y a la Ciudad de Buenos aires, de su parte en el total que les fuera asignado conjuntamente por la distribución primaria–.

- 8) Criterio de distribución de los fondos coparticipables: la reforma aspira a que haya correspondencia entre la asignación de funciones, servicios o competencias y los recursos para poder llevar adelante esas responsabilidades. El párrafo quinto del inciso en análisis dispone que “no habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del congreso cuando correspondiere o por la provincia interesada o la Ciudad de Buenos Aires en su caso” y se expresa en el párrafo tercero como criterio rector para la distribución de los fondos coparticipados, al establecer que ella “...se efectuara en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de las jurisdicciones”.

En principio, es de gran relevancia, y pareciera estar imponiendo un criterio que si se aplicara lo sería por primera vez en una ley de coparticipación, esto es, que no solo la distribución secundaria, sino también la primaria se hagan conforme pautas y no en base a porcentajes fijos, los cuales naturalmente se desfasan seguido.

Una segunda directiva, siempre para la ley convenio a dictarse, es que la distribución de los fondos se haga contemplando criterios objetivos de reparto.

La tercera directiva está conformada por una serie de adjetivaciones que deberá recoger la ley a dictarse para darle contenido concreto. La distribución ha de ser equitativa; este parámetro apunta a la consagración de un criterio devolutivo, que cada jurisdicción reciba en la medida de su aporte, a la masa coparticipable. Ha de ser solidaria; aquí pareciera expresarse una aspiración redistributiva, que las jurisdicciones que más tienen concurran a favor de las otras. Y dará prioridad a lo que se describe en torno del logro en un grado equivalente de tres manifestaciones: el desarrollo, la calidad de vida y la igualdad de oportunidades, proyectados los tres en todo el territorio nacional.

- 9) Forma de distribución de la coparticipación: el régimen anterior, ley 20221, para distribuir la masa coparticipable, recurría a distintos índices; los fondos correspondientes a las provincias en un 48,50%; a la Nación en un 48,50% y para el fondo de desarrollo regional en un 3%.

La ley 25348 establece que la distribución del monto recaudado para la coparticipación es el siguiente: el 42,34% en forma automática para la Nación, el 54,66% en forma automática para las provincias y el 2% para el fondo de recupero provincial –correspondiéndole a Buenos Aires 1,75% y a Chubut, Neuquén y Santa Cruz un 0,14% a cada una–. El 1% restante es para el fondo de aportes del tesoro nacional a las provincias.

Del 54,66% que les corresponde a las provincias adheridas, el monto se distribuía de acuerdo a los siguientes porcentuales: Buenos Aires, 19,93%;

Catamarca, 2,86%; Córdoba, 9,22%; Corrientes, 3,86%; Chaco, 5,18%; Chubut, 1,38%; Entre Ríos, 5,07%; Formosa, 3,87%; Jujuy, 2,95%; La Pampa, 1,95%; La Rioja, 2,15%; Mendoza, 4,33%; Misiones, 3,43%; Neuquén, 1,54%; Río Negro, 2,62%; Salta, 3,98%; San Juan, 3,51%; San Luis, 2,37%; Santa Cruz, 1,38%; Santa Fe, 9,28%; Santiago del Estero, 4,29%; Tucumán, 4,94%; Tierra del Fuego, 0,38%.

- 10) Cláusula de garantía: el art. 7 de la ley 23548 establece que el monto a distribuir a las provincias no podrá ser inferior al 34% de la recaudación de todos los recursos tributarios nacionales.
- 11) Mayoría absoluta: la reforma constitucional dispone en el mismo cuarto párrafo del inciso 2, art. 75 que la ley convenio deba ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara. Es decir, la mitad más uno de los miembros.
- 12) El organismo fiscal federal: el sexto párrafo de este inciso segundo reformado del art. 75 dispone que un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y la fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determine la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la Ciudad de Buenos Aires.
- 13) El nuevo régimen a sancionarse: la ley 23548, que se autocalificó como régimen transitorio de distribución de recursos –art. 1–, se autoestableció un plazo de dos años –art. 15–, pero dispuso asimismo que su vigencia se prorrogara automáticamente ante la inexistencia de un régimen sustituto –art. 15–. Por tal razón, se ha sostenido que el sancionado fue en realidad un régimen permanente. Esta previsión es ratificada en la disposición transitoria sexta de la CN que confirió un plazo fijado el 31 de diciembre de 1996 para sancionar un nuevo régimen de coparticipación federal fiscal, el cual se encuentra largamente vencido.

7.4. Limitaciones constitucionales al poder de imposición

Si la Constitución es un intento de organizar y limitar el poder; si el estado crea el Derecho y se somete a él, autolimitándose, hoy nos lleva al modelo de estado constitucional social y democrático de derecho en el cual tiene fundamento el poder de imposición (autoimposición según sostiene Ponte de Miranda, autor seguido por la doctrina portuguesa y brasileña); el pueblo se tributa a sí mismo, pues el estado no es más que la sociedad políticamente organizada y la expresión de la voluntad popular o del conjunto exigiendo la contribución.

Pero este poder constitucional que se otorga al estado no es absoluto. Hoy el contribuyente ha dejado de ser contribuyente-súbdito para convertirse en contribuyente-ciudadano. Entonces, la contribución común debe ser ejercida conforme la ley, en la medida en que esta lo exija, y privada de toda discrecionalidad por parte de la administración que pueda importar

arbitrariedad. Otros principios entran en juego: el principio de legalidad, como expresión de la voluntad general, que en el plano tributario se expresa como estricta reserva de ley. Solo los poderes legislativos son los depositarios del poder tributario y, a su vez, este fundamento explícito –Italia y España– e implícito –en la Constitución argentina– del principio de la capacidad contributiva será los fundamentos jurídicos y éticos del deber de contribuir.

Ha señalado con justicia el jurista tucumano Juan Bautista Alberdi, inspirador de muchas de las disposiciones recogidas en la CN de 1853, que “El poder de crear, de manejar y de intervenir el tesoro público es el resumen de todos los poderes. En la formación del tesoro puede ser saqueado el país, desconocida la propiedad privada y hoyada la seguridad personal; en la elección y cantidad de los gastos puede ser dilapidada la riqueza pública, embrutecido, oprimido, degradado el país”. Concluye en lo estrictamente tributario: “No hay garantía de la Constitución, no hay uno de sus propósitos de progreso que no puedan ser atacados por la contribución”¹⁶ exorbitante, desproporcionada o el impuesto mal colocado o mal recaudado.

7.4.1. Los principios del derecho tributario en la doctrina y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

7.4.1.1. Reserva de ley

El principio de reserva de ley tributaria, también denominado principio de legalidad, constituye una regla del Derecho Constitucional Tributario universalmente adoptada por los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Por él se requiere que, para la sanción de leyes tributarias, tomen necesaria intervención los órganos depositarios de la voluntad general, cualquiera sea su denominación y modo de funcionamiento, lo que vendrá dado por la tradición institucional y el tipo de organización política adoptada –cortes, parlamento, asamblea general, congreso, legislatura, etc.–.

En general, se vincula el principio con el consentimiento brindado por los súbditos a los monarcas para el establecimiento de impuestos extraordinarios desde los albores de la Baja Edad Media. Generalmente su origen se remonta a la Carta Magna del 15 de junio de 1215, arrancada por los barones de Inglaterra al rey Juan sin Tierra. De todos modos, en forma contemporánea e incluso con anterioridad, existen referencias históricas a la implementación de la práctica en la Península Ibérica.

Valga referir que este uso, a través de la convocatoria de las cortes, el parlamento o los estados generales, para consentir los *pedidos* del monarca, o los *servicios* que concedían los reinos, se convirtió en el antecedente de la institución parlamentaria encargada del ejercicio de las competencias legislativas, que recién se consolidó con el constitucionalismo decimonónico.

El principio de legalidad formal-material o de reserva de ley tributaria tiene sustento en los arts. 4, 9, 17, 19, 22, 39, 52, 75, incisos 1 y 2 y art. 99, inciso 3, tercer párrafo de

16 Alberdi, Juan B., *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, (versión original de 1854), Raigal, Buenos Aires, 1954, pág. 321.

la CN. Se destaca dentro de ellos como formulación basilar el tercer enunciado del art. 17, en cuanto allí se establece que “solo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4”.

La indelegabilidad legislativa del poder tributario en el Poder Ejecutivo está consagrada en los arts. 29 y 76 del estatuto supremo.

La supresión de la materia tributaria de las facultades legislativas de emergencia del Poder Ejecutivo es la resultante de la regulación específica contenida en el art. 99, inciso 3, tercer párrafo de la CN, al excluir del campo de los reglamentos de necesidad y urgencia las normas que regulan la materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

En cuanto a la irretroactividad y anterioridad de las leyes tributarias respecto de los hechos imponibles a los cuales habrán de aplicarse, constituye, tal como lo predicamos, una garantía implícita resultante de los arts. 1, 14, 17, 28 y 33 de la CN.

En orden a la doctrina jurisprudencial elaborada por la CSJN en lo relativo a este principio, nos permitimos referir los siguientes pronunciamientos:

- “La Martona SA c/Provincia de Buenos Aires s/repetición de una suma de dinero”, Sent. 7/12/1938, fallos: 182:411, referente a la aplicación del principio de las tasas.
- “Alberto Francisco Jaime Ventura y otra c/Banco Central de la República Argentina”, Sent. 26/2/1976, fallos: 294:152, donde se declaró la inconstitucionalidad de un tributo encubierto creado por una norma infralegal.
- “Juan Pedro Insúa”, Sent. 1/10/1987, fallos: 310:1961, sobre efectos liberatorios del pago e irretroactividad fiscal.
- “Fleischmann Argentina Inc.”, Sent. 13/6/1989, fallos: 312:912, relativo a la prohibición de crear tributos por vía interpretativa.
- “Video Club Dreams c/Instituto Nacional de Cinematografía”, Sent. 6/6/1995, fallos: 318:1154, referente a la inconstitucionalidad de tributos creados por decretos de necesidad y urgencia.
- “Luisa Spak de Kupchik y otro c/Banco Central de la República Argentina y otro”, Sent. 17/3/1998, fallos: 321:347, sobre los alcances de un tributo establecido por un decreto de necesidad y urgencia.
- “Camaronera Patagónica SA c/Ministerio de Economía y otros s/amparo”, por medio del cual declaró la inconstitucionalidad, para cierto período, de derechos de exportación aplicados a una empresa pesquera, implementados mediante las resoluciones 11/2002 y 150/2002, ambas del ex Ministerio de Economía e Infraestructura.

7.4.1.2. Deber de contribuir, derecho de propiedad e interdicción de la confiscatoriedad

Nuestra Constitución consagra en su art. 14 el derecho a usar y disponer de la propiedad, y levanta una verdadera ciudadela de protección de este por el art. 17, el cual, en pala-

bras de la CSJN, “comprende todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad”.

En tales condiciones, de nada valdría que la Constitución garantizara la propiedad privada, su uso y disposición, mientras, por vía indirecta, la tributación vaciara de contenido efectivo el apuntado derecho, lo cual ha permitido a nuestro Alto Tribunal descalificar aque-llos gravámenes, con efectos o alcances confiscatorios que absorban una parte sustancial de la renta o del capital, más allá de que la prohibición de la confiscación de bienes, tal cual se la refiere en el estatuto supremo, se halle vinculada únicamente a las sanciones de tipo penal que persigan tales fines.

La configuración del alcance y significado de los principios bajo tratamiento encuentra adecuado desarrollo en la doctrina judicial sentada por nuestro Máximo Tribunal en los siguientes precedentes:

- “Doña Rosa Melo de Cané, su testamentaría s/inconstitucionalidad de impuesto a las sucesiones en la provincia de Buenos Aires”, Sent. 16/12/1911, fallos: 115:111, con que se inicia la familia de pronunciamientos sobre la interdicción de la confiscatoriedad tributaria.
- “Don Eugenio Díaz Vélez c/Provincia de Buenos Aires sobre inconstitucionalidad de impuesto”, Sent. 8/9/1926, fallos: 151:359, en el que se convalidan los impuestos progresivos.
- “Felicitas Guerrero de Mihanovich c/Provincia de Córdoba”, Sent. 23/10/1944, fallos: 200:128, que a los fines de ponderar la tacha de confiscatoriedad computa la renta potencial de las explotaciones agropecuarias y no su renta efectiva.
- “Marcelo A. Montarcé c/Dirección Nacional de Aduanas”, Sent, 17/9/1974, fallos: 289:443, en que se admite la finalidad extrafiscal de los tributos aduaneros al punto de alcanzar extremos prohibitivos de las exportaciones.
- “Candy SA c/AFIP y otro”, 3/7/2009, en el que la sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24073, del art. 4 de la ley 25561, del decreto 214/2002 y de toda otra norma legal o reglamentaria de cualquier órgano estatal nacional, en tanto impiden a la actora aplicar el ajuste por inflación impositivo. Asimismo, ordenó a la AFIP-DGI recibir la liquidación del impuesto correspondiente al ejercicio fiscal comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2002 con aplicación del mencionado instituto correctivo. El tribunal de Alzada confirmó la sentencia. Contra esta decisión la AFIP interpuso recurso extraordinario federal. La CSJN revocó la sentencia recurrida, sin perjuicio de lo cual hizo lugar, por mayoría, al amparo interpuesto por considerar acreditado un supuesto de confiscatoriedad.
- “Hermitage SA c/Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos - Título 5 - ley 25063 s/proceso de conocimiento”, 15/6/2010, en el que se declaró la inconstitucionalidad por confiscatoriedad del art. 6 de la ley 25063.

7.4.1.3. Igualdad

El principio de igualdad, en sus más diversas proyecciones, se fundamenta en los arts. 1, 16, 20 y 33 de la CN y, nuclearmente, en el 16, en cuanto allí se dispone que “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 igualdad ante la ley resulta de las postulaciones impulsadas por la Revolución Francesa y deriva del *principio de universalidad de la ley*, a través de un sistema de normas que tiene como destinatario el conjunto de la sociedad, como reacción a las diferencias y privilegios hasta ese entonces vigente.

La apuntada *igualdad formal* o *igualdad jurídica* se convierte en una noción útil para proscribir determinadas discriminaciones fundadas en razones de raza, lengua, sexo, religión, ideas políticas u origen social. Sin embargo, de todos modos perpetúa las profundas disparidades reales en una sociedad no homogénea con clases marcadamente diferenciadas. Se trata, en fin, de la majestuosa igualdad del derecho francés, descripta por Anatole France, “como prohibiendo tanto al rico cuanto al pobre dormir debajo de los puentes de París”¹⁷.

La igualdad en la ley, en cambio, obliga a que la ley trate en forma igual a los iguales y en forma desigual a los desiguales, al clasificar a los contribuyentes y la materia imponible sobre la base de criterios razonables esencialmente influidos por la capacidad contributiva de los sujetos llamados a atender las cargas.

Lo expresado en el párrafo precedente, sin dejar de asumir que en la tributación extrafiscal podrán ponderarse circunstancias ajenas a la capacidad económica de los contribuyentes siempre y cuando el tratamiento dispar atienda a la consecución de fines y objetivos acordes con el programa y los valores constitucionales.

La igualdad por la ley tiende, en lo social, a reclamar un mayor aporte de quienes más tienen, para luego, a través del gasto público, poner especial empeño en los requerimientos de aquellos sectores con necesidades insatisfechas. También adquiere relevancia en relación a las distintas regiones del país en conexión con el principio de solidaridad federal que reconoce apoyatura en la CN –arts. 75, inciso 2, tercer párrafo, 8, 9, 18 y 19, segundo párrafo–.

La igualdad en la interpretación y aplicación de la ley conduce, tal cual lo remarcaran las II Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, celebradas en México en 1958, a que “deben excluirse los criterios apriorísticos de interpretación, tanto a favor del Fisco como del contribuyente”.

En cuanto a la igualdad de los sujetos de la obligación tributaria, tal postulación parte de la premisa de que el estado acreedor y el contribuyente deudor están igualmente sometidos a la ley y a la jurisdicción, por no haber tributo sin ley que lo establezca y porque nadie puede ser juez en su propia causa.

17 Seudónimo del escritor francés Anatole Francois Thibault, (1844-1924). La frase citada, como muchas otras, evidencian su profunda conciencia social. Obtuvo el Premio Nóbel de Literatura en 1921.

Vista la obligación desde el punto de vista creditorio, y agotado el poder tributario en el momento mismo de la aprobación de la ley que instituye las obligaciones, ello conduce en el estado de derecho –en que gobierno y administración se encuentran sometidos a la ley– a una esencial igualdad del Fisco y el contribuyente por encontrarse ubicados en un mismo plano sin supremacías ni sumisiones, lo que lleva a que, para dirimir eventuales controversias, deban someterse a la decisión de un órgano independiente de la administración activa –la magistratura judicial– que, en definitiva, será la llamada a aplicar e interpretar la ley en el concreto caso de divergencias.

Entendemos relevante dentro de la jurisprudencia de la CSJN, como un simple punto de referencia, consignar los siguientes pronunciamientos:

- “Criminal c/Don Guillermo Olivari, por complicidad en delito de rebelión”, Sent. 1/5/1875, fallos: 16:118, conforme al cual el principio de igualdad ante la ley no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, aplicando a los casos ocurriendos la ley según las diferencias constitutivas de ellos.
- “Destilería Franco-Argentina c/Gobierno de la Nación, sobre cobro de pesos”, Sent. 18/10/1920, fallos: 132:402, por el cual se declaró válido un impuesto que gravaba más onerosamente a las sociedades extranjeras.
- “Don Ignacio Unanue y otros c/Municipalidad de la Capital, sobre devolución de dinero proveniente del impuesto a los *studis*”, Sent. 21/9/1922, fallos: 138:313, donde se estableció que no se afectaba el principio al gravar los *studis* que albergaban y preparaban caballos con el único objeto de disputar carreras más onerosamente que a las demás caballerizas.
- “Ana Masotti de Busso y otros c/Provincia de Buenos Aires”, Sent. 7/4/1947, fallos: 207:270, en que se decretó la inconstitucionalidad de la contribución territorial a los inmuebles atendiendo a su valor conjunto con prescindencia del valor de la parte ideal de cada condómino.
- “Sociedad Agrícola, Ganadera y Comercial Juan c/Galli e hijos limitada”, Sent. 29/2/1956, que consideró constitucional un gravamen establecido por la municipalidad de Pellegrini que afectaba los inmuebles rurales de más de dos mil hectáreas, inexistente para los propietarios de bienes situados en jurisdicción de otras municipalidades de la provincia de Buenos Aires.

7.4.1.4. Capacidad contributiva

Usualmente, se la ha entendido como la aptitud para ser sujeto pasivo de obligaciones tributarias y sostener los gastos del estado. Ello implica que no se puede gravar allí donde no existe tal aptitud. Lo cual sucede, por ejemplo, cuando el contribuyente no posee bienes para sus gastos vitales o cuando se grava un hecho imponible que no revela la mencionada aptitud.

En la República Argentina, la Excma. CSJN ha entendido que se encuentra de manera implícita en el texto de la ley suprema, ya que surge del principio de igualdad, de propiedad y de la forma republicana de gobierno.

Otro efecto de este principio es que, a igualdad de capacidad contributiva debe realizarse similar tratamiento impositivo por parte del Fisco. Así, García Etchegoyen señala que la Excma. CSJN –Argentina– siempre que “hace referencia a la ‘igualdad en igualdad de condiciones o situaciones’, se refiere a condiciones o situaciones de capacidad contributiva; el parámetro para medir la igualdad de situaciones frente al impuesto es la capacidad contributiva”¹⁸. Sin embargo, esta premisa de “igualdad de trato a igualdad de capacidad contributiva” ha sido parcialmente mitigada en su efectividad, ya que la Excma. CSJN entiende que todo impuesto debe responder a una capacidad contributiva, de suerte que se requiere, en algunos supuestos, solo un mínimo de esta para que se pueda establecer un tributo.

La capacidad contributiva reconoce tres manifestaciones: la renta, el patrimonio y el consumo.

7.5. Tutela jurisdiccional

7.5.1. Tutela jurisdiccional efectiva en materia tributaria

El *due process of law*, como garantía procesal de la libertad, si bien no es una novedad en la historia institucional de los Estados Unidos de América y reconoce precedentes anteriores a la sanción de la constitución de Filadelfia, es recogido en la V enmienda con vigencia a partir del año 1788 respecto al estado federal, y por la XIV enmienda frente a los estados locales a partir del año 1868.

La Constitución argentina consagra en el art. 18, además de las garantías procesales penales propias de las restantes constituciones de su tiempo, la regla conforme a la cual “Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...”.

Hoy, a partir del desenvolvimiento constitucional europeo de la segunda posguerra y reconociendo como hitos fundamentales la constitución italiana de 1947, la ley fundamental de Bonn de 1949 y la constitución española de 1978, se afirma en dichos países el derecho a la tutela judicial efectiva, configurado como derecho subjetivo.

También en estas latitudes brinda sustento a las nuevas formulaciones la Declaración Americana de los Derechos y de los Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana de Bogotá, Colombia, en 1948; la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 10 de diciembre de 1948; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscripta en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscripto en la ciudad de Nueva York, EE.UU. el 19 de diciembre de 1966.

A su vez, cobra relevancia la reforma constitucional de 1994, en cuanto incorporó a la parte dogmática un capítulo II sobre “Nuevos derechos y garantías”, en el que cobra un

18 García Etchegoyen, Marcos, *El principio de capacidad contributiva. Evolución dogmática y proyección en el derecho argentino*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, pág. 208.

papel significativo el art. 43, que incorpora a la ley suprema los perfiles más trascendentes de la acción de amparo –tanto en su modalidad individual como colectiva–.

Sobre la base de la consolidación del plexo normativo antes referido, la *tutela judicial en general*, que importó encontrar una adecuada respuesta del estado ante los litigios jurídico-privados y los procesos penales, hoy adquiere trascendencia en una modalidad nueva de *tutela judicial en sentido estricto*, donde asumen una mayor intensidad y efectividad las técnicas del control judicial sobre las acciones de la administración haciendo frente a amplias zonas de su actividad que, hasta épocas cercanas, se encontraban inmunes o exentas de revisión judicial.

Admitir la *tutela judicial en sentido estricto en materia tributaria* importa eliminar las limitaciones a la habilitación de la instancia e, incluso, otorgar un “plus” de protección judicial para que esta se torne “real y efectiva”, intensificando el control de la acción administrativa y protegiendo al ciudadano de posibles desviaciones en el ejercicio de prerrogativas exorbitantes. A tal efecto, es necesario admitir la demandabilidad del estado y la revisión de los actos de determinación tributaria sin que sea menester, a tales fines, dar satisfacción a recaudos irrazonables, como el que impone el tránsito ritual de vías administrativas inconducentes, o el pago previo del gravamen, como lo viene predicando, desde casi un siglo, la regla del *solve et repete*. Ello así desde que el derecho de acceder al proceso no debe ser solo teórico, sino efectivo y materializable en los hechos.

Por otro lado, también es menester brindar una “protección cautelar” a fin de prevenir daños graves o irreparables por una sentencia tardía e ineficaz en sus consecuencias concretas.

7.5.2. El principio *solve et repete*

Expresión latina que significa “pague y repita”, por la cual se exige el pago previo de los tributos luego de agotada la vía administrativa y como condición de procedencia de la revisión judicial que impugna el acto determinativo. Un sector de la doctrina sostiene que no se trata meramente de una regla o principio de derecho, sino de un privilegio del estado.

La CSJN modificó su jurisprudencia aceptando las acciones declarativas de inconstitucionalidad dentro de su competencia originaria, primero en general, y luego, en materia tributaria en particular, a partir de la sentencia dictada el 19 de marzo de 1987 en la causa “Newland, Leonardo A. c/Provincia de Santiago del Estero”, lo que permitió la revisión judicial suficiente sin necesidad de cumplir con el pago previo exigido por este instituto.

7.5.2.1. Incidencia del Pacto de San José de Costa Rica

En 1989, en la causa “Microómnibus Barrancas de Belgrano SA”, la Corte debió pronunciarse respecto de la legitimidad, frente a la Convención Americana de Derechos Humanos llamada Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por ley nacional, de la exigencia legal del pago previo, de una deuda previsional cuestionada, como recaudo para ocurrir ante la justicia, y sostuvo, en síntesis, que para la Corte Suprema argentina la exigencia legal del pago previo del tributo como condición para su cuestionamiento judicial no se opone por sí

al derecho constitucional de defensa, ni al Pacto de San José de Costa Rica, art. 8, punto 1, en tanto no se acredite la falta inculpable de medios para hacerlo, es decir, que si se acredita esa falta, es posible acceder a la vía judicial sin previo pago, aunque las normas lo exijan.

7.5.3. Acción meramente declarativa

La norma legal: el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) establece que 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 este no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.

Si el actor pretendiera que la cuestión tramitara por las reglas establecidas para el juicio sumario o sumarísimo, la demanda deberá ajustarse a los términos del art. 486, CPCCN.

Se legisla en forma expresa como acción meramente declarativa en el año 1967, con la reforma.

Por la caracterización uniforme inherente a su finalidad, puede indicársela como el medio de obtener directa y únicamente la declaración, por el poder judicial, de que existe un derecho del actor –acción declarativa positiva–, o de que no existe un derecho del demandado –acción declarativa negativa–.

7.5.3.1. Conceptualización de la acción: requisitos

La acción declarativa reconoce su causa en la solución de un estado de incertidumbre o inseguridad jurídica actual y objetiva sobre la existencia, alcance y modalidades de las relaciones jurídicas que requieran el pronunciamiento judicial positivo o negativo. Es la sentencia la única vía de solución.

7.5.3.1.1. Concepto de estado de incertidumbre

La relación jurídica a la cual alude la norma debe ser concreta, pues al momento del dictado de la sentencia tiene que haberse producido la totalidad de los presupuestos de hecho en que se funda la declaración de existencia o inexistencia del derecho discutido.

La incertidumbre sobre la existencia o no del derecho debe ser causa judicable real y concreta. Difiere de una consulta o de un pronunciamiento teórico de cuestión abstracta, pues en estos se responde acerca de la eventual solución que podría acordarse a un hecho hipotético.

7.5.3.1.2. Interés legítimo

La naturaleza de la acción declarativa de carácter preventivo, que operará antes que la lesión del derecho invocado, ha llevado a la jurisprudencia de la Corte a confundir la

expresión “perjuicio” o “lesión actual”, con la de “daño actual e irreparable”, negando la procedencia de la acción cuando no se ha afectado el derecho en tales extremos. Confunde, de esta forma, el presupuesto de la acción de amparo con el de la acción declarativa.

La procedencia de la acción exige como requisito el interés que justifique la declaración sin que sea necesario que el derecho cuya declaración se solicite haya sido violado: basta con que el demandado lo discuta, desacate o se jacte de tener un derecho cuya existencia deba declararse.

7.5.3.1.3. Prevención de un perjuicio o lesión actual

La exigencia de daño irreparable como condición de viabilidad de esta acción no está contemplada en el art. 322 del CPCCN.

7.5.3.1.4. Inexistencia de otra vía procesal: obligaciones tributarias

Sostiene Navarrine¹⁹ que, respecto de las obligaciones tributarias, nunca opera la subsidiariedad del art. 322, CPCCN, porque ejercitar la acción de condena implica siempre el cumplimiento previo de la obligación *–solve et repete–* y este hecho conlleva sufrir la lesión sin poder discutir antes de que se opere el daño.

7.5.3.2. Procedimiento para ejercer la acción declarativa

En el ejercicio de esta acción, la legitimación activa y pasiva corresponde a quien esté legitimado para el ejercicio de la acción de condena, y debe ser dirigida también hacia los terceros o interesados directamente, con interés en impugnar la acción a fin de que la sentencia tenga validez *erga omnes*. El efecto de la sentencia, por ser meramente declarativa, se proyecta hacia el pasado hasta el momento de la constitución de la relación jurídica o el derecho sobre cuya certidumbre se solicita la decisión judicial.

Esta acción puede ejercitarse tanto en el ámbito del derecho privado como del derecho público y tratándose de la declaración de certeza –aunque ella no busca directa ni necesariamente la declaración de inconstitucionalidad, sino de certidumbre–, en la medida en que para lograr esa certidumbre hace falta una revisión de inconstitucionalidad, la incluye e incorpora al proceso y la exige en la sentencia.

7.5.3.3. Aplicación de la acción declarativa en las controversias tributarias

La acción meramente declarativa tiene especial trascendencia en cuestiones tributarias a partir del fallo de la CSJN “Provincia de Santiago del Estero c/Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales s/acción de amparo” del 20/8/1985, en el que se definen los siguientes conceptos:

19 Navarrine, Susana C., “Acción declarativa. Prevención del daño tributario. Inexistencia del *solve et repete*”, *Revista Derecho Fiscal*, t. XL, pág. 193.

- Se la considera apta para la tutela de los derechos de los particulares, del estado o de las corporaciones públicas.
- Admite el control de constitucionalidad tanto por vía principal como incidental, en el ejercicio de la acción declarativa.
- La acción de amparo tiene exigencias que la hacen restrictiva en su procedencia, por lo que es más conveniente la acción declarativa para decidir sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad de un acto administrativo.
- Esta acción es hábil para determinar las órbitas de competencia entre los poderes del gobierno federal y los de un estado provincial en instancia originaria de la Corte.

7.5.3.4. La prevención de la materia tributaria

La finalidad preventiva de la acción meramente declarativa supone ciertos efectos en el campo del derecho tributario, ya que su ejercicio pondrá en juego particulares cuestiones, como: a) la legitimidad de los actos administrativos, b) el cumplimiento de la regla *solve et repete*, y c) la subsidiariedad en la elección de otra vía procesal.

Los analizaremos a continuación.

7.5.3.4.1. La legitimidad de los actos administrativos

La discusión sobre la legitimidad del acto administrativo puede entablarse por intermedio de esta acción, antes que se produzca la lesión que pudiera infringirse con su aplicación.

Se debe tener en cuenta que la presunción de legitimidad del acto administrativo acaece su ejecutoriedad y cumplimiento; ello, frente a la acción declarativa que no tiene efectos suspensivos, supondrá la posibilidad de su exigencia.

Si la sentencia definitiva que declara la invalidez sobreviene antes de la ejecución, esta será imposible por carecer de respaldo legal, y si el pronunciamiento llega después, será la base para las acciones posteriores a instaurar por el lesionado, o para la reparación que directamente otorgue el poder administrador.

Sin embargo, es de interés señalar que, a la ejecución del acto administrativo –apremio–, podrá oponerse la excepción de litispendencia si se ha iniciado la acción declarativa sobre los alcances de su legitimidad, obteniéndose así la paralización de la acción fiscal.

7.5.3.4.2. El cumplimiento de la regla *solve et repete*

La acción declarativa, que puede invalidar el acto administrativo por la finalidad preventiva de la lesión, en el caso tributario, aunque no releva al contribuyente de sufrir la ejecutoriedad del tributo, sí le permite accionarla sin el cumplimiento previo del pago de la obligación que se pretende ilegítima.

7.5.3.4.3. La subsidiariedad en la elección de otra vía procesal

Con relación a los regímenes impositivos, tanto nacional, provincial y/o municipal, ninguna otra vía procesal podría elegirse subsidiariamente en lugar de la acción declarativa para prevenir la lesión tributaria.

Ningún otro medio legal podría poner término en forma directa e inmediata a la lesión tributaria denunciada, porque las vías administrativas no solucionan la cuestión, pues la cosa juzgada administrativa no es definitiva.

7.6. El Tribunal Fiscal de la Nación (TFN) y el control de constitucionalidad

Este tribunal fue creado por la ley 15265, comenzó a funcionar el 28 de abril de 1960 y su naturaleza jurídica es administrativa. No obstante, los magistrados de tal institución cuentan con atribuciones similares a la de los magistrados de la órbita judicial, a saber: inamovilidad del cargo e intangibilidad de la remuneración en armonía con lo regulado por la ley 11683.

Entre sus funciones se encuentran las revisiones de decisiones fiscales de funcionarios de la AFIP.

Entre los aspectos fundamentales de dicho tribunal, se debe señalar la inaplicabilidad del principio *solve et repete*, en tanto el recurso interpuesto ante tal autoridad conlleva la suspensión de los efectos de la resolución impugnada, tal y como reza el art. 167, ley 11683.

Entiende en los recursos interpuestos con relación a los tributos y sanciones aplicados por la Dirección General Impositiva, conforme el art. 144, ley 11683.

Asimismo, entiende en el recurso de amparo establecido en el mismo título de la ley referida, como así también en los recursos que se interpongan por los derechos, gravámenes, accesorios y sanciones que aplique la Dirección General de Aduanas.

Conforme reza el art. 146 de la ley 11683, el TFN está constituido por veintiún vocales designados por el Poder Ejecutivo Nacional, argentinos de al menos treinta años, y con al menos cuatro años de ejercicio de la profesión de abogado o contador. Se encuentra dividido en siete salas, cuatro con competencia impositiva y tres con competencia aduanera.

Asimismo, el TFN actúa como entidad autárquica administrativa y financiera, su organización y su funcionamiento –art. 154, ley 11683–, y es su competencia la de entender en los recursos de apelación contra las resoluciones de la AFIP que determinen tributos y sus accesorios, por un importe superior a los veinticinco mil pesos o pesos cincuenta mil –art. 159, ley 11683–; los recursos de apelación contra las resoluciones de la AFIP que impongan multas superiores a veinticinco mil pesos o sanciones de otro tipo, salvo la de arresto –inciso b) del mismo artículo–; recursos de apelación contra resoluciones denegatorias de las reclamaciones por repetición de tributos formuladas ante la AFIP, y de las demandas por repetición, también superiores a veinticinco mil pesos –inciso c del mismo artículo–; los recursos por retardo en la resolución de las causas radicadas ante la

AFIP –inciso d del mismo artículo–; del recurso de amparo de los arts. 182 y 183 de la ley 11683 –inciso e del mismo artículo–; y los recursos y demandas contra resoluciones de la AFIP que determinen derechos, gravámenes, recargos y sus accesorios o ingresos a la renta aduanera a cargo de los particulares y/o apliquen sanciones y demás cuestiones referidas en el inciso f del artículo en cita.

Vale aclarar que la sentencia del TFN no puede pronunciarse dictando la inconstitucionalidad de una normativa salvo que la Corte Suprema sí la haya declarado, lo cual resulta lógico en vista de la división de poderes republicana y la posibilidad de que solo el Poder Judicial pueda dictar un acto de semejante relevancia institucional.

7.7. Seguridad jurídica

Si bien la historia moderna del Derecho Tributario, como disciplina científica, puede ubicar un punto de referencia a la seguridad jurídica en la obra del profesor Ranelletti²⁰ del año 1898, en el campo de la ciencia económica encontramos algunos aportes que, al menos, nos aproximan a dicha regla a través de la exigencia de certeza. Así, Adam Smith recogió, en el año 1776, en la segunda parte del libro V de su *Indagación acerca de la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*, cuatro cánones impositivos que habrían de invocarse después bajo su nombre en incontables ocasiones, a saber: economía, certeza, comodidad y justicia.

La segunda de ellas expresa que el impuesto que cada individuo está obligado a pagar “debe ser cierto y no arbitrario. El tiempo de pago, la forma de pago, la cantidad a pagar: todo esto debe ser claro y preciso para el contribuyente y para cualquier otra persona”. La certeza de lo que cada uno debe pagar “es, en materia de impuestos, de tan gran importancia, que puede decirse, según me parece se deriva de la experiencia de todas las naciones, que un grado muy considerable de desigualdad no es tan peligroso como un pequeñísimo grado de incertidumbre”.

El aludido principio, ya con un alcance mucho más amplio, logró difusión con el Iluminismo y la Revolución Francesa y es así que la Asamblea, el 26 de agosto de 1789, al proclamar la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano hizo su introducción con el siguiente postulado: “Los representantes del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, comprendiendo que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son la sola causa de la infelicidad pública y de la corrupción del Gobierno, han resuelto exponer en una declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, pudiendo en todo instante ser comparados con el objeto de toda institución política, sean mayormente respetados, y a fin de que las recla-

20 Ranelletti, Orense, *Teoría general de las autorizaciones y concesiones administrativas*, obra clásica del jurista italiano.

maciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e incontestables, tiendan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos”.

Precedido de tales consideraciones por el art. 2, se señaló que “El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

Según el profesor Geraldo Ataliba²¹, el derecho es por excelencia instrumento de seguridad jurídica, es el que asegura a gobernantes y gobernados sus recíprocos derechos y deberes, haciendo viable la vida social. Por ello puede predicarse que cuanto más segura jurídicamente es una sociedad, tanto es más civilizada.

Ataliba recoge también los conceptos del tratadista argentino Agustín Gordillo, para quien la seguridad jurídica demanda: 1) que la administración respete la ley, y 2) que el legislador respete la Constitución, dado que ya no basta con que la administración esté sometida a la ley, sino que es también necesario que la ley esté sometida a la Constitución, que haya un orden jurídico superior al mismo legislador, superando así el dogma de la soberanía popular por la soberanía del pueblo en la Constitución.

La seguridad jurídica aparece en el marco constitucional –ideario de fines del siglo XVIII como consecuencia de la Revolución Francesa y la Revolución Norteamericana– a través de varios principios que la expresan, delimitan y le dan sentido. Ellos han sido, según el autor brasileño a quien nos venimos refiriendo:

- La supresión de la incertidumbre y de la sorpresa en el obrar estatal.
- La certeza del Derecho.
- El consentimiento en la formación de la ley.
- La representatividad de los gobernantes.
- La lealtad del estado que se expresa en el estándar anglosajón del *debido proceso legal*.
- La previsibilidad del derecho y de las consecuencias jurídicas que se derivan del obrar de los particulares.
- La protección de la confianza (Paulick, H. Kruse, Hensel).
- La interdicción de la arbitrariedad.

La seguridad jurídica se instrumenta a través de sus principios: generalidad, igualdad –como equivalente en la doctrina brasileña a *isonomía*–, tipicidad y legalidad, y conforma un tejido impermeable y coherente en el cual dichas reglas se coordinan como sistema, se interpretan recíprocamente y conforman una unidad.

21 Ataliba, Geraldo, *Hipótesis de la incidencia tributaria* es una importante obra del derecho tributario, publicada en Argentina por Legis Argentina.

CAPÍTULO VIII

El Derecho de la Integración. Mercados, economía y poder

CARLOS MARÍA NEGRI¹

El conquistador es siempre un amante de la paz; preferiría sin duda someter nuestro país sin tener que combatir [...] La guerra es la continuación de la política por otros medios.

Carl von Clausewitz

La guerra económica se centra actualmente en la preservación y obtención de mercados y consumidores.

Carlos M. Negri

1 Abogado egresado con diploma de honor (UBA). Ha realizado cursos de especialización en distintas universidades del país y del exterior, entre otras, en las Universidades de San Marcos; Denver University; Florida International University; Guanabara; Toledo; Madrid; Granada; Bruselas; London University; Universidad de La Habana; Nueva York; Washington; Shanghái y Pekín. Director del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Económicas (UBA). Profesor titular de la cátedra “Instituciones de Derecho Privado. Empresa y Sociedad Comercial” en la Facultad de Ciencias Económicas (UBA). Profesor titular en el posgrado en sindicatura concursal de la materia “Derecho Penal Económico”, Facultad de Ciencias Económicas (UBA). Profesor de posgrado en la Facultad de Derecho (UBA y UADE). Director coordinador del Centro Economía y Delito de la Facultad de Ciencias Económicas. Fiscal nacional de primera instancia en lo penal económico (1975–1978). Síndico del BCRA (octubre 1986/julio 1988).

8.1. Derecho de la Integración²

8.1.1. Introducción

¿Cuáles son los objetivos vitales a los intereses nacionales? ¿Qué importancia tiene actualmente la Argentina en el mundo desde el punto de vista geopolítico, económico y comercial? ¿Cuáles son los principales clientes de la Argentina, actuales y potenciales? ¿Qué acuerdos valederos hemos celebrado con otros estados de conformidad con el actual contexto internacional? ¿Qué necesitará el mundo en los próximos años y cuáles son las ventajas y desventajas comparativas que presenta la Argentina para proveer dichos productos o servicios? ¿Dónde pretendemos que el país esté ubicado en el 2030 y qué haremos para lograrlo? ¿Asociados a quién? ¿Por qué?

Las respuestas que demos a estos interrogantes condicionarán la vida no solo de la generación que hoy comienza su educación universitaria, sino de las generaciones futuras. Decimos “la vida” y recordamos la guerra de Malvinas, con sus estúpidas muertes por... no haber entendido el mundo.

La ignorancia no es un mérito. Además, mata.

8.1.2. Concepto

El Derecho de la Integración es la rama del Derecho Internacional Público que regula el proceso por el cual sujetos de derecho internacional celebran acuerdos destinados a implementar, en sucesivas etapas, las bases legales e institucionales de la comunidad que pretenden conformar.

La integración puede ser militar, ideológica y/o económica.

Haremos hincapié en esta última, sin perjuicio de la imbricación de los tres enfoques³.

2 El presente título ha sido redactado en base a lo expuesto por los doctores Kleidermacher, Arnoldo y Romero, Miguel A. en *Tratado teórico-práctico de instituciones de Derecho Privado y de Derecho Económico*, Macchi, Buenos Aires, 2001 pág. 744 y ss., y que fuera subido oportunamente a internet a libre disposición de los educandos.

3 Algunos analistas sostienen que el mundo está inmerso en una tercera guerra mundial, con reglas diferentes a las tradicionales, pues tanto los frentes de batalla como el enemigo aparecen como algo difuso, y los mecanismos tradicionales de finiquito del conflicto –diplomacia, erradicación de las causas que dieron lugar a él, etc.– no parecen ser aplicables. Estaríamos frente a lo que Arnold J. Toynbee (1927–1975), historiador inglés, definió, en su obra más reconocida *A study of history*, como “colapso de civilizaciones”. El concepto fue retomado luego por Samuel Huntington (1927–2008), politólogo estadounidense, quien lo denominó “choque de civilizaciones” en un artículo publicado en 1993 en la revista *Foreign Affairs* y luego en *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial* (1996). A diferencia de la tesis de Francis Fukuyama, quien, en su obra *El fin de la historia y el último hombre*, publicada en 1992, sostuvo que el mundo se aproximaba al fin de la historia “en sentido hegeliano”, al afirmar que la democracia occidental triunfaría en todo el orbe, los hechos de este siglo nos demuestran que ello no ha sido así. Los actores y conflictos políticos del siglo XXI se dan entre civilizaciones, no entre ideologías ni entre estados-nación, como acaeció durante la mayor parte del siglo XX. Recientemente –desde diciembre de 2015–, una coalición de 60 países, algunos de ellos con intereses sectoriales contrapuestos –tales como EE.UU. y Rusia en Siria–, se ha enfrentado al Estado Islámico –EI o ISIS por sus siglas en inglés–. El EI es un

La integración económica pretende conformar *megamercados* mediante convenios destinados a fusionar los mercados internos de los estados miembro. Se busca *poner en escala* las economías nacionales con la intención de satisfacer las demandas de un mundo globalizado.

El proceso tendiente a lograr la libre circulación de bienes y servicios resulta condicionado por diversos factores. Entre ellos, las relaciones asimétricas de poder entre los estados signatarios, la asincronía en la implementación de las *políticas públicas* acordadas, los actos terroristas que intentan y a veces logran paralizar los países sembrando el miedo y la inseguridad –en esta tercera guerra mundial no declarada–, las crisis internas de cada país, las trabas ideológicas resultantes de la eterna disputa sobre conveniencia e inconveniencia de la apertura de los mercados⁴, etc.

Ello hace que el Derecho de la Integración se caracterice –en cuanto a su implementación– por su flexibilidad y adecuación permanente a hechos cambiantes.

8.1.3. Nuevas realidades geopolíticas. Los Estados nación y el concepto de soberanía. Interdependencia global

Se ha ido desdibujando el concepto de Estado nación. Este tiende a ser reemplazado por *regiones* y *mercados*. Estamos inmersos en una guerra comercial que entroniza el consumo como *nuevo dios ateo*.

grupo terrorista de naturaleza yihadista suní, autoproclamado califato, surgido durante la guerra de Irak en el año 2003. Tiene como objetivo declarado unir todas las regiones habitadas por musulmanes: Irak y la región del Levante mediterráneo, que cubre aproximadamente los actuales estados de Siria, Jordania, Israel, Palestina, Líbano, Chipre y parte del sur de Turquía. Técnicamente, es un “estado no reconocido”, ya que controla de facto varias ciudades como Mosul y Raqqa. Se caracteriza por su severa interpretación del Islam y su violencia brutal contra chiitas y cristianos. Gracias a sus ingresos, de unos 2 millones de euros diarios, es el grupo terrorista más rico de la historia. Ello les permite contar con gran cantidad de mercenarios en sus filas. Su economía se sustenta en la comercialización del petróleo, órganos, antigüedades e impuestos “revolucionarios” –secuestros, exacciones, etc.–. El último atentado perpetrado a la fecha (13/11/2015) es el que provocó la muerte de 120 personas en Francia.

- 4 Las posturas contrapuestas resultan claramente expuestas en las palabras de David Ricardo y Norman Mailer. “En un sistema de comercio perfectamente libre, cada país dedica su capital y trabajo a los empleos que le son más beneficiosos, utiliza más eficazmente las facultades peculiares y distribuye el trabajo más eficaz y económicamente. Con esto difunde el beneficio general, une por medio de los lazos del interés y el intercambio, la sociedad universal de las naciones, ya que es más fácil importar aquellas cosas que cuestan más producir y exportar aquellas que podemos producir más cómodamente (más beneficioso aplicar todo el capital a aquello en lo que somos buenos produciendo, que a aquello que nos cuesta más)” David Ricardo (1772–1823) economista y político inglés, uno de los máximos representantes de la escuela clásica. La frase corresponde a *Principios de Economía política y tributación*, Ayuso, Madrid, pág. 445.
“Considero la pobreza como algo obsceno. Y creo que la teoría de que el mercado libre se encargará de todo es un absurdo y una obscenidad más. El llamado mercado libre de lo que se preocupa es de enriquecer a las corporaciones más poderosas. Creo que la última tendencia del mercado libre es que los pobres sean aún más pobres” declaración de Norman Mailer (1923–2007), escritor, periodista y activista político estadounidense, ganador de dos premios Pulitzer.

Las naciones van perdiendo el centro del universo simbólico que ocuparon por un largo tiempo.

Al desaparecer sus *leyes territoriales*, antiguas culturas determinadas por la proximidad geográfica tienden a desaparecer al ser traspasadas por técnicas de comunicación e intercambio inmediato y desmaterializado. Nos encontramos frente a una clientela global en un mundo *glocalizado*.

En el siglo XXI, la interdependencia global, en sus aspectos económico, cultural, político y religioso hace que no sea concebible un estado aislado, instalado en su territorio y que, cerrado a las influencias externas, pueda satisfacer todas sus necesidades⁵. No hay cabida para el aislacionismo ni la autosuficiencia.

Se avanza hacia un concepto de soberanía despojado de anteriores connotaciones de exclusión. Paulatinamente se han ido otorgando a organismos supranacionales poderes jurisdiccionales directos sobre estados y ciudadanos.

La interdependencia es fácilmente visible en cuestiones de contaminación global –por ejemplo, las consecuencias del accidente del 11/3/2011 en la central nuclear de Fukushima, Japón–; en los efectos de la crisis financiera mundial del 2008, la cual produjo 230 millones de desocupados⁶; en las consecuencias de la modificación en los valores de los *comodities* –que afectan directamente la situación económica argentina– o del petróleo –que no hacen viable, por el momento, implementar los proyectos energéticos de Vaca Muerta–; en la pobreza, cuyas causas no se limitan a la falta de medios económicos, sino que encuentra sus raíces profundas en factores contextuales interrelacionados, tales como la educación, inversiones, demanda, productividad y migraciones, entre otros.

5 Dice un proverbio chino: “el aleteo de una mariposa puede provocar un tsunami al otro lado del mundo”.

6 La crisis mundial de 2008, remezón del proceso de quiebras y explosión de burbujas de los años 2001/2, fue calificada como resultado de una “...juerga crediticia de veinte años de duración” (los activos financieros, en 1980 –con un PBI mundial de 10 billones de dólares–, ascendían a 12 billones de dólares. En el 2008 se habían multiplicado por 10 –120 billones de dólares–. Mientras tanto el PBI mundial solo se había multiplicado por seis –62 billones de dólares–. De ahí la expresión “juerga crediticia”).

Las burbujas surgieron por alentar el consumo para mantener el nivel de actividad económica otorgando crédito a quien no calificaba para ello. Su explosión en el 2001 produjo la quiebra de importantes empresas, tales como ENRON –energía– el 2/12/ 2001, con un pasivo de U\$S 65.500 millones; Conseco –seguros– el 17/12/2002, con un pasivo de U\$S 61.400 millones; Worldcom –telecomunicaciones– el 21/7/2002, con un pasivo de U\$S 103.900 millones.

La crisis financiera mundial de 2008 se desencadenó al pincharse en EE.UU. la burbuja inmobiliaria. La crisis de las hipotecas *subprime* constituyó un verdadero tsunami económico mundial. Su consecuencia: la quiebra de empresas en cadena, 230 millones de desocupados, caída de gobiernos (Islandia), gran convulsión social (manifestaciones en Francia de 2,5 millones de personas, “indignados” en España, etc.).

Entre las quiebras más importantes, se encuentra la de Lehman Brothers –banco–, el 15/9/ 2008, con un pasivo de U\$S 691.000 millones (cuatro veces y media la deuda externa argentina); Washington Mutual –banco– el 26/9/2008, con un pasivo de U\$S 327.900 millones; General Motors –automotores– el 1/6/2008, con un pasivo de U\$S 91.000 millones; CIT –banco– el 1/11/2009, con un pasivo de U\$S 71.000 millones; MF Global –finanzas– el 31/10/2011, con un pasivo de U\$S 41.050 millones; Chrysler –automotores– el 30/4/2009, con un pasivo de U\$S 39.300 millones; Thornburg Mortgage –hipotecas– el 1/5/2009, con un pasivo de U\$S 36.500 millones, etc.

Los problemas individuales –mejor calidad de vida, libertad, trabajo, etc.– pasan a ser globales, pues afectan a todos los individuos del planeta.

La política monetaria mundial establecida en Bretton Woods (1994), la cual determinó como unidad transaccional mundial y moneda de reserva clave el dólar, se ha ido modificando. El valor del dólar aparece determinado en gran medida por China –el prestamista del mundo–, tenedor de 1.164 billones de dólares en bonos estadounidenses que le reportan anualmente 50.000 millones de dólares de intereses. Paralelamente, muchos países han empezado a intercambiar sus productos utilizando sus monedas locales sin emplear el dólar como medida patrón –BRICS, acuerdos de Argentina y China, etc.–.

Sin perjuicio de ello, es dable recordar otro dato de la interdependencia mundial. EE.UU. continúa siendo el más importante comprador de bienes y servicios del mundo, compras que paga con... dólares.

8.1.4. Globalización

8.1.4.1. De un mundo bipolar EE.UU.-URSS, a uno unipolar EE.UU. y, en el siglo XXI, a uno multipolar

8.1.4.1.1. Introducción

Inmediatez e interdependencia son los elementos que caracterizan esta etapa de la globalización.

La conquista de América por España y la llegada de los portugueses a Oriente por vía marítima conformaron el primer sistema de economía globalizada⁷.

En los siglos XVI y XVII, la comercialización del azúcar dio lugar a la formación de un sistema global que unía la mano de obra esclava de África con las plantaciones. Luego, al sumarse la explotación de algodón, hizo que diez millones de africanos fueran trasladados por la fuerza a América.

En los siglos XIX y XX, el telégrafo y la radiotelegrafía provocaron una revolución en las comunicaciones. El cable transatlántico de Field y el teléfono permitieron comunicar a todo el mundo en tiempo real.

En otras palabras, la globalización no es un concepto nuevo. Lo que hoy la caracteriza es la *desterritorialización*, la inmediatez y el acceso a la información en forma gratuita. Al abarcar no solo aspectos económicos sino también sociales, culturales y simbólicos, hace a todos los habitantes del orbe integrantes de la *aldea global*.

8.1.4.1.2. Bipolaridad. Unipolaridad. Multipolaridad

Luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial, comenzó la época conocida con el nombre de *Guerra Fría*, en la cual dos potencias predominaron en el contexto mundial: los

7 Ferrer, Aldo, *Hechos y ficciones de la globalización*, FCE, México, 1977, págs. 36/8.

Estados Unidos y la ahora desaparecida URSS –Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas–. Era un *mundo bipolar*.

Dichos países marcaban las tendencias en todo lo referente a la economía y a la política global. Influían en los países cercanos a sus fronteras y estos, a su vez, en sus vecinos. Formaban una red de influencias que abarcaba el mundo entero⁸.

La caída del muro de Berlín, que dividía no solo Alemania sino todo el mundo, marcó el fin de la URSS. Quedó consolidado EE.UU. como principal y única potencia mundial que supo ejercer durante largos años un poder hegemónico en materia militar, económica, social y cultural: el llamado *mundo unipolar*.

En los últimos años, se ha pasado de la hegemonía estadounidense a un *mundo multipolar*. Desde el punto de vista económico, el avance de la Unión Europea, por un lado, y el de China, India, Rusia y Brasil por el otro ha generado una dura competencia entre estados y/o bloques de estados⁹ por los mercados regionales.

Si bien EE.UU. sigue siendo el principal actor ha dejado de ser el gendarme del mundo y su jugador hegemónico.

Desde el punto de vista del uso de la fuerza, los nuevos *centros de poder regionales* posibilitan, por su cercanía, la inmediata respuesta ante ataques –redes terroristas, ejércitos privados y organizaciones criminales– y su desarticulación económica al proceder al decomiso de bienes y dinero producto de actividades delictivas –Interpol calcula que entre el 20% y el 40% de las inversiones que absorben las grandes bolsas del mundo es de origen ilícito–.

-
- 8 Luego de la segunda guerra mundial y hasta fines del siglo XX, rigió un mundo bipolar. En ese período, identificado con el nombre de la Guerra fría, la URSS y los EE.UU. se enfrentaron en numerosas oportunidades –guerras indirectas y variadas crisis políticas–. En ese entonces, el poderío de la URSS era muy significativo; fue el primer país en lanzar exitosamente un satélite artificial y el primero en llevar al hombre al espacio exterior durante la llamada “carrera espacial” contra EE.UU. La disolución de la URSS, a fines del siglo XX, dio lugar a la constitución de quince países independientes, entre ellos Rusia. Este país heredó la mayor parte del arsenal nuclear, el asiento permanente en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y las deudas de la URSS, extremo que dio lugar a un enorme *crack* financiero –1998– con fuertes efectos en la situación financiera mundial. Vladímir Putin asumió el poder en el año 2000 y aún lo conserva. Además de intentar sanear la economía –muy dependiente de productos primarios–, buscó (y busca) devolver a Rusia el rol de superpotencia mundial. La *putinpolitik* (Putin fue sindicado por la revista Forbes como el “hombre más poderoso del mundo” desde 2013 a la fecha) se refleja en la conducta seguida ante el actual conflicto con el EI. Pretende mostrar que Rusia es indispensable en la guerra de Siria y Ucrania. UE por su parte, si bien apoya a los rebeldes que pretenden derrocar al presidente sirio Bashar Al Assad, aliado de Rusia, resiste a involucrarse más en el conflicto. Turquía, otrora aliado, pero ahora sospechado de comprar petróleo al EI, pasó –diciembre/2015– a ser un aliado esencial de la UE. Pretenden erigir a Turquía en un verdadero estado tapón destinado a absorber la entrada masiva de millones de refugiados sirios –guerra civil– que intentan llegar al oeste y al norte de Europa. En pago, la UE se comprometió a 1) entregar a Turquía 3000 millones de euros, 2) el ingreso sin visado a la UE a partir de octubre de 2016, y 3) impulsar las negociaciones para incorporar a Turquía a la UE.
- Mundo multipolar: especie de póquer geopolítico en el que los jugadores mezclan intereses en parte comunes y en parte contrapuestos.
- 9 La caída de las Torres Gemelas en el 2001 y la declaración, por parte de EE.UU., de la “guerra contra el terrorismo” importaron para dicho país la apertura de diversos frentes de conflicto que no estaba capacitado para atender simultáneamente. Si a ello sumamos la crisis financiera mundial del 2008 y el crecimiento del resto de los países, tenemos las razones que generaron este cambio de ciclo. Ver nota 3.

Reitero. El poder se ha regionalizado. Se ha vuelto más local.

En Latinoamérica, Brasil, referente con vocación de jugador global, ejerce el liderazgo regional que perdió Argentina. México, más “atado” a EE.UU. que a Latinoamérica por su integración en el NAFTA, conserva fuertes lazos culturales y económicos con la región al integrar la Alianza del Pacífico –ver *infra*–.

Cabe señalar que las instituciones internacionales existentes no garantizan actualmente, pese a sus esfuerzos por *aggiornarse*, la paz mundial ni la resolución pacífica de conflictos.

8.1.4.2. La sociedad de consumo. El consumo como “ideología” y los mercados como campo de batalla

El comercio exterior de la Nación debe orientarse hacia el abastecimiento interno y la consolidación y diversificación de los mercados de importación y exportación, a fin de obtener términos de intercambio justos y equitativos.

Juan D. Perón

El comercio no solo cambia el destino, sino el estilo de vida de los pueblos. El mundo se fue ensanchando gracias a él y a los aventureros que lo unieron arriesgando su vida –Marco Polo, Colón, Magallanes, entre tantos otros–.

La circulación de mercaderías entre las naciones siempre ha sido objeto de restricciones, pues la apertura propiciada por el que se sabe o se cree fuerte es habitualmente rechazada por los que creen en los mercados cerrados, o se benefician con dicho proceder. Las trabas impuestas a la libre circulación de bienes –pago de tributos, prohibiciones de importación– generaron desde fricciones hasta conflictos bélicos –baste, como ejemplo, las invasiones inglesas al entonces Virreinato del Río de la Plata en 1806/7–.

Los mercados se han convertido en el actual *campo de batalla*. La disputa se da a través del control de las mentes de los que consumen, base de la producción y el empleo. La *sociedad de consumo* se sustenta en la obsolescencia programada y la insatisfacción permanente¹⁰.

10 A los efectos de aumentar la producción y el comercio, se utilizaron en el siglo XX diversos mecanismos que prohijaron y posibilitaron la aparición de la sociedad de consumo. Para aumentar la producción, era necesario aumentar la demanda. Para ello resultaba imprescindible cambiar valores culturales hondamente arraigados.

Crédito: el “ahorro primero y compro después” fue reemplazado por el “compro ahora y pago después” gracias a la generalización del uso del crédito. Como efecto colateral surgió la generación del “presente perpetuo”, de cultura *light*, desacostumbrada a los procesos madurativos. Generaciones que buscan y creen merecer resultados inmediatos sin esfuerzos ni méritos, regidas por la pereza mental e intelectual, por la indigencia espiritual y solidaria. La espera aparece como una injusticia. Baste recordar el mayo francés del 68 con su simbólico grito “no sé lo que quiero pero lo quiero ya”. Eslóganes tales como “Ud. se lo merece”, “el futuro es hoy”, el “aquí y ahora” son fácilmente reconocibles.

Obsolescencia programada: los bienes pensados originariamente para que duraran toda la vida pasaron a tener una obsolescencia programada. “Lo nuevo” pasó a ser un “valor” en contraposición a lo “viejo”. El deseo de poseer “lo nuevo” produjo como efecto secundario una sociedad basada en la insatisfacción permanente.

8.1.4.2.1. El contexto

a) Población¹¹: de 6.000 millones de habitantes en la Tierra (siglo XX), pasamos a 7.000 millones en la actualidad. Se estima que en el 2050 la población mundial ascenderá a 9.000 millones de personas.

Tener lo útil y necesario fue reemplazado por necesidades artificiales. Se crearon, a través de diversos mecanismos de propaganda, deseos, muchas veces vacuos, a fin de insuflar la necesidad de consumir nuevos productos o de “pertener”. Se inventaron necesidades con el objetivo de satisfacer apetencias simbólicas propias de esta realidad virtual. En lugar de que un producto satisfaga una necesidad, esta es el resultado de conductas inducidas –un litro de Coca Cola pasó a costar más que un litro de leche–. Las marcas dejaron de ser instrumentos destinados a individualizar productos para adquirir el estatus de “símbolos de pertenencia”.

El ser fue desplazado hacia el tener – “tener para ser”: se venden fórmulas y recetas para ser feliz (x ceros en la cuenta corriente, compra de un auto, un yate, un avión, un celular, una computadora, una casa en un country, departamento con piscina y seguridad, pastillas para adelgazar, para tener mayor tonicidad muscular, para ser un atleta sexual, el bisturí milagroso, etc.). Se vende el “ser feliz” encapsulado, sin confrontar la realidad y sin que se asuma la responsabilidad por los propios actos. Se transfirió a embaucadores profesionales el sentido y contenido de muchas vidas vacías. En tiempos donde nada parece perdurar, la moda del tatuaje, dado su carácter de inscripción indeleble en el cuerpo, puede ser interpretado como una afirmación de principios no efímeros. Un sistema de identificación personal –hecho con el capricho del gusto– de personas que forman parte de un “mundo líquido”; una especie de paganismo posmoderno.

Valores y contravalores: esta sociedad de consumo basada en esteroides de créditos masivos tuvo una doble cara. Por un lado generó efectos positivos –ampliación del comercio y del empleo– y, por otro, efectos claramente negativos –deudas impagables–. Desde el punto de vista de la sociedad, dio origen como subproducto a diversos contravalores que caracterizaron el siglo XX –el dinero como un fin en sí mismo, insolidaridad, apariencia, fama, ostentación–; solo existe lo que pasa en una pantalla –vértigo, inmediatez, escepticismo, insensibilidad, presente perpetuo, etc.–.

Dichos contravalores entraron en colisión con los valores de la Edad Moderna: esfuerzo, mérito, trabajo, honestidad, interés general, verdad, disciplina, solidaridad, estoicismo, etc.

En la sociedad de consumo, el “se usa y se tira” pasó, por arte de birlibirloque, a aplicarse no solo a los productos, sino también a los seres humanos. El concepto de riqueza se mimetizó con la posesión de dinero –tener para ser–. Sumada a la fama, “la única verdad es la imagen”, desaparece la intimidad, en beneficio de ser conocido –Facebook–. Para “ser” es necesario “aparecer”; “ser famoso” constituye el eje basal de la sociedad de consumo. Desaparece la privacidad. Todo se conjuga en tiempo presente. El lenguaje se prostituye –se llama “amigo” a gente que no se ha visto en la vida y se conoce a través de una red social. Las relaciones interpersonales se modifican sustancialmente.

Se “mariposea” sobre el conocimiento: un océano de información con diez centímetros de profundidad. No hay tiempo para pensar ni para leer textos de más de dos páginas. Se pierde concentración.

Las marcas pasaron a forjar identidades, pues no se venden productos sino símbolos. Incluso en materia política los candidatos pasan a ser productos a vender, productos que se insertan en un mercado con distintos targets a seducir.

El interés general aparece reemplazado por el interés y los beneficios personales. Flagrantes casos de corrupción e ilícitos enriquecimientos no han merecido la correspondiente sanción social ni judicial. La ostentación de lo robado –pérdida de un valor democrático esencial no recuperado a la fecha– ha hecho carne en nuestra sociedad.

Se incentiva el descontento y el conflicto social al propiciar y facilitar la instalación de viviendas precarias en espacios públicos.

11 Ver el informe conciso, elaborado por la ONU (2014), sobre la situación demográfica en el mundo: <http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/trends/Concise%20Report%20on%20the%20World%20Population%20Situation%202014/es.pdf>.

Hoy, 900 millones de individuos –se estima el doble para el 2050– superan los sesenta y cinco años de edad. Ello ha importado un cambio sustancial en los hábitos de consumo –más en salud, menos en bienes durables– y un resquebrajamiento del sistema jubilatorio de muchos países que lo estructuraron en base a otras realidades etarias.

Los países envejecen a ritmos diferentes. Mientras la pirámide poblacional de Europa es representada como una pirámide invertida, la India concentra el 21% del total de recién nacidos de la Tierra. Su población superará en el 2050 a la de China –país que recientemente abandonó su política de prohibir que cada pareja tuviera más de un hijo–. Se estima que en el 2050 Nigeria tendrá más habitantes que la UE y el Congo más que Rusia.

b) El territorio deja de tener la importancia que tenía otrora. La proximidad territorial no es el baremo dominante. El *software* se está tragando el mundo. Se eliminan las fronteras. Surgen redes globales desterritorializadas que *cancelan la geografía* al operar en tiempo real. La comunicación es inmediata. Se ha producido una disrupción en la producción, transporte y entrega no solo de servicios sino de productos¹².

c) El trabajo se reformula. El paso de una economía terciaria a una economía cuaternaria, en la que el saber se duplica cada diez años, marca el cambio de época. Las personas deben *reciclarse* varias veces a lo largo de su vida a través del aprendizaje permanente si pretenden conservar su vigencia. Pleno e inmediato acceso a la información y a la comunicación hace a la permanencia en el mercado.

Mas no bastan las habilidades. Solo podrán ser aplicadas dentro de entidades productivas, enmarcadas en un contexto social que brinde la estructura institucional y organizacional adecuada¹³. Un país será rico si está organizado e integrado al mundo y sus habitantes están capacitados para entender y formar parte de esta economía cuaternaria.

12 Las impresoras 3D pueden moldear no solo plástico, sino metal, fibras de carbono, madera y hasta comida. Prótesis humanas –con sensibilidad del tamaño exacto que necesita un paciente–, armas –lo cual ha importado un cambio en el concepto de seguridad–, casas, puentes y, repito comida: –vitro– carne en proceso experimental se construyen, transportan y entregan por medio de esta tecnología disruptiva.

Las redes globales han cancelado las distancias. Su crecimiento ha sido exponencial. En solo cinco años internet alcanzó la misma cantidad de usuarios que los que obtuvo la radio en cuarenta años y la televisión en cincuenta –se pasó de cincuenta sitios web en 1993 a 350 millones unos años más tarde–. Circulan en internet 50.000 millones de mensajes diarios. El *soft* ha avanzado sobre la agricultura, los servicios financieros y hasta las industrias clásicas como el petróleo, gas y defensa. El *software* ha invadido las antiguas formas de vinculación social que requerían espacio físico –Facebook, Twiter–. Lo mismo pasa con las formas digitales de educación. Amazon, la principal librería del mundo, es una empresa de software –en su momento la cadena de librerías Borders le pasó toda la operación *online* al creer que esta “no era estratégica”–. En el área de películas de alquiler, una compañía de *soft*, Netflix llevó a la bancarrota a Blockbuster. La fotografía pasó a ser digital. Google, Linkedin y Skype son empresas de *soft*. El *software* nuevo está devorando al antiguo.

13 Trabajo productivo es el que cubre las necesidades de un mundo cambiante, mundo que va eliminando las ocupaciones que pueden ser reemplazadas y cuyos intereses se asientan en un conglomerado formado por la demanda, el comercio, las inversiones –U\$S 50.000 por cada puesto de trabajo–, la infraestructura, las agendas sociales y las agendas políticas.

La pelea contra las máquinas que reemplazan al hombre en sus tareas también forma parte de la historia de la humanidad. El *ludismo*, movimiento de comienzos del siglo XIX –designado así por Ned Ludd– procla-

d) La tenencia y producción de recursos naturales no garantizan riqueza. El conocimiento es el producto. Desde el punto de vista de producción de alimentos, es necesario tener en cuenta que Sudamérica, el continente cuyo índice de recursos naturales per cápita es el más alto del planeta, es el más desigual del mundo. África, el segundo, es el más pobre. En tanto que la tercera economía del planeta, la japonesa, carece casi completamente de recursos naturales y energéticos.

YPF, la principal empresa argentina, fundada en 1922 durante la presidencia de Hipólito Yrigoyen –con 115.000 empleados– se ubicaba en el 2014 en el puesto 528 en el ranking de empresas mundiales –antes de medir la caída del barril de petróleo a su menor precio histórico, su valor ascendía a 10.000 millones de dólares–.

Apple, fundada hace cuarenta años, con 60.000 empleados, genera utilidades anuales del orden de los U\$S 37.000 millones. Vale setenta veces más que YPF y el doble que Exxon.

Reitero. El conocimiento es el producto.

e) Desde el punto de vista sociológico se han homogeneizado las culturas a través de una *americanización*.

f) Desde el punto de vista económico se ha reemplazado el concepto de naciones por el de *mercados*, a través de la consolidación del poder de las corporaciones transnacionales. De las cien mayores economías del mundo, cincuenta y uno son empresas. El manejo de grandes masas de dinero por parte de estas corporaciones genera manifiesto poder. Su desplazamiento puede hacer sucumbir monedas y gobiernos.

Treinta y nueve mil corporaciones transnacionales, con más de veintisiete mil filiales distribuidas en todo el planeta, condicionan el actuar de gobiernos y países. Basta señalar que las ventas anuales de cualquiera de las cien empresas más poderosas del mundo superan con holgura el importe total de la deuda externa argentina –U\$S 150.000.000.000¹⁴.

ma la “protesta activa contra el maquinismo que destruye empleos”. En su momento, fue focalizada contra las nuevas máquinas –telares industriales introducidos durante la Revolución Industrial– que amenazaban con reemplazar y dejar sin trabajo a los artesanos y a los operarios menos calificados.

Hoy aparece una nueva división entre los habitantes de la Tierra: desempleados y subempleados estructurales. El trabajo pierde su carácter lineal y secuencial, ya que es reemplazado por sistemas que trabajan 24 horas al día, siete días a la semana durante los 365 días del año (*online – everywhere – worldwide – all the time*).

La educación es una condición necesaria, pero no suficiente. Por sí sola no alcanza para generar trabajo. Cuando decimos que no alcanza, pretendemos remarcar que una educación que no entienda el contexto local y mundial, sin mercado real o potencial, desorientada respecto a la agenda global y a las necesidades e intereses de nuestro país y sin proyección que la sustente, no es suficiente. Por el contrario, puede llegar a generar frustrados, indignados y resentidos que, con justicia, se sienten engañados al haber seguidos caminos señalados burocráticamente que no conducen a ningún puerto. Nadie con un título terciario en el bolsillo puede sentirse feliz manejando un taxi o recibiendo subsidios disfrazados de “empleo público”, sin productividad ni beneficio alguno para la sociedad ni para sí mismo, salvo el de recibir un estipendio y simular estar ocupado.

¹⁴ U\$S 149.458 millones es el saldo bruto de la deuda externa argentina, segundo trimestre de 2015, según el INDEC. Ver: <http://www.indec.gov.ar>.

8.1.4.3. Regiones y mercados

8.1.4.3.1. Clientela global en un mundo glocalizado. Un nuevo eje: la gobernabilidad de los mercados

En los últimos cincuenta años, el comercio mundial ha crecido veintidós veces, a una tasa promedio anual del 6%. El 40% se realiza en el hemisferio norte, fundamentalmente en relaciones intrafirmas.

En la última década, se ha producido un desplazamiento del eje económico mundial hacia Asia –674 de las principales empresas del mundo son asiáticas–.

China representa por sí sola el 12% de la economía mundial. Toda América Latina, el 8%.

China y gran parte del mundo dependen de las exportaciones realizadas a EE.UU. y su capacidad de consumo y absorción. De esta manera se cierra el círculo económico global.

8.1.4.3.2. Empresas glocales en un mundo globalizado

El *glocalismo* –apócope de *globalización* y *localismo*– es el mecanismo utilizado por empresas globales para penetrar mercados adaptándose a las distintas culturas. Por ejemplo, en el último mundial de fútbol, la misma empresa vendedora de cerveza tenía en distintos países la misma propaganda: “XX... hincha de Brasil”; “XX... hincha de Colombia”, etc.

Se junta lo global con lo local; se crean nuevas realidades territoriales transnacionales en detrimento de las naciones. Se mimetizan los intereses privados con los públicos: Alemania y las empresas Siemens y Volkswagen, por ejemplo.

Según la revista Forbes, de las principales empresas del mundo, 564 son estadounidenses, 225 son japonesas y 207 son chinas. Las primeras tres son entidades financieras chinas: el ICBC, el *China Construction Bank* y el *Agricultural Bank of China*. China, como dijera, es actualmente *el gran prestamista mundial*.

Pulsar subjetivismos con ayuda de sofisticados manejos de mercadotecnia, neurociencias y producción global mantiene funcionando como *fábrica de deseos* una sociedad de consumo en un mundo achicado, que se rige por avalores: tener para ser, lo nuevo, lo *fashion*, etc. La sociedad de consumo ha llevado a extender el “se usa y se tira” de los productos a las personas –“xx no me sirve”–.

8.1.4.3.3. Gobernabilidad de los mercados

Los mercados se vuelven el campo de batalla en el que la demanda se ha desplazado desde los productos básicos hacia los manufacturados con valor agregado y alta incorporación de tecnología.

Los acuerdos que se celebran, independientemente del discurso ideológico, encubren de una u otra manera intereses. A veces los del país proponente; otras la de empresarios, que se benefician con la no competencia. Las más, un *mix*.

Las negociaciones se centran en la apertura o cerrazón de los ámbitos en los que habitan los consumidores y la conveniencia de formar o no parte de determinado sector o grupo.

Existe una globalización de la economía, pero no de organismos idóneos de control.

Desde el punto de vista económico, el eje pasa por la *gobernabilidad* de los mercados. Desde la óptica jurídica, por la regulación de las empresas, a fin de salvaguardar los intereses de la sociedad en general, los usuarios y los consumidores.

El Derecho de la Integración busca armonizar los desequilibrios macroeconómicos, propiciando el desarrollo de políticas nacionales tendientes a fijar marcos regulatorios adecuados que conjuguen los intereses de los estados.

Como siempre, lo importante es la idoneidad y honestidad de los que negocian esos marcos regulatorios.

8.1.5. Integración

8.1.5.1. Introducción

La integración es un proceso que requiere el cumplimiento de distintas etapas para la consecución de sus fines.

Construir un espacio comunitario es una tarea ardua y compleja, que exige la superación de resquemores y la adopción de medidas no siempre bienvenidas. La auténtica integración, para ser sólida y duradera, debe construirse paso a paso y estar basada en la debida comprensión del contexto local e internacional. Lo contrario constituye un fracaso anunciado.

Por ello, estos procesos duran largos años, con etapas de absorción, decantación y asimilación. Buscan solidificar los lazos culturales y comerciales, a fin de avanzar paulatinamente hacia estadios de mayor compromiso.

8.1.5.2. Niveles de integración

La doctrina coincide en que, desde el punto de vista teórico, podemos hablar, básicamente, de seis niveles de integración: 1. La zona preferencial; 2. La zona de libre comercio; 3. La unión aduanera; 4. El mercado común; 5. La comunidad económica, y 6. La integración completa o total.

Si bien no existe proceso de integración que haya respetado la secuencia señalada – recordemos su carácter sinuoso–, el modelo expositivo elegido nos permite visualizar con claridad los distintos grados de compromiso que cada nivel de acuerdo exige.

8.1.5.2.1. La zona preferencial

Implica el otorgamiento, entre los países que conforman el bloque, de un tratamiento tarifario diferencial, más favorable que el acordado con terceros estados. La diferencia entre ambas tarifas se denomina *margen de preferencia*. Es la modalidad más simple de integración económica.

8.1.5.2.2. La zona de libre comercio

Se trata de un espacio de libre circulación de bienes y servicios facilitada por la supresión de obstáculos y la eliminación de restricciones. Cada estado miembro de la zona mantiene, sin embargo, sus aranceles externos propios frente a terceros estados ajenos a la zona.

Siendo una instancia superadora de la zona preferencial, no alcanza la profundidad de una unión aduanera. Cada estado conserva la libertad de desarrollar la política comercial que considere más conveniente con terceros.

8.1.5.2.3. Unión aduanera

A la libre circulación de bienes y servicios propia de la zona de libre comercio, se agrega un arancel externo común, lo que trae aparejada la necesidad de unificación de la política comercial. Se fijan de manera uniforme los derechos de importación y exportación sobre bienes y servicios que ingresan o egresan de la comunidad.

Es importante destacar que, en la unión aduanera, a diferencia de lo que sucede en la unión tarifaria, se procede a la distribución de los ingresos aduaneros entre los estados miembro en la forma acordada en los instrumentos constitutivos.

Se advierte en esta etapa una profundización del proceso de integración con relación a los pasos anteriores, ante la necesidad de coordinar políticas en las distintas áreas. Ello importa ceder el ejercicio del poder tributario a órganos comunitarios.

8.1.5.2.4. Mercado común

El mercado común implica sumar, a la libre circulación de bienes y servicios y al arancel externo común, la libre circulación de los factores productivos: mano de obra y capital.

Este fue el escenario de la Comunidad Económica Europea por muchos años –Tratado de la Comunidad Económica Europea, arts. 2 y 3– y el objetivo manifiesto del Mercosur.

8.1.5.2.5. Comunidad económica

Importa la unificación de la actividad macroeconómica de los estados parte, previa a la unificación política. Constituye el modelo más perfeccionado y complejo de los procesos de integración. Importa la adopción de políticas comunitarias decididas por instancias supranacionales, en sectores cada vez más amplios de la actividad del estado.

8.1.5.2.6. Integración completa y total

Importa la unificación de las políticas monetarias, fiscal y social. Requiere la conformación de una autoridad supranacional con facultades de decisión obligatorias para los estados signatarios.

8.1.6. Argentina y el derecho supranacional

Un tratado internacional es un acuerdo celebrado entre sujetos de derecho internacional –dos como mínimo– que se plasma en uno o varios instrumentos y puede recibir diferentes denominaciones: acuerdo, convención, convenio, estatuto, compromiso, concordato, carta o protocolo.

Los *convenios* se refieren, generalmente, a acuerdos celebrados sobre cuestiones económicas –regulados por la convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969– y comerciales –regulados por la convención de Viena de 1986–.

El término *concordato* es utilizado para referirse a los convenios referidos a las relaciones del estado y la Iglesia.

Carta se usa normalmente para designar los tratados constitutivos de organizaciones internacionales.

Protocolo es un convenio complementario de un tratado anterior.

Según la cantidad de partes signatarias, se clasifican en bilaterales y multilaterales. Las decisiones en este último caso se toman por mayoría –art. 9, convención de Viena de 1969–.

Existen además otras clasificaciones:

- Según la materia, pueden ser tratados comerciales, políticos, culturales, humanitarios, sobre derechos humanos, etc.
- Por la índole de los sujetos participantes, pueden ser tratados entre estados; entre estados y organizaciones internacionales, y entre organizaciones internacionales entre sí.
- Por su duración pueden ser de duración determinada o indeterminada.
- Según la posibilidad de hacerse parte sin haber intervenido en su negociación, pueden ser abiertos o cerrados. Estos últimos no admiten nuevos miembros, salvo la celebración de un nuevo tratado.
- Por su forma de conclusión, pueden finiquitarse de manera solemne o simplificada.

Toda firma de tratados requiere un largo proceso de negociación –generalmente dura varios años–. Requieren, una vez definidos los acuerdos marco, la elaboración del texto – partes, objeto, plazos, condiciones, con especial cuidado en las traducciones a las respectivas lenguas de los estados signatarios–, y la aprobación del texto definitivo. En general, los tratados se celebran *ad referendum* de los órganos internos de cada estado.

Los *agreements* o notas reversales son acuerdos internacionales cuyo proceso de conclusión solo incluye una etapa de negociación y la firma.

Las *reservas* son declaraciones unilaterales hechas por un estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado multilateral. El objeto es excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones.

Los acuerdos entre empresas –aun empresas públicas– y estados se rigen por las normas del Derecho Internacional Privado –conforme la Corte Penal Internacional de Justicia *in re "Anglo-Iranian Oil"*, 1952–.

Nuestra CN establece, en los arts. 75, incisos 22 y 24, la normativa fundamental referida al Derecho de la Integración¹⁵.

El art. 75, inciso 22, CN establece que:

- a) “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Forman el derecho supranacional.
- b) Los tratados mencionados en el art. 75, inciso 22 “...tienen jerarquía constitucional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías...” establecidos en la CN.

El art. 75, inciso 24, CN se refiere específicamente al Derecho de la Integración, reconociendo expresamente que “...las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”.

Establece que corresponde al Congreso: a) Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, b) En el supuesto de celebrarse dichos tratados con estados de Latinoamérica, su aprobación requerirá una mayoría especial: “...la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara”.

En el caso de tratados con otros estados, se requiere un doble baremo “...la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y solo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta

15 El art. 75, CN establece que “Corresponde al Congreso [...] inciso 22 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 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 Crueles, 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. Solo 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. 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”.

E inciso 24: “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.

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. 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 solo 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.

La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad da los miembros de cada Cámara”.

de la totalidad de los miembros de cada cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo”.

8.1.7. Organismos internacionales más importantes por su influencia en la economía

Los foros mundiales resultan esenciales para debatir políticas regionales y globales. En un mundo multipolar, los existentes se están readecuando, mas no con la velocidad que requieren los cambios y el movimiento del mundo. Ello hace que situaciones de hecho superen, con demasiada frecuencia, al derecho.

Resulta indispensable identificar, al menos, los siguientes organismos internacionales.

8.1.7.1. ONU. BIRF. FMI

Al concluir la Segunda Guerra Mundial, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), las potencias victoriosas en la contienda bélica impulsaron la liberalización del comercio mundial.

Se creó así el BIRF –Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento– y el FMI – Fondo Monetario Internacional– a través de los denominados acuerdos de Bretton Woods, realizados en 1944.

Con el tiempo se fueron acumulando –cuál capas geológicas– diversos grupos, sin una adecuada renovación estructural –por ejemplo, el G 20 es el resultado del G 8, pero el G 8 todavía se reúne–.

La carta de la ONU establece que todos los estados miembro están obligados a acatar las decisiones del Consejo de Seguridad referidas a mantener la paz y la seguridad internacionales. El Consejo está integrado por quince miembros: cinco permanentes con derecho de veto: EE.UU., China, Rusia, Francia y Gran Bretaña, y diez miembros rotativos elegidos por la asamblea por períodos de dos años.

8.1.7.2. El G 20

El Grupo de los 20 es un foro de discusión de la economía mundial que desplazó al G 8 y al G 8+5. Se estableció en 1999. Está conformado por el G 7, integrado por los países más industrializados –Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y el Reino Unido– más Rusia (G 8). A ellos se suman once países industrializados de todas las regiones del mundo –la Argentina entre ellos– y la UE como bloque económico.

Estudia, revisa y promueve discusiones sobre temas relacionados con los países industrializados y las economías emergentes. El objetivo es mantener la estabilidad financiera internacional y encargarse de temas que estén más allá del ámbito de acción de otras organizaciones de menor jerarquía.

La crisis mundial del 2008 no fue ni siquiera prevista por el G 20.

8.1.7.3. GATT

El 30/10/1947 se firmó el acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio –GATT: *General Agreement on Tariffs and Trade*-. Fue creado en el marco de los acuerdos de Bretton Woods señalados, los cuales habían dado origen al nuevo orden económico internacional de posguerra.

Su finalidad primordial era eliminar o, al menos, reducir las restricciones en el tráfico comercial que pudieran afectar los productos de los distintos estados miembros “hasta alcanzar la conformación de un único espacio económico: el mercado mundial”.

Dentro del marco de este tratado, las naciones estaban facultadas para celebrar acuerdos de complementación y desgravación parcial. El hito fundacional de esta disciplina fue dado por la firma del tratado de Roma de 1957, a través del cual se fundó la Comunidad Económica Europea (CEE), antecesora de la UE.

Es importante no confundir el GATT con el consenso de Washington¹⁶.

8.1.7.4. OMC

El GATT fue sustituido en 1995 por la Organización Mundial del Comercio (OMC), única organización internacional que entiende respecto de la normativa que regula el comercio entre los países. Forman parte de la OMC ciento sesenta miembros, entre ellos la Argentina.

Su objetivo es asistir y hacer más sencillo el comercio entre países. Se pretende que productores, exportadores e importadores cuenten con un espacio que vele por sus intereses y dé respuestas a sus necesidades.

La negociación multilateral que dio origen a la OMC puso en revisión la totalidad del GATT. Abarcó prácticamente todo el comercio mundial, desde productos industriales, agrícolas, textiles, servicios financieros, propiedad intelectual, movimientos de capital, productos biológicos, *software*, telecomunicaciones, tecnologías de la información, temas medioambientales, servicios financieros, nuevas reglas sobre subsidios y barreras al comercio, hasta tratamientos médicos.

El sistema de solución de controversias implementado ha sido relativamente eficaz en muchas disputas comerciales relativas a prácticas restrictivas al comercio.

16 El término “Consenso de Washington” ha pasado a constituir una forma peyorativa de identificar el neoliberalismo. La expresión fue acuñada en 1989 por el economista John Williamson para describir una propuesta que elaborara para los países en desarrollo. Se trataba de diez pautas *standard*, referentes a la estabilización macroeconómica, la liberación económica con respecto tanto al comercio como a la inversión y la expansión de las fuerzas del mercado dentro de la economía doméstica. El propio Williamson señaló que a) sus diez propuestas originales en modo alguno constituyan un “manifiesto neoliberal”, y b) que nunca existió consenso alguno sobre ellas, ni en Washington ni en ninguna otra ciudad del mundo. Sin perjuicio de ello, la frase se encuentra instalada globalmente con el sentido previamente expuesto. Las propuestas del profesor y economista británico John Williamson pueden consultarse en la página oficial del Fondo Monetario Internacional <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2003/09/...williams.pdf>.

8.2. Sistemas de integración actuales

8.2.1. La Unión Europea

8.2.1.1. Introducción

Fruto de un complejo proceso de integración que tuvo la posguerra como su causa inmediata, la UE es el resultado del sueño de hombres como Jean Monnet y Robert Schuman. Este último fue ministro de asuntos exteriores de Francia, a quien el Parlamento Europeo otorgara por unanimidad el título de *Padre de Europa*.

A cinco años de finalizada la guerra, y sin que se hubieran cerrado los rencores ni las heridas, imaginaron y proyectaron una Europa unida y en paz. Una utopía montada sobre las ruinas de la desunión y la desconfianza que, como todo proceso de integración, pasó por varias etapas.

Señalaremos algunos hitos:

- 1950: unificación de la industria europea del carbón y del acero.
- 1957: tratado de Roma. Creación de la CEE y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.
- 1986: Luxemburgo. Actualización del tratado de Roma con el objetivo de alcanzar, el 1/1/1993, un “gran mercado interior con libre circulación de personas, capitales, bienes y servicios”.
- 1992. Maastricht. Se firmó el tratado de la UE, cuyo objetivo final es la integración total, con unidad económica, monetaria y política exterior común. Con un marco institucional único, la integración excede lo económico al hacer hincapié en el acervo comunitario y la identidad cultural de cada uno de sus miembros.

La UE está integrada actualmente por veintiocho miembros –el último incorporado fue Croacia en el 2013–, y existen varios países que aspiran a formar parte de ella.

8.2.1.2. Estructura orgánica

El sistema comunitario europeo es heterodoxo. Cuatro de los cinco órganos de la UE no representan a los estados miembro, sino que velan por el interés general de la comunidad: el “interés comunitario”.

No existe en la UE una división tripartita de funciones, sino que se asienta en cuatro ejes basales: 1. Democracia; 2. Participación de los estados miembro; 3. Gestión central de los asuntos comunes, y 4. Salvaguardia del derecho comunitario.

Cada uno de los órganos en que se estructura la unión viene a sostener alguno de estos ejes¹⁷.

17 Mangas Martín, Araceli, “Instituciones de las comunidades europeas: una perspectiva general del sistema institucional y jurídico de la Unión Europea”, *Cuaderno 1 del Curso de Negocios Internacionales de la Universidad Austral*, Buenos Aires, 1996.

Sus organismos políticos son el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo de la Unión Europea, la Comisión, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas.

Sus organismos técnicos son el Comité Económico y Social, el Comité de las Regiones, el Banco Europeo de Inversiones, el Banco Central Europeo, el Comité Monetario, el Defensor del Pueblo Europeo y las Agencias de la Unión Europea.

Vale resaltar la labor de algunos de ellos.

8.2.1.2.1. El Consejo Europeo

Integrado por los jefes de estado, tiene a su cargo el diseño de las políticas que luego implementarán los órganos de la unión.

A pesar de no ejercer funciones legislativas, las decisiones que se toman en las reuniones del Consejo Europeo son fundamentales para la definición de las directrices políticas de la Unión Europea.

8.2.1.2.2. Consejo de la Unión Europea o Consejo de Ministros

Es el órgano de mayor poder en la UE atento sus funciones legislativas –que ejerce mediante el dictado de reglamentos, decisiones, recomendaciones y dictámenes– y decisoria –coordina las políticas económicas generales–. Aprueba el presupuesto de la UE.

Se conforma con la asistencia de los ministros de los estados miembro, de acuerdo con sus respectivas incumbencias. Cada país es representado por su ministro según el orden del día, por ejemplo, asuntos exteriores, agricultura, asuntos sociales, transporte, etc.

La presidencia del consejo es ejercida en forma rotativa por cada estado miembro cada seis meses.

Ostenta la representación de la Unión Europea¹⁸.

8.2.1.2.3. El Parlamento

El Parlamento Europeo (PE), a diferencia de los parlamentos nacionales, no tiene a su cargo una función legislativa. Su función es promover el debate público acerca de las cuestiones que afectan a los habitantes de la UE.

18 Consejo de Europa: es una organización regional internacional formada por cuarenta y siete países europeos. No está ligado a la UE. De él participan como observadores cinco países: EE.UU., Canadá, Japón, México y la Santa Sede.

Su creación tuvo lugar en 1949 y su objetivo es defender los derechos humanos y los principios democráticos en Europa. Sus órganos son el Comité de Ministros –instancia decisoria formada por los ministros de asuntos exteriores de sus miembros–, Asamblea Parlamentaria –órgano de deliberación–, Congreso de Poderes Locales y Regionales, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Secretario General.

Vale señalar como curiosidad que la bandera europea –fondo azul con doce estrellas doradas que forman un círculo– fue elegida por el Consejo de Europa en 1955. En 1983, el Parlamento Europeo adoptó dicho símbolo recomendando que fuera adoptado por la Comunidad Europea. Con la aprobación del Consejo de Europa en 1985, las instituciones de la UE pasaron a utilizarla como emblema a partir del año siguiente.

Representa a los ciudadanos de los estados miembro, a los pueblos. Sus integrantes –los eurodiputados– son elegidos libremente por los ciudadanos de cada país, y se agrupan en el Parlamento no por su nacionalidad, sino por la ideología que sostienen y representan –ecologistas, liberales, socialistas, etc.–.

Tiene funciones consultivas, de investigación y de control. Estas últimas sobre las actividades exteriores de la UE.

Posee derecho de veto respecto de situaciones institucionales.

8.2.1.2.4. La Comisión

Es el órgano político que encarna el concepto de supranacionalidad. Sus integrantes, denominados “comisarios”, gozan de absoluta independencia.

No pueden aceptar instrucciones de ningún gobierno u organismo. Deben proceder guiados únicamente por el *interés general de la comunidad*.

Sus funciones más importantes son la de *iniciativa* y la de *control*. Respecto a la *iniciativa*, en la mayoría de los casos el Consejo solo puede emitir normas a propuesta de la Comisión. Respecto a su función de *control*, lo ejerce mediante investigaciones administrativas en el supuesto de violaciones al Derecho Comunitario.

8.2.1.2.5. El Tribunal de Justicia

El Tribunal de Justicia es el órgano supranacional de mayor prestigio de la UE y ha contribuido enormemente a la consolidación del proceso de integración bajo análisis.

Está integrado por quince jueces –elegidos por los gobiernos de los estados miembro entre juristas de probada idoneidad–. Duran seis años en sus funciones y pueden ser reelectos.

Tiene a su cargo interpretar y aplicar el Derecho Comunitario –tanto originario como derivado–. No está sujeto a la apreciación discrecional de las autoridades públicas nacionales y se aplica directamente tanto a relaciones entre los estados y sus ciudadanos como a todos los habitantes de la UE. Los estados miembro se reservan para sí el ejercicio de la jurisdicción nacional en cuestiones no comunes a la unión.

La aplicación para la resolución de conflictos y controversias y la posibilidad de ser invocado por los ciudadanos ante los órganos internos de los estados parte ha hecho del Derecho Comunitario el eje basal sobre el que se asienta la UE y el proceso de integración.

Las sentencias del Tribunal poseen fuerza ejecutiva cuando imponen una sanción pecuniaria a cualquiera de los estados parte, sin que resulte necesario cumplir el procedimiento del *exequatur* –autorización dada por el estado nacional para que se cumpla la sentencia dictada por el órgano supranacional–.

Ello afianza el proceso y la autoridad del Tribunal.

8.2.1.2.6. Organismos técnicos

Entre los organismos técnicos, corresponde señalar el Banco Central Europeo, el cual posee personalidad jurídica propia –art. 107, TCE– y absoluta independencia.

Tiene a su cargo la política monetaria de la unión, lo que es de esencial importancia en la permanente *guerra de monedas* existente en el mundo.

8.2.1.2.7. Actualidad 2015

La UE ha logrado constituirse como bloque en la primera potencia comercial mundial.

Como todo proceso de integración está sometido a tensiones internas y externas. Desde el punto de vista externo, se palpa en su seno, en forma directa, el choque de civilizaciones del que hablaba Huntington¹⁹.

Los repetidos ataques terroristas –por ejemplo, el del 13/11/2015, atribuido al EI, que dejó un saldo de al menos ciento veinte muertos en París– y la grave e irresuelta cuestión de millones de refugiados que piden asilo para escapar de la guerra civil en Siria, han generado diversas fricciones entre los estados miembro –algunos de ellos han reestablecido fronteras internas y valladares, como el caso de Hungría–.

Por su parte, en España, Cataluña plantea y realiza una y otra vez intentos secesionistas.

Respecto a la política monetaria, las disputas con el Banco Central de Europa han generado numerosas rispideces. Italia incluso ha llegado a amenazar con retirarse de la UE ante la pérdida de competitividad respecto a terceros países con monedas devaluadas.

Por su parte, Grecia pasó por una grave efervescencia social ante procesos de ajuste luego de gastos por encima de sus posibilidades y engaños fruto de contabilidades harto “creativas”.

Sin perjuicio de ello, resulta evidente lo beneficioso que ha sido el proceso para los estados miembro que han aceptado ajustarse a las reglas por ellos mismos suscriptas.

8.2.2. Latinoamérica

8.2.2.1. Introducción. El sueño de la “Patria Grande”

La integración del Cono Sur fue un anhelo que nació con la misma independencia de los pueblos latinoamericanos. La Patria Grande de Bolívar, San Martín, Belgrano, Sarmiento, Estrada, Martí, entre otros, la cual aún no hemos sabido concretar.

El subcontinente tiene 400 millones de habitantes y una superficie de 17.500 millones km², un producto interno bruto (PIB) aproximado de 4,8 billones de dólares y un ingreso per cápita del orden de los 9.000 dólares anuales –la sexta parte que el de EE.UU. y la decimotercera parte que el de Qatar–.

19 Ver nota 3 de este capítulo.

Es el primer productor y exportador de alimentos del mundo. A nivel mundial produce:

- El 52% de la soja.
- El 44% de la carne.
- El 45% del café.
- El 45% del azúcar.

Posee el 30% de las fuentes de agua dulce del mundo, reservas de hidrocarburos por cien años y 8 millones de tierra forestales. Está rodeado por los dos océanos más grandes del mundo.

El 90% de la población comparte una misma religión. Tiene una historia común y valores compartidos; la gran mayoría habla dos idiomas mutuamente inteligibles: el castellano y el portugués; su medio ambiente no está contaminado; posee amplios espacios vacíos.

Es mucho, pero no alcanza.

8.2.2.2. CEPAL. Comisión Económica para América Latina

Bajo la conducción del economista tucumano Raúl Prebisch, la CEPAL –una de las cinco comisiones regionales de las Naciones Unidas– constituyó, a partir de la década del sesenta, una usina del pensamiento latinoamericano. El objetivo central era achicar la brecha existente entre Latinoamérica y los países centrales, desarrollando económica y socialmente esta región del orbe. Los mecanismos –además de estudiar las causas, las soluciones posibles y los medios para lograrlo– se basaron en reforzar las relaciones económicas de los países latinoamericanos entre sí y con las demás naciones del mundo.

A lo largo de cinco décadas, la CEPAL ha generado un vasto cuerpo de proyectos destinados a la modernización económica y social de América Latina, al crecimiento y a una mejora más igualitaria de la distribución de la renta.

Sus iniciativas integracionistas dieron lugar a la ALALC y a la ALADI.

8.2.2.3. Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC)

Ante el temor de perder el mercado europeo por la firma del tratado de Roma de 1957 –tratado que, como hemos visto, dio nacimiento a la CEE, base de la actual UE–, Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay firmaron en 1960 el tratado de Montevideo. Dicho instrumento creó una zona de libre comercio que debía entrar en funcionamiento en el plazo de 12 años, es decir, en 1972.

En 1961, adhirieron al tratado Colombia y Ecuador; en 1966 lo hizo Venezuela y en 1967, Bolivia.

Para concretar el proyecto, se establecía un procedimiento consistente en la confección de dos listas de productos. Las *listas nacionales* incluían los bienes en los que cada país estaba interesado en recibir o dar rebajas arancelarias. Las *listas comunes*, representativas del 25% del comercio total, debían ser conformadas cada tres años por los estados miembro. Al cabo de doce años se llegaría al deseado 100% del comercio regional totalmente liberado.

La desarmonía entre las distintas visiones sobre la forma de llevar adelante el proceso de integración –Argentina, Brasil y México se opusieron, por ejemplo, a la creación de organismos supranacionales–, sumado a acuerdos interpartes por fuera del organismo y al cese de los aportes provenientes de la Alianza para el Progreso²⁰, sellaron la suerte de la ALALC.

8.2.2.4. Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)

En 1980 –nuevo tratado de Montevideo–, los once estados que hasta entonces integraban la ALALC sustituyeron dicho organismo por la ALADI.

Con el tiempo, otros países latinoamericanos se fueron incorporando al tratado –Cuba en 1999, Panamá en 2009 y Nicaragua en 2011–.

Ante la imposibilidad –por las divergencias existentes entre los estados miembro– de concretar un modelo similar al europeo con una zona de libre comercio, la ALADI redujo las aspiraciones de la ALALC a la creación de una zona de preferencia económica.

Como desiderátum, el tratado señala –en su art. 1– que “...las partes contratantes prosiguen el proceso de integración encaminado a promover el desarrollo económico-social, armónico y equilibrado de la región y, para ese efecto, instituyen la Asociación Latinoamericana de Integración (en adelante denominada ‘Asociación’), cuya sede es la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay.

Dicho proceso tendrá como objetivo a largo plazo el establecimiento, en forma gradual y progresiva, de un mercado común latinoamericano”.

Según el art. 3 del tratado, el establecimiento de dicho mercado común latinoamericano se realizaría en forma gradual y progresiva, basado en los principios del pluralismo, la flexibilidad y el tratamiento diferencial cuando procediera.

Sin embargo, la ALADI –a diferencia de la ALALC–:

- a) Excluye la cláusula de la nación más favorecida –concesión automática de beneficios acordados bilateralmente a los demás estados miembro–.
- b) Prohíja el bilateralismo en lugar del multilateralismo, al permitir la celebración de acuerdos entre los estados miembro sin la obligatoriedad de trasladar los beneficios al resto. Desanda de esta manera el camino hacia la convergencia, único mecanismo que posibilita la reclamada concreción de un mercado común.
- c) No prevé la primacía y aplicabilidad directa e inmediata de las normas del derecho comunitario, ni un tribunal de justicia con jurisdicción e *imperium* por sobre los estados miembro y sus ciudadanos.

Su estructura institucional es similar a la que tenía la ALALC, la cual no se caracterizó justamente por su eficiencia. Mantiene un perfil netamente intergubernamental con un

20 En 1961, dos años después de haber triunfado la revolución cubana de Fidel Castro, John F. Kennedy, a la sazón presidente de EE.UU., propuso la creación de la *Alianza para el progreso*. Especie de plan Marshall para América Latina que consistía en el aporte de capital por parte de EE.UU. a lo largo de una década para impulsar una agenda de desarrollo en la región y la integración regional. La muerte de Kennedy en 1963 y el cambio de interés en las administraciones estadounidenses siguientes frustraron la iniciativa.

consejo de ministros, una conferencia de evaluación y convergencia, un comité de representantes, una secretaría general designada por el consejo, etc.

Sin perjuicio de las observaciones antedichas, es importante destacar que el acuerdo permitió cobijar en el marco del GATT las distintas estrategias de integración subregional emprendidas por grupos de países de la región, como el Mercosur y la Comunidad Andina de Naciones.

Las registraciones conservadas en la ALADI constituyen un material indispensable para implementar los acuerdos de integración.

8.2.3. El Mercosur

8.2.3.1. Antecedentes que posibilitaron su concreción

La convergencia democrática de Argentina y Brasil hacia 1983 eliminó la *hipótesis de conflicto* mantenida por los gobiernos militares de ambos países. Ello posibilitó emprender el proceso que culminó en 1991 con el tratado de Asunción.

El puntapié inicial fue dado por los presidentes Raúl Alfonsín de Argentina y José Sarney de Brasil con la firma de diversos acuerdos: la Declaración de Iguazú sobre Política Nuclear (1985), el Acta para la Integración Argentino-Brasileña; el Programa de Cooperación e Integración Económica (1986), el Acta de Amistad Argentino-Brasileña. Democracia, Paz y Desarrollo (1986), etc.

Ambos países elevaron a la categoría de políticas de estado el proceso de integración.

8.2.3.2. Tratado del Mercosur o tratado de Asunción

El 26/3/1991, en la República del Paraguay, suscribieron Argentina, Brasil, Uruguay y el estado anfitrión el denominado “tratado de Asunción”, también llamado “tratado del Mercosur”. Con posterioridad se incorporaron Venezuela y Bolivia.

Chile, Colombia, Perú, Guyana y Surinam lo hicieron como estados asociados. México, Nueva Zelanda y Ecuador son estados observadores.

El tratado del Mercosur constituye un acuerdo subregional de integración económica amparado por los regímenes de liberalización del comercio internacional vigentes a nivel regional (ALADI-Acuerdo de Complementación Económica –de alcance parcial según los términos del art. 7 del tratado de Montevideo de 1980–) y mundial –GATT–.

Instrumento con fuerte impronta economicista, procuraba asegurar condiciones equitativas de comercio, impidiendo que, por medio de prácticas desleales, se perturbara el comercio regional –ingreso de bienes subsidiados, sistemas de *dumping*, etc.–. Fue complementado con numerosos acuerdos posteriores.

Su propósito era y es constituir un *mercado común* que posibilite la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, arancel externo común, política comercial externa común, coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales, y armonización legislativa.

Desde su inicio, se hizo hincapié en la necesaria ampliación de los mercados como condición de desarrollo económico, el aprovechamiento de recursos, la preservación del

medio ambiente, el mejoramiento de interconexiones físicas, la necesaria coordinación de políticas macroeconómicas, la complementación e integración de los distintos sectores de la economía, la promoción del desarrollo científico y tecnológico, la modernización de la economía, entre otras medidas.

La estructura definitiva del Mercosur fue fijada en 1994 con la firma del Protocolo de Ouro Preto.

8.2.3.3. El Protocolo de Ouro Preto. Estructura institucional definitiva

El 17/12/1994, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay firmaron el Protocolo de Ouro Preto. Este fijó la estructura base de los órganos del Mercosur, a los que posteriormente se fueron incorporando otros –por ejemplo, el Parlasur–.

8.2.3.3.1. Consejo del Mercado Común (CMC)

Integrado por los ministros de relaciones exteriores y ministros de economía, prevé una reunión semestral con los presidentes de los respectivos países signatarios. Es el órgano superior del Mercosur. Le corresponde ejercer su representación, formular políticas y promover las acciones necesarias para la conformación del mercado común, crear los órganos que estime necesario y adoptar las decisiones que correspondan en materia financiera y presupuestaria.

Se pronuncia mediante *decisiones* de carácter obligatorio para los estados miembro.

8.2.3.3.2. El Grupo Mercado Común (GMC)

Es el órgano ejecutivo del Mercosur cuyo funcionamiento se encuentra regulado en los arts. 10 a 15 del Protocolo de Ouro Preto.

Está integrado por cuatro miembros titulares de cada país y otros tantos alternos designados por los respectivos bancos centrales y ministerios de economía y relaciones exteriores.

Tiene como funciones velar por el cumplimiento del tratado, implementar los mecanismos necesarios para el cumplimiento de las decisiones del consejo, proponer medidas concretas tendientes a la aplicación del *Programa de Liberación Comercial* y fijar programas de trabajo a través de la constitución de los subgrupos que considere pertinentes.

Salvando las diferencias, en punto al grado de evolución de los procesos de integración, su rol posee semejanza con las funciones cumplidas por la comisión en la UE.

Las normas que dicta son denominadas *resoluciones*.

8.2.3.3.3. La Comisión de Comercio del Mercosur (CCM)

La Comisión de Comercio fue creada por decisión 9/94 del consejo y luego convalidada con la firma del Protocolo de Ouro Preto –arts. 16 a 21 del protocolo–. Está integrada por miembros titulares y alternos de cada país y se reúne como mínimo una vez al mes.

Su función es resguardar el buen funcionamiento de la unión tarifaria en relación con el comercio intrazona y con los restantes países del orbe.

Sus actos normativos son denominados *directivas*. Depende del GMC, y puede elevar a este propuestas para la adopción de decisiones inherentes al progreso del proceso de integración. Asimismo, recibe las reclamaciones interpuestas por los estados parte, o las personas físicas o jurídicas residentes en estos.

Constituye el principal motor de coordinación de políticas dentro del acuerdo.

8.2.3.3.4. El Foro Consultivo Económico-Social (FCES)

Órgano representativo de los sectores económicos y sociales. Está integrado por igual número de representantes de cada país. Su función es también meramente consultiva, y se expresa mediante *recomendaciones* que eleva al GMC. Su funcionamiento es regulado por los arts. 28 a 30 del Protocolo de Ouro Preto.

Su particularidad reside en el hecho de que sus miembros no representan a los estados parte, sino a los sectores sociales que actúan en cada uno de ellos.

8.2.3.3.5. Parlamento del Mercosur. Parlasur

Asamblea parlamentaria que funcionará como órgano deliberativo del Mercosur. Se estima que en el 2019 tendrá lugar la primera sesión, en la que participarán diputados elegidos directamente por los ciudadanos de los estados miembro.

Originariamente, sus diputados –dieciocho por cada país– eran elegidos por los parlamentos y no por los ciudadanos. Posteriormente, se reconfiguró el sistema y se llegó a un acuerdo de representación atenuada –cada país tendrá un peso vinculado a su volumen electoral, pero sin que ninguno pueda alcanzar una mayoría absoluta por sí solo–.

Se estableció que Brasil tendrá 75 diputados, la Argentina 43, Venezuela 33 y Paraguay y Uruguay 18 cada uno. Ese acuerdo permitió iniciar el camino para el decisivo paso consistente en que los propios ciudadanos del Mercosur voten a sus representantes.

En el año 2013, Paraguay, que volvía a los foros regionales después del quiebre democrático que expulsó a Lugo del gobierno, eligió a sus 18 miembros en elección directa.

Argentina hizo lo propio en octubre de 2015 cuando eligió sus 43 diputados.

Brasil anunció que en las elecciones generales de 2018 procederá a elegir a sus diputados, y Uruguay lo hará en el 2019.

Se encuentran pendientes las fechas en que lo harán Venezuela y Bolivia.

Respecto a la elección de los diputados en Argentina, cabe señalar que:

- a) Se ha cuestionado severamente el derecho de los diputados electos a cobrar U\$S 7.000 mensuales a partir de diciembre de 2015, cuando se estima que recién empezará a sesionar el Parlasur en el 2019. Algunos diputados ya han renunciado a este ilegítimo beneficio y existe un proyecto de ley para dejar sin efecto esta prebenda corporativa.

- b) La detentación de fueros por parte de los diputados del Parlasur, que les permitirían eludir procesos judiciales incoados en el país –Milagros Sala, por ejemplo–, emulando el proceder de Berlusconi cuando fue electo eurodiputado en la UE.

Por primera vez, la integración regional tendrá un espacio político conformado por la voluntad de los ciudadanos permitiendo el pertinente debate político.

8.2.3.3.6. La Secretaría Administrativa (SAM)

Es el único órgano permanente del Mercosur y, por ende, el único que posee una sede física, sita en Montevideo, Uruguay.

Es responsable de la prestación de servicios a los demás órganos. Tiene a su cargo el archivo oficial de la documentación del Mercosur, la publicación y difusión de las normas adoptadas en los dos idiomas oficiales del Mercosur –castellano y portugués– y la pertinente publicación del Boletín Oficial del Mercosur. Se pretende garantizar la entrada en vigencia en forma simultánea en todos los estados parte de las normas que se dicten.

Rinde cuentas al GMC, en forma anual, de las actividades desempeñadas.

8.2.3.4. Solución de controversias. Procedimiento “provisorio” que perdura en el tiempo

El procedimiento de solución de controversias en el Mercosur fue ajustándose a través de distintos acuerdos –Asunción, Ouro Preto, Brasilia, Olivos–.

Se ha implementado una doble vía para los estados parte y el reclamo de los particulares mediante:

- a) Negociaciones directas llevadas a cabo directamente por los afectados.
- b) Intervención del Grupo Mercado Común. En caso de fracaso total o parcial de las negociaciones directas, el GMC formulará recomendaciones tendientes a la solución del diferendo.
- c) Ante la falta de resultados positivos cualquiera de los estados parte puede activar un procedimiento arbitral.

La primera instancia se realiza ante un tribunal arbitral *ad hoc* (TAHM) y la segunda instancia ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPRM). Cabe señalar que las partes pueden recurrir directamente –*per saltum*– a dicho órgano.

El laudo que se dicta es obligatorio y definitivo.

Si bien se han emitido diversos laudos arbitrales –1999: reclamo de Argentina a Brasil; 1999: “Prácticas restrictivas. Clasificación y distinción de productos y operaciones sujetos a licencias automáticas y no automáticas”; 1999: reclamo de Argentina a Brasil por subsidios a la producción y exportación de la carne de cerdo; 2000: reclamo de Brasil a Argentina por subsidios a la industria textil; 2001: reclamo de Brasil a Argentina por aplicación de medidas *antidumping* por exportación de pollos; 2003: reclamo de Argentina a Uruguay por estímulos indebidos a la industrialización de la lana, etc.– no se ha logrado darle enti-

dad y fuerza propia al Derecho Comunitario. Por el contrario, se recurre habitualmente a soluciones políticas puntuales.

Estamos en presencia de un *procedimiento provisorio* que perdura en el tiempo.

Existe consenso en la necesidad de crear un tribunal permanente y sistemas de armonización de las legislaciones internas de los distintos países como paso previo a la convergencia del arancel externo común²¹.

La iniciativa de crear una corte de justicia del Mercosur, con competencia para interpretar y aplicar uniformemente el derecho mercosureño, fue aprobada por el Consejo Mercado Común el 18/10/2010 mediante la decisión 28/1.

El eventual tribunal a crearse no constituirá una corte suprema regional, es decir, no será un órgano superior a las cortes supremas nacionales.

Transcurridos varios años, la iniciativa aún permanece en la categoría de proyecto en curso.

8.2.3.5. Armonización de las legislaciones nacionales

El reconocimiento del Derecho Comunitario resulta esencial para el Derecho de la Integración en general y del Mercosur en particular.

A diferencia de lo que sucede en la Argentina, las constituciones de Brasil y de Uruguay no reconocen el carácter supranacional de los tratados. Brasil confiere a estos igual jerarquía que una ley ordinaria con una sutil tendencia jurisprudencial pro integracionista²².

Tales desarmonías dificultan el proceso. Por otra parte, este modelo de integración, de “arriba hacia abajo”, debe necesariamente complementarse con órganos jurisdiccionales confiables, de fácil acceso y con la armonización de las legislaciones internas de los estados miembro –“de abajo hacia arriba”–.

8.2.3.6. Análisis crítico

El Mercosur es el proceso de integración que mayor grado de compromiso ha generado en Latinoamérica, con un importante comercio intrarregional.

Actualmente es una zona de libre comercio incompleta y una unión tarifaria imperfecta.

Existen diversas cuestiones que han afectado y afectan gravemente el Mercosur.

Sintéticamente se pueden señalar:

- a) La incorporación de Venezuela como miembro del Mercosur se produjo por una decisión de los presidentes de la Argentina, Brasil y Uruguay, previa sus-

21 Vázquez Adolfo Roberto, “El Mercosur y su necesaria complementación mediante un tribunal supranacional”, *La ley*, Buenos Aires, 1998-E, págs. 1201/8.

22 Klein Vieira, Luciane, “La incorporación de los tratados internacionales al orden jurídico interno de Brasil”, en Negro, Sandra, *Evolución jurídico-institucional. Derecho de la Integración. Manual. Parte II África-América*, IBdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2012, pág. 189.

pensión de Paraguay –el senado paraguayo se oponía al ingreso de Venezuela al Mercosur alegando la desnaturalización del régimen democrático por parte del presidente venezolano Hugo Chávez y el hecho de que contravenía las propias reglas de la organización–.

El ingreso de Venezuela al Mercosur se produjo en circunstancias en que Paraguay había sido suspendido temporalmente de la organización una semana después de que Fernando Lugo fuera destituido por el Poder Legislativo en un veloz juicio político. En ese lapso, el resto de los miembros dispusieron la incorporación definitiva de Venezuela al bloque regional.

La decisión adoptada fue cuestionada basándose en que a) El tratado constitutivo del Mercosur dispone que para aprobar el ingreso de otros países es necesaria la *decisión unánime de los estados parte*. Una suspensión como la aplicada a Paraguay no despoja al país sancionado de su membresía, por lo que, sin el consentimiento paraguayo, la decisión de aceptar a Venezuela sería nula; b) El Mercosur acusó a Paraguay de no haberle conferido al expresidente Lugo su derecho de defensa para, acto seguido, suspender a dicho país sin escuchar a los actores del propio Paraguay.

La detención en Venezuela en 2014 –por parte del gobierno del presidente Maduro– de Leopoldo López y otros dirigentes opositores en juicios aparentemente amañados, ha llevado a algunos dirigentes de Argentina a señalar que sería de aplicación la llamada *cláusula democrática*, lo que obstaría a la permanencia de dicho país en el Mercosur. *Itamaraty* –nombre con el que se conoce al Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil– ha señalado por su parte que las conductas denunciadas no constituyen un hecho que haría aplicable dicha cláusula.

b) Las disputas entre los estados miembro no han podido ser resueltas en el marco del tratado. A ello se suma la utilización de barreras paraarancelarias que obstaculizan o impiden el comercio –por ejemplo, decisiones verbales del entonces secretario de comercio de Argentina, Moreno, otorgamiento o no en forma arbitraria de declaraciones juradas de importación DJAI, etc.–.

b.1. Respecto a Uruguay, el conflicto con las pasteras instaladas sobre el río binacional Uruguay que terminó en la Corte Internacional de Justicia.

José Mujica, siendo presidente de Uruguay, dijo que su país debe “tender sus propios puentes” comerciales con el resto del mundo y “seguir avanzando con Brasil”. Sus palabras traslucen su frustración respecto a la relación de Uruguay con la Argentina, ahondadas con disputas irresueltas –habiéndose eliminado hasta el diálogo– entre el actual presidente de Uruguay Tabaré Vázquez y de los expresidentes de Argentina Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner.

b.2. Respecto a Brasil:

b.2.1. La cancelación de las concesiones de líneas férreas argentinas a la empresa brasileña América Latina Logística (ALL).

- b.2.2. La suspensión del megaproyecto de la minera Vale en Mendoza con inversiones superiores a los U\$S 6.000 millones.
- b.2.3. La suerte corrida por Petrobras.
- b.2.4. Las disputas en sectores industriales específicos con denuncias de prácticas restrictivas y *dumping* –textiles, zapatos, prendas, etc.–.
- c) Más allá del esquema general que preveía la fijación de un arancel de 0% al 31/12/94, cerca del 20% del universo arancelario tiene un “régimen de excepción, sujeto a un régimen de adecuación final”. Baste señalar los correspondientes a la industria automotriz, aplicado fundamentalmente por la Argentina y Brasil, el régimen azucarero impuesto por la Argentina, los referidos a bienes de capital, informática, telecomunicaciones, etc.
- d) *Respecto a la unidad territorial aduanera, ni la Argentina ni Brasil han renunciado a mantener los territorios aduaneros especiales* de Tierra del Fuego y Manaos, al par que Uruguay y Paraguay lo han hecho con El Chuí y Ciudad del Este. De modo que subsisten en todos los estados miembro enclaves ajenos al régimen arancelario del Mercosur.
- e) Las devaluaciones de las respectivas monedas, sin un criterio rector, generan desplazamientos importantes de divisas de un estado a otro. Brasil, destino de gran parte de las exportaciones argentinas, devaluó enormemente el real en el lapso 2014/15, hecho que alteró los términos de intercambio.
- f) La reciente firma del acuerdo de Asociación Transpacífica (TPP) entre Estados Unidos y once países del Pacífico –entre ellos, Chile, Perú, México y, en espera, Colombia– afecta y afectará enormemente la suerte del Mercosur y de la Argentina principalmente por dos motivos: uno por la importancia económica del tratado –40% del PIB mundial y un cuarto del comercio mundial–, y otro, porque varios de sus estados signatarios tienen el mismo *target* de productos que produce y exporta Argentina.

El Mercosur corre el riesgo de quedar apartado del resto del mundo. Se encuentra pendiente un acuerdo con la UE desde hace quince años.

La *Patria Grande* quedará en una simple expresión de deseo mientras no acordemos reglas claras, posibles y ejecutables.

8.2.4. ALBA. Alianza Bolivariana para los Pueblos de nuestra América. Contraposición al ALCA

Conformado en el año 2004, el tratado fue firmado por Venezuela, Cuba, Bolivia, Nicaragua, Honduras, Ecuador, San Vicente, Antigua y Barbuda.

Constituye un modelo político-ideológico de integración *antiestadounidense* que sindica al ALCA –se analiza más adelante– como instrumento de dominación pergeñado por EE.UU. (ver pto. 8.2.8.1.).

Nació en el año 2001 a raíz de una propuesta del entonces presidente de Venezuela Hugo Chávez.

ALBA ha celebrado acuerdos energéticos, de infraestructura y alimentarios con Irán, Rusia, Siria, Bielorrusia, China, Vietnam y Malasia. Se destaca el intercambio de petróleo por servicios de médicos y educadores cubanos en Venezuela.

La iniciativa más ambiciosa es la construcción de un gasoducto transandino impulsado por Venezuela y la constitución del Banco del Alba.

En nuestro país, se recuerda *la contracumbre*, que tuvo lugar en el año 2005 en Mar del Plata, opuesta a la que en ese momento se realizaba en la misma ciudad –IV Cumbre de Presidentes de América, a la que asistió el entonces presidente de EE.UU. George W. Bush–.

El resultado final fue una cumbre fracturada en dos bloques irreconciliables²³.

8.2.5. Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)

La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) es el resultado de un diseño geopolítico que responde a los intereses de Brasil –inmerso en 2015 en una severa crisis política y económica– que lidera y pretende seguir liderando la región.

Su origen se remonta a la primera cumbre sudamericana, convocada en el año 2000 en Brasilia por el presidente Fernando Henrique Cardoso.

23 *La contracumbre o Cumbre de los pueblos* a la que asistieron representantes de organizaciones y movimientos sociales de corte socialista de América Latina y el Caribe tuvo su primera reunión en Mar del Plata en el 2005. Coincidio con la IV Cumbre de presidentes de América. Se trató del choque entre modelos políticos y económicos que pugnaban por imponerse.

Por un lado, EEUU y México promovían el ALCA, y por el otro, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay –con diferencias– impulsaban un Mercosur en base a un modelo industrialista integrado.

El presidente venezolano Chávez ofrecía a Sudamérica su proyecto ALBA –alternativa “bolivariana” de integración regional– que hacía eje en la producción de petróleo por dicho país.

Los mandatarios del momento, George W. Bush, Hugo Chávez, Néstor Kirchner, Vicente Fox, Ricardo Lagos y Tabaré Vázquez cruzaron duros discursos, argumentando a favor y en contra de las posiciones presenfaldadas.

La ciudad de Mar del Plata vivió motines y saqueos de tiendas y bancos –con expresa orden dada por el gobierno a la policía de no reprimir los desmanes– y desplantes del entonces presidente Néstor Kirchner a los presidentes de EE.UU. –largoísmo plantón– y México –no recibió a Fox pese a tener una entrevista concertada con muchos meses de anticipación–.

Quedó como impronta de esos sucesos la expresión de Chávez, acompañado de Maradona, diciendo “ALCA... al carajo”.

Las consecuencias políticas y económicas fueron: a) dos bloques fracturados –Lula recibió a Bush en Brasilia dos días después del final de la reunión en Mar del Plata–, b) un conflicto diplomático entre México –Fox fuerte defensor del ALCA– y Venezuela, c) EE.UU. celebró acuerdos de libre comercio con posterioridad al 2005 con Chile, Perú, Colombia, Costa Rica, Salvador, Guatemala, Honduras, República Dominicana y Nicaragua, y d) Argentina celebrando “alianzas estratégicas” con China y Rusia –ver punto 8.6.–.

Fue implementado por un tratado firmado en Brasilia en el año 2008 –entró en vigor el 11/3/2011–. Tiene su sede en Quito, Ecuador, donde funciona la Secretaría General²⁴.

Responde a dos ejes muy caros a la política exterior brasileña: a) su búsqueda de autonomía –creación del Consejo de Defensa Sudamericano–, y b) su voluntad de convertirse en una potencia regional y global.

Está formada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela.

Se perfila en clave sudamericana y no latinoamericana pues no se incluye a México, país estrechamente ligado a EE.UU. a través del ALCA.

Su población, sumada, asciende a los 400 millones de habitantes.

Adquirió un gran impulso con la mencionada contracumbre del 2005 de Mar del Plata.

Entre los objetivos señalados en el tratado, vale la pena resaltar los objetivos expuestos en su art. 2: “construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los estados”.

Prevé la conformación del Consejo de Defensa Suramericano –mecanismo para la seguridad regional que promueve la cooperación militar y la defensa regional– y la puesta en marcha de la Agencia Espacial Suramericana, encargada de diseñar –entre otros objetivos– un avión caza de entrenamiento y otro no tripulado²⁵.

También prevé la implementación de proyectos de infraestructura como *la carretera interoceánica* –terminada antes de la ratificación del tratado, la cual posibilitó a Brasil una salida al Océano Pacífico–, construcción de gasoductos y políductos a fin de solucionar los problemas energéticos, de transporte y de telecomunicaciones de la región, etc.–.

8.2.5.1. Órganos de la UNASUR

- a) El Consejo de Jefas y Jefes de Estado de Gobierno. Es el órgano máximo de la unión. Establece los lineamientos políticos, planes de acción, programas y proyectos del proceso de integración suramericana.

24 La sede de UNASUR, sita en Quito, Ecuador, con un elevadísimo costo de U\$S 38 millones de dólares, lleva el nombre de quien fuera su primer secretario, Néstor Kirchner.

25 La fábrica de aviones de Córdoba fue decana en el desarrollo tecnológico argentino, diseñando y construyendo los primeros aviones a reacción de Latinoamérica en las décadas de 1940 y 1950. En 1969 lanzó el Pucará –“fortaleza” en quechua– de amplia actuación en la guerra de las Malvinas. Sus técnicos posibilitaron el desarrollo de otras industrias nacionales como la automotriz y la aeroespacial. Hoy optamos por comprar aviones a Embraer –Brasil–, con importantes denuncias de injustificados sobreprecios, y vagones de tren a China. Con talleres ferroviarios parados, profunda desocupación y un cuarto de la población bajo la línea de pobreza, se han pretendido *vender* dichas compras como defensa del interés nacional.

- b) La presidencia *pro tempore*. Es ejercida sucesivamente por cada uno de los estados miembro por períodos anuales.
- c) El Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores.
- d) El Consejo de Delegadas y Delegados.
- e) El Parlamento Suramericano con sede en Cochabamba, Bolivia –que se superpone al Parlasur–.
- f) El Consejo Suramericano de Infraestructura y Planeamiento (COSIPLAN).
- g) Consejo Suramericano de Educación, Cultura, Ciencia, Tecnología e Innovación.
- h) Consejo Electoral de UNASUR. Actúa como observador de los eventos electorales de los países miembros.

La UNASUR tiene una institucionalidad precaria que reproduce los errores estructurales del Mercosur. Pese a su corta vida, ya ha presentado problemas para su financiamiento e implementación y el choque de visiones diferentes sobre las estrategias a seguir para lograr el proceso de integración (Brasil-Venezuela).

8.2.5.2. Solapamiento de organismos internacionales, estructuras y funcionarios. Complementación o fusión

La UNASUR se superpone a otros organismos que llevan décadas de funcionamiento, tales como el Mercosur, la Comunidad Andina de Naciones, la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), la Alianza Bolivariana para los Pueblos (ALBA), la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC).

Tanto la UNASUR como el Mercosur tienen contenido económico e indudables objetivos políticos –hacen a las relaciones de poder entre naciones que comparten el mismo espacio geográfico–.

El Mercosur se asienta no solo en la voluntad política de los países signatarios –que subsiste a pesar de las muchas dificultades señaladas–, sino en los acuerdos preferenciales aprobados por la Organización Mundial del Comercio (OMC), verdadero escudo protector contra la penetración económica de terceros.

Tiene la identidad que le da el tiempo y el que sus ciudadanos se sientan parte de ella –la incorporación de la sigla a los documentos de identidad de los cuatro países fundadores hace a esa identidad–.

La UNASUR posee un carácter más político que económico.

Ambas organizaciones deberían complementarse en lo inmediato y fusionarse en un futuro no lejano.

La UNASUR puede complementar el Mercosur en la medida en que permita desarrollar compromisos que hagan a la gobernabilidad de la región –paz, estabilidad política, democracia, derechos humanos y cohesión social– y el abordaje de cuestiones de alcance regional sudamericano, tales como energía, infraestructura, cambio climático y crimen organizado. Es decir, busca los grandes consensos.

Por su parte, el Mercosur debería consolidar y ampliar la unión aduanera y generar los organismos supranacionales que posibiliten a los estados y a sus ciudadanos poseer un Derecho Comunitario de fácil e inmediata aplicación y de acceso económico.

Respecto a la fusión de ambos entes internacionales, adherimos a lo expuesto por el expresidente de Uruguay, José Mujica. Según sus dichos, la fusión de ambos organismos los haría más “flexibles” y “realistas”.

A tales expresiones, agrego: *más económicos y menos burocráticos*, pues pretendemos que actúen en interés de los ciudadanos y no como refugio de integrantes de la corporación política con sueldos internacionales abonados por países esquilados y empobrecidos y estructuras manifiestamente superpuestas –Parlasur y Parlamento Suramericano, Secretarías, etc.–.

8.2.6. Alianza del Pacífico

Es un bloque comercial de ámbito subregional conformado por Colombia, México, Perú y Chile. Fue conformado en el año 2011.

Está destinado a profundizar la integración entre estas economías y definir acciones conjuntas para la vinculación comercial con Asia Pacífico sobre la base de los acuerdos comerciales bilaterales existentes entre los estados parte.

Según la Declaración de Lima, la intención de la alianza es alentar la integración regional, así como un mayor crecimiento, desarrollo y competitividad de las economías de sus países. Los firmantes se comprometieron asimismo a avanzar progresivamente hacia el objetivo de alcanzar la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas.

Entre los parámetros requeridos para ser miembro de la Alianza del Pacífico, el país postulante debe de ser americano, contar con soberanía en el Océano Pacífico, regir en su ámbito el estado de derecho, la democracia, el orden constitucional y el libre mercado.

A los países de la alianza se los ha denominado los “pumas de América Latina”, en clara alusión a los “cuatro tigres asiáticos” –Corea, Hong Kong, Singapur y Taiwán–.

Según información de la OMC, los países que conforman la Alianza del Pacífico exportaron en conjunto cerca de U\$S 445 mil millones en 2010, casi un 60% más que las exportaciones del Mercosur en el mismo año.

La Alianza se ha comprometido a eximir de aranceles el 90% de sus productos. Ha firmado acuerdos comerciales con EE.UU., la UE y Japón –Colombia está aún en negociaciones–.

8.2.7. Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC)

Mecanismo intergubernamental de diálogo y concertación política que nació en diciembre de 2011. Su membresía incluye a los treinta y tres países de América Latina y el Caribe.

Surgió con el compromiso de avanzar en el proceso gradual de integración de la región, haciendo equilibrio entre la unidad y la diversidad política, económica, social y cultural de los 600 millones de habitantes de América Latina y el Caribe.

8.2.8. EE.UU. y su área de influencia

Los países más poderosos del mundo también recurren a acuerdos comerciales para ampliar sus respectivos mercados.

En el caso de EE.UU.²⁶, nos referiremos al ALCA, al NAFTA y a los recientemente firmados TPP y TTIP.

8.2.8.1. Área de libre comercio de las Américas (ALCA)

La idea de tener un área comercial unificada para ambas Américas data del siglo XIX.

En 1890, la Argentina se opuso por considerar que asegurar el comercio libre entre mercados carentes de intercambio era un “...lujo utópico y un ejemplo de esterilidad” –presidencia de Juárez Celman, representación de Roque Sáenz Peña en la Conferencia Panamericana–.

El ALCA fue firmado en 1994 en Miami. En su versión original contemplaba la gradual reducción de las barreras arancelarias y regulaciones de inversión en todos los países de la región excepto Cuba.

Los que apoyan el ALCA dicen que el tratado impulsa el comercio entre las regiones y reduce los aranceles prohijando la especialización, la competitividad, la desaparición de monopolios, la mejora del nivel de bienestar de la población, la inversión extranjera, la privatización de servicios públicos, los derechos de propiedad intelectual, las medidas *anti-dumping*, el desarrollo de infraestructura y la forma de resolver diferendos entre los estados miembro.

Los que se oponen dicen que es un mecanismo para subordinar política y económico Latinoamérica a EE.UU. Señalan que las asimetrías existentes entre las economías del continente obstan a la puesta en marcha del área de libre comercio. Agregan que resulta contradictorio que EE.UU. propicie la rebaja de aranceles cuando subsidia su agricultura, extremo que imposibilita el acceso efectivo a sus mercados. Finalmente, aseveran que el acuerdo consolida un *status quo* en materia de investigación científica

26 EE.UU.: 320 millones de habitantes. PIB per cápita de U\$S 46.900. Desempleo: 10,2%. Fuerza laboral: 154.300.000 personas. Deuda externa (en miles de millones): U\$S 13.600. Inflación: 3,8%. EE.UU. es la economía nacional más grande del mundo en términos nominales, con un PIB estimado en 15,7 billones de dólares –una cuarta parte del PIB global nominal y una quinta parte del PIB global–. En paridad de poder adquisitivo (PPA) fue superado por China en 2014. La UE, en conjunto, supera en un 5% la economía de EEUU. Es el importador más grande de bienes a nivel internacional y el tercero en término de exportaciones. Canadá, China, México, Alemania y Japón son sus principales socios comerciales. Este último tiene la mayor deuda pública con Estados Unidos.

Tiene una economía posindustrial –los servicios contribuyen con el 68% del PIB– sin perjuicio de lo cual sigue siendo una potencia industrial –la química en primer lugar–.

Es el tercer productor de petróleo del mundo y el mayor importador de ese producto. Es el primer productor de energía, gas natural licuado, azufre, fosfatos, sal, soja y maíz. La Bolsa de Nueva York es la más grande del mundo.

–patentes y derechos de propiedad intelectual– que ocasionaría aún más desigualdad y dependencia²⁷.

Luego del rechazo al ALCA en Mar del Plata en el 2005²⁸, EE.UU. celebró acuerdos de libre comercio con Chile, Perú, Colombia, Costa Rica, Salvador, Guatemala, Honduras, República Dominicana y Nicaragua.

8.2.8.2. Tratado de libre comercio de América del Norte (NAFTA) –EE.UU., Canadá y México–

El NAFTA (1992), suscripto por EE.UU., Canadá y México, constituye uno de los *megablockos* más importantes de la economía mundial. Con 470 millones de habitantes, abarca una superficie de 21 millones de km².

Nacido en las entrañas del consenso de Washington²⁹, representa la concreción de una idea integracionista del tipo norte-sur.

El NAFTA consta de un preámbulo, ocho partes, veintidós capítulos y algunos anexos. Su estructura es muy simple: una comisión –integrada por miembros designados por cada estado parte– y una secretaría, pues se sirve de la propia de los países miembros. No dispuso la creación de ningún órgano supranacional.

Los objetivos fijados en el tratado son la eliminación progresiva de barreras arancelarias y no arancelarias para la casi totalidad de los bienes y servicios producidos en los estados miembro, la promoción de la competencia, la protección de los derechos de propiedad intelectual, la transferencia de tecnología, la cooperación regional y multilateral.

Establece métodos de solución de controversias entre los signatarios con disposiciones específicas respecto a los distintos sectores económicos y comerciales –agrícola, ganadero, energético, inversores extranjeros, derecho ambiental, seguridad, salud, empleo, etc.–.

Es importante destacar, además de la escasa burocracia creada para su puesta en marcha, que el NAFTA pudo concretarse pese a numerosos obstáculos que resultaron insalvables para otros países de la región.

Basta señalar:

- a) Los diferentes grados de desarrollo y las numerosas asimetrías existentes entre los estados signatarios que aún continúan.*
- b) Las manifiestas diferencias culturales entre México y EE.UU.*
- c) Las dificultades surgidas ante la necesaria armonización de estructuras jurídicas diferentes –common law y civil law–.*

Transcurridos veinticinco años, México destina más del 60% de sus exportaciones a EE.UU., y es también el principal cliente de Canadá –24.000 millones de dólares anuales–.

27 Ver nota 4 de este capítulo.

28 Ver nota 18 de este capítulo.

29 Ver nota 14 de este capítulo.

Sin embargo, el éxito económico no ha permitido superar las diferencias culturales y de desarrollo, sustento de repetidos choques xenófobos que han impedido e impiden una debida integración.

8.2.8.3. TPP y TTIP

Con estas siglas se denominan dos nuevos acuerdos que producirán inexorablemente un cambio copernicano en el comercio mundial.

Resultado del desplazamiento de los ejes económicos mundiales hacia la región Asia-Pacífico, los tratados precitados constituyen, según muchos analistas, una respuesta de Washington a la expansión de China en América.

La pregunta habitual es si estos tratados vaciarán o no de contenido la OMC.

8.2.8.3.1. Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP) –*Trans-Pacific Partnership*–

Firmado el 5/10/2015, sus orígenes se remontan al 2002. Es un tratado de libre comercio celebrado entre diversos países de la cuenca del Pacífico –EE.UU., Japón, Australia, Brunei, Canadá, Chile, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam–. Cubre el 40% de la economía mundial y abarca 800 millones de personas.

La firma del tratado presentó diversas dificultades en cuanto a la armonización de políticas. En particular las referidas a los sectores agrícola, automotriz, de propiedad intelectual y productos farmacéuticos. Respecto de este último sector, se alegaba que pondría en duda la disponibilidad de medicamentos genéricos en los países en desarrollo.

Finalmente se concretó un acuerdo que implementa mecanismos para: a) rebajar las barreras comerciales; b) establecer un marco común de propiedad intelectual; c) reforzar los estándares referidos a las prestaciones laborales y el derecho ambiental, y d) implementar mecanismos de solución de controversias mediante arbitrajes.

La firma del tratado por parte de Japón –tercera economía mundial– constituyó la culminación de un acuerdo que se enmarca dentro de la estrategia geopolítica de EE.UU.

IMPLICANCIAS EN AMÉRICA LATINA

Más allá de las disputas de poder entre EE.UU. y China, las dos grandes potencias del siglo XXI –que inexorablemente repercuten en el resto del orbe–, las consecuencias que el TPP tendrá para Latinoamérica en general y para Argentina en particular son muy importantes.

Fundamos tal aserto en los siguientes hechos:

- a) Tres países de Latinoamérica –Méjico, Chile y Perú– han firmado el Tratado.
- b) No se sabe qué hará Brasil, país inmerso en estos momentos en una grave crisis interna, pero con una política exterior que ha mantenido el mismo rumbo a lo largo del tiempo.

- c) Los productos primarios que exporta Latinoamérica son los mismos que producen varios países signatarios del tratado –Australia, EE.UU.–.
- d) Probablemente China reaccione intentando profundizar su creciente presencia en Latinoamérica, tradicional área de influencia de EE.UU.
- e) Es posible que se retorne al esquema de acuerdos norte-sur basados en la liberalización indiscriminada del comercio, patentes y servicios.

Resulta esencial para nuestro país tener en cuenta estas circunstancias.

8.2.8.3.2. Tratado Transatlántico de Comercio e Inversión (TTIP). Incorporación de la UE al TPP

El TTIP es un acuerdo de libre comercio similar al TPP, pero celebrado entre EE.UU. y la UE. Es considerado por el gobierno del primero como un tratado complementario al TPP.

Su objetivo es incrementar el comercio en 86.000 millones de euros adicionales para Europa y 65.000 millones para EE.UU. Su esencia consiste en posibilitar la eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias, alinear regulaciones y estándares técnicos, sanitarios, sociales y ambientales.

De concretarse, cerca de cuarenta países, entre ellos los más desarrollados del mundo, se integrarán a este tipo de asociaciones transregionales.

Es de destacar que el Mercosur, desde hace quince años, está intentando cerrar un acuerdo de características similares con la UE.

8.2.9. BRICS

8.2.9.1. Introducción

Desde principios del presente siglo, cinco naciones, Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica, a las que luego se sumó México, identificados con el nombre BRICS³⁰, pretenden asumir mayor protagonismo en los organismos internacionales.

Con sus 3 mil millones de habitantes y el 20% del PIB mundial –50% si se mide en PPP–³¹, argüían a comienzos del 2000 que India tenía mayor derecho que Francia o el Reino Unido a ser miembro permanente del Consejo de Seguridad. También aseveraban que resultaba totalmente asincrónico que Italia tuviera el mismo número de votos que China en el Banco Mundial.

En el año 2008, los BRICS formularon una declaración con enfoques comunes a temas de la agenda internacional. Posteriormente, en Fortaleza, Brasil –Dilma Rousseff–, Rusia –Vladimir Putin–, China –Xi Jinping–, Sudáfrica –Jacob Zuma– e India –primer

30 El origen del acrónimo BRIC se debe al economista Jim O’Neil. Acuñó el nombre para agrupar a los principales mercados emergentes. Los países asumieron oficialmente el término en 2008.

31 PPP: *purchasing power parity*, o PPA “paridad de poder adquisitivo”.

ministro Narendra Modi– firmaron los documentos fundacionales de la *nueva arquitectura financiera* de los citados países.

Crearon su propio banco de desarrollo –para financiar obras de infraestructura en sus países– y un fondo de U\$S 100.000 millones de reservas –41.000 millones de China; 18.000 millones de Rusia, Brasil y la India, y 5.000 millones de Sudáfrica–, para afrontar problemas de balanza de pagos o ataques especulativos a sus monedas.

En su declaración conjunta, los BRICS ratificaron su compromiso con el derecho internacional, el multilateralismo y el sistema de las Naciones Unidas. Señalaron la necesidad de concretar una mayor cooperación político-económica y garantizar la independencia de sus integrantes de los organismos financieros internacionales existentes.

Criticaron, asimismo, la demora del Banco Mundial, del FMI y del Consejo de Seguridad de la ONU en hacer efectivas las reformas necesarias para otorgarles mayor transparencia y mejor representatividad. Hicieron hincapié en la necesidad de obtener mayor cooperación en materia de educación, ciencia, tecnología e innovación, así como incrementar su conectividad por tierra, aire y mar. Asimismo, el presidente ruso Putin indicó que los BRICS prevén crear en el futuro un “banco internacional de combustibles” para consolidar la seguridad en el abastecimiento de los cinco países.

Es necesario destacar la asincronía en el desarrollo de los estados miembro, atento la dependencia en mayor o menor medida de las materias primas, las “burbujas inmobiliarias”, la población –crece en unos y disminuye en otros–, migraciones forzadas por la guerra o la economía, pérdida de atractivo de formas democráticas de gobierno con aliento a nacionalismos, xenofobias y simpatías por gobiernos de “orden”, etc.

8.2.9.2. China

La República Popular China es una de las dos principales potencias del mundo y es la primera si se mide el PIB en términos de paridad de poder adquisitivo.

Situada en Asia oriental, es el país más poblado de la tierra, con más de 1.300 millones de habitantes y una fuerza laboral de 807 millones de personas. Ocupa una superficie de 9.597.000 km².

Su ingreso anual per cápita asciende a los U\$S 9.000.

Se calcula que 300 millones de personas constituyen su clase media, con ingresos anuales del orden de U\$S 60.000. Gran consumidor de bienes de lujo –el 27,5% del total mundial–, alberga la segunda cantidad de multimillonarios del orbe.

La desigualdad económica es aún muy alta: en el año 2012 su coeficiente Gini³² fue 0,474.

32 El coeficiente de Gini es una medida de desigualdad ideada por el estadístico italiano Corrado Gini. Este coeficiente es un número entre 0 y 1, en donde 0 se corresponde con la perfecta igualdad –todos tienen los mismos ingresos– y donde 1 se corresponde con la perfecta desigualdad –una persona tiene todos los ingresos y las demás personas ninguno–.

8.2.9.2.1. Acuerdos. Área de influencia

China es una de las cinco naciones que revisten el carácter de vocal permanente del Consejo de Seguridad de la ONU.

Es fundadora de la Cumbre Asiática Occidental (CAO) que incluye la India, Australia, Nueva Zelanda y la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, organización regional compuesta por Malasia, Indonesia, Brunéi, Vietnam, Camboya, Laos, Birmania, Singapur, Tailandia y Filipinas.

Es miembro de la Organización para la Cooperación de Shanghái junto con Rusia y las repúblicas de Asia Central.

Tiene una fuerte presencia en Birmania –“puente terrestre” que proporciona a China una salida segura al Índico–; Tailandia –construcción de un canal en el istmo de Kra para soslayar el cruce del estrecho de Malaca de 800 km de longitud–; África y actualmente América Latina.

8.2.9.2.2. Relevancia económica y financiera

China realiza transacciones anuales por 4 billones de dólares. Sus reservas de 3 billones de dólares le han permitido convertirse en el principal prestamista, el principal receptor de inversiones y el mayor comprador de empresas del mundo.

Durante la última década, China, con su alto crecimiento, ha sido calificada como “el motor del mundo”.

La estrategia china armoniza e integra su sector financiero y productivo con las necesidades de su país. Considera como *paréntesis histórico* el hecho de no haber sido, durante un tiempo, la primera potencia mundial. Piensa a largo plazo, nunca a corto plazo.

Actualmente las tres principales empresas del mundo son chinas.

En su rol de prestamista y acreedor posee más de U\$S 1,6 billones de bonos de la deuda externa de EE.UU.

En su rol de principal receptor de inversiones, recibió, solo en el 2012, inversiones directas del orden de los U\$S 250.000 millones.

Es un adquirente insaciable de empresas, principalmente de las que poseen materias primas, tecnología y cuencas petrolíferas necesarias para satisfacer su voraz mercado interno.

Baste señalar como ejemplo la adquisición, en U\$S 7.200 millones en efectivo, de Addax Petroleum Corp., empresa canadiense especializada en proyectos de exploración en aguas profundas y con acceso a yacimientos petrolíferos en África e Irak. Forman parte también de su “cartera” empresas emblemáticas tales como Volvo, Rover y Hummer de General Motors.

En Latinoamérica, China ha hecho grandes inversiones y efectuado importantes préstamos por un valor de U\$S 120.000 millones en los últimos diez años.

Venezuela –el primer destino inversor chino en América Latina– ha recibido U\$S 50.000 millones en créditos garantizados con entregas de petróleo, y ha firmado acuerdos para la explotación de la faja petrolífera del Orinoco por U\$S 42.000 millones.

En Brasil, otorgó en 2009 préstamos a la empresa estatal brasileña Petrobras por US\$ 10.000 millones. En 2010, Sinopec, la más grande refinadora china, adquirió el 40% de la española Repsol/Brasil por US\$ 7.100 millones, y en 2011 el 30% de GALP en US\$ 5.000 millones.

En Perú, China controla el 33% del sector minero peruano –el consorcio MMG LTD adquirió la mina de cobre “Las Bambas”–.

En los últimos años el crecimiento de China ha decrecido, lo que produjo una disminución en la cotización de los *commodities*, hecho que nos afecta directamente. Además, debió realizar devaluaciones y privatizar empresas estatales para evitar una mayor implosión de sus bolsas, que le significaron pérdidas cuantiosas en el 2015.

8.2.9.2.3. Alianza estratégica integral con Argentina

En marzo de 2010 Cnooc –empresa China– compró el 50% de la petrolera argentina Bridas por US\$ 3.100 millones. En noviembre de ese año, Bridas, ya con mayoría china, adquirió el 60% de Pan American Energy por US\$ 7.000 millones. En febrero de 2011, la Pan American Energy adquirió el 100% de los activos de Esso Argentina por US\$ 800 millones.

Está asociada a YPF en la explotación de petróleo de esquisto en la reserva de “Vaca Muerta”.

8.2.9.2.3.1. Salvataje monetario. Acuerdos con cláusulas secretas

Imposibilitada Argentina de acceder a los mercados internacionales –por su situación de default y el litigio no resuelto con los llamados “fondos buitre”– obtuvo *swaps*³³, en virtud de diversos acuerdos celebrados con China, por US\$ 13.000 millones. Desde hace tiempo la Argentina tiene un déficit comercial con China del orden de los US\$ 5.000 millones anuales.

En febrero de 2015, Cristina Fernández de Kirchner firmó con su par de China, Xi Jinping, un acuerdo de “alianza estratégica integral” y quince convenios anexos –con algunas cláusulas que no se han hecho públicas–. Estos se refieren a cooperación penal, turística,

33 Se designa como *swap* el intercambio de monedas entre los bancos centrales –en el caso de marras, yuane y pesos–. Facilita la importación de bienes de fabricantes chinos que reciben esos yuane –en lugar de dólares– cuando adquieren sus bienes. Por su parte, los exportadores argentinos reciben pesos en lugar de dólares al exportar sus bienes a China. Es decir, por un lado se mantiene el rango del comercio y por el otro se evita el uso de dólares –a lo largo de un año US\$ 5.000 millones–.

Subyace en la cuestión la estrategia china de ir convirtiendo progresivamente el yuan en una moneda de referencia para el comercio internacional y una moneda de reserva de los bancos centrales.

La práctica de los bancos centrales, unificada por directrices establecidas por el FMI en 2001, establecía que solo podían computarse como reservas internacionales monedas que tengan total convertibilidad, como el dólar, el euro, el yen, la libra esterlina y el franco suizo. Recientemente, se ha incorporado a esa canasta de monedas el yuan –hace pocos años comenzó a operar contra el rublo en el mercado de Moscú, contra el yen en los mercados de Tokio y Shanghái y contra el dólar australiano en el mercado de moneda extranjera de ese país–.

cultural, salud, ciencia, minería, nuclear, comunicaciones, actividades espaciales, informativa, uso pacífico de la tecnología nuclear y de financiamiento. Desde el punto de vista del espectro televisivo, Argentina ofreció incorporar la señal de televisión estatal china a la grilla existente –al igual que se había hecho con anterioridad con el sistema estatal de televisión ruso–. Asimismo, instó a China a invertir en los yacimientos minerales, entre otros, litio y potasio –en litigio con la empresa brasilera Vale–.

Al otorgarle facilidades para inversiones con adjudicación directa, es decir, sin licitaciones, Argentina colocó a China en el rol de socio comercial privilegiado.

Además, China construye una base de observación espacial en Neuquén para poner tres astronautas en la luna en 2016. Se otorgó a dicho país un estatus especial en cuanto a la aplicación de normas y exenciones impositivas por cincuenta años en dicho territorio.

8.2.9.3. Los otros países integrantes del grupo BRICS

8.2.9.3.1. India

Con sus 1.200 millones de habitantes –se estima que en el 2050 su población será superior a la de China– y una superficie de 3.287.260 km² es una de las cinco principales economías del mundo.

Principal productora mundial de cine en cuanto al volumen de largometrajes y cortometrajes anuales –*Bollywood*³⁴–, sustenta su desarrollo en una alta capacitación en *software*, industria farmacéutica, biotecnología, nanotecnología, telecomunicaciones, construcción naval, aviación y el correspondiente al sector nuclear. Tiene con Argentina una economía complementaria con excelentes prospectivas.

Numerosas empresas indias se encuentran instaladas en el país en el área informática: *Tata Consultancy Services*, *Cognizant Technologies*, *Aegis Group*, *Crisil's-Irevna*, *Cellent*; en el área química: *United Phosphorus*; fármacos: *Glenmark*; cosméticos, petróleo y energía: *Reliance*; transporte: *Tata Motors*, entre otras³⁵.

8.2.9.3.2. Brasil

Brasil, con 190 millones de habitantes, es la sexta mayor economía del mundo por PIB nominal, y ocupa el noveno lugar por paridad de compra.

Con exportaciones del orden de 200 mil millones de dólares anuales, detenta la mayor reserva de agua dulce del mundo y el noveno puesto en cuanto a reservas de petróleo, la sexta mayor reserva de uranio –ya enriquece dicho mineral a un grado de 3,8% y 4%, porcentajes que pretende aumentar hasta el 6% a breve plazo–.

34 Juego de palabras entre Bombay y Hollywood. Nombre informal utilizado para designar a la industria cinematográfica de India, con sede en dicha ciudad.

35 En la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA se ha propiciado la creación del Instituto Gandhi a fin de imbricar adecuadamente el intercambio docente y de alumnos entre la Argentina e India.

Referente obligado de Latinoamérica, con vocación de partícipe global, tiene gran presencia en África a través del Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (BNDES) y de empresas brasileras públicas y privadas. Es una de las naciones del “Grupo de los cuatro”, el cual busca asientos permanentes en el Consejo de Seguridad de la ONU.

Posee la mayor bolsa de valores de Latinoamérica –Bovespa– y empresas de talla mundial en el campo petrolífero –Petrobras–; minero –Vale SA–; construcción de aviones –Embraer–; siderurgia –Gerdau–; gráfica de seguridad –Casa da Moeda do Brasil–; telecomunicaciones –Rede Globo–; alimentos –Brasil Foods SA–; bebidas –AmBev– e ingeniería –Odebrecht–.

El intercambio con Argentina es muy importante. Según datos de 2015, el comercio bilateral anual entre Brasil y Argentina ascendió a U\$S 40.000 millones.

Los U\$S 8.400 millones de inversiones argentinas en Brasil y U\$S 17.600 millones de inversiones brasileras en Argentina generaron más de 100.000 empleos directos en ambos países.

Su situación política interna es sumamente compleja debido a un duro proceso de ajuste, una recesión del 1,3%, una inflación cercana a los dos dígitos, su deuda en niveles “basura”, el estallido de su propia burbuja inmobiliaria, el descenso en los precios de las materias primas y la falta de confianza de los inversores tras los casos de corrupción revelados –el llamado caso “Petrolao”–.

A mayor abundamiento, se ha requerido a la presidenta Dilma Rousseff, quien tiene un muy bajo nivel de aceptación, su juicio político (2015).

8.2.9.3.3. Rusia

Es el país más grande del mundo. Con una superficie de 17.500.000 km² y 150 millones de habitantes, es el primer productor de gas natural y de petróleo y uno de los principales productores y exportadores de diamantes, níquel y platino.

A pesar de su gran superficie, Rusia dispone de relativamente pocos terrenos adaptados para la agricultura, debido a las desfavorables condiciones climatológicas. Aun así, cuenta con el 10% de las tierras agrícolas a nivel mundial.

Durante cuarenta años y hasta fines del siglo XX –mundo bipolar–, la URSS y los Estados Unidos dominaron el mundo.

Argentina y Rusia acordaron una veintena de convenios y conformaron en 2015 –bajo la presidencia de Fernández de Kirchner– una asociación estratégica integral argentino-rusa, referida principalmente a áreas energéticas.

Los convenios firmados propician la cooperación para la construcción de una nueva central nuclear, proyectos de exploración de hidrocarburos, desarme, no proliferación de armas nucleares, derechos humanos, cooperación en medio ambiente, apoyo en la reanudación de negociaciones directas sobre la cuestión Malvinas, no militarización del Atlántico Sur, cooperación en sistemas de navegación satelital, tecnologías e infraestructura terrena y provisión y utilización del servicio de lanzamiento, protocolo bilateral sobre exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, etc.

Demasiado dependiente de la explotación de los recursos naturales –en 2014 el petróleo y el gas representaron más del 70% de sus exportaciones–, se ha señalado que su crisis es sistémica. Por la fuerte baja de los precios del petróleo y el gas, los cálculos arrojaron que su PIB bajó un 2,7% en el 2015.

Tiene frentes abiertos en Ucrania y en Siria, lo que obstaculiza la recepción de inversiones, además del recuerdo de la crisis económica de 1998, conocida como la *crisis del rublo*, con efectos financieros mundiales –el llamado efecto “Vodka”³⁶.

8.2.9.3.4. Sudáfrica

Es la primera economía de África, ya que acapara un 25% de todo el PIB africano y desempeña un papel importante en el desarrollo de la región. Es la decimosexta economía más grande del mundo.

Tiene abundantes recursos naturales –posee 2.798 km de costa en los océanos Atlántico e Índico–. Las áreas de comunicación y transporte están bien desarrolladas.

El abastecimiento irregular de electricidad, su alta tasa de desempleo y resabios de ciertos problemas heredados de la etapa de *apartheid* dificultan su desarrollo.

Es uno de los miembros fundadores de la Unión Africana.

8.2.9.3.5. México

Es la tercera economía de América después de EE.UU. y Brasil, con 130 millones de habitantes y 2 millones de km² de superficie. Es la decimoquinta economía mundial. Presenta un desarrollo no homogéneo de su población.

Su comercio exterior está regulado por tratados de libre comercio –TLC– con más de cuarenta países, incluyendo la UE, Japón, Israel y varios países de América Central y del Sur.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), firmado en 1992 con Estados Unidos y Canadá, ha signado su comercio con un alineamiento prácticamente automático con EE.UU., país que constituye el principal destinatario de sus exportaciones y que representa el 55% de sus importaciones.

Diecisésis empresas mexicanas figuran entre las más grandes del mundo.

8.3. Argentina en el mundo de hoy

Las naciones no tienen amigos permanentes ni enemigos permanentes; tienen intereses permanentes

*Benjamín Disraeli*³⁷

36 Ver nota 8 de este capítulo.

37 Disraeli, Benjamín (1804-1881) escritor y político londinense, ejerció dos veces el cargo de Primer Ministro del Reino Unido de Gran Bretaña.

8.3.1. Eslóganes y realidades

“China es el nuevo faro a seguir”. “Hay que acercarse a Washington”. “Es imperativo traer capitales del exterior”. “Es indispensable redefinir los vínculos con Brasil remozando el Mercosur”... Simples expresiones de deseo, muchas de ellas contradictorias, que carecen de total significado cuando no se las nutre de los ¿para qué? ¿cómo? y ¿con quién?

Objetivos, contexto, estrategias, personas. Una elemental secuencia.

8.3.2. Argentina y su importancia en el mundo

La debacle: de acuerdo al PBI per cápita, la Argentina se ubicaba, comparándola con el resto de los países del orbe:

- En el puesto 5 en 1910, entre el Reino Unido y Suiza.
- En el puesto 13 en 1950, entre Bélgica y Francia.
- En el puesto 51 en 2013, entre Letonia y Antigua y Barbuda.

Hoy, en 2015, tenemos la cuarta parte de la población bajo la línea de la pobreza –28,5%, según la medición efectuada por la Universidad Católica Argentina–, con 2,5 millones de niños con déficit alimentario, gran parte de la población sin cloacas ni agua potable. Pasamos de exportadores de energía a importarla por el equivalente al valor de “un YPF” por año, y desperdiciamos la oportunidad histórica de la supravalorización de los productos alimentarios, condicionante de lo que Prebisch llamó en su época el “deterioro de los términos de intercambio”³⁸.

Evidentemente algo hicimos mal. Negar la realidad, mentir y eludir los debates sobre la cosa pública con términos altisonantes evidentemente no ayuda.

Considerar *estigmatizante* medir la pobreza –Kicillof–; afirmar que la seguridad jurídica “da asco” –Kicillof–; considerar “discriminatorio” comparar el rendimiento de los establecimientos educativos; decir que la inflación y la inseguridad son “sensaciones” y que los delincuentes son “las verdaderas víctimas” de una sociedad desalmada tampoco ayuda.

Las *políticas públicas* no son nada más ni nada menos que la selección del destino de los fondos públicos –si los fondos de la ANSeS se destinan a pagar jubilaciones o a otros

38 Con la expresión “deterioro de los términos de intercambio” –tesis de Prebisch-Singer– se hace referencia a las transferencias de valor a favor de los países industrializados de materias primas sin valor agregado a muy bajo precio. Dichos autores propiciaban agregar valor a las materias primas a fin de mejorar, precisamente, los términos de intercambio, idea que permanece enteramente vigente. Hans Singer (1910-2006) fue un economista alemán nacionalizado estadounidense, quien enunció la teoría indicada en un trabajo presentado ante la ONU en 1950. Tal teoría fue sustento del “Manifiesto de la Habana”, nombre con el que se conoce el informe que el economista tucumano Raúl Prebisch presentara en la segunda sesión de la CEPAL, realizada en La Habana, Cuba en 1950. Raúl Federico Prebisch Linares –tal era su nombre completo– (1901-1986) se graduó como contador público en la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA y fue profesor de economía política. Su carrera y reconocimiento internacional lo llevaron a desempeñar cargos en CEPAL y ONU.

fines; si se prioriza, y solventa con ingentes recursos, la construcción de discursos, relatos, cuentitos o “verdades líquidas” o se pretenden enfrentar y solucionar las cuestiones referidas a seguridad, infraestructura, salud, vivienda, educación, trabajo, justicia...–.

Fútbol para Todos o ciudadanos responsables debidamente capacitados.

Esa es la opción.

8.3.3. El contexto

8.3.3.1. En el mundo

El paso de un mundo unipolar –EE.UU.– a uno multipolar que coloca el hoy por encima del mañana, prefiere seguir con el calentamiento global a enfriar la economía –Río Turbio– nos da el contexto.

Vértigo, globalización, revolución tecnológica, miedos, incertidumbres, inseguridades, erosión del estado de bienestar... dos mil millones de personas que desean incorporarse al consumo, sin trabajo. Recesión que se transforma en contracción, protestas sociales *in crescendo*. Ola global de descontento. Salida en masa a las calles reales o virtuales. “Indignados” en España, Londres, Nueva York, Israel, Chile, India, China... Masa deliberadamente anónima, con protestas sin propuestas, salvo el “no me dejen afuera” y enemigos difusos –el capitalismo financiero, el FMI, los bancos y sus hipotecas, el gobierno que “no oye; ni entiende ni da empleos”; otrora “la sinarquía internacional”–.

Mucha furia. Poca ideología. Mucha información. Poco sentarse a pensar.

Un mundo más peligroso, con crisis financieras y económicas, guerras, tensiones, terrorismo, narcoterrorismo y armamentismo nuclear.

Exceso de medios de pago, tecnologías que reemplazan el trabajo humano, interdependencia entre las economías de todos los países, deudas individuales impagables –hipotecas *sub prime*– transformadas en deudas soberanas impagables que han puesto a varios países al borde del default: Grecia, España, Irlanda, Italia...

Consolidación de las corporaciones transnacionales disfrazadas de empresas (g)locales que entronizan el consumo como principal y único motor de la economía. Sus reglas: la insatisfacción permanente, el culto de lo efímero, el presente perpetuo. El resultado: cortoplacismo, homogeneización de culturas y pérdida de identidad de las naciones.

8.3.3.2. En nuestro país

El debate ideológico del modernismo –ateos y creyentes; “zurdos” y “fachos”; conservadores y liberales; protecciónistas y aperturistas extremos; inflación e hiperinflación; comunistas y capitalistas; neoliberales y neokeynesianos– se estructuró en base a categorías de la razón, que abrevó en la metafísica del hombre estático inmutable y trascendente de Parménides.

Hoy, el posmodernismo considera que lo único permanente es el cambio –la racionalidad de lo efímero de Heráclito–. El debate se centra entre el culto al corto plazo –consumo bulímico, base del populismo posmoderno que cruza transversalmente todos los partidos

políticos de derecha y de izquierda mimetizándose a veces de conservador y, a veces, de progresista— y el desarrollo sustentable de un futuro posible.

Sabemos que aisladamente carecemos de posibilidades, pues nuestro peso comercial y económico es insignificante.

Como señaláramos, en la última década hemos celebrado alianzas estratégicas con China, Rusia y Venezuela; hemos elegido a los miembros del Parlasur (Mercosur). Formamos parte activa de la Unasur. Se han celebrado acuerdos secretos con China y con la empresa Chevrón –ex Standard Oil– para la explotación de Vaca Muerta –acuerdos secretos que esperamos sean develados a la brevedad–.

Los recientes acuerdos TTP y TTIP necesariamente van a afectar nuestro futuro, al igual que los realizados entre los países del BRICS, que en pocos años multiplicaron por veinte su intercambio comercial –de 600 a 12.000 millones de dólares–.

En un nuevo cambio de políticas, la Argentina –diciembre de 2015– ha dado señales de un cambio muy importante en política exterior ante la elección de un nuevo presidente.

Dejaríamos de lado la ideología para centrarnos en los intereses. En el Mercosur dejaríamos de formar parte del “eje bolivariano” con Venezuela, Bolivia y Correa. La relación con Brasil tomaría una senda diferente, al igual que la existente con Uruguay y con Chile, lo que resulta esencial para la política energética –gasoductos de Mendoza.³⁹ Se buscaría cerrar un acuerdo con la UE postergado hace largos años.

Se replantearían las relaciones con EE.UU., China y Rusia y la Alianza del Pacífico.

Se derogaría el acuerdo con Irán por la causa Amia.

8.3.4. Algunas propuestas

Teniendo en cuenta que

- La tenencia de *commodities* en modo alguno garantiza nuestro desarrollo y sí lo hace el conocimiento aplicado –no podemos seguir aferrados a nuestro potencial y vivir en la nostalgia de riquezas pasadas–;
- Según el INDEC, en los primeros diez meses de 2015 los principales destinatarios de las exportaciones argentinas en orden decreciente de acuerdo con el valor absoluto fueron Brasil, China, EE.UU., Chile y Vietnam;
- Que la agenda global del siglo XXI se encamina a privilegiar la innovación científico-tecnológica, la seguridad, los mercados, la producción, el procesamiento y el transporte de alimentos, la energía, los recursos naturales y el medio ambiente;

³⁹ Chile ha reclamado reiteradamente la extradición de Galvarino Apablaza, exguerrillero chileno perteneciente al Partido Comunista y fundador del FPMR –Frente Patriótico Manuel Rodríguez–, procesado en dicho país por habérselo considerado el autor intelectual del asesinato de Jaime Guzmán y el secuestro de Cristián Edward. La CSJN concedió dicha extradición. No se hizo lugar a ella, pues Cristina Fernández de Kirchner le concedió asilo político en 2010.

- Que la población aumenta en algunos países y se retrae en otros cambiando necesidades y tipo de consumo –el cambio de la pirámide hace que los mayores consuman menos bienes durables y gasten más en salud–;
- Que en un mundo multipolar el avance del yuan como moneda de reserva aparece como ineludible, dado el carácter de China como principal prestamista del mundo;
- Que los bancos de EE.UU. fueron los *grandes ganadores* de la crisis mundial del 2008 –los bancos europeos no pudieron abrir una brecha en Wall Street–. Por el contrario, han ido contrayendo sus actividades en dicha plaza financiera al ser pasibles de severas multas. Por ejemplo, al *Deutsche Bank* se le aplicó una multa de U\$S 2.700 millones por manipulación de la tasa LIBOR y violaciones a los embargos norteamericanos contra Cuba e Irán–;
- Que ante el avance del terrorismo, el estado de derecho con sus garantías y libertades aparece herido –el “derecho penal del enemigo” vuelve a legitimar la tortura, hecho que hace descender varios peldaños a la humanidad–;

Consideramos imprescindible:

1. Reconciliarnos con la verdad, único camino que nos permitirá superar los males que hemos querido negar. Ello nos posibilitará elaborar un proyecto de país sustentado en valores –trabajo, esfuerzo, mérito, honestidad y solidaridad social– y no en avalores –el estado como botín y la función pública como medio de enriquecimiento personal–.
2. Fomentar y desarrollar usinas de pensamiento que entiendan el mundo, definen los objetivos prioritarios –políticas públicas–, elaboren estrategias posibles, formen a las personas capaces de llevarlas a cabo... En definitiva, elaborar una masa crítica de conceptos y categorías que den respuesta a las causas profundas del atraso y del subdesarrollo.
3. Cambiar el cortoplacismo dominante por estrategias a largo plazo dejando los zigzagueantes caminos que nos han conducido a la nada. Las soluciones presentes ya no pueden ignorar las consecuencias futuras. Resulta necesario pensar a largo plazo si queremos un país trascendente. La antípoda de la cultura de lo inmediato, del consumo no sustentable, de un país que se solaza buscando culpables y olvida explorar soluciones.
Urge concertar políticas que se traduzcan en inversiones a largo plazo para consolidar un nuevo patrón de crecimiento y consumo. De allí surgirán nuevas demandas y nuevos empleos.
4. Vuelve el turno de quienes “descuentan el futuro a tasas bajas, porque el futuro tiene para ellos valor presente”.
4. La integración económica se impone como un proceso natural y necesario. Celebramos que se diga que las relaciones exteriores como políticas de estado deben estar *desideologizadas*. No hay que pensar que si nos acercamos a Estados Unidos nos alejamos de China. Lo único importante son, como decía Disraeli, los *intereses permanentes* del país.

5. El ciudadano no solo debe entender el mundo sino adecuarse a los requerimientos globales. Lo contrario lo convertirá en un desocupado estructural.

No es posible integrar el país al mundo haciendo pasar a los alumnos de grado por decreto o eliminando los cursos de ingreso a la universidad.

La justicia social intergeneracional no solo compromete planes y programas relacionados con el medio ambiente; también involucra el *stock* y los flujos previsionales en una población mundial que envejece.

El estado no es un botín ni los puestos públicos una forma de otorgar subsidios encubiertos. Mucho menos, si estos están destinados a sustentar la corporación política.

El haber procedido en forma contraria nos ha llevado a un estado ausente que, en lugar de responder al interés general, se convierte en refugio de burócratas con altos sueldos en organismos nacionales e internacionales –Mercosur y UNASUR, por ejemplo–.

6. Urge erradicar la pobreza con metas de corto, mediano y largo plazo, y políticas y programas consecuentes.

7. El modelo existente, en cuanto al funcionamiento de las instituciones internacionales, no se ajusta a la gobernanza del mundo actual. Resulta imprescindible repensarlas –políticas contracíclicas globales–.

8. Normas claras y cumplibles. No basta la mente de los funcionarios para incrementar el comercio –salvo el estructurado en base a prebendas– (recordemos el caso de Angola).

No existe un solo modelo a seguir. Asia, alentada por el pragmatismo, logró, a través de sus empresarios, un modelo de complementación industrial sin los organismos creados en la UE ni en el Mercosur.

Chile decidió enfocarse en la firma de tratados de libre comercio con todo el mundo –en los últimos quince años, Chile celebró veinticinco TLC; Brasil, diecinueve; Perú, quince; México, trece, y Argentina, dos–.

Nuestro país puede aportar mucho para cubrir la producción, el procesamiento y el transporte de alimentos, la energía, los recursos naturales y el medio ambiente en el mundo.

No lo podremos hacer si estamos fuera de los mercados y si pensamos en un país achicado.

Los países con políticas de estado de largo plazo evitan dejar en el andén de la historia a generaciones enteras, que han esperado y esperan ser partícipes y no espectadores del escenario mundial.

En definitiva, tenemos que elegir entre durar o ser.

CAPÍTULO IX

Los derechos fundamentales

ALFREDO SILVERIO GUSMAN¹

9.1. Teoría general de los derechos fundamentales²

9.1.1. Introducción

El profesor Bidart Campos nos enseñó que los derechos son atributos, facultades, libertades, etc., que se reconocen o se otorgan a los individuos que componen la población del estado³. Por su parte, los derechos fundamentales –políticos, civiles, de libertad y sociales– han sido consagrados en las constituciones de todos los países democráticos como dimensiones sustanciales⁴, así como proclamados en las declaraciones, pactos y convenciones internacionales que en nuestro orden jurídico poseen jerarquía constitucional, de conformidad con el art. 75, inciso 22, CN.

Según la autora mexicana María del Pilar Hernández Martínez⁵, son derechos fundamentales “los derechos del hombre, jurídico–institucionalmente garantizados y limitados espacio–temporalmente; son derechos objetivamente vigentes en un orden jurídico con-

1 Profesor regular adjunto de la materia “Instituciones de Derecho Público” en la Facultad de Ciencias Económicas (UBA); profesor regular adjunto de las materias “Derecho Constitucional” y “Derecho Administrativo” en la Facultad de Derecho (UBA); profesor titular de la materia “Derecho Administrativo II” en la Facultad de Derecho (UMSA); juez de la Sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal.

2 El presente capítulo ha sido realizado por Alfredo S. Gusman, Yari Serur, María Alejandra D’Amico, Federico Fernández, Micaela Kreimer y Carlos Mallo, bajo la dirección de Alfredo Gusman y coordinación de Micaela Kreimer.

3 Bidart Campos, Germán, *Derecho Constitucional*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1966, pág. 75.

4 Ferrajoli, Luigi, “Democracia y derechos fundamentales frente al desafío de la globalización”, *La Ley*, 2005-F, 1109.

5 Hernández Martínez, María del Pilar, “Constitución y Derechos Fundamentales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 84, págs. 1041/51.

creto”. Por lo tanto, tales derechos son poseídos por toda persona, cualquiera sea su edad, inclinaciones políticas, orientaciones sexuales, posición económica o creencias religiosas.

Se han designado de diferentes maneras –“derechos humanos”, por ejemplo–. Hablar de “derechos fundamentales” parece ser más preciso, pues refleja que se trata de proteger aquellas dimensiones más entrañables del ser humano⁶. Además, es la expresión utilizada frecuentemente por la carta de las Naciones Unidas de 1945 y otras normas supranacionales.

Ahora bien, no podemos obviar que los derechos fundamentales que suelen abundar en las constituciones modernas son inoperantes si al mismo tiempo no son acompañadas por los instrumentos pertinentes para que los afectados puedan hacer efectivos tales atributos, especialmente contra los actos del estado⁷. Es que son, en primer lugar, protección frente al estado, así como barreras y directrices para la actuación estatal. Y si no son respetados por los obligados, los sujetos afectados pueden acudir ante los tribunales en procura de tutela.

9.1.2. Distintas clasificaciones

Como explica el Profesor Sabsay, cada una de las etapas que han jalónado la evolución del constitucionalismo ha sido caracterizada por el reconocimiento de una generación de derechos⁸:

- *Primera generación*: el constitucionalismo clásico. Significó el nacimiento de los derechos individuales frente al poder estatal, al principio procurando limitar las monarquías absolutas y despóticas. Entre ellos, pueden mencionarse el derecho a la libertad de locomoción; libertad de expresión; para profesar un culto; el derecho a la intimidad; las garantías contra el arresto arbitrario; garantía de propiedad; la igualdad ante la ley, etc. Se trata de esferas de libertad que no pueden ser invadidas. Por ende, el papel del estado es, llamémosle, abstencionista, en el sentido de no perturbar su goce. En definitiva, tales derechos están llamados a asegurar ámbitos sacramentales del individuo frente a los poderes públicos⁹.

Dentro de este proceso histórico podemos ubicar distintos movimientos influenciados para la época por una incipiente clase burguesa. En ese orden secuencial se puede mencionar, en los EE.UU., la “Declaración de Derechos de Virginia” y la posterior declaración de independencia –ambos en 1776–; en Francia, la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, y, en nuestras playas, la constitución histórica de 1853/1860.

- *Segunda generación*: el constitucionalismo social. La fase del surgimiento de los derechos individuales frente al poder. Si bien en su época constituyó un avance importante, a la larga se tornó insuficiente. Dada la irrupción de la llamada “Re-

6 Sánchez Marín, Ángel Luis, “Concepto, fundamentos y evolución de los Derechos Fundamentales”, *Eikasia, Revista de Filosofía*, N° 55, 2001, págs. 229/37.

7 Luqui, Roberto, *Revisión judicial de la actividad administrativa. Juicios contenciosos-administrativos*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 3.

8 Sabsay, Daniel, *Manual de Derecho Constitucional*, LL, Buenos Aires, 2011, pág. 252.

9 Hernández Martínez, María del Pilar, *ob. cit.*

volución Industrial”, con la generalización de los procesos de producción en masa y ante cierto desencanto por la dificultad de arribar a una igualdad real entre los individuos, fueron surgiendo nuevas necesidades. También nuevas conquistas.

En este contexto, se suman a los derechos individuales ya reconocidos otros que impactan en los planos económico y social, como el derecho al trabajo, a la agremiación, a la seguridad social, a la educación, a la asistencia sanitaria, etc. Para la concreción de estos, no será suficiente una actitud pasiva de los estados, dado que deberán desarrollar políticas públicas en pos del bienestar general. En la evolución del estado de derecho, las garantías de los individuos se han erguido no solo contra las violaciones fundamentales provocadas por la acción de los gobiernos, sino también contra la falta de actuar de estos. Es deber de los estados, desde entonces, promover una igualdad real de oportunidades entre todos los habitantes. Por lo tanto, es incompleto para satisfacer esta garantía limitarse a no otorgar privilegios.

Las constituciones emblemáticas que pueden enmarcarse en esta nueva tendencia son la constitución mexicana de 1917 –Querétaro– y la alemana de Weimar de 1919. Nuestra Constitución adscribió esta tendencia cuando fue enmendada en 1957, oportunidad en que se incorporó el art. 14 bis.

- *Tercera generación:* los derechos de incidencia colectiva. Una novedosa categoría de derechos aparece en las últimas décadas del siglo XX fruto de las dinámicas realidades y necesidades tanto individuales como sociales. Las constituciones de esta etapa incluyen derechos como los relativos al medio ambiente, la protección del consumidor, de los pueblos originarios, protección contra toda forma de discriminación, la defensa del patrimonio histórico y arquitectónico, etc. En fin, prerrogativas un tanto heterogéneas, de compleja caracterización, pero no por eso de menor importancia. En nuestro país, han sido incorporados con la reforma constitucional de 1994 en los arts. 41 a 43.

Poseen una fuerte impronta colectiva, pues los beneficios que derivan de su puesta en vigor derraman a la comunidad toda y no solo a un sujeto en exclusivo. De allí la admisión de legitimación colectiva que los distintos ordenamientos formulaan para su defensa ante administraciones públicas y tribunales.

También suelen denominarse “derechos de la humanidad”, pues tutelan valores y bienes jurídicos que corresponden al género humano, sin distinción de fronteras. Un régimen que se desentiende de las prestaciones positivas que exigen no solo su régimen jurídico doméstico, sino también los compromisos supranacionales que asumió, ignora su lugar en un estado de derecho.

Es necesario enfatizar que las tres generaciones de derechos no son compartimientos estancos ni se excluyen unos a otros. Antes bien, al decir de Bidart Campos¹⁰, se han sumado “acumulativamente” hasta componer “la tríada indivisible y subsistente”.

10 Bidart Campos, Germán, “Las tres generaciones de derechos”, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 2003-F, 1485.

9.2. Derechos civiles o de autonomía personal. Derechos políticos o participación ciudadana

YARI SERUR¹¹

9.2.1. Concepto de derechos civiles

Los *derechos civiles* son los propios a todas las personas en sí mismas, es decir, se reconocen inherentes a ella y resultan fundamentales para el desarrollo humano.

Es en el preámbulo de la CN donde ya aparecen los primeros vestigios de estos derechos, cuando se menciona como uno de sus objetivos el de “asegurar los beneficios de la libertad...”.

Dicha finalidad de reconocimiento y protección a la libertad y dignidad humana aparece claramente establecida en los arts. 14 y 19, los cuales configuran el bastión central del sistema liberal adoptado por nuestra Constitución.

Es precisamente en el mencionado art. 14 donde se declara la mayoría de los derechos civiles que el estado reconoce y procura garantizar a todos los habitantes de la Nación. Estos son:

- *El derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita, de navegar y comerciar*
Tales derechos instituyen una serie de libertades en materia económica o patrimonial.
El derecho a trabajar se encuentra consagrado de manera genérica, y se limita a garantizar a cada habitante la posibilidad de escoger libremente un empleo o profesión con la finalidad de obtener los recursos necesarios para vivir.
El deber del estado al respecto consiste en brindar las condiciones –de orden social y económico– que permitan crear nuevos puestos de trabajo y faciliten el ingreso al mercado laboral de todos los individuos que tengan la intención de hacerlo, a fin de satisfacer sus pretensiones laborales. Corresponde al Congreso de la Nación el dictado de normas que aseguren la justicia social y la igualdad de trato y oportunidades –cfr. art. 75, inciso 19, CN–.
El derecho a navegar reconoce libertades respecto a dicha actividad con fines comerciales. Garantiza a su vez el derecho a comerciar, entendido como la libertad de intercambiar bienes o la prestación de servicios con el propósito de obtener un rédito patrimonial.
- *El derecho a peticionar a las autoridades*
Tal derecho implica una especie de la libertad de expresión. Faculta a los habitantes a formular las peticiones que consideren pertinentes a fin de resguardar sus derechos subjetivos o generar un accionar determinado de la autoridad/estado.

11 Ayudante de primera de la materia “Instituciones de Derecho Público” en la Facultad de Ciencias Económicas (UBA); ayudante de segunda de la materia “Derecho Administrativo” en la Facultad de Derecho (UBA) y jefe de despacho en la Asesoría Jurídica de la Defensoría General de la Nación.

El destinatario de las peticiones puede ser cualquier autoridad pública, y su obligación no es otorgar lo solicitado, pero sí brindar una respuesta concreta al requerimiento que formulen los particulares.

El art. 22, CN establece un límite al mencionado derecho, al considerar delito las conductas de las personas que se atribuyan la representación del pueblo y bajo tal ropaje efectúen peticiones en su nombre.

– *Derecho a entrar, permanecer, transitar y salir del territorio*

Dichas prescripciones garantizan la libertad de locomoción en el territorio nacional, en su sentido más amplio, lo cual no implica que no se puedan reglamentar dichos derechos, pero siempre respetando el principio de razonabilidad y criterios democráticos.

– *Derecho a publicar sus ideas por la prensa sin censura previa*

Una de las funciones primordiales de la prensa es denunciar y poner en conocimiento de la sociedad los abusos del poder. Este derecho busca asegurar una prensa independiente de las presiones de los gobiernos de turno como elemento importante dentro de un sistema republicano y democrático.

También es posible analizarlo en sentido amplio, como forma de garantizar la libertad de expresión, la cual consiste en la libertad de transmitir y poner en la esfera pública las opiniones, creencias e ideas de cada persona.

Esta libertad, al permitir el libre intercambio de ideas a través del debate, no solo garantiza un derecho personal sino que fortalece y perfecciona la democracia como estilo de vida.

– *Derecho a usar y disponer de su propiedad*

El art. 14 reconoce la potestad de usar y disponer de la propiedad, pero corresponde complementar este derecho con lo dispuesto por el art. 17 del mismo cuerpo legal.

Por su parte, este último artículo establece que la propiedad solo podrá ser alterada en virtud de una sentencia fundada en ley, o por un acto expropiatorio que se funda en una causa de utilidad pública declarada por ley y previamente indemnizada.

Los primeros conceptos que se esbozaron en cuanto al derecho de propiedad lo consideraban un derecho quasi absoluto e ilimitado, dado que partían de ideales del liberalismo individualista. Sin embargo, con el avance del constitucionalismo social, su concepción fue mutando, al punto de reconocerse la posibilidad de restringirlo a favor del bienestar general, por lo que la propiedad adquirió una función social.

Nuestra CSJN, como intérprete máximo de la CN, concluyó que el término “propiedad” mencionado en ambos artículos “...comprende todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad...”¹². Así, otorgó un sentido amplio no solo a su significado, sino también a los derechos que las citadas normas protegen.

12 CSJN, “Bourdieu, Pedro Emilio c/Municipalidad de la Capital”, año 1925, fallos 145:307.

– *Derecho a asociarse con fines útiles*

Esta libertad consagra la facultad de todo ser humano de agruparse voluntariamente con otros con un objeto lícito/útil, a fin de satisfacer los intereses comunes de la vida en sociedad.

– *Derecho a profesar libremente su culto*

La libertad que reconoce el art. 14, CN es el derecho de toda persona a creer y profesar cualquier práctica religiosa.

Esto implica el reconocimiento de la libertad de conciencia, amparada por el principio de privacidad consagrado en el art. 19, CN, dado que la libertad de culto es una forma de manifestación de ella.

Esta norma cohíbe la interferencia del estado en la zona de reserva personal y resguarda el derecho a la intimidad, e impide al estado y a otros individuos conocer las creencias religiosas que las personas decidan no exteriorizar.

– *Derecho a enseñar y aprender*

Esta declaración configura como contrapartida una obligación para el estado de garantizar a todas las personas interesadas la posibilidad de acceder al conocimiento y la formación en alguna labor/materia en su máxima expresión, y también a transmitir determinados conocimientos con quien lo requiera en un marco de libertad de expresión.

Luego de la última reforma constitucional, el art. 75, inciso 19 dispuso que el Poder Legislativo deberá “sancionar las leyes de organización y de base de la educación [...] que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal...”. De tal forma refuerza los deberes del estado en relación a este derecho.

9.2.2. Derechos implícitos e incorporación de tratados y convenciones sobre derechos humanos

Sin perjuicio de las valoraciones efectuadas en el punto precedente respecto de los derechos civiles que reconoce y garantiza la CN, la interpretación armónica de sus arts. 33 y 75, inciso 22 amplía en gran medida el catálogo de derechos protegidos, dado que la enunciación que efectúan el art. 14 y siguientes no resulta taxativa.

El art. 33 expresa que “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”.

Por su parte, el inciso 22 del art. 75 enuncia una serie de tratados internacionales a los que atribuye jerarquía constitucional, muchos de los cuales serán analizados y mencionados en este capítulo y en otras partes del presente libro.

9.2.3. Concepto de derechos políticos

Los *derechos políticos* son los que la CN reconoce a los ciudadanos argentinos al otorgarles la posibilidad efectiva de participar en el gobierno del estado, ya sea de manera directa o a través de sus representantes.

Su reconocimiento constitucional expreso se dio con la última reforma constitucional, la cual los incorporó en el capítulo II “Nuevos derechos y garantías”, más precisamente en el art. 37 y siguientes de la CN.

El citado artículo comienza garantizando el pleno ejercicio de tales derechos de acuerdo con el principio democrático de la soberanía popular, lo cual implica que los ciudadanos son los únicos titulares del poder, cuyo ejercicio desarrollan de forma directa o indirecta, esta última en aquellos casos en los que quienes lo ejercen lo hacen en su nombre y representación.

Continúa su fórmula con la consagración del sufragio universal, igual, secreto y obligatorio y del deber de garantizar la igualdad de género en cuanto a oportunidades para ejercer tales derechos políticos.

En tal contexto, es dable señalar que la CN, en su art. 1, establece que nuestro país adopta la forma representativa de gobierno, y mediante el art. 22 agrega que “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes...”.

Tal declaración de principios se refleja a su vez en el reconocimiento que nuestra Constitución otorga a los partidos políticos, al considerarlos *instituciones fundamentales del sistema democrático*, y al regular su creación, ejercicio y organización.

Por último, mediante los arts. 39 y 40 se establecen dos excepciones al principio de representación plasmado en los mencionados arts. 1 y 22 al admitirse una participación democrática semidirecta del pueblo en la determinación de actos de gobierno y la voluntad estatal a través de:

- La *iniciativa popular* (art. 39) que consiste en la posibilidad de los ciudadanos de presentar proyectos de leyes y que estos, si cumplen determinados requisitos, deban ser analizados por el Congreso de la Nación.

Sin perjuicio de las exigencias que dispone el propio art. 39, la ley 24747 reglamentó el ejercicio del derecho a iniciativa popular.

- La *consulta popular* (art. 40) es el mecanismo por el cual el Congreso o el presidente de la Nación pueden someter a consideración de la voluntad popular un determinado proyecto de ley. Dicha consulta puede tener carácter vinculante o no. En caso de tenerlo y obtener la cantidad de votos afirmativos necesarios, se convertirá en ley.

La reglamentación de este derecho se efectuó mediante la ley 25432, en la cual se establecieron las pautas que se deben respetar durante su ejecución.

9.3. Derechos económicos, sociales y culturales

MARÍA ALEJANDRA D'AMICO¹³

9.3.1. Introducción

Luego de la Segunda Guerra Mundial, el progreso concebido como desarrollo científico e industrial sufrió una resignificación y pasó a ser sinónimo de mejora en las condiciones de vida de la humanidad.

Fue el 10/12/1948 cuando el mundo comenzó a tomar conciencia de la importancia de este nuevo paradigma. Con la Declaración Universal de Derechos Humanos por la Asamblea General de las Naciones Unidas, nacieron los *derechos humanos*. Estos comprenden, sin diferenciación alguna, los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales¹⁴. Representan las necesidades más básicas y fundamentales requeridas para lograr un proyecto de vida digna. Por lo tanto, deben ser garantizados y protegidos por el estado. En este sentido, por lo tanto, son derechos justiciables y exigibles.

Es dable analizar estos derechos de manera particular.

9.3.1.1. Derecho a la educación

El art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refiere al derecho a la educación que posee toda persona. Comprende la educación primaria gratuita y obligatoria, la libertad de educación y un mayor acceso a la educación secundaria, técnica, profesional o superior. Además, se reconoce el derecho a la cultura, el acceso a ella y a gozar de los beneficios del progreso científico. Contiene el derecho a informarse e investigar en todos los campos del saber humano, así como a su difusión. No ha de perderse de vista que este derecho es una herramienta que facilita la lucha contra problemáticas como la marginalidad, la explotación laboral y la discriminación, al permitir el acceso a un mejor nivel de vida. Por ende, toda persona debe poder acceder a la educación sin restricción de ningún tipo. En cuanto a la educación universitaria, debe ser accesible para todas las personas sobre la base de la capacidad.

En 1994, tuvo lugar la reforma constitucional, la cual incorporó ciertos tratados de derechos humanos a la Carta Magna y dio desarrollo al apuntado inicialmente art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se determinó la necesidad de una ley marco que consolidara la unidad nacional y respetara las particularidades provinciales y locales, al tiempo que se aseguraran los valores democráticos y la igualdad de

13 Graduada con honores de la Facultad de Derecho (UBA). Se desempeña en la Auditoría de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires.

14 Véase la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” –OEA– y la “Declaración Universal de Derechos Humanos” –ONU–.

oportunidades. En relación a la enseñanza pública estatal, se garantiza la gratuidad, equidad, autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

Además, es dable mencionar que el art. 75, inciso 19 otorga al Congreso Nacional la tarea de sancionar leyes que organicen la educación. De esta manera asegura la responsabilidad indelegable del Estado, garantiza los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y hace un llamamiento a la participación de la familia y la sociedad, y al respeto de las particularidades locales y provinciales. También alude a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico. En el párrafo cuarto, establece como parte de las atribuciones correspondientes al Congreso en cuanto al dictado de leyes referidas a “la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”.

9.3.1.2. Derecho a la seguridad social

“El derecho a la seguridad social protege a los miembros más vulnerables de la sociedad. Garantiza que todas las personas accedan a los bienes y servicios mínimamente necesarios para una vida digna [...]. Los gobiernos deben crear planes para proveer alivio a los desempleados, asegurar que los ancianos tengan la asistencia adecuada y garantizar que las personas con discapacidades no sufran adversidades innecesarias. La ley debe garantizar que los empleadores proporcionen a sus empleados servicios médicos, compensación en caso de accidentes de trabajo y beneficios jubilatorios. Se debe prestar especial atención a las embarazadas y a los niños pequeños. Es obligación del estado asegurar que reciban alimentación, vivienda y servicios médicos adecuados, y que estén protegidos contra la adversidad...”¹⁵.

En el plano nacional, con la reforma de 1957, se incorporó el art. 14 bis, el cual establece en su parte pertinente que “...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...”.

Ya en la reforma de 1994, el art. 75, inciso 23 aludía a la obligación del Congreso Nacional 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...”.

9.3.1.3. Derecho al trabajo

Corresponde remitirse a lo expuesto en el punto 9.2.1. de este capítulo en cuanto a la protección de este derecho.

15 Ver la Red Internacional para los Derechos Sociales, Económicos y Culturales. <https://www.escr-net.org/es/quienessomos>.

Además, cabe agregar que, en el plano internacional, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 7, plasma el derecho a trabajar.

Tampoco puede dejar de mencionarse que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) “es la fuente de derecho internacional laboral representada en sus convenios y recomendaciones y en los documentos que emanan de su mecanismo de control de la aplicación de esas normas internacionales del trabajo”¹⁶.

Mediante la reforma constitucional de 1957 se incorporó el art. 14 bis, el cual consagra condiciones dignas y equitativas, la remuneración justa, la duración de la jornada laboral, lo relativo a las vacaciones pagas y la protección contra el despido arbitrario. Además, establece el control de producción y la dirección de la empresa y la estabilidad en cuanto al empleo público. Contempla, también, garantías y derechos a nivel gremial, la huelga –entendida como abstención colectiva de trabajo–, el recurso a la conciliación y al arbitraje y la concertación de convenios colectivos de trabajo.

9.3.1.4. El derecho a una vivienda adecuada

En los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos “No se trata de tener un techo donde guarecerse sino del derecho de vivir en seguridad, paz y dignidad”. Para ello, debe considerarse que “vivienda adecuada” significa privacidad, espacio, seguridad, luz y ventilación, infraestructura básica y ubicación razonable con respecto al trabajo y los servicios básicos, a un precio razonable.

En el plano nacional, destáquese el art. 14 bis de la Carta Magna, en el que expresamente se consagra el derecho a una vivienda digna. También se encuentra contemplado en la normativa internacional incorporada a la Carta Magna mediante la enmienda constitucional de 1994 en el art. 75, inciso 22.

9.3.1.5. Derecho a la salud

El derecho a la salud es un derecho fundamental, sin el cual el goce de todos los demás derechos se torna ilusorio. A la vez, este derecho depende del efectivo disfrute de otros derechos humanos. Comprende no solamente el hecho de disfrutar de salud oportuna y apropiada, sino de otros elementos que influyen directamente en la salud, como el acceso al agua, a condiciones sanitarias adecuadas, a una vivienda, vestimenta y alimentos adecuados, así como a condiciones sanas en el trabajo y en el medio ambiente.

Se trata de un derecho que abarca: “...a) Disponibilidad. Cada estado parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud [...] esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional

¹⁶ Página oficial de la OIT. <http://www.ilo.org/inform/online-information-resources/research-guides/labour-law/lang-es/index.htm>.

capacitado y bien remunerado [...] así como los medicamentos esenciales definidos en el programa de acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.

b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del estado parte [...] al alcance geográfico de todos los sectores de la población [...] Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades [...] Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos [...].

c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas¹⁷.

Para el cabal cumplimiento del derecho a la salud, es menester que se respete el derecho a la igualdad y a la no discriminación –en el sentido del acceso–, un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud, concepto que tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el estado.

En cuanto al plano estrictamente nacional, destáquese que el derecho a la salud no fue expresamente incluido de manera inicial, sino que en modo implícito se encontraba en el art. 33 relativo a los derechos no enumerados. El art. 43, relativo al amparo, aporta un mecanismo especial para la defensa de este derecho y para los derechos de incidencia colectiva en general.

Finalmente, y de manera totalmente directa, el art. 75, inciso 22 otorga reconocimiento de rango constitucional a determinados tratados internacionales de derechos humanos que se refieren al derecho a la salud, que ya han sido mencionados en este capítulo.

9.3.1.6. Derecho al agua

El agua es, ni más ni menos, un elemento esencial para la vida y la salud de todos los seres vivos. En tal sentido, el suministro de agua debe ser suficiente y continuado para cubrir los usos personales y domésticos. En este último aspecto, el agua debe ser salubre y acepta-

17 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.

ble. Asimismo, los servicios de abastecimiento y de saneamiento deben ser físicamente accesibles y seguros para todos los sectores de la población, teniendo en cuenta las necesidades particulares de los grupos más vulnerables.

En la observación general 15/2002 del Comité de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, los estados reconocieron el derecho humano al agua, y consideraron que este se halla implícito en el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales¹⁸.

9.3.1.7. El derecho a la alimentación adecuada

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU afirmó que en el mundo sobran alimentos y que, en consecuencia, no hay motivos para que exista el hambre ni la malnutrición¹⁹. De esta manera, se advierte que este derecho se encuentra íntimamente ligado a las medidas apropiadas de política tanto económica y social como medioambiental en los planos nacional e internacional. Es que, en muchas ocasiones, el problema no radica en la inexistencia de alimento, sino en la falta de acceso a los alimentos disponibles por parte de grandes segmentos de la población mundial, entre otras razones, a causa de la pobreza.

En el plano internacional, cabe mencionar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo art. 11 reconoce el derecho que tiene toda persona “a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación...”. Asimismo, establece el “derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre...”.

Además, el art. XI de la Declaración Americana, al referirse al derecho a la preservación de la salud y el bienestar, menciona en forma particular la alimentación como uno de los medios básicos para conseguir la efectiva vigencia de ese derecho.

Además, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires menciona expresamente el derecho a la alimentación²⁰. Y la ley 25724 –relativa a la creación del Programa Nacional de Nutrición y Alimentación– reconoce, en su art. 1, el “deber indelegable del estado de garantizar el derecho a la alimentación de toda la ciudadanía”.

Se trata de un derecho tan esencial que conforma una necesidad básica del ser humano. Si existe hambruna no hay lugar para desarrollarse ni física ni intelectualmente. Por eso se dice que este derecho es totalmente indispensable para la satisfacción de otros derechos.

9.3.2. Judicabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

Ha de destacarse una realidad que no puede ser objeto de discusión: los derechos económicos, sociales y culturales son –precisamente– derechos, no prerrogativas cuyo cumplimiento pueda dejarse de lado con fundamentos como la falta de recursos. Han de cumplirse inexorablemente las obligaciones contraídas en forma voluntaria y solemne ante toda una

18 “El derecho al agua”. Comité de Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, noviembre/2002.

19 Observación general 12; párr. 5 (1999).

20 El art. 20 establece que “Se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación...”.

comunidad, tanto nacional como internacional, y no puede dejarse de lado el hecho de que es precisamente la desigualdad en el acceso a recursos y servicios lo que motiva el nacimiento de instrumentos jurídicos que garanticen el efectivo derecho de todas las personas debido a su tamaña importancia, en tanto derecho humano.

El eje de esta problemática radica en la naturaleza progresiva de las obligaciones asumidas por los estados en los tratados que versan sobre derechos económicos, sociales y culturales. La mencionada “progresividad” muchas veces se ve condicionada por el aspecto material. En tal sentido, el desarrollo paulatino de la cabal consagración de estos derechos se encuentra justificado –en cuanto a lo que a la norma se refiere– para llevarse a cabo por los estados *en la medida de los recursos disponibles*.

Ahora bien, los derechos económicos, sociales y culturales son exigibles y no podría ser de otra manera. Ello se deriva de entender que la interpretación de las normas debe ser de buena fe y teniendo en cuenta su objeto y fin. En efecto, carece de sentido sostener que la normativa protectoria de los derechos no tiene fuerza obligatoria alguna. Además, colocarla los grupos más vulnerables en una situación de gran desprotección²¹.

De todas maneras, no se puede dejar de advertir que el Poder Judicial no es el órgano al que le corresponde diseñar política pública, y que los comparativamente pocos casos que llegarán a tocar la puerta de los tribunales, de manera aislada, no solucionan el fondo de la cuestión. Es imperiosa la necesidad de una política pública activa en el tema.

La realidad muchas veces no refleja el deseo plasmado en la profusa normativa que enaltece el tema. En el mundo existe el hambre, falta de acceso al agua potable, personas viviendo en condiciones denigrantes, y seres humanos –tanto niños como adultos– que mueren, testigos mudos de esta terrible realidad.

No debe dejarse de admirar el camino recorrido. Sin embargo, todos –como comunidad– debemos advertir que aún falta mucho para enaltecer verdaderamente un valor tal como la dignidad humana.

9.4. Los nuevos derechos: derechos del ambiente y del usuario y del consumidor

FEDERICO FERNÁNDEZ²²

La reforma constitucional del año 1994 incorporó, en el capítulo segundo de la primera parte, en los arts. 41 y 42, el derecho a un medio ambiente sano, y los derechos de los consumidores y usuarios, respectivamente.

21 Pinto, Mónica, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 40, pág. 66.

22 Ayudante de primera de la materia “Instituciones de Derecho Público” en la Facultad de Ciencias Económicas (UBA); gerente operativo de Asuntos Jurídicos de la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

9.4.1. El derecho a un medio ambiente sano

Nuestra CN no contemplaba en forma expresa el derecho a un medio ambiente sano.²³ No obstante, se consideraba que este era un derecho reconocido por el art. 33, la CN como expresión del derecho a la salud y a la dignidad de la persona²⁴.

La preocupación por el medio ambiente se incrementó a partir del año 1972, cuando se celebró en Estocolmo la conferencia de las Naciones Unidas sobre medio ambiente. Este cónclave declaró formalmente el derecho humano a un ambiente adecuado para vivir en dignidad y bienestar, y el consecuente deber de protegerlo y mejorarlo²⁵.

El reconocimiento de este derecho nos coloca ante un dilema, pues si extremamos la preservación del medio ambiente puede afectarse el desarrollo tecnológico y el crecimiento económico, lo que traería aparejado la pérdida de fuentes de trabajo. Esto fue tenido en cuenta por la convención constituyente del año 1994, en la cual se señaló la necesidad de armonizar la preservación del ambiente con el desarrollo²⁶.

En el art. 41 de la CN, pueden advertirse tres partes:

- i) La primera reconoce el derecho a un medio ambiente sano, el consecuente deber de preservarlo y la obligación de recomponerlo en el supuesto de daño ambiental.

En primer lugar, cabe tener en cuenta que el ambiente es el conjunto de elementos naturales o transformados por la persona humana y creados por ella que permiten el nacimiento y desarrollo de organismos vivos²⁷.

Asimismo, es importante destacar el concepto de desarrollo humano, ya que este es el objetivo de la preservación del ambiente²⁸. Al respecto, Sabsay indica que “...desarrollo humano importa una idea de evolución, de progresión hacia un techo de las condiciones de vida que se va elevando y que debe concretarse en una tendencia creciente hacia la satisfacción de aquellas necesidades que hacen a la igualdad y a la dignidad de la existencia humana, sin olvidar la calidad de vida que surgirá de las condiciones del entorno en que la misma transcurre”²⁹.

Lo que la CN plantea es que las generaciones presentes podrán obtener los beneficios del desarrollo en tanto y en cuanto no afecte las generaciones futuras³⁰.

- ii) La segunda parte establece las obligaciones de las autoridades públicas en relación con este derecho, las cuales se refieren a la utilización racional de los

23 López Alfonsín, Marcelo, *Derecho Ambiental*, 1^a ed., Astrea, Buenos Aires, 2012, pág. 101 y ss.

24 Ídem anterior, pág. 102.

25 Gelli, María A., *Constitución de la Nación argentina comentada y concordada*, t. I, 4^a ed. ampliada y actualizada, LL, 2015, pág. 567.

26 Ídem anterior, pág. 569.

27 Ídem, pág. 569.

28 Ídem, pág. 577.

29 Sabsay, Daniel, “El modelo de desarrollo sustentable”, en Sabsay (Dir.), Manili (Coord.), *Constitución de la Nación argentina*, t. 2, pág. 207/18, cit. por López Alfonsín, Marcelo, *Derecho Ambiental*, 1^a ed., Astrea, 2012, pág. 119.

30 López Alfonsín, Marcelo, *ob. cit.*, pág. 118.

recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

- iii) Por último, la cláusula constitucional establece una delimitación de la competencia para regular la materia ambiental: a la Nación corresponde dictar las normas de protección del medio ambiente que contengan los presupuestos mínimos, sin necesidad de adhesión por parte de las provincias³¹. Corresponde a cada una de ellas y a la Ciudad de Buenos Aires dictar las normas que complementen las nacionales.

Indica Gelli que, en materia ambiental, la regla de deslinde de competencias “todo lo no delegado corresponde a las provincias” ha sido modificada a favor del principio de complementación, de armonización de políticas conservacionistas, atribuyendo la legislación de base a la autoridad federal³².

En ejercicio de las facultades conferidas por el art. 41, CN, el Congreso Nacional dictó, entre otras, la ley general 25675 del ambiente, la ley 26639 de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del medio ambiente periglaciado, y la ley 26331 de presupuestos mínimos de protección ambiental en bosques nativos.

9.4.2. Los derechos de los consumidores y usuarios

Si bien los derechos de los consumidores y usuarios fueron incorporados a la CN por la reforma del año 1994, ya contaban con una regulación orgánica en la ley 24240 de defensa del consumidor, la cual fue sancionada en septiembre del año 1993.

Para comprender la temática debemos partir del análisis de los siguientes conceptos:

- i) *Consumidor*: es toda aquella persona –física o jurídica– que adquiere bienes o servicios como destinatario final, para su uso personal, y retira el bien de la cadena de valor. Todos somos consumidores. En efecto, en diferentes momentos del día nos comportamos como tal. En todos estos casos los bienes o servicios en cuestión son adquiridos para consumo final y no para incorporarlos a un proceso productivo.

Por el contrario, no es consumidora una empresa que adquiere materia prima para transformarla y luego revender el producto transformado, ya que la adquisición de la materia prima no es para consumo final, sino para incorporarla a un proceso productivo.

- ii) *Proveedor*: es todo aquel que comercialice bienes y servicios de manera profesional. Ello implica que los bienes y servicios sean volcados al mercado. En este caso, el bien o servicio en cuestión es utilizado como bien de cambio y no como bien de uso. Así, por ejemplo, es proveedor una concesionaria dedicada a la venta de automóviles. Sin embargo, no lo sería la persona que vende su

31 Ídem, pág. 180.

32 Gelli, María A., *ob. cit.*, pág. 571.

automóvil usado. Los proveedores están obligados a respetar los derechos que la CN y la ley 24240 establecen en cabeza de los consumidores.

- iii) *Relación de consumo*: esta noción abarca todas las situaciones en que el consumidor es protegido; antes, durante y después de contratar; cuando es dañado por un ilícito extracontractual o cuando es sometido a una práctica del mercado; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente. Cada vez que un consumidor se vincula con un proveedor, estamos frente a una relación de consumo, lo cual determina la aplicación del art. 42, CN, la ley 24240 y del resto de normas que protegen al consumidor.

El denominado derecho de los consumidores –cuya fuente principal la encontramos en el art. 42, CN– tiene su fundamento en la vulnerabilidad del consumidor frente al proveedor. Ello comprende la vulnerabilidad económica y la vulnerabilidad cognoscitiva³³.

La vulnerabilidad económica se refiere a la diferencia de poder económico que debe afrontar el consumidor. Pensemos en la diferencia entre cualquier consumidor y las empresas que proveen servicio de telefonía celular, las cadenas de supermercados o las entidades financieras como bancos o tarjetas de crédito.

Por su parte, la vulnerabilidad cognoscitiva se refiere tanto a la inferioridad del consumidor en el conocimiento y en la información técnica y jurídica. En efecto, por lo general el consumidor carece de información sobre las características de los bienes y servicios que adquiere, de conocimientos jurídicos y de condiciones de contratación.

Este fenómeno se ve reflejado, por ejemplo, cuando el consumidor contrata en base a contratos de adhesión, con cláusulas abusivas que lo colocan en una situación contractual desventajosa en relación al proveedor.

Esta debilidad estructural que afecta al consumidor frente a los proveedores es lo que justifica la existencia de normas que protejan los derechos de los primeros y establezcan obligaciones en cabeza de los proveedores y de las autoridades públicas.

Las obligaciones que la ley de defensa del consumidor exige al proveedor no pueden ser dispensadas por acuerdo de partes. Por ello, se dice que el derecho del consumidor es de orden público.

El art. 42, CN está estructurado en tres párrafos:

- i) El primero se refiere a los derechos fundamentales de los consumidores y usuarios en la relación de consumo. Estos derechos pueden clasificarse en dos grandes grupos: a) derechos patrimoniales –la seguridad de no sufrir daño; los intereses económicos; la libertad de elección; el trato equitativo y digno–, y b) derechos personales: la protección de la salud y la seguridad de no sufrir menoscabo en ella o en la vida. Asimismo, el derecho a una información adecuada y veraz resguarda, como la seguridad, tanto los derechos patrimoniales como los personales, a la vida y a la salud³⁴.

33 Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, 2^a ed. actualizada, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, pág. 39 y ss.

34 Gelli, María A., *Constitución de la Nación argentina*, ob. cit., pág. 586.

- ii) El segundo establece cuáles son las obligaciones de las autoridades públicas en materia de protección de los consumidores. En este sentido, cabe destacar el rol que cumplen la autoridad nacional de aplicación y las autoridades locales de aplicación de la normativa de defensa del consumidor. Estas últimas tienen, entre otras, las siguientes facultades: recibir reclamos de los consumidores contra proveedores; celebrar audiencias de conciliación entre consumidores y proveedores, y aplicar sanciones a los proveedores que violen los derechos de los consumidores.
Asimismo, también es importante la labor de los entes reguladores de los servicios públicos, en tanto deben velar por la calidad y eficiencia de los servicios públicos.
- iii) El tercer y último párrafo va dirigido específicamente al Congreso de la Nación al establecer parámetros que deberá alcanzar la legislación en la materia, en punto a establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, con la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control.

9.5. Derecho a la identidad. El género y los derechos

MICHAELA KREIMER³⁵

9.5.1. Introducción. Derecho a la identidad

El derecho a la identidad es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, necesario para poder beneficiarse y gozar de los restantes derechos reconocidos en nuestra CN. Sin identidad, resulta imposible pensarse como individuo dentro de una sociedad.

Desde el momento que nacemos, toda persona tiene derecho a una identidad. Esta incluye el origen, nombre, apellido, fecha de nacimiento, nacionalidad y sexo. Es la prueba de la existencia de una persona como miembro de un núcleo social, como individuo que forma parte de un todo; es lo que la caracteriza y la diferencia de los demás.

Ahora bien, ciertos aspectos de la identidad suelen ser determinados e incuestionables. Pero cabe preguntarnos si la identidad de género es algo rígido y cerrado o, por el contrario, está en continua evolución. Si nacemos con una identidad plena, dada y definida, si esta se construye a lo largo de la vida y si nos reconocemos como personas con rasgos femeninos o masculinos por nuestros órganos sexuales innatos o por imposición cultural.

La idea de una identidad de género cerrada, a esta altura, es un mito. Sin embargo, los conceptos más rígidos son los que siguen marcando en gran medida las políticas públicas

35 Ayudante en la materia “Derecho Societario” en la Facultad de Ciencias Económicas (UCES); graduada con honores en la Facultad de Derecho (UBA) y escribiente de la Sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal.

sobre diversidad sexual. Podríamos decir que solo una persona que se mira en el espejo, que elige cada día cómo vestirse, cómo interactuar con el mundo, es quien puede decir cuál es su identidad de género. Pero ¿a qué nos referimos cuando hablamos de género?

El género es el conjunto de características culturales que identifican el comportamiento y desarrollo social de hombres y mujeres y las relaciones entre ellos. Es decir, es una construcción cultural establecida a partir de preconceptos sociales por los que se adjudican determinados roles o funciones a mujeres y a hombres de manera diferenciada. Pese a que el género es un término relacional, no es sinónimo del vocablo “mujeres” ni “hombres”, o “sexo femenino” y “masculino”, sino que se refiere a la manera en que ambos se construyen socialmente.

Conceptualmente, que existan diferencias entre los sexos no implica desigualdad. Es posible pensar a mujeres y hombres como legalmente iguales –conf. art. 16, CN–. Pero lamentablemente no fue así la forma en que se desarrollaron las relaciones entre los hombres y las mujeres a lo largo de la historia. La subordinación femenina a escala universal involucra todos los ámbitos existentes, desde la sexualidad hasta la economía y la política en todos sus aspectos. Esta realidad evidencia un conflicto profundo e históricamente muy enraizado que debe ser modificado con el reacomodo de todas las instituciones principales, como ser el estado, la familia, la educación, la religión y el propio derecho, las cuales han servido para mantener y reproducir el estatus inferior de las mujeres y la exclusión de quienes no “encajan” en las definiciones clásicas de mujer-varón.

Para comprender mejor la temática, es preciso primero familiarizarse con el lenguaje, es decir, con una serie de conceptos que están estrechamente vinculados entre sí, pero que merecen ser diferenciados, como ser, “sexo y género”, “mujer y género”, “grupo vulnerable y género”, “feminismo y género”, “discriminación y género”, entre otros, conceptos que permitirán adquirir algunos conocimientos legales elementales para ver la realidad y actuar desde el derecho con otra mirada, con el fin de transformar la sociedad actual en una más justa, plena y equitativa.

9.5.2. Género. Concepto. Diferenciaciones

El género figura entre los términos de reciente introducción en el lenguaje mediático y político. Utilizado muchas veces como término sustitutivo de sexo o de mujer, tal perspectiva implica entender la diferencia sexual como construcción cultural hacia una identidad plena. Propone una alternativa a las tradicionales interpretaciones esencialistas de lo masculino y femenino al considerarlas como un producto social y no de la naturaleza.

Desde la segunda mitad del siglo XX, se han evidenciado cambios desconcertantes que no parecen tener retroceso. Las categorías varón/mujer están desbordadas en la comprensión de sus diferencias, roles, áreas de competencia social, laboral y aun en lo sexual. A la lucha de las organizaciones de mujeres, se fueron agregando los movimientos de *gays*, lesbianas y otros excluidos del modelo de la familia nuclear patriarcal.

Asistimos a una revisión crítica en todas las ciencias sociales, con fuertes repercusiones en sus discursos, que consolidó lo que se llama la “perspectiva de género” como mirada in-

dispensable para entender, desde otro paradigma, un conjunto de temas que buscan superar la discriminación hacia las mujeres y otros sujetos excluidos del modelo³⁶.

9.5.2.1. Sexo y género

Como a los sexos también se los nombra “el género masculino” o “el género femenino”, muchas personas, al hablar de género, lo utilizan básicamente como sinónimo de “sexo”. Sin embargo, no son lo mismo. El género, si bien se relaciona con el sexo, no siempre tiene una base biológica.

La distinción entre hombres y mujeres fundada en el aspecto morfológico y fisiológico sirvió durante muchos siglos para asegurar el predominio de lo masculino sobre lo femenino, para destinar a cada sexo funciones específicas que, desde la educación y la cultura, se indicaban como propias, y para reducir a la mujer a una suerte de servidumbre alejada de la mayor parte de las decisiones políticas y económicas, incluidas las domésticas³⁷. La distinción entre sexo y género fue utilizada para demostrar que la subordinación de las mujeres es algo construido socialmente y no justificado por la biología.

9.5.2.2. Mujer y género

La utilización del término “género” para referirse a la mujer es muy frecuente. Sin embargo, “mujer” y “género” tampoco son sinónimos.

Incluso en el ámbito de las políticas públicas existen ciertas tendencias a crear “políticas de género” destinadas únicamente a la mujer, cuando estas, para adquirir tal carácter, deberían tener como finalidad la superación de la desigualdad entre los sexos y no la mera defensa de los derechos de la mujer.

Lo importante del concepto de género es que al emplearlo se designen las relaciones sociales entre los sexos. La información sobre las mujeres es necesariamente información sobre los hombres. No se trata de dos cuestiones que se puedan separar. Dada la confusión que se establece por la acepción tradicional del término “género”, una regla útil es tratar de hablar de los hombres y las mujeres como “sexos” y dejar el término “género” para referirse al conjunto de ideas, prescripciones y valoraciones sociales sobre lo masculino y lo femenino³⁸.

9.5.2.3. Grupo vulnerable y género

Si bien las mujeres y los transgéneros a lo largo de la historia han sido considerados como un sector inferior de la sociedad o un grupo vulnerable, cuando nos referimos a “género” tampoco estamos aduciendo dicho sector.

36 Galina, Nilda A., “Una mirada de género sobre la convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Sexualidad, género y familia*, AbeledoPerrot, SJA 27/8/2008; JA 2008–III–1100.

37 Guibourg, Ricardo A., “Sobre el género y la ley”, *La Ley “Suplemento especial”*, mayo/2012, pág. 40.

38 Lamas, Marta, “La perspectiva del género”, *Revista de Educación y Cultura*, diciembre/1995, págs. 14/20.

En primer lugar, porque tal como ya nos referimos, “mujer” y “género” son conceptos distintos. Además, las mujeres, los *gays*, lesbianas, transexuales, etc., es decir, más de la mitad de la sociedad, no constituyen un grupo vulnerable *per se*. A lo sumo, puede verse como un grupo vulnerabilizado por la existencia del patriarcado y las estructuras de género predeterminadas, las cuales parecieran colocarlos en un lugar inferior, pese a que no exista causal de justificación.

9.5.2.4. Feminismo y género

Si bien la perspectiva del género es heredera del feminismo –que viene a ser una oposición a lo que comúnmente se llama “machismo”, es decir, los comportamientos sexistas ofensivos contra la mujer–, “feminismo” y “género” son conceptos diferentes³⁹.

Cabe destacar que el rol de los movimientos feministas ha sido fundamental para comenzar a erradicar las desigualdades que por tanto tiempo las mujeres aceptaron como “verdades dadas” como, por ejemplo, la negación del derecho a votar, de ser jefe de familia, de ejercer plenamente los derechos civiles, de ocupar puestos laborales, etc.

9.5.2.5. Discriminación o desigualdad y género

Por último, cabe advertir que hablar de género no implica necesariamente hablar de desigualdad y discriminación. El género afecta tanto a los hombres como a las mujeres y comprende las relaciones entre ambos sexos y todas sus derivaciones.

De allí que, cuando se alcance la igualdad de oportunidades, cuando se elimine la ceguera del género, cuando la educación no sexista sea una realidad, cuando las pautas culturales sean más igualitarias, la perspectiva de género y su vinculación con la discriminación o desigualdad desaparecerá⁴⁰.

9.5.3. Derecho de género en la Constitución. Ley de identidad de género

Las leyes han sido las aliadas más importantes del sistema patriarcal. Por medio de ellas se logró afianzar el poder de los hombres sobre las mujeres y la exclusión de todo grupo que no se incorporara a lo estrictamente definido como masculino y femenino.

La reforma constitucional de 1994 puso un freno a dichas situaciones, por lo que ha significado un importante avance en el reconocimiento de los derechos de las mujeres, la búsqueda de igualdad de género y el desarrollo de una identidad plena, ya que ha asignado jerarquía constitucional a distintos tratados, como ser 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 y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que tienen, entre otras, dichas finalidades –conf. art. 75, inciso 22, CN–.

39 Guibourg, Ricardo A., *ob. cit.*

40 Lamas, Marta, *ob. cit.*

A su vez, mediante la reforma constitucional, se consagró en el art. 37 la garantía al pleno ejercicio de los derechos políticos mediante la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios.

Asimismo, del propio art. 75, inciso 23, CN surge explícito el deber del Congreso Nacional de promover medidas de acción positiva en relación a las mujeres, que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales, junto con el dictado de un régimen de seguridad social especial e integral de protección al niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y tiempo de lactancia.

Como puede advertirse, se busca mediante acciones positivas obligar al estado a tomar las medidas necesarias para propiciar una igualdad de género real y no meramente formal.

En 2012 se sancionó la ley 26743 de identidad de género, entendiéndola conforme surge de su art. 2, como "...la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido..." .

La ley también establece que toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen cuando no coincidan con la identidad de género autopercebida.

Si bien fue generadora de grandes debates, esta ley ha sido un triunfo del derecho a una plena identidad, tal como fue reconocido por la Organización Mundial de la Salud. Gracias a ella, prevalece la representación subjetiva de uno mismo por sobre los factores biológicos dados y culturalmente impuestos.

Como conclusión, puede afirmarse que se requiere una profundización de la propia perspectiva de género que culmine en la real toma de conciencia que implicaría, paradójicamente, la no necesidad de tomar medidas de perspectiva de género, porque ellas ya habrían sido internalizadas.

9.6. La reglamentación de los derechos

ALFREDO SILVERIO GUSMAN⁴¹

Así como la Constitución estatuye derechos, las leyes los reglamentan estableciendo las modalidades de su ejercicio. Acontece que, de acuerdo al art. 14 de nuestra ley suprema,

41 Profesor adjunto regular de la materia "Instituciones de Derecho Público" en la Facultad de Ciencias Económicas (UBA); profesor adjunto regular de las materias "Derecho Constitucional" y "Derecho Administrativo" en la Facultad de Derecho (UBA); profesor titular de la materia "Derecho Administrativo II" en la Facultad de Derecho (UMSA) y juez de la Sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal.

ningún derecho es absoluto, sino que se ejerce conforme las leyes que lo reglamentan. Un derecho absoluto significaría una concepción antisocial. Se trata de conciliar el derecho de cada uno con el de los demás, pues un uso desordenado de todos los derechos por todos los beneficiarios al mismo tiempo llevaría a que se neutralizaran entre sí, y desviaría del objetivo central establecido en el preámbulo constitucional de “promover el bienestar general”.

Por cierto que ello no significa que la reglamentación de esos derechos pueda hacerse sin ningún tipo de limitaciones, lo que nos podría colocar en el riesgo de que se suprima el efectivo ejercicio del goce de esas prerrogativas. Pasemos entonces a ver las fronteras que el poder público no puede trasvasar a la hora de reglamentar el ejercicio de los derechos.

9.6.1. El principio de legalidad

El primer límite tiene que ver con el principio de legalidad y la necesidad de que la restricción se encuentre democráticamente legalizada a través de la intervención del Congreso. El art. 14, CN, al reconocer los derechos que enuncia, agrega que se gozan conforme las leyes que reglamentan su ejercicio. La norma se complementa con la garantía del art. 19 de la ley madre, el cual establece que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni ser privado de lo que ella no prohíbe.

En el plano supranacional, el art. 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos también se refiere al principio de legalidad, al establecer que “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 leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. En ese orden, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva 6/86, calificó esta garantía como la más importante, pues si bien no impide que una ley aprobada por la Legislatura llegue a ser violatoria de los derechos fundamentales, sí es un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder⁴².

Entonces, para ser válida la limitación de los derechos individuales, resulta indispensable la habilitación legal previa⁴³.

9.6.2. El principio de razonabilidad

Por cierto, la ley formal no es el único fundamento de validez de los actos estatales. El segundo límite tiene un contenido sustancial –por eso también se lo denomina “garantía del debido proceso sustantivo”⁴⁴– y se vincula con la razonabilidad. Va más allá de postular un

42 Opinión consultiva 6/1986 del 9/5/1986.

43 Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1977, pág. 505.

44 Linares, J. F., *Razonabilidad de las leyes. El 'devido proceso' como garantía innominada de la Constitución argentina*, 2^a ed. actualizada, Astrea, Buenos Aires, 1970.

contenido a las leyes, pues impone que todo ejercicio de poder público sea racional y proporcional a los fines que se pesquisan. Se trata del contraste que debe vencer toda medida restrictiva de derechos constitucionales.

Como explícito límite a la arbitrariedad, el art. 28, CN –cuya fuente es el art. 20 del proyecto que en su momento elaboró Juan Bautista Alberdi⁴⁵– establece que “[...] los principios, derechos y garantías admitidos no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio”.

La dificultad, entonces, es verificar hasta qué punto los medios empleados no son más drásticos que los justificados por los fines⁴⁶. Este límite puede a su vez focalizarse desde tres puntos de vista: adecuación, proporcionalidad y necesidad.

Con relación al primero de ellos, puede concebirse como una adecuación entre los medios utilizados por el legislador y la obtención de los fines que determinan la medida. Debe haber un verdadero y efectivo nexo causal entre la norma reglamentaria y el objetivo perseguido por la reglamentación.

En lo atinente a la proporcionalidad, las restricciones deben resultar simétricas a los fines que las motivan⁴⁷. En otros términos, a mayor importancia del derecho afectado, el control de razonabilidad debe ser más estricto⁴⁸.

Por último, con relación a la necesidad de la restricción, es dable señalar que los medios utilizados no deben ir más allá de las exigencias del caso.

9.6.3. La restricción de los derechos. Las llamadas “emergencias”

Ahora bien, sin perjuicio de lo hasta aquí dicho, no es posible obviar que las situaciones de emergencia han servido para justificar que se acrecienten ciertas competencias del poder y se restrinjan libertades, derechos y garantías individuales⁴⁹.

Se ha dicho que el estado de derecho lleva en su propio seno la necesidad de un derecho excepcional, es decir, de prever la excepción y juridizarla⁵⁰, así como poseer sus propios

45 Es que, en palabras del padre fundador tucumano, “reglamentar la libertad no es encadenarla”. Alberdi, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, Escuela de Educación Económica y Filosofía de la Libertad, pág. 16.

46 Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional*, t. III, Alfa, Buenos Aires, 1953–1963, pág. 1826.

47 De acuerdo con el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también enunciado en el inciso 22 del art. 75, CN, el cual le asigna rango constitucional, las restricciones deben ser compatibles con la índole de los derechos reconocidos y con el exclusivo objetivo de promover el bienestar general en el marco de una sociedad democrática.

48 Gelli, María A., *Los casos “Vizzoti” y “Aquinó” y el examen de los efectos de las sentencias*, LL, 2005-A, pág. 922.

49 Bidart Campos, Germán, *Manual de la constitución reformada*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1998, pág. 349.

50 García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1964, pág. 163, cit. por Comadira, Julio R., *Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional*, LL, 1995-B, pág. 825.

mecanismos de autopreservación, de modo que en la misma dinámica constitucional hallen respuesta las crisis que, por sus características, no pueden resolverse eficazmente por medio de los procedimientos normales⁵¹.

Si bien las situaciones de emergencia, como tales, no se encuentran contempladas en la Constitución –con excepción del art. 23, que se refiere al supuesto de “[...] conmoción interior o de ataque exterior, que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución o de las autoridades creadas por ella [...]”, como escenario que habilita la declaración de estado de sitio–, lo cierto es que nuestra práctica fáctica, por lo general tolerada por la jurisprudencia de la CSJN, ha venido a incorporarla de hecho. Bajo el pretexto de la emergencia, los gobiernos han establecido moratorias hipotecarias; reducido tasas de interés convenidas entre deudores y acreedores; recortado haberes de empleados públicos, de jubilados y pensionados; convertido depósitos bancarios a plazo fijo en títulos de deuda pública; pesificado obligaciones convenidas en moneda extranjera, etc.

A fin de caracterizar la noción de emergencia, viene al caso recurrir a la explicación dada por la CSJN en el conocido caso “Peralta”⁵². El Alto Tribunal describe la emergencia económica como “...un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria e indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esa situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la constitución”.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que la emergencia no implica para los estados estatales una suerte de patente de corso. Bajo ningún concepto autoriza el ejercicio de poderes que la Constitución no acuerda. En todo caso, puede justificar, respecto a los poderes sí concedidos, un ejercicio más pleno que en épocas corrientes; y ello a raíz de las circunstancias excepcionales que se deben conjurar⁵³.

En ese sentido, existen ciertas reglas que deben satisfacerse a la hora de emplear los poderes de emergencia. Estas son:

– *Declaración legislativa formal*

La Corte Suprema, en el caso “Russo c/Delledone”⁵⁴, sostuvo que el uso de la emergencia debe ser definida por el Congreso. Se busca garantizar la seguridad de los ciudadanos acerca de que no verán avasallados sus derechos por el arbitrio del estado, sino que las restricciones tendrán una guía legal de la cual no podrán las autoridades excederse. Va de suyo que la declaración legislativa de emergen-

51 Comadira, Julio R., *Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional*, LL, 1995-B.

52 Fallos: 313:1514.

53 Ver Bidart Campos, *ob. cit.*, p. 350.

54 CSJN, fallos: 243:467 del 15/5/1959.

cia podrá controvertirse en un proceso judicial instado por quien encuentre cercenados sus derechos o intereses⁵⁵.

– *Limitación temporal y territorial*

Es indudable que deben existir reparos de esta naturaleza, pues de otro modo la situación extraordinaria se convertiría en ordinaria, como, en los hechos, ha sucedido en nuestro país.

– *Razonabilidad de las medidas dispuestas*

La emergencia no habilita para desnaturalizar los derechos. De tal modo, se impide alterar o desvirtuar en su significación o en su sustancia el derecho de los particulares⁵⁶.

– *Las medidas que se adopten deben ser equitativas*

Sostuvo la Corte Suprema, en el conocido caso “Provincia de San Luis”, que si bien en situaciones de extrema gravedad es legítimo exigir de los miembros de la sociedad un sacrificio en aras del principio de solidaridad social, el régimen debe tender a una distribución equitativa de las cargas.

Como colofón, no puedo dejar de advertir que, en nuestro país, a raíz de cíclicas crisis económicas que periódicamente nos azotan, la emergencia ha perdido sus notas de transitoriedad y asumido caracteres de permanencia. Una herramienta que debería estar reservada para circunstancias verdaderamente complejas se transformó en una formidable excusa para debilitar derechos y acrecentar los márgenes de actuación de los poderes políticos estatales.

En ese sentido, es necesario tener presente lo dicho en un voto en el fallo “Galli” de la CSJN⁵⁷, en el que se alertó que, ante la prórroga y extensión de la legislación de emergencia, se debilita el cumplimiento de las leyes y los contratos por parte de los ciudadanos, pues ella destruye todo cálculo de riesgos y restringe el funcionamiento económico. La emergencia reiterada ha generado más emergencia e inseguridad. Como sostuviera el recordado profesor Bidart Campos, “estamos enfermos de emergencias”⁵⁸.

55 Bidart Campos, Germán, *ob. cit.*, pág. 351.

56 CSJN, “Smith”, fallos: 325:28.

57 CSJN, “Galli”, fallos: 328:690, voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni.

58 Bidart Campos, Germán *Estamos enfermos de emergencias*, t. 140, ED, pág. 155.

9.7. Los derechos humanos en la Constitución. Supuestos de responsabilidad del estado. Tutela internacional de los derechos humanos –remisión–

CARLOS MALLO⁵⁹

9.7.1. Los derechos humanos en la Constitución

La CN es el resultado de un largo proceso que se inició a principios del siglo XIX, caracterizado por la sucesión de diversos hitos fundantes y constitutivos, tales como la Revolución de Mayo, la declaración de independencia, los intentos constitucionales frustrados y la celebración de acuerdos provinciales comúnmente denominados “pactos preexistentes”. Ello dio nacimiento al estado argentino, el cual, si bien se ajustó a la concepción imperante, tuvo características propias⁶⁰. Se trata de una creación viva, impregnada de realidad autóctona para la ordenación política y moral de la Nación⁶¹.

9.7.2. Supuestos de responsabilidad del estado

El estado está obligado a respetar, proteger y realizar los derechos humanos, tanto en el ámbito interno como internacional⁶².

Surge responsabilidad estatal cuando se violan los principios y derechos que la misma constitución consagra en su preámbulo y sus artículos. Su fundamento es el “estado de derecho”, cuyos principios tienden a lograr la seguridad jurídica, el respeto de los ciudadanos, el dar a cada uno lo suyo, el acceso a la justicia y el debido proceso⁶³.

En el orden supranacional, con la incorporación de instrumentos con jerarquía constitucional, el estado se comprometió a observar el ordenamiento internacional y a propiciar una democracia más participativa, con la acción de nuevos grupos sociales que luchan por la defensa de intereses y/o derechos colectivos, y demandan respuestas y garantías para su protección por parte de los gobiernos democráticos actuales. Fenómeno que encontramos en toda América Latina, con distintos matices.

59 Profesor adjunto de la materia “Instituciones de Derecho Público” en la Facultad de Ciencias Económicas (UBA) y secretario del Juzgado Civil y Comercial Federal N° 7.

60 Linares Quintana S. V., *Derecho Constitucional e instituciones políticas. Teoría empírica de las instituciones políticas*, t. I, *ob. cit.*, pág. 411.

61 CSJN, fallos: 167:121; 178:9. Bidart Campos, Germán, *Manual de la constitución reformada*, t. I, 3^a reim- presión, Ediar, Buenos Aires, 1995, pág. 302.

62 Folleto informativo 33 de las Naciones Unidas. Todos los folletos informativos están disponibles en línea en <http://www.ohchr.org>.

63 Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1997, pág. 724 y ss.

Otra cuestión relevante se advierte con la obligación que surge de la imposibilidad del estado de alegar la existencia o inexistencia de normas de derecho interno para dejar de cumplir con los compromisos internacionales⁶⁴ y la aceptación de la competencia de órganos supraestatales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana, incluso con anterioridad a la enmienda de 1994 en el pronunciamiento expreso de la Corte Suprema en el fallo “Ekmekdjian” –1992–⁶⁵. También en casos de represión ilegal durante la dictadura militar, las leyes de obediencia debida, los decretos de indulto de 1989, en los que nuestra Corte dejó de aplicar normas internas contrarias a los acuerdos internacionales –casos “Arancibia Clavel” y “Simón” en 2004; “Mazzeo” en 2007–.

A modo de ejemplo, nuestro máximo tribunal, en forma reiterada, interpretó las condiciones de aplicación y jerarquía de las normas internacionales⁶⁶ y se expidió sobre la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la vigilancia de sus opiniones consultivas y de los informes de la Comisión Interamericana. En “Giroldi”⁶⁷, sostuvo que la expresión “en las condiciones de su vigencia” en que rigen los tratados, alude particularmente a su efectiva aplicación e interpretación de los tribunales supranacionales; en “Bramajo”⁶⁸ asignó a las opiniones consultivas de la Comisión Interamericana la calidad de “guía para la interpretación de los preceptos convencionales”, criterio que se atemperó en las causas “Acosta” y en “Felicetti”⁶⁹, en las que aclaró que, por el principio de buena fe, el estado argentino tiene que realizar los mejores esfuerzos para cumplir las recomendaciones de la comisión, lo cual no significa que sea un deber porque no son vinculantes.

9.7.3. Tutela internacional de los derechos humanos –remisión⁷⁰

Travieso, con un criterio clasificador dinámico, observa un proceso acelerador de reconocimiento de los derechos humanos –sobre todo en los siglos XVIII y XIX– y con las guerras mundiales advierte una desaceleración. Finalizados tales conflictos, destaca otro impulso, alusivo a la incorporación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las constituciones de los estados⁷¹.

Esas normas son universales y básicas, como las referidas al derecho a la vida, a no ser torturado ni esclavizado, por lo que no pueden ser derogadas. Son operativas, de aplicación inmediata, tanto que obligan a los gobiernos a observarlas y a garantizar su cumplimiento.

64 Bazán, Víctor, “El derecho internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con particular énfasis en materia de derechos humanos”, *La Ley “Suplemento constitucional”*, 5/8/2010.

65 CSJN, fallos: 315:1492.

66 CSJN, fallos: 303:1029; 307: 1189; 319:3241.

67 CSJN, fallos: 318:514.

68 CSJN, fallos: 321:3630.

69 CSJN, fallos: 321:3555; fallos: 323:4130.

70 La protección internacional de los derechos y libertades se analiza en el último capítulo de esta obra.

71 Travieso, Juan A., “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: clásico y futuro 3.0” *La Ley, “Suplemento actualidad”*, 8/10/2013.

También son progresivas, puesto que deben interpretarse siempre a favor de las personas y de su libertad. Son irreversibles, dado que los estados no pueden retrotraerse o revertir su reconocimiento. Son interdependientes con la democracia –presupuesto de su existencia–, integrales e indivisibles, ya que no admiten su ejercicio en detrimento o salvaguarda de otros derechos⁷².

Como corolario, se piensa que la positivización de los derechos humanos y el compromiso de los estados para darles cumplimiento y garantizar su ejercicio buscan lograr un estado con justicia distributiva y social, a pesar de que –muchas veces– la realidad nos muestre que queda mucho por hacer⁷³.

72 Ídem nota anterior.

73 Rawls, John, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Tecnos, SA 1999. Selección, traducción y presentación a cargo de Rodilla, M. A. y Barbarosch, Eduardo, *Teoría de la justicia y la metaética contemporánea*, LL, Buenos Aires, 2007.

CAPÍTULO X

El Poder Legislativo

ALEJANDRO HERNÁN SPESSOT¹

10.1. El órgano Congreso

Nuestra Constitución Nacional (CN) comienza su parte dispositiva dedicada a la estructura orgánica del poder con las normas sobre el Congreso. Encabeza la sección primera del título primero –“Gobierno Federal”– de la segunda parte con el rótulo “Del Poder Legislativo”.

La Constitución denomina el Congreso como “Poder legislativo”, con lo que, del uso de la expresión “poder”, en este caso, se infiere la importancia de su gravitación funcional y orgánica. Este órgano detenta con exclusividad la función legislativa en sentido formal, pero no agota en ella todo el cúmulo de la esfera de sus competencias, en las que también encontramos función administrativa –a través de un acto administrativo que apruebe el llamado a una licitación pública, por ejemplo–, ocasionalmente, función jurisdiccional, y función política, inherente a su naturaleza.

Es decir, el Congreso es un órgano del poder, de carácter colegiado, porque se compone de varios individuos –diputados y senadores– y complejo, como postula Germán Bidart Campos en sus obras, porque cada una de sus cámaras tiene naturaleza de órgano.

En correlato con ello, afirmamos que a) los actos del Congreso que exigen competencia compartida de ambas cámaras son actos complejos y b) los actos de cada cámara que

1 Abogado, Universidad Nacional de Rosario. Docente adjunto de “Instituciones de Derecho Público” en la Facultad de Ciencias Económicas (UBA). Docente ayudante de “Derecho Constitucional” en la Facultad de Derecho (UBA). Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública de la Facultad de Derecho (UBA). Asistencia jurídica en la Comisión de Asuntos Constitucionales en el H. Senado de la Nación (1999/2001) y en la Procuración General de la Nación (2002/2004). Actualmente a cargo del área “Dictámenes de la gerencia de asuntos jurídicos” del Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales. Autor de numerosas publicaciones en revistas especializadas.

no requieren la competencia compartida de la otra son actos simples de la cámara que los cumple, por lo que carecen de naturaleza compleja.

La reforma de 1994 de la CN incorporó, a través de sus arts. 44 y 45, dos innovaciones: a) agregaron diputados por la Ciudad de Buenos Aires por su autonomía prevista en el art. 129, pero b) mantienen diputados por la Capital Federal para el caso de que se traslade fuera de la Ciudad de Buenos Aires. De esta manera, la cámara de diputados tiene prevista una composición tripartita: a) diputados por cada provincia; b) diputados por la Ciudad de Buenos Aires; c) diputados por la Capital Federal –en caso de traslado–.

El art. 54, en cambio, ofrece estas variantes: a) añade senadores por la Ciudad de Buenos Aires, pero b) suprime los senadores por la Capital Federal, que dejará de tenerlos si se traslada fuera de la Ciudad de Buenos Aires.

Así, la composición del senado comprende: a) senadores por cada provincia y b) senadores por la Ciudad de Buenos Aires. Además, eleva de dos a tres el número de senadores; sustituye con el mecanismo de elección directa el sistema mediante el cual se elegían los senadores por las provincias, y distribuye las tres bancas de cada jurisdicción del siguiente modo: dos senadores al partido que obtiene la mayoría de votos y un senador al partido que le sigue en número de votos.

10.2. Bicamarismo

En torno al bicamarismo del Congreso, este no se apoya en una mera división interna del órgano y de la labor que la Constitución le manda al asignarle sus atribuciones. El debate acerca de la ventaja y utilidad de la división del Congreso en dos cámaras estriba en la forma federal del estado argentino.

El modelo bicameral se ancla en la constitución de los EE.UU. y responde a la teoría de que la cámara de representantes –diputados– representa al pueblo, y la de senadores los estados miembros o provincias.

El art. 44 de la CN establece que “Un Congreso compuesto de dos cámaras, una de diputados de la Nación, y otra de senadores de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires, será investido del poder legislativo de la Nación”. Ello implica que representa al pueblo. Compartimos con un sector de la doctrina que se trata de la dogmática de la representación política en la teoría de la democracia popular. La norma no tiene ni puede tener vigencia sociológica, porque no hay representación de todo el pueblo ni de la Nación.

La cámara de senadores representa, según la misma norma, cada una de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires.

Asimismo, merece un apartado el bicamarismo en las legislaturas provinciales. En razón de que cada uno de los ordenamientos provinciales, presididos por su Constitución, deben guardar la subordinación, coordinación y coherencia de sus respectivas normas con el ordenamiento del estado federal, han de reproducir el principio constitucional de la división de poderes y, por ende, organizar su poder legislativo, denominado *legislatura*. Pero no

quedan obligados a reproducir el esquema bicameral federal, porque no concurre la misma razón que ordena la división del congreso en dos cámaras.

10.3. Elección

10.3.1. Diputados nacionales

Centrándonos en la elección del cuerpo, el art. 45 dispone 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, 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...”.

Los diputados son, conforme la letra y el espíritu de la CN, representantes de la *Nación* –art. 44– o del *pueblo*, que compone el electorado activo o cuerpo electoral. El número de habitantes que sirve de índice básico para establecer el número de diputados debe computarse incluyendo a los extranjeros; no es posible limitarlo a la población argentina, porque la norma habla de *habitantes*, y, por lo tanto, comprende tanto ciudadanos nacionales como extranjeros.

La base de población de la que surge el número de diputados se reajusta periódicamente de acuerdo con el censo general. Este censo “...solo podrá renovarse cada diez años...” conforme el art. 47. Según Joaquín V. González² es acertado afirmar que la Constitución ha querido que cada diez años, por lo menos, se renueve la operación del censo general. González Calderón postula que el art. 39 es imperativo y prohibitivo: el censo *debe* realizarse cada diez años, y *no puede* efectuarse con periodicidad menor, con el objeto de que el número de diputados refleje la cantidad de población de cada distrito electoral.

Como condición de elegibilidad se requiere haber cumplido veinticinco años de edad, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio, y ser natural de la provincia que lo elija o con dos años de residencia inmediata en ella. Estas condiciones –fijadas en el art. 48– deben reunirse para ser diputado, o sea, al tiempo de aprobarse el diploma del electo por la cámara de la que formará parte, a diferencia de las condiciones para ser *elegido* senador, que deben reunirse al tiempo de la elección.

Una situación de singular importancia estipula el art. 51, que prevé que en el supuesto de vacancia, el gobierno del ordenamiento territorial que corresponda impulsará la elección de un nuevo miembro. La Constitución quiere que la diputación se cubra con una nueva elección posterior a la vacancia; por eso, compartimos con la doctrina que se entiende inconstitucional todo sistema legal que, juntamente con los diputados, obliga a elegir suplentes para reemplazar a los titulares. No obstante, el derecho constitucional ha incorporado la práctica de elegir suplentes en la elección de diputados para tener sustitutos anticipados en

² González, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Estrada, Buenos Aires, 1983, pág. 247.

caso de vacantes, por lo que, generadas estas, no se realiza nueva elección en los términos del art. 51.

10.3.2. Senadores nacionales

Por otra parte, la Cámara de Senadores presenta, a partir de la reforma constitucional de 1994, varias modificaciones. Se encuentra integrada por tres senadores por cada provincia y tres por la Ciudad de Buenos Aires, cada uno de los cuales tiene un voto –art. 54–. Es dable decir que la senaduría por la capital ha desaparecido.

Asimismo, los senadores de las provincias ya no son elegidos por sus legislaturas a pluralidad de sufragios, conforme el anterior art. 46 de la Constitución, sino por el cuerpo electoral; ahora, pues, la elección es directa –art. 54–. Los requisitos para ser elegido senador son: edad de treinta años, haber sido seis años ciudadano de la nación, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o entrada equivalente, y ser natural de la provincia que lo elige o con dos años de residencia inmediata en ella, conforme lo previsto por el art. 55³.

Cabe destacar que también se modificó el plazo del mandato de los senadores, el cual se redujo de nueve a seis años, y ahora son reelegibles indefinidamente –este adverbio no figura en la cláusula de reelección de los diputados del art. 50–. El Senado se renueva a razón de una tercera parte de los distritos electorales cada dos años. Cuando queda vacante una plaza senatorial por muerte, renuncia u otra causa, el gobierno a que corresponde hace proceder inmediatamente a la elección de un nuevo miembro.

10.4. Competencias del Congreso

En primer lugar, precisemos el empleo multívoco de las diversas expresiones –potestad, competencia, facultad, atribución, entre las más usuales– para referirnos a todo lo que puede hacer el Poder Legislativo en la órbita de sus funciones básicas –legislar, jurisdiccional, juicio político, administración, control, deliberación, entre las más importantes– y sus competencias expresas e implícitas –de acuerdo al modo en que se presente el principio de especialidad en cada circunstancia–.

Dicho ello, los legisladores ejercen sus atribuciones en forma independiente y separada, regla general en la cuestión cuyo tratamiento hemos de abordar en los párrafos que siguen. Algunas atribuciones del cuerpo son comunes y otras específicas para cada cámara. En este contexto existen dos grupos: a) competencias y actos del Congreso –concebido como cuerpo–, que requieren la concurrencia conjunta de cada cámara legislativa, y b)

3 “El requisito del ingreso económico tiene un sentido oligárquico, muy resistido en su momento (se aprobó en el Congreso Constituyente por una mayoría muy ajustada) y se lo puede considerar derogado por derecho consuetudinario –desuetudo–, además de resultar ilegítimo según una versión actualizada del sistema democrático”. Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, t. 1, 2^a ed., Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 357.

competencias y actos de ejercicio específico y particularizado de cada cámara, que, por tal razón, no requieren el concurso de la otra para su validez.

Es decir, existen las facultades privativas del Congreso –órgano complejo– y las atribuciones comunes a ambas cámaras.

10.4.1. Potestades específicas de cada cámara

Dentro de las potestades específicas que ejerce cada una de ellas, encontramos:

- a) Hacer su propio reglamento –art. 66–.
- b) Producir el juicio de elecciones sobre los derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez –art. 64–.
- c) Tomar juramento a los legisladores –art. 67–.
- d) Realizar el juicio público de desafuero –art. 70–.
- e) Decidir sobre la renuncia de los legisladores –art. 66–.
- f) Iniciativa de leyes sobre contribuciones y reclutamientos de tropas –diputados, art. 52–.
- g) Iniciativa de ley reglamentaria sobre iniciativa popular –diputados, art. 39–.
- h) Iniciativa de ley convocando a consulta popular –diputados–.
- i) Acusación ante el Senado del presidente, vicepresidente de la nación, jefe de gabinete de ministros, demás ministros del gabinete y los miembros de la CSJN en las causas de responsabilidad que se inicien contra ellos a los fines de imponer juicio político en su contra –diputados, art. 53–.
- j) Iniciativa de ley convenio en materia de coparticipación tributaria –senado, art. 75, inciso 2–.
- k) Iniciativa de proyectos de ley dirigidos a proveer el crecimiento armónico de la Nación y el poblamiento de su territorio –senado, art. 75, inciso 19–.
- l) Iniciativa de proyectos de ley que tiendan a promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones –senado, art. 75, inciso 19–.
- m) Realizar el juicio político impulsado por la acusación en Cámara de Diputados –senado, arts. 59 y 60–.
- n) Formar comisiones investigadoras –art. 75, inciso 32–.

Respecto de la atribución que ambas cámaras poseen para dictar sus *propios reglamentos*, tales regulaciones son normas jurídicas autónomas de carácter administrativo que solamente obligan a sus miembros, ya que carecen de eficacia frente a terceros.

En cumplimiento de ese rol, cada cámara legislativa se ha organizado de la siguiente forma:

- Cámara de Diputados: elige a simple pluralidad de sufragios en la sesión preparatoria al presidente, vicepresidente primero y vicepresidente segundo. Duran un año o hasta que se los reemplace.

- Cámara de Senadores: Elige en la sesión preparatoria y por mayoría absoluta un presidente provisional que reemplaza al vicepresidente y vicepresidente primero y segundo. Duran un año o hasta que se los reemplace.

En cuanto a la regla general de la mitad más uno del número total de legisladores para entrar en sesión, las minorías pueden compelir a las mayorías a dar quórum haciendo uso de la fuerza pública. Es importante tener en cuenta que los reglamentos no dicen qué se entiende por minoría, por lo que cualquier número mayor a dos legisladores puede sesionar en esa condición.

Las *sesiones* de ambas cámaras deben comenzar simultáneamente y ninguna de ellas, mientras se halle en reunión, puede suspenderla por más de tres días sin consentimiento de la otra. Entre las reconocidas por el orden jurídico, hallamos: a) preparatorias y b) ordinarias, que a la vez pueden ser: de tablas u ordinarias, especiales, secretas, c) extraordinarias, y d) de prórroga.

Cabe destacar que son las cámaras las que se autoconvocan en las sesiones ordinarias y no dependen del Poder Ejecutivo para ello.

Acerca de las *comisiones* que integran cada una de las cámaras, son reuniones de legisladores que tienen por objeto estudiar y dictaminar sobre proyectos de ley, producir el respectivo despacho y, en su caso, por delegación, sancionar el proyecto en particular luego de su aprobación en general por el *pleno*. Para sesionar necesitan de la mayoría de sus miembros. Las hay de: a) labor parlamentaria, b) comisiones permanentes de asesoramiento y c) comisiones especiales.

10.4.2. Competencias legislativas del Congreso

Asimismo, y abordando la redacción del art. 75, CN, advertimos que recibió, con la reforma constitucional de 1994, un haz de nuevas atribuciones con contenidos progresistas que activa el motor del estado constitucional de derecho a fin de garantizar la plena vigencia de los derechos y garantías que consagra, por lo que sus 32 incisos reenvían constantemente a este esquema que diseñó el constituyente, y es el Congreso de la Nación el encargado de relacionar esas coordenadas y delinear las nuevas políticas.

En correlato, veamos el contenido de tales potestades recordando que la reforma ha mantenido el diagrama clásico del sistema, pero ampliado hacia fines más solidarios y sociales.

10.4.2.1. Materia económica y financiera

Las atribuciones económicas y financieras del Poder Legislativo fueron establecidas por los arts. 4, 9, 17 y 75, incisos 1 a 14, y por el art. 126. Cabe destacar aquí que, de entre ellas, fueron objeto de reforma en 1994 los incisos 1, 2, 3, 6, 8, 10, 13 y 14 del art. 75. Si bien también lo fue el art. 126, el objeto de su reforma fue el de suprimir la potestad provincial de admitir nuevas órdenes religiosas.

El art. 4 de la Constitución prevé la formación y los recursos del llamado tesoro nacional, y enumera las siguientes fuentes de ingreso: a) derechos de importación y exportación;

b) venta o locación de tierras de propiedad nacional; c) renta de correos; d) contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población impone el Congreso general; e) empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación o para empresas de utilidad nacional.

Atento el *régimen aduanero y la circulación territorial*, el inciso 1 del art. 75 establece que al Congreso le corresponde “legislar en materia aduanera y establecer los derechos de importación y exportación, así como las evaluaciones sobre las que recaigan”; serán uniformes en todo el territorio. De otras normas surge que estos impuestos no son objeto de coparticipación –art. 75, inciso 2-, y que son de competencia exclusiva del estado federal –por ej., art. 126, que prohíbe a las provincias establecer aduanas provinciales– y arts. 10, 11 y 12.

Analicemos los *impuestos y contribuciones*: el inciso 2 del art. 75 regla la coparticipación federal impositiva. El inciso 3 del art. 75 mantiene la competencia para contraer empréstitos. Relacionando dicha norma con el art. 4, encontramos en este la mención de los “empréstitos y operaciones de crédito que decrete el Congreso para urgencias de la Nación o para empresas de utilidad nacional”.

El inciso 5 del art. 75 autoriza al Congreso a “disponer del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional”, también en conjunción con el art. 4, que incluye entre los fondos del tesoro nacional el producto de la venta y locación de tierras de propiedad nacional. Cabe interpretar que la alusión constitucional a la venta y locación de tierras *nacionales* proyecta la respectiva competencia del Congreso a toda venta o locación de cualquier otra clase de bienes que sean del estado federal, como es el caso de sus empresas. El inciso 14 del art. 75 consigna la competencia para arreglar y establecer los correos generales.

El empréstito *forzoso*: se nos plantea el problema del empréstito forzoso o compulsivo, en el cual el estado capta fondos de los particulares por tiempo determinado, bajo promesa de reintegro, sin que los obligados puedan evadir el préstamo. En cambio, se discute si la previsión del art. 75, inciso 4 para “contraer empréstito” incluye la de los empréstitos forzados, bajo cualquier nombre que se les asigne. Bidart Campos⁴ aclara que: a) como principio general, el empréstito forzoso no es necesariamente inconstitucional; b) pero debe existir causa razonable y ser, asimismo, de duración razonablemente transitoria; c) el préstamo debe devengar intereses; d) si hay inflación, el crédito tiene que ser actualizado para que la suma prestada recupere su valor real y actual al momento de la devolución; e) si el particular ha sufrido perjuicio –por ej., porque ha debido obtener el dinero de terceros a mayor interés que el devengado en el empréstito forzoso– ha de quedar legitimado para demandar al estado el resarcimiento del daño; f) salvo la hipótesis del anterior inciso, no cabe indemnización.

El *arreglo* de la deuda: al Congreso le incumbe por imperio del inciso 7 del art. 75 *arreglar* el pago de la deuda interior y exterior del estado. Sin embargo, el ejercicio de esta atribución ha sido desplazado sin duda hacia el poder ejecutivo y ha decaído en el ámbito congresional.

⁴ Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1993-2004.

Calificadas opiniones sustentan tal fenómeno. Compartimos la posición de Bidart Campos, quien sostiene que, si el art. 75 enfoca y atribuye por separado dos competencias del Congreso –una, arreglar el pago de la deuda y otra, dictar la ley de presupuesto y aprobar o desechar la cuenta de inversión–, resulta suficientemente claro que ambas no pueden identificarse, ni confundirse, ni fusionarse, ni subsumirse una en la otra, porque si estuvieran identificadas sería estéril la mención doble e independiente. Lo mismo cabe argüir si se pretende dar por cumplido el arreglo del pago cuando, acaso, el Congreso aprueba un acuerdo sobre él.

El *presupuesto*: la reforma de 1994 trajo cambios. Por un lado, se constitucionalizó la iniciativa o preparación por el Poder Ejecutivo del proyecto de ley presupuestaria, cuando el art. 100 sobre competencias del jefe de gabinete dice en su inciso 6 que le corresponde enviar al Congreso el proyecto de ley de presupuesto, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo. Antes de la reforma, la Constitución no preveía expresamente la iniciativa del Poder Ejecutivo en la materia, pero fue práctica en la constitución material.

El art. 75, en su inciso 8, establece que corresponde al Congreso “*Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inciso 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*”.

Este inciso tiene independencia del art. 75, inciso 2 –porque se refiere al presupuesto y a la cuenta de inversión– pero a su modo se conecta con el citado inciso en cuanto la fijación anual del presupuesto viene ahora enmarcada en una pauta que remite a su párrafo tercero. En este se prevé el reparto de la coparticipación impositiva entre el estado federal, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, y entre estas. Las directrices que dicho párrafo tercero traza se convierten, entonces, en un lineamiento presupuestario inexorable.

En consenso con la doctrina publicista, dejamos sentado algunas pautas: a) la ley de presupuesto es anual, lo que la diferencia de las otras leyes que, por lo general, no suelen tener plazo de vigencia determinado; por ende, no debe incluir normas ajenas a lo que el presupuesto es en sí mismo; b) se considera el presupuesto como un instrumento a través del cual el estado actúa sobre la economía; c) la ley de presupuesto no es una ley fiscal, por lo cual no ha de crear, modificar, ni suprimir tributos, bien que deba computarlos entre los ingresos. Hay que tener en cuenta el art. 100, inciso 7, el cual otorga al jefe de gabinete la competencia para “hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de presupuesto nacional...”, más la del presidente de la República en el art. 99, inciso 10 para *supervisar el ejercicio* de dicha facultad por parte del jefe de gabinete respecto de la recaudación de aquellas rentas y de su inversión con arreglo a la ley o al presupuesto de gastos nacionales.

Es esencial el rol del Congreso a fin de controlar el presupuesto ejecutado, en el art. 75, inciso 8, donde le acuerda la facultad de aprobar o desechar la cuenta de inversión. Esta competencia del Congreso no es legislativa, por lo que no debería ejercerse mediante la sanción de una ley. Si por ley el Congreso rechaza una cuenta de inversión, el Poder Ejecutivo no puede vetarla porque, si lo hace, desvirtúa y cancela el control parlamentario que la Constitución exige y que debe ser obligatorio para el Congreso, en consonancia con el art. 85, CN.

Las competencias en *materia bancaria y monetaria*: según el inciso 6 del art. 75 le corresponde al congreso *establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda*.

Las provincias no pueden establecer bancos con facultad de emisión sin autorización del Congreso (art. 126). El inciso 11 del art. 75 asigna al Congreso hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras. Las provincias no pueden acuñar moneda (art. 126). El inciso 6 también prevé que el Congreso establezca, además del banco federal, otros bancos nacionales. El inciso 12 incluye en la legislación general la ley sobre falsificación de la moneda corriente. Parece verdad que, por su carácter federal, el banco aludido en el inciso 6 debe incorporar a representantes de las provincias en sus órganos de conducción y administración.

El curso legal, que hace al dinero *irrecusable*, atiende a la relación “acreedor-deudor”, porque el primero no puede rehusar recibir la moneda de curso legal. El ejercicio de las competencias del congreso del art. 75, incisos 6 y 11 ha estado sustancialmente decaído en la práctica, donde se registra una marcada mutación; ello obedece a la amplitud de facultades acumuladas por el Banco Central, cuyo origen, según parte de la doctrina, proviene de una delegación completa de competencias por parte del Congreso.

La emisión de billetes por las provincias: el art. 126 prohíbe a las provincias *acuñar moneda*, en tanto se les prohíbe que establezcan bancos con facultad de emitir billetes sin autorización del Congreso, lo que, al contrario, supone que pueden emitirlos si el Congreso lo autoriza.

En síntesis se consideran dos planos de análisis: el de carácter económico –inciso 8–. Si agrupamos las atribuciones de los 32 incisos del art. 75 según la materia de que traten, compartimos con Sabsay que los incisos 7, 8 y 9 se incluyen en la categoría “económico-financieros”. Para la operatividad gubernamental la cuestión presupuestaria comercial y financiera importa un asunto de importancia, ya que refiere –entre otros temas– a los recursos económicos indispensables para su actuación.

En el derecho consuetudinario argentino, el presupuesto se aprueba por ley, cuyo proyecto envía el jefe de gabinete de ministros y cuya cámara de origen es diputados, satisfaciendo determinados recaudos basados en criterios objetivos de reparto, equidad, solidaridad, grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidad en todo el territorio nacional. Con estas pautas de contenido el constituyente quiso acentuar el papel del presupuesto como instrumento de gobierno y herramienta de planificación económica. Al respecto, examinar en lo que fuese pertinente la ley 24156.

Asimismo, importa destacar el impacto de la ley 26124, la cual faculta al jefe de gabinete de ministros para reasignar partidas presupuestarias, por los efectos y la implicancia que determinan su aplicación, suscitando severos cuestionamientos de la mencionada norma no solo con la potestad presupuestaria que debería reposar en forma exclusiva en el Congreso de la Nación, sino también en el art. 37 de la ley 24156. En cuanto al otro plano, el financiero, reposa en los incisos 4, 5, 6, 7, 8 y 9 y 14. Así, la actividad financiera estatal se exterioriza en la obtención de recursos y en la realización de gastos, y apareja, recíprocamente, la recaudación fiscal y la afectación de erogaciones. De este modo, el art. 75, en diferentes incisos, establece la competencia del Congreso en materia financiera.

Respecto al banco federal o central, su dirección debe estar a cargo de representantes de las provincias. Por este sistema se admite la existencia de otros bancos oficiales y particulares, pero que carecen de dicha atribución.

El Banco Central conserva tres puntos de contacto con el Congreso: a) tratamiento y aprobación de su carta orgánica, b) designación de su directorio y c) la “imputación” de funciones al transferirle el Congreso al Banco Central la competencia para que este elabore la norma que le permita funcionar y organizarse a diario.

Además, es necesario generar y estabilizar el comercio interno e internacional y promover el desarrollo en todos sus aspectos, por lo que el país debe contar con un solo tipo de moneda y adoptar un sistema unificado de pesos y medidas. El encargado de las relaciones interestatales es el Poder Ejecutivo y, en el caso de que se hiciera un convenio internacional, en la ley aprobatoria de lo negociado también intervendría el Congreso. También posee importantes roles el Congreso de la Nación a fin de regular el comercio con estados extranjeros –internacional– y las provincias entre sí –interjurisdiccional– sin perjuicio de los que en igual sentido poseen las provincias.

La *ley de coparticipación impositiva* constituye un tema central, previsto en el inciso 2 del art. 75, aún sin reglamentación, y se instituye como nuclear porque, como sostiene Frías, es la llave del nuevo federalismo argentino. El Congreso debe ponerse al frente del tratamiento y aprobación de la materia en la que el presidente no tiene intervención, ni puede vetarla; es precedida por acuerdos provinciales. Se inicia en el Senado y luego debe ser ratificada por las provincias.

10.4.2.2. Otras materias

El art. 75, inciso 12 faculta al Congreso para dictar la *legislación general* de la Nación mediante códigos sobre materias que detalla, y también legislación, aunque no se encuentre incorporada a ellos. Allí se entrelaza la normativa en forma metódica, organizada y sistemática. Es una vieja herencia del racionalismo clásico, que elaboraba las reglas de conducta general, sistematizadas en un “código” que pretendía contener todas las referencias posibles sobre la materia en cuestión. La reforma de 1994 agregó que esta normación puede hacerse en cuerpos unificados o separados, como el Código Civil y Comercial, Penal, etc.

Legislación sobre *naturalización y ciudadanía*: sujeta al principio de ciudadanía natural y por opción, en una formulación garantista que soluciona viejos problemas interpretativos respecto de la constitucionalidad de una regulación legal de la figura de la *ciudadanía por opción* y que recibe la impronta de los nuevos principios del derecho internacional en la materia a partir de los tratados internacionales con rango constitucional –art. 75, inciso 22–.

El art. 75, inciso 23 debe articularse con la política solidaria tendiente a lograr la igualdad real entre las personas, y viabilizar las *acciones positivas* o medidas de *discriminación inversa*.

Por otra parte, la concesión de *amnistías* no sufrió cambios con la reforma de 1994. Se trata de un acto de gobierno, esencialmente político y de soberanía, cuyas consecuencias exceden la potestad ordinaria de legislar en materia penal, y que consiste en una atribución discrecional del Congreso para olvidar, en forma general, determinados hechos delictuosos –sean políticos o comunes– en aras del interés común, de la tranquilidad y bienestar públicos.

Veamos ahora las atribuciones de *política internacional*: se concentran en los incisos 22 y 24 de la CN. Básicamente, la proliferación de la modalidad de *acuerdos ejecutivos* para formalizar acuerdos internacionales ha restado, en los tiempos recientes, un importante espacio institucional de deliberación al Congreso Nacional, el cual posee la atribución específica de arreglar los límites internacionales, siempre dentro del marco de los instrumentos internacionales habilitados para ello –tratados o modalidades de arbitraje–.

En cuanto a las atribuciones en materia de *seguridad nacional*, surgen de los arts. 6, 21, 23 y 75, incisos 15, 16, 25, 26, 17, 28, 29 y 31 de la CN. La reforma cambió los contenidos de los incisos 16, 26, 27 y 31.

10.4.2.3. Administración

En relación a las atribuciones en materia de *administración*, ellas están previstas en los incisos 17 a 19 del art. 75, CN. Encontramos un viejo contenido, que está representado por el inciso 18. Esta norma recoge la *cláusula del progreso* del viejo art. 67, inciso 16, CN. La idea del reformador ha sido dejar esta excelente previsión normativa, y agregar un nuevo inciso 19 que profundiza y actualiza los contenidos de la vieja manda. Allí se alojan dos mecanismos básicos para arribar a los fines propuestos: a) el otorgamiento de concesiones temporales de privilegios y promesas de estímulos –en forma restrictiva y por tiempo determinado–, y b) las leyes protectoras de tales finalidades, que generan un amplio espectro instrumental, desde el arbitrio legislativo, para que el legislador genere políticas de fomento y estímulos a esos fines.

10.4.2.4. Progreso, desarrollo y cultura

Atribuciones sociales: el inciso 17 del art. 75 establece la necesidad de “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”.

De profundo contenido humanista, la cláusula consagra el derecho a la diferencia, que es una expresión del derecho a la identidad personal y que se relaciona íntimamente con él. Prevé también el reparto de competencias entre el estado federal y las provincias.

Veamos las políticas para el desarrollo, la cultura y las cuestiones poblacionales: el inciso 18 del art. 75 o *cláusula del progreso* es de una amplitud manifiesta y engloba en su enunciado una temática que, sin carácter taxativo, equivale a los contenidos del bien común y de lo que hoy se denomina desarrollo. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de *todas las provincias* y al progreso de la ilustración, abarca aspectos materiales y culturales, a tono con las grandes pautas del preámbulo. Además, la extensión del progreso y del bienestar a *todas las provincias* otorga a la cláusula una dimensión te-

tritorial y social que abarca la integralidad geográfica y poblacional de todo el estado, sin exclusiones ni marginamientos dentro de la federación.

Para el *progreso de la ilustración*, el inciso 18 concede al Congreso la facultad de dictar planes de instrucción general y universitaria. Esta terminología engloba el lineamiento y la estructura de la educación en todos los niveles y ciclos para la enseñanza en jurisdicción federal y provincial y para la enseñanza privada –no estatal–.

En lo demás, las innovaciones refieren a la educación, especialmente la consagración de los principios de equidad y gratuidad para la educación pública estatal, la autonomía de las universidades y la protección de los espacios culturales y audiovisuales.

En materia de *derechos humanos*, la CN, en su art. 75, contiene tres incisos claramente alusivos a ellos, que hacen de eje a otras numerosas menciones del orden democrático y del sistema democrático. Son los incisos 22, 23 y 24.

10.4.2.5. Facultades compartidas

Por otra parte, hallamos las *facultades compartidas* entre estado federal y provincias para connotar aquellas cuyo ejercicio requiere un acto integratorio de los dos órdenes gubernamentales. Entre ellas, se encuentran las siguientes:

- a) La fijación de la sede de la capital federal: requiere que el Congreso declare, mediante una ley especial, la ciudad capital, previa cesión hecha por una o más legislaturas provinciales del territorio que haya de federalizarse –art. 3–. Debe entenderse en el sentido de que tal cesión debe ser anterior a la radicación de la capital federal.
- b) La admisión de nuevas provincias: el art. 13 determina que podrán admitirse nuevas provincias, 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. Por su parte, cuando el inciso 15 del art. 75 otorga al Congreso la competencia de fijar los límites de las provincias, se refiere también a la de *crear* otras nuevas.
- c) La facultad para aprobar el tratado de límites interprovinciales que hayan celebrado dos o más provincias. Cuando las constituciones provinciales contienen en alguno de sus artículos una definición de cuáles son los límites de la provincia, la norma pertinente solo debe interpretarse como declarativa del ámbito geográfico respectivo, y no como sustitutiva de la competencia que el Congreso tiene en la materia.
- d) En el supuesto según el cual el Congreso fija los límites interprovinciales, cabe pensar en el límite marítimo de las provincias que tienen costa oceánica. El inciso 15 del art. 75 habla de fijar los límites *de las provincias*, pero es indudable que la frase apunta a los límites *entre* provincias, o sea, de una con otra u otras. Los límites marítimos, subraya Bidart Campos, no son límites *de provincias*, ni *entre provincias*, sino límites internacionales. Por supuesto que el *arreglo* de estos incumbe también al Congreso, pero entonces no resultaría posible que –so

pretexto de fijar los límites provinciales— el Congreso estableciera límites marítimos diferenciales respecto de y entre las provincias lindantes con el océano.

- e) La coparticipación federal impositiva: esta coparticipación requiere que la ley-convenio tenga base en acuerdos entre el estado federal y las provincias, y que sea aprobada por las provincias una vez dictada por el Congreso.
- f) Otros casos: con *conocimiento* del Congreso federal —que para nosotros implica “aprobación” del Congreso— las provincias pueden: 1) celebrar los tratados parciales —art. 125—; 2) crear regiones para el desarrollo económico y social conforme el art. 124; 3) celebrar convenios internacionales con el marco y los límites fijados por el art. 124; 4) con *autorización* del Congreso federal, las provincias pueden establecer bancos con facultad de emitir billetes —art. 126—, y 5) la celebración de convenios, acuerdos, tratados o normas —también leyes-contrato— que son resultado de decisiones coincidentes del estado federal y de las provincias, en carácter de atribuciones compartidas.

10.4.3. Emergencias

En lo concerniente a los *institutos de emergencia*, hallamos: a) la intervención federal, y b) el estado de sitio, cuya declaración requiere —como principio general— de la voluntad congresional.

a) *Intervención federal*. El art. 75, inciso 31 aclara cuál es el rol del Congreso y del Poder Ejecutivo —se debe concordar esta norma con el art. 99, inciso 20, CN—. Básicamente, hay que subrayar que la facultad de disponerla incumbe al Congreso mediante el dictado de una ley, y la atribución excepcional de disponerla por parte del Poder Ejecutivo, pero solo en caso de receso del Poder Legislativo, el hecho de que en el mismo acto en que decreta la intervención federal debe convocar al Congreso para su tratamiento, la competencia del Congreso para aprobar o rechazar la medida es un remedio excepcional para auxiliar y no para castigar las provincias.

Según sus causales de procedencia, previstas en el art. 6, CN, su finalidad, sea su causa doméstica —sedición— o interprovincial —invasión de otra provincia— es fundamentalmente protectora, y se endereza a ayudar a las autoridades locales; no obstante, puede involucrar un carácter de sanción o represión con respecto a los protagonistas del hecho delictuoso de sedición o invasión. A estas figuras se alude en los arts. 22 y 127, CN.

El auxilio de la intervención debe ser requerido por las autoridades constituidas de la provincia. Debe entenderse por tales los órganos titulares de alguno de los tres poderes: gobernador, legislatura, Superior Tribunal de Justicia, aun cuando el texto originario de 1853 mencionaba solo al gobernador y la legislatura. En la causa judicial por la intervención federal a la provincia de Santiago del Estero, declarada el año 2004, cuyas controvertidas circunstancias se ventilaron en el ámbito de la CSJN, *in re “Zavalía, José Luis c/Provincia de Santiago del Estero s/amparo”*, 21/9/2004, por el cual el máximo tribunal se pronunció por la defensa de la autonomía de la provincia mencionada ante la pretensión de reformar la constitución provincial en el contexto de tal instituto de emergencia.

b) *Estado de sitio*: es una de las facultades propias del gobierno federal, que ha sido delegada por las provincias. El art. 75, inciso 29, CN la asigna al Congreso para que declare el estado de sitio en uno o varios puntos del país. Asimismo, el art. 99, inciso 16 subraya que es una atribución del Congreso; se trata de una facultad delegada en el gobierno nacional que las provincias no pueden ejercer.

En torno a la autoridad competente para declararlo, la Constitución describe según cuál fuese su causal de procedencia: conmoción interior o ataque exterior. Si la declaración de estado de sitio fue a causa de una conmoción interior, le corresponderá al Congreso –art. 75, inciso 29–, o al presidente en caso de receso del Congreso –art. 99, inciso 16–. En cambio, si la declaración es con motivo de un ataque exterior, será competencia del presidente con acuerdo del senado y por un término limitado –arts. 61 y 99, inciso 16–. En caso de receso del Congreso, también corresponderá al presidente por un término limitado declararlo –art. 99, inciso 16–. Se recuerda que, en caso de ataque exterior, siempre será necesario el acuerdo del senado, ya que la CN solo faculta al Poder Ejecutivo en caso de que el Congreso se encuentre en receso y solo por conmoción interior. En cambio, si es por ataque exterior, corresponderá al presidente convocar el senado para obtener su acuerdo.

De acuerdo con nuestra Constitución, cuando se declara el estado de sitio durante el receso del Congreso, el presidente debe convocarlo inmediatamente para que ratifique o suspenda la declaración de estado de sitio.

En ambos supuestos, se requiere que los hechos tengan una magnitud que ponga en peligro la vigencia de la Constitución y de las autoridades creadas por ella. Cabe destacar que el Poder Judicial es competente para controlar, en cada caso concreto, la razonabilidad de los actos particulares que se ejecuten con motivo de la vigencia del estado de sitio, sin que ello importe cuestionar la validez del acto general declarativo del estado de sitio. Dicha doctrina fue sentada por la CSJN, *in re “Granada, Jorge Horacio s/recurso de hábeas corpus en su favor”*⁵, 3/12/1985, al destacar que son facultades privativas de los poderes legislativo y ejecutivo las referentes a la apreciación de las circunstancias de hecho que tornan aconsejable la adopción del estado de sitio, por lo cual la revisión de esos poderes no resulta factible por los jueces. Con respecto al control judicial de la legitimidad de la declaración del estado de sitio, previsto por el art. 4, ley 23098, la CSJN señaló que se refiere a los requisitos de competencia y de forma, por lo que ese control no abarca el examen sobre la aplicación política de los hechos que determinaron la declaración de estado de sitio.

Su efecto es la suspensión de las garantías constitucionales, pero, de acuerdo con Badeni⁶, existen varias doctrinas con posturas distintas según las garantías que se suspendan durante el estado de sitio. Las agrupan de la siguiente manera: a) suspensión de todas las garantías y derechos constitucionales; b) suspensión de todas las garantías y libertades constitucionales con exclusión de las referentes al funcionamiento de los poderes públicos; c) suspensión de aquellas garantías y libertades constitucionales cuyo ejercicio impida el logro

5 Fallos: 307:2284.

6 Badeni, Gregorio, *Instituciones de Derecho Constitucional*, Ad Hoc, 2000, Buenos Aires, pág. 727.

de los objetivos perseguidos por la declaración de estado de sitio, y d) suspensión de las garantías constitucionales relacionadas con la libertad física de las personas.

Al respecto, la CSJN, a partir de 1972, amplía aún más el control judicial, atendiendo a la teoría finalista, cuyo principal expositor fue Bidart Campos, en la cual la declaración de estado de sitio solo suspende aquellos derechos cuyo ejercicio sea perjudicial para la preservación del orden constitucional, es decir, se debe investigar si la medida restrictiva en cuestión tiene relación directa con la emergencia que se quiere conjurar.

10.4.4. Designaciones

En materia de *designaciones*, el orden jurídico adoptó el sistema de acuerdo previo del senado para el nombramiento de los jueces del Poder Judicial de la Nación y de los funcionarios que integran los cuerpos superiores de la representación exterior de la República y de la defensa, como también a los integrantes del Ministerio Público –fiscal y de la defensa, organizado por la ley 24946–, los miembros del directorio del Banco Central de la República Argentina y de los entes reguladores, entre los más importantes. El presidente de la Nación queda habilitado para realizar el nombramiento solo después de que el senado preste su acuerdo o conformidad.

10.4.5. Delegación al Poder Ejecutivo

Por último, por fuera del art. 75, la CN incluye la delegación legislativa –art. 76–. La existencia de delegación legislativa implica que el órgano que habitualmente titulariza en el sistema la potestad de dictar la ley, la transfiere al órgano de gobierno, lo que puede suceder en forma limitada o amplia. En tiempos previos a la reforma constitucional, tanto la doctrina como la jurisprudencia fueron por lo general reacias a admitir la viabilidad constitucional de esta figura jurídica de transferencia de potestades, salvo para el caso de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo, o a un órgano administrativo, a fin de regular los pormenores o detalles necesarios para la ejecución de la ley.

La reforma pareciera en principio asumir esa senda cuando expresa en su art. 76 que se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, aunque luego de tan tajante regla, la excepción resulta ser tan ambigua y general que en realidad parece asumir la tesis contraaria. En realidad, el Congreso de la Nación está habilitado para efectuar delegación legislativa en el Poder Ejecutivo siempre que se trate de materias determinadas de administración o de emergencia pública, y solo podrá hacerlo dentro de las bases de delegación que el Congreso establezca.

Por otra parte, hablar de materias determinadas agrega a la seguridad de no delegar –en bloque–, y a la fijación de plazo para su ejercicio, la inseguridad aún mayor de que todo lo referente a *materia de administración* –de interpretación restrictiva–, mientras esté determinado, puede ser delegado para que lo regule el Poder Ejecutivo. No creemos que baste para contener esta demasia la obligación del Congreso de trazar una ley de bases de

delegación, ya que la propia Constitución determinó qué es lo que se puede delegar, y la ley no podrá prohibir lo permitido por la Constitución.

10.5. La ley

10.5.1. Concepto

El concepto de ley con el que vamos a trabajar surge de la opinión consultiva 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la que la palabra “leyes” que surge del art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos significa “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los estados partes para su formación”.

Dicho esto, y desde el aspecto técnico formal, la ley, como producto del Poder Legislativo de la Nación, debe ser redactada en idioma nacional, según su uso y modalidades, en forma clara, precisa y metódica. Toda ley que se dicte en el contexto del sistema constitucional argentino debe llevar la siguiente fórmula: “El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, [...] decretan, o sancionan con fuerza de ley”. El Congreso dispone la sanción de las leyes, y con ello les imprime el carácter de su voluntad general que sustenta el postulado roussoniano del imperio de la ley, a fin de tornar las ejecutorias. Aun así, ellas no entran en aplicación sino hasta que sean promulgadas por el Poder Ejecutivo.

En primer lugar precisemos lo siguiente: ley formal es todo acto al que el Congreso asigna el carácter y la denominación de ley, cualquiera sea su contenido material. En cambio, no es pacífico el concepto de ley material, porque los autores no coinciden en detectar la naturaleza propia que, por su contenido, reviste la legislación. Dos teorías al menos entran en disputa: a) una dice que ley material es toda norma de carácter general y obligatorio –dos de sus características que detallaremos seguidamente–, entonces, incluye en la categoría de ley material los reglamentos del Poder Ejecutivo y los fallos plenarios; b) otra dice que ley material es solamente la creación normativa que da origen a un derecho nuevo u originario, o sea, a un derecho cuyo contenido no está determinado ni condicionado por otra producción jurídica superior dentro de las funciones del estado.

10.5.2. Caracterización

- a) La *bilateralidad* resume uno de los efectos fundamentales de la norma jurídica y, en general, del propio ordenamiento jurídico, creando deberes y derechos. La norma jurídica autoriza a otra persona a que exija del obligado el incumplimiento del deber. Es propio de la ley producir un deber jurídico en una persona y un derecho en otra; se realiza de manera automática al producirse la coincidencia de una forma de conducta con la previsión legislativa. Es importante

insistir en que esta característica de la bilateralidad no se consigue en las normas que integran los otros sistemas que regulan la conducta de las personas.

- b) La *coercibilidad*. Señalamos que a través de la bilateralidad se observa que la norma postula un deber jurídico que debe ser cumplido por parte del obligado; el solo hecho de que ese deber jurídico sea impuesto no es suficiente para su cumplimiento. Ello justifica la imposición de una sanción. La coercibilidad significa algo diferente: quiere decir sanción en potencia. A través de este carácter se expresa que, en caso de violación del deber impuesto por la norma jurídica, debe sobrevenir una sanción por parte del órgano competente del estado.
- c) La *generalidad* que prevé para categorías de personas y no para personas en particular. Cuando hay una coincidencia de características entre las del caso concreto y las de la previsión del legislador, entonces al caso concreto se aplica la consecuencia jurídica prevista por la ley.
- d) La *abstracción*: la ley dispone para categorías de sujetos abstractamente determinados. Se llega a concebir la abstracción en el sentido de que la ley no dispone para casos concretos, para hechos particularmente determinados, sino para categorías de hechos, es decir, para "tipos". Cabe aquí decir lo que se afirma con respecto de la generalidad, la cual se refiere más que todo a la abstracción de las personas. En este sentido, se advierte que la abstracción y la generalidad casi coinciden.
- e) La *legitimidad*: la ley, para ser obligatoria, debe cumplir con el procedimiento constitucionalmente previsto y ser producida por sujetos democráticamente elegidos para los cargos públicos electivos que ocupan.
- f) La *permanencia*: también se entiende como otro carácter propio de la ley. De acuerdo con lo que sostiene Legaz Lacambra, cuando dice que la ley es permanente no quiere significar que ella sea eterna, que rija infinitamente en el tiempo, dado que existen leyes cuyo tiempo de duración es determinado previamente por el legislador.
- g) La *publicidad*: al respecto, si bien se ha aceptado la vigencia y constitucionalidad de las leyes secretas por parte de un sector de la doctrina y jurisprudencia, nosotros compartimos la postura de Bidart Campos, según la cual el recaudo de publicidad de la ley hace a su obligatoriedad en los términos del art. 19, CN.

10.5.3. Clasificación

Respecto a la clasificación, cabe consignar lo siguiente: las leyes se pueden clasificar en primer lugar según emanen del Congreso de la Nación o de las legislaturas provinciales. Las primeras pueden subclasicarse en *leyes locales* y *leyes nacionales*. Las leyes nacionales, a su vez, se subclasican en *leyes de derecho común* y *leyes de derecho federal*.

Leyes locales: eran las que el congreso dictaba en su carácter de legislatura local, es decir, para la Capital Federal: la materia a que este tipo de leyes se refería era en general la misma a la que se refieren, o pueden referirse, las leyes provinciales; las cosas y las personas a que se

aplican son siempre exclusivamente las que están comprendidas en ese ámbito territorial. A partir de la reforma constitucional de 1994, se estableció una dicotomía que, al dar cuasi-autonomía a la Ciudad de Buenos Aires, limitó las facultades del Congreso como legislatura local principalmente a los lugares donde operan establecimientos de utilidad nacional, y aun así de manera limitada al cumplimiento del objeto federal. De ahora en más, la única ley que la Nación puede dictar para la Ciudad de Buenos Aires es la que delimita las competencias respectivas; dentro de ella quedarán materias de exclusiva jurisdicción nacional, caso en el cual las leyes a dictarse no serán ya locales del Congreso de la Nación, sino leyes nacionales de carácter federal.

Leyes nacionales: las leyes nacionales que aprueba el Congreso se caracterizan por ser de aplicación en todo el territorio de la Nación. Se subclasifican en *leyes de derecho común* y *leyes de derecho federal*. Esta subclasificación fue concebida en razón de la materia o contenido de tales leyes. Observamos así que mientras la distinción entre leyes locales y nacionales está dada en razón de territorio, la distinción entre leyes nacionales de derecho común y federal está dada en cambio en razón de la materia.

Leyes nacionales comunes: son leyes de derecho común las previstas, por ejemplo, en el art. 75, inciso 12, CN. El Código Civil y Comercial, el Código Penal, etc. Estas leyes se caracterizan por ser aplicadas por jueces locales, es decir, por jueces de la respectiva jurisdicción en que la cuestión se produzca. En el comienzo de la vida institucional de la Ciudad de Buenos Aires, en 1996, la Nación no le había transferido sus jueces naturales, situación que parcialmente se mantiene en la actualidad, a pesar del desarrollo de dicho proceso local.

Leyes nacionales federales. Las leyes nacionales son las que hacen a la existencia y al funcionamiento de los poderes del estado nacional, tales como las leyes de ciudadanía, elecciones nacionales, etc. Estas leyes, a diferencia de las de derecho común, son aplicadas por los jueces federales, es decir, los jueces del estado nacional, más allá de que los casos que trate se produzcan en el territorio de las provincias.

Los decretos-leyes o así llamadas leyes de los gobiernos de facto: en 1966, Gordillo indicaba el error semántico y político de llamar *leyes* a los decretos-leyes del gobierno de facto, uso lingüístico que tenía una expresa voluntad “legitimadora del gobierno”. Han sido pocos los juristas que eligieron en su momento llamarlos como corresponde –“decreto-ley” o “así llamada ley”– y quizás estribe allí –entre otros factores– la degradación de nuestra cultura jurídica. Hasta el día de hoy encontramos libros, fallos, doctrinas, que a décadas de terminado el último gobierno de facto, todavía prosiguen con ese peligroso uso legitimador. La reforma constitucional de 1994, en su art. 36, fustiga claramente este tipo de gobierno. Creemos que es una violación del texto constitucional continuar llamando “leyes” a los actos legislativos de aquellos gobiernos de facto (1966-1973; 1976-1983). En lo que respecta al decreto-ley 19549/72, se ha intentado justificar denominarlo “ley” sosteniendo que, aunque dictado por un gobierno de facto, fue luego adoptado, ratificado y aplicado con tal alcance por los órganos *de iure*, lo que ha motivado un interesante debate epistolar. La continuación de un uso semántico legitimador de lo que la Constitución prohíbe es algo que legisladores, jueces y funcionarios deben abandonar para hacer un correcto desempeño de su función en una sociedad democrática.

10.5.4. Proceso de formación de las leyes

Analicemos sus distintas etapas y los órganos que intervienen en ellas: a) la iniciativa, b) la sanción y c) la promulgación o eficacia.

Brevemente reseñemos que la primera de ellas, si bien debe tener lugar en el seno del Congreso, puede provenir del Poder Ejecutivo y también del cuerpo electoral, según lo dispuesto por el art. 39, CN, el cual prevé la iniciativa popular. Respecto de la etapa constitutiva y sin perjuicio de la actuación que en ella puede tener el Poder Ejecutivo, cabe destacar que la reforma constitucional de 1994 ha incluido un nuevo mecanismo de participación semi-directa que impacta en la labor legislativa, al regular en su art. 40 la consulta popular –en sus dos modalidades: vinculante y no vinculante–. La sanción tiene lugar exclusivamente en el ámbito congresional, y la etapa de eficacia está a cargo del Poder Ejecutivo, salvo en los excepcionales casos en que la propia Constitución veda su intervención –coparticipación federal tributaria, o la ley de convocatoria a consulta popular instada por el Congreso, que no pueden ser vetadas–, o cuando se dispone la publicación automática –art. 83, CN–.

Cobran relevancia los aspectos formales de la sanción de la ley, a partir de que la regulación constitucional que merece deviene en un supuesto típico que Sagüés denomina el derecho constitucional procesal, lo que significa, en este caso, todo lo concerniente al procedimiento para estructurar una norma jurídica de validez de alcance general. Recordemos que la labor parlamentaria, para producir o elaborar una ley, transita separadamente en cada una de las cámaras del Congreso. Desde esa aproximación, tenemos que aquella cámara legislativa en que tiene su inicio el proyecto es la que la Constitución denomina *cámara de origen* y la que revisa aquella propuesta, o la trata en segundo término, se llama por ello, *cámara revisora*.

Al margen de estas fases claramente identificadas en la estructura constitucional, existe una nueva, intercalada por la reforma de 1994. Es la que hace al procedimiento para efectuar una consulta popular vinculante –como lo señalamos precedentemente–. Allí, el cuerpo electoral, o sea, los habilitados para sufragar, participan con su voto –que será para el caso afirmativo o negativo– en la generación de esa norma. Ello, toda vez que si prevalece la intención popular aprobatoria en el comicio, el proyecto legislativo sobre el que se efectuó la consulta se convierte en ley.

Veamos cuáles son los mecanismos impuestos por la Constitución para la sanción de una ley.

La regulación, que está dispuesta en los arts. 77 a 84 del texto fundamental, ha recibido algunas innovaciones con la reforma constitucional de 1994.

Ellas se encuentran básicamente en las siguientes cuestiones: indicación particular de cada cámara de origen para algunos supuestos, tránsito del proyecto por las dos cámaras del Congreso, modalidades de aprobación en particular de los proyectos tratados por ambas cámaras legislativas, indicación de la modalidad de promulgación y el veto de la ley –que ahora también pueden ser parciales–, prohibición de la sanción ficta o tácita de la ley, ampliación del período ordinario de sesiones del Congreso e incorporación del cuerpo electoral como sujeto colaborador de los órganos del estado para integrar con su participación el mecanismo legislativo –en los supuestos de iniciativa y consulta popular–.

En determinadas circunstancias y avanzado el proceso legislativo, si el proyecto de ley vuelve al Congreso, allí las cámaras legislativas pueden insistir en su sanción con una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros presentes. En este caso, la sanción será definitiva. La Constitución exige que en este supuesto los votos de los legisladores sean nominales, por el sí o el no. Deberá dejarse constancia de los nombres y fundamentos de los votantes. Todo ello, juntamente con las objeciones del Poder Ejecutivo, deberán ser publicadas en la prensa. En el caso de que, vuelto el proyecto a los recintos parlamentarios, los legisladores difieran en sus objeciones, este no podrá repetirse en las sesiones de ese año, y habrá triunfado la voluntad objetora del Poder Ejecutivo. De haber dispuesto el Poder Ejecutivo un veto parcial, no podrá promulgar la parte restante, salvo que ella posea autonomía normativa –art. 80, CN– y su aprobación parcial no altere ni el espíritu ni la unidad del proyecto legislativo sancionado por el Congreso. Recordamos que para este supuesto es de aplicación lo dispuesto por la Constitución para el caso del dictado de decretos de necesidad y urgencia por el presidente.

Asimismo, ninguna de las cámaras podría rechazar totalmente un proyecto que, habiendo sido aprobado por ella, luego hubiese sido objeto de modificación por parte de la cámara revisora. Ahora bien, se producen correcciones o adiciones cuando el proyecto es tratado por la cámara revisora. Esta puede hacerlo, aunque debe en ese caso indicar el resultado de la votación para establecer si tales adiciones o correcciones se efectuaron con la mayoría absoluta o con las dos terceras partes de los miembros presentes en el recinto respectivo. En ese caso, la cámara de origen puede aprobar el proyecto con tales correcciones, por mayoría absoluta de sus miembros presentes o aun insistir en la redacción originaria, salvo en el caso de que las enmiendas legislativas con las que el proyecto volvió a esa cámara se hubieran votado con las dos terceras partes del cuerpo legislativo revisor. En ese supuesto, pasará al Poder Ejecutivo en los términos propuestos por la cámara revisora, salvo que insista en su redacción originaria con el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes. En todo caso, la cámara de origen no puede introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la cámara revisora.

Esta fase del debate parlamentario de un proyecto de ley puede reducirse a dos supuestos: 1) que la cámara revisora apruebe sus adiciones, correcciones o modificaciones por la mayoría absoluta de sus miembros presentes: en este caso, la cámara de origen puede insistir en su propuesta original con igual mayoría –y hará prevalecer su criterio–, y 2) que la cámara revisora apruebe sus adiciones, correcciones o modificaciones con la mayoría de las dos terceras partes de sus miembros presentes. Aquí pueden suceder dos cosas: a) que la cámara de origen insista en su sanción con solamente la mayoría absoluta –en ese caso prevalece la cámara revisora–, o b) que la cámara de origen insista en su criterio original con la mayoría de las dos terceras partes de sus miembros presentes –en ese caso también hace prevalecer su criterio–.

En todos los casos, la cámara de origen tiene vedado introducir al proyecto nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la cámara revisora.

Respecto al origen de las leyes, ellas pueden –como vimos– tener inicio en cualquiera de las dos cámaras, aunque excepcionalmente algunas de ellas se sindican en forma específica por la Constitución para que la propuesta tenga inicio allí. Esa situación se da en los

siguientes casos: a) se inician en la cámara de diputados –por mandato constitucional– las leyes sobre contribuciones –art. 52, CN–; leyes sobre reclutamiento de tropas –art. 52, CN–; leyes cuyas propuestas son instadas por ciudadanos en ejercicio de su derecho a iniciativa popular –art. 39, CN–; leyes mediante las que el Congreso decide someter un proyecto a consulta popular –art. 40, CN–, b) tienen origen en la cámara de senadores –por mandato constitucional–: leyes convenio en materia de coparticipación federal tributaria –art. 75, inciso 2–; leyes que proveen al crecimiento armónico de la Nación –art. 75, inciso 19–, y leyes que promueven políticas diferenciadas para equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones –art. 75, inciso 19, CN–.

La reforma constitucional prevé la posibilidad de que cada cámara legislativa delegue en sus comisiones la sanción en particular de un proyecto de ley que hubiese sido aprobado en general en el recinto –art. 79, CN–, es decir, una imputación de funciones, en términos de Bidart Campos, que puede ser revocada por el cuerpo que la otorgó.

10.6. Labor parlamentaria

10.6.1. Concepto

Interesa a ambas cámaras definir la diversa posición asumida por cada una de las bancadas en relación al tratamiento de los diversos temas propuestos en el recinto, facilitando la tarea legislativa, al concentrar expresiones parlamentarias, evitando su dispersión y eventual atomización.

Los presidentes de los bloques parlamentarios forman el *plenario* conjuntamente con el presidente de la cámara con el objeto de proponer los temarios de labor parlamentaria. Se impulsan en dicho encuentro los diversos proyectos importantes para los bloques políticos. Es conveniente la reunión previa de los bloques, de sus respectivos miembros, sus presidentes e integrantes, ya que es vital para acordar los temas a debatir en la sesión, y conviene recabar la información del resto de los legisladores con los que se comparte un mismo espacio político.

10.6.2. Plenos, comisiones y comisiones bicamerales

En relación al *pleno*, compartimos la noción de Mariana Rodríguez Saumell de Koch⁷, en el sentido de que, en el caso de proyectos a varias comisiones, sea el tratamiento conjunto o por separado, el dictamen deberá ser sometido al despacho en pleno de las comisiones a las que fue girado el proyecto. También se alude a este concepto cuando se trata del pleno de la cámara. Si nos aproximamos a las comisiones parlamentarias, advertimos que la CN no ha previsto con carácter general las comisiones legislativas de asesoramiento de las cámaras

⁷ Rodríguez Saumell de Koch, Mariana, *Elaboración y procedimiento de un proyecto legislativo en el Senado de la Nación*, publicado en www.senado.gov.ar.

—que no deben confundirse con las comisiones *permanentes* para el receso del Congreso, ni con las comisiones *investigadoras*—.

Excepcionalmente, la reforma de 1994 ha incorporado la *comisión bicameral permanente* para seguimiento y control de los decretos de necesidad y urgencia que dicta el Poder Ejecutivo para los decretos dictados por delegación legislativa, y para la promulgación parcial de leyes vetadas parcialmente —arts. 99, inciso 3, y art. 100, incisos 12 y 13—.

Las comisiones bicamerales pueden ser permanentes —arts. 86 y 99, inciso 3, CN— o temporales —comisión mixta de revisión de cuentas de la administración, comisión administradora de la Biblioteca del Congreso—. Es competencia de cada una de las cámaras del Congreso definir en su reglamentación interna el número, los pormenores referidos a su actuación y composición de estas peculiares agrupaciones de legisladores que —en honor a la verdad— han proliferado en tiempos recientes, lo que de alguna manera ha conspirado contra su eficacia al diluir su fuerza técnica, aptitud disuasoria —en el caso de las investigadoras— y presencia institucional.

Desde hace tiempo, las comisiones han sido valoradas como un importante instrumento orgánico-estructural que prevén los reglamentos de los cuerpos legislativos. Su funcionamiento resulta un buen aporte para la cobertura de ciertas necesidades prácticas que hacen a la dinámica del funcionamiento de un cuerpo por esencia numeroso, disperso y heterogéneo, lo que se nota especialmente al considerar en detalle las complejas y especializadas materias de estudio del Congreso. De ahí la institución de las comisiones parlamentarias permanentes, las cuales son concebidas como agrupaciones de legisladores que detentan una cierta especialización en la materia para cuyo tratamiento se integran. Ellas se ocupan por lo general de dictaminar respecto de los proyectos que le son girados para su conocimiento, y la realidad parlamentaria indica que en el debate plenario posterior los legisladores raramente se apartan de su consejo.

La presidencia de las comisiones es asignada por lo general al partido político mayoritario, con una integración proporcional respecto de los restantes. Enseña Padilla que en la mayoría de los cuerpos legislativos existen dos tipos de comisiones: las *permanentes*, a las que se les asigna el conocimiento de proyectos que abordan materias de su competencia, y las *especiales* que estudian determinados asuntos. Asimismo, existen las comisiones de investigación que surgen de los poderes inherentes o implícitos del Congreso y tienen por fin obtener datos e informaciones respecto de la formación de nueva legislación, o para ejercer su rol específico de contralor sobre el accionar del Poder Ejecutivo. Por otro lado, existen comisiones prestigiosas, como la de labor parlamentaria, cuyas funciones básicas son las de preparar planes de tarea parlamentaria, proyectar el orden del día con los asuntos que le son despachados por las restantes comisiones, informarse del estado de los asuntos en las diversas comisiones y promover medidas prácticas para agilizar los debates, de tal forma que opera con roles de coordinación y supervisión de las restantes.

La reforma constitucional de 1994 incorporó una regla específica en materia de delegación: la de cada cámara, de delegar el tratamiento en particular, de un proyecto aprobado en general, a sus comisiones. Se ciñe a a) Cualquier proyecto legislativo: una vez aprobado en general, puede ser girado a comisión para su aprobación en particular, con la mayoría requerida por la Constitución —absoluta del total de los miembros de la cámara—, b) la aprobación

ción del proyecto *girado* por parte de la comisión requiere del voto favorable de la mayoría absoluta del total de sus miembros, c) una vez aprobado el proyecto *en comisión* se sigue el trámite ordinario establecido en el art. 81, CN, y d) las cámaras pueden revocar su decisión de delegar el tratamiento de la propuesta y retomar el proyecto para su tratamiento por el cuerpo respectivo.

10.7. Derecho parlamentario

10.7.1. Concepto

El derecho parlamentario es la parte del Derecho Constitucional que regula la institución del parlamento. Se bifurca en dos sentidos: el *restringido* que refiere a las disposiciones que determinan el orden y método de trabajo de cada cámara, y el *amplio* que alude al conjunto de normas jurídicas que regulan la estructura y funcionamiento de las cámaras.

El tiempo empleado en sus procedimientos: la fijación del período de sesiones ordinarias, sumada a la práctica de que el Congreso no las prorroga por sí mismo, ha conducido a reducir el rol del Congreso y a que se acreciente la preeminencia del Poder Ejecutivo sobre el Legislativo. Asimismo, nuestra Constitución no contiene ninguna norma general que establezca de qué modo trabajan las cámaras para ejercer las competencias. Es cierto que hay un conjunto de normas que hacen referencia a las sesiones separadas, pero al lado de este conjunto, otras normas que se refieren al Congreso como cuerpo, y a algún acto que él debe cumplir, no reseñan en esas oportunidades el modo de trabajo –por ej., en el art. 30–.

En alguna ocasión, la Constitución exige expresamente la reunión de ambas cámaras en sesión conjunta, a la que se denomina asamblea legislativa –arts. 93 y 99, inciso 8–.

Sí advertimos que en el mecanismo de sanción de las leyes no cabe duda de que la Constitución ha previsto e impuesto el tratamiento de los proyectos de ley –deliberación y aprobación– por cada cámara separadamente, como enunciamos *ut supra*.

Es básico el principio de *igualdad de ambas cámaras* a fin de cumplir los actos de su competencia. Ello significa que no prevalece una cámara sobre la otra en nuestro sistema, como sí puede serlo la de los comunes en Gran Bretaña. Las dos son iguales y los actos del congreso son actos complejos en los que concurren dos voluntades también iguales, como indicamos *ut supra*.

Otra pauta de trabajo es la *simultaneidad de las sesiones*: ambas cámaras empiezan y concluyen sus sesiones simultáneamente; ninguna de ellas, mientras se encuentren reunidas, podrá suspender sus sesiones más de tres días sin consentimiento de la otra. La coordinación del trabajo parlamentario parece haber exigido esa simultaneidad y, dada la generalidad de la norma, extendemos su aplicación: a) a todo tipo de sesiones constitucionales –ordinarias, de prórroga y extraordinarias–; b) tanto a los actos del congreso como a los privativos de cada cámara.

Un principio trascendente, propio de nuestro sistema republicano, es la *publicidad de las sesiones*, aunque ninguna norma constitucional impone con generalidad el principio de

que las sesiones deban ser públicas. Los reglamentos de ambas cámaras sí prevén la *publicidad de las sesiones*, por lo que es un requisito de todos los actos de gobierno, a través del cual las sesiones secretas son inconstitucionales, salvo en casos de secretos de estado.

El *quórum*: esta expresión significa el número de miembros que se necesita para que un órgano colegiado pueda *constituirse, funcionar y adoptar decisiones*. Cuando el número de miembros que compone un órgano colegiado es elevado, resulta difícil la asistencia de todos; de ahí que se arbitre un quórum para que, con número suficiente, pero inferior a la totalidad, el órgano pueda ejercer su función. Nuestra Constitución contiene una disposición general y básica sobre el *quórum*; el art. 64 establece que ninguna de las cámaras entrará en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros. Afirma Bidart Campos que mayoría absoluta no es, como vulgarmente se sostiene, la mitad más uno, *sino más de la mitad* de los miembros, que es cosa distinta, porque si, por ejemplo, suponemos 187 legisladores, más de la mitad son 94, mientras la mitad más uno son 95.

Ante la imposibilidad de sesionar sin quórum, el art. 64 añade que un número menor podrá compelir a los miembros ausentes a que concurran a las sesiones en los términos y bajo las penas que cada cámara establezca.

10.7.2. Reglamentos de ambas cámaras

En primer lugar, entendemos que la autonomía que caracteriza a cada una de las cámaras que componen el congreso les concede la facultad de dictar su propio reglamento, de establecer su estatuto interno, por supuesto que sin exceder ni alterar las normas de la Constitución. Cada uno de ellos prevé las causas de impugnación y los sujetos legitimados que pueden invocarlas, así como el mecanismo para sustanciarlas.

La norma reglamentaria del Poder Legislativo refiere a dos materias centrales para su organización y funcionamiento: a) las comisiones y b) las sesiones.

Acerca de las primeras, cabe destacar que son numerosas las comisiones permanentes para diversas materias que existen en virtud del reglamento de cada cámara; hay otras especiales y transitorias y algunas bicamerales.

Asimismo, la praxis constitucional muestra casos previstos en su reglamento, en los que el senado ha suspendido a jueces sometidos a juicio político, incluso con similar suspensión en el pago de sus remuneraciones.

Por otra parte, en relación al punto b), los reglamentos internos de las cámaras legislativas también prevén las sesiones del Congreso, que se dividen en cuatro categorías: tres previstas en la Constitución y una en las normas reglamentarias de las cámaras.

Las primeras son: a) las ordinarias; b) las de prórroga, y c) las extraordinarias. La cuarta categoría está dada por las sesiones preparatorias que son las primeras en el orden del tiempo porque se anticipan a las ordinarias.

Las *sesiones ordinarias*: el Congreso tiene asignado un período ordinario de sesiones y un receso entre tales períodos, de lo que se infiere la intermitencia en el ejercicio de las competencias del Congreso y de sus cámaras, lo cual revela que el Poder Legislativo no es el más

importante, desde que la dinámica constitucional puede subsistir durante el paréntesis de la actividad congresional, cosa que no ocurre con el Poder Ejecutivo ni con la administración de justicia. El art. 63 dice que “*ambas cámaras se reunirán en sesiones ordinarias todos los años desde el 1 de marzo hasta el 30 de noviembre*”.

Las sesiones de *prórroga y extraordinarias*: el art. 63 agrega que “pueden ser convocadas [las cámaras] extraordinariamente por el presidente de la Nación, o prorrogadas sus sesiones”. Coordinando esta norma con la del inciso 9 del art. 99, leemos en él que el presidente de la República “prorroga las sesiones ordinarias del Congreso o lo convoca a sesiones extraordinarias cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera”. En la prórroga de las sesiones ordinarias, el Congreso continúa su período anual y mantiene la plenitud de la competencia del cuerpo, y cada cámara la propia de sus facultades privativas. En cambio, en las sesiones extraordinarias, cuya convocatoria depende inexorablemente de un acto del ejecutivo motivado por un *grave interés de orden o de progreso* –art. 99, inciso 9–, el Congreso no dispone de la plenitud de su competencia, que queda circunscripta a las cuestiones que provocan la realización de las sesiones, y que son fijadas por el presidente de la República. Ahora bien, una vez efectuada la convocatoria y determinado el temario, el Poder Ejecutivo no puede privar al Congreso de su competencia para reunirse y tratarlo; la facultad del ejecutivo se limita al impulso inicial –con la determinación de los asuntos a tratar–, dado el cual tampoco puede sustraer el proyecto.

Las sesiones preparatorias son las que tienen por objeto recibir a los electos que han presentado diploma expedido por autoridad competente, y elegir las autoridades de cada cámara. En este orden de ideas, prevé la Constitución una facultad de las cámaras, que es privativa de cada una de ellas –competencia propia– y que suele incluirse entre sus *privilegios* colectivos. El planteo de las impugnaciones a los legisladores electos puede efectuarse en las sesiones preparatorias y en ellas puede decidirse la incorporación. Sin embargo, creemos –con Bielsa– que en sesiones preparatorias no puede rechazarse el diploma de un electo, porque ello implica la plenitud del juzgamiento de su *elección-derecho-título* en cuanto a la validez, y tal competencia la tienen las cámaras en el período ordinario de sesiones –y no en las preparatorias, que la Constitución ignora–.

10.8. Inmunidades de los legisladores

Se interpretan establecidas en interés del parlamento o Congreso como órgano y tienen como finalidad asegurar su independencia, funcionamiento y jerarquía. Estimamos que, conforme el desarrollo del Derecho Público, correspondería sustituir aquella denominación por la expresión *garantías de funcionamiento* o tutelas funcionales que se otorgan a un órgano de poder, tanto si tales garantías cubren al *órgano-institución* como si protegen a los *órganos-individuo*, porque en ambos casos tienden a resguardar el Congreso y sus cámaras, que actúan a través de las personas que son sus miembros. Se otorgan para el buen funcionamiento del órgano y no para privilegio o beneficio personal de quienes lo forman; parece que debe interpretárselas en el sentido de que no pueden ser declinadas o renunciadas.

A fines del siglo XIX, en el fallo de la CSJN, “Alem”, 15/12/1893⁸–, el Máximo Tribunal sostuvo que la Constitución no ha buscado garantizar a los miembros del Congreso una inmunidad que tenga objetivos personales, ni por razones del individuo mismo a quien se hace inmune; son altos fines políticos –agregaba– los que se ha propuesto y, si ha considerado esencial esa inmunidad, es precisamente para asegurar no solo la independencia de los poderes públicos entre sí, sino la existencia misma de las autoridades creadas por la Constitución.

Las garantías legislativas se dividen en dos grandes grupos: a) *colectivas* y b) *personales*. Las primeras conciernen al cuerpo o cámara en conjunto y como *órgano-institución* para facilitar el ejercicio de su función, y las segundas se refieren a la situación o actuación individual de cada hombre que es miembro del cuerpo o cámara, pero no en protección a su persona, sino a la función que comparte integrándolo, para tutelar su libertad, su decoro y su independencia. Comprendemos que ambas garantías comparten una igual naturaleza de resguardo al órgano, a su función, a su dinámica y a su independencia.

Entre los privilegios colectivos encontramos: a) el juzgamiento por cada cámara de la validez de *elección-derecho-título* de sus miembros; b) la competencia de cada cámara para hacer su reglamento; c) el poder disciplinario de cada cámara sobre sus propios miembros y sobre terceros extraños; d) el derecho de cada cámara de hacer comparecer a su sala a los ministros del poder ejecutivo; e) la aceptación de las renuncias que hacen de sus cargos los legisladores.

Entre los privilegios o inmunidades personales quedan incluidos: a) la inmunidad de opinión y expresión; b) la inmunidad de arresto; c) el desafuero; d) la dieta. Compartimos la posición de Bidart Campos, según la cual el desafuero es a la vez una prerrogativa “personal” y “colectiva”; lo primero, porque protege al legislador, lo segundo, porque implica para la cámara la disponibilidad de poner o no a sus miembros a la orden de un juez.

Reflexionemos a continuación respecto a cada una de ellas:

- a) El juicio de las elecciones –remitimos a lo abordado *ut supra*–.
- b) El reglamento de cada cámara: la potestad de dictar el propio reglamento concede a cada cámara la competencia de establecer su estatuto interno, por supuesto que sin exceder ni alterar las normas de la Constitución.
- c) El poder disciplinario por el que las cámaras pueden corregir, remover y expulsar a sus miembros. Cabe destacar el art. 66, el cual dispone que “Cada cámara [...] podrá con dos tercios de votos, corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones, o removerlo por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación, y hasta excluirle de su seno...”.

En consonancia con ello, la corrección cabe por cualquier hecho que altere o perturbe el trabajo parlamentario de la cámara, por ejemplo, insultos, agravios, interrupciones reiteradas, etc. La sanción puede ser un llamamiento al orden, un pedido de que retire las

8 Fallos: 54:432.

expresiones ofensivas o las aclare, la privación del uso de la palabra, una multa, etc. La exclusión no implica asignación expresa de causal en el art. 66. Mientras la remoción requiere inhabilidad, la exclusión queda librada a la discreción de la cámara, pero siempre, como todo ejercicio de competencia por los órganos del poder, en forma razonable y no arbitraria. Ante cualquiera de las hipótesis de sanción disciplinaria parece lógico exigir que se resguarden el debido proceso y la defensa, para asegurar la razonabilidad de la medida. Pensamos que la remoción y la expulsión tienen carácter definitivo, o sea que el legislador removido o expulsado deja de ser tal y pierde su banca; ello no solo por la índole de la medida, sino porque es necesario proveer la cobertura de la vacante, ya que las cámaras deben contar con la totalidad de sus miembros en forma permanente para asegurar su funcionamiento.

En punto a las garantías personales referidas se encuentran:

- a) La *inmunidad de expresión*: teniendo en cuenta que el Congreso es órgano eminentemente deliberativo, esta garantía ha sido considerada como imprescindible para el desempeño del cargo de sus miembros, por lo que ninguno de ellos *puede ser acusado, interrogado judicialmente ni molestado por las opiniones o los discursos que emita* desempeñando su mandato de legislador –art. 68–. Discursos y opiniones significan toda expresión oral o escrita vertida en el desempeño del cargo, con ocasión de él y en cumplimiento de su función, aunque no sea en el recinto de sesiones –también, por ej., en el seno de las comisiones, en despachos escritos, en investigaciones parlamentarias, o por la reproducción en la prensa de opiniones vertidas en el congreso–, pero siempre con suficiente conexidad funcional con el cargo de legislador. Por esos discursos y opiniones, no cabe acusación, interrogatorio judicial, ni molestia. El no ser *molestado* implica que tampoco el propio partido del legislador puede incomodarlo por opiniones protegidas en el privilegio y, por ende, el partido no puede aplicarle sanciones. En el caso de la CSJN “Fiscal c/Benjamín Calvete”, 19/9/1864,⁹ se resolvió que esta inmunidad debe interpretarse en el sentido más amplio y absoluto. En 1960, en el fallo de la CSJN “Mario Martínez Casas”¹⁰, la Corte reiteró y especificó su doctrina, que creemos puede resumirse en las siguientes afirmaciones: a) la inmunidad del art. 68, destinada a garantizar la independencia funcional de las cámaras legislativas, integra en nuestro régimen el sistema representativo republicano; b) el carácter absoluto de la inmunidad es requisito inherente a su concreta eficacia; c) pero los posibles abusos deben ser reprimidos por los mismos legisladores sin afectar la esencia del privilegio. Interesa también destacar el decisorio de la CSJN “Varela Cid”¹¹ de 1992, en el que la Corte dirimió el conflicto competencial de la siguiente manera: 1) por las conductas expresivas durante el desempeño del cargo legislativo no cabe enjuiciamiento; 2) por las opiniones vertidas con anterioridad, la competencia incumbe a la justicia nacional de primera instancia en lo correccional de la Capital. Pensamos que

9 Fallos: 1:340.

10 Fallos: 248:462.

11 Fallos: 315:1470.

la aplicación que la jurisprudencia de la Corte ha hecho del art. 68 es exacta, conforme la norma constitucional. En cambio, desde el punto de vista valorativo y con más razón, ponderándolo a partir de la vigencia de la ley 25320¹², aquella norma es criticable, porque la impunidad total y absoluta con la que un legislador en ejercicio de su mandato puede injuriar, calumniar ofender, etc., no parece éticamente sostenible. Así: a) la inmunidad no alcanza opiniones vertidas con prescindencia del desempeño concreto del cargo; b) la inmunidad no ampara el otorgamiento de facultades extraordinarias incriminado por la propia Constitución en el art. 29; c) la inmunidad no impide que el legislador tenga que declarar en causa –penal o civil– de terceros, siempre que su deposición no verse sobre hechos relacionados con opiniones propias cubiertas por el privilegio parlamentario.

- b) La *inmunidad de arresto*: los arts. 69 y 70 admiten la procedencia de causa judicial, máxime con la aplicación de la ley 25320 que prevé diversos mecanismos y la incorporación de los medios probatorios al proceso que se desarrolle en cada situación.

El art. 69, CN establece que “Ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado, excepto en caso de ser sorprendido *in fraganti* en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante u otra afflictiva; de lo que se dará cuenta a la cámara respectiva con la información sumaria del hecho”.

Se trata de inmunidad de detención o privación de la libertad corporal. El artículo abarca dos supuestos: a) uno, que es el genérico, y se refiere a la imposibilidad de detención; b) otro, que es su excepción, y que prevé la única hipótesis en que la detención es posible. Se trata de la exención de privación de la libertad corporal; no es, por ende, *inmunidad de proceso*. Bien que no puede privarse de la libertad a un legislador –salvo el supuesto señalado–, puede iniciarse contra él la causa penal y tramitarse mientras no se afecte su libertad corporal ni se dispongan medidas de coerción personal. Se consensua en doctrina que donde el constituyente escribió *crimen* debe leerse simplemente *delito*. En cambio, al correlacionar el vocablo *crimen* con las penas que enumera la norma –de muerte, infamante o afflictiva– es fácil comprender que el autor de la Constitución apuntó con esas expresiones a incriminaciones de gravedad, cualquiera sea su nombre en la legislación penal del momento. La expresión *in fraganti* admite tres interpretaciones, puede querer decir: a) solamente *en el instante* de cometer el delito, de forma que, pasado ese momento, la detención no procede; b) también *en la tentativa*; c) también *después de cometido* el delito si se descubre al legislador cuando huye o se oculta, o se lo sorprende con instrumentos, efectos o armas que permiten presumir la comisión del delito

12 Ley que establece el “Régimen de inmunidades para legisladores, funcionarios y magistrados”, aprobada en septiembre de 2000.

inmediatamente después de consumado. Dado que nos inclinamos por una interpretación restrictiva de los privilegios parlamentarios, acogemos las interpretaciones amplias que favorecen la posibilidad del arresto. Por eso creemos que en cualquiera de las tres circunstancias antes referidas debe entenderse que se sorprende al legislador en la comisión *in fraganti* del delito, porque en todas ellas hay evidencia instantánea.

- c) El *desafuero*. Previsto en el art. 70, es allanar la inmunidad para que el juez pueda plenamente actuar su competencia en el proceso penal.

Establece: “Cuando se forme querella por escrito ante las justicias ordinarias contra cualquier senador o diputado, examinado 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”.

Consiste en un antejuicio; en un impedimento que posterga ciertos actos en el proceso penal común hasta que se hayan producido otros actos: desafuero, destitución, etc. Y en nuestro régimen ni siquiera dilata la iniciación del proceso –con más razón a partir de la vigencia de la ley 25320–, sino solo la privación de la libertad o la condena. Sin necesidad de desafuero previo, el juez puede incoar la causa penal. Ello surge con evidencia del artículo, el cual comienza expresando *formación de querella*, y prosigue refiriéndose al examen del sumario y a la puesta a disposición del acusado ante juez competente. La cámara examina el sumario, incluso desde el punto de vista de la conveniencia política; si no se dispone el desafuero, el juez no puede dictar sentencia. Una vez que la cámara ha dispuesto el desafuero de un legislador, la prerrogativa queda allanada solamente para la causa penal que da origen a la medida, y no es posible que en virtud de ese desafuero se sustancien otros procesos judiciales por hechos distintos. Toda otra causa penal necesita que la cámara tome conocimiento e información para que resuelva si, respecto a cada una, procede o no desaforar. De no ser así, resultaría que, dispuesto el desafuero por un hecho y para un proceso, ese desafuero se volvería general que se le diera a la cámara la oportunidad de decidir si pone o no al legislador a disposición del juez que entiende en otro proceso. Sin embargo, la CSJN *in re “Balbín Ricardo”*,¹³ 26/6/1950, estimando que la suspensión del acusado despoja al legislador de sus inmunidades y, por ende, durante todo el tiempo de la suspensión y hasta la reincorporación a la cámara, sus actos se rigen por el principio de la igualdad de todos los habitantes ante la ley.

El art. 70 enfoca dos facultades de ejercicio optativo –y no obligatorio– por la cámara. Dice que esta podrá: a) “suspender” al acusado, y b) ponerlo a disposición del juez. Cuando resuelve desaforar, cabe suponer que no necesariamente tiene que hacer ambas cosas; podría poner al acusado a disposición del juez sin suspenderlo, a menos que, ordenada la privación de libertad, la detención del

13 Fallos: 217:122.

legislador le impidiera desempeñarse como tal. Sin dudas que la lectura, interpretación y aplicación de estas dos cláusulas deben realizarse bajo el prisma de la mencionada ley de fueros, en todo lo que fuese pertinente.

El desafuero y el juicio político: el juicio político implica un *antujejuicio* que mientras no concluya en destitución impide *promover* el proceso penal y significa inmunidad de proceso. En cambio, el desafuero no obsta a la iniciación y sustanciación del juicio penal.

Acerca de la jurisprudencia en materia de desafuero, la CSJN, a través de numerosos fallos, ha puntualizado el alcance de esta inmunidad, que resumimos en las siguientes afirmaciones: a) el juez puede formar el sumario y averiguar la verdad del hecho sin previo desafuero, pero no puede arrestar al acusado hasta que la cámara de la que es parte allane la prerrogativa (CSJN, *in re* “Procurador Fiscal c/Nicasio Oroño”¹⁴, 28/10/1873); b) los arts. 69 y 70 no se oponen a la iniciación de acciones criminales contra un legislador, ni a que se adelanten los procedimientos del juicio mientras no se afecte su libertad personal por orden de arresto o prisión (CSJN, *in re* “Héctor Conte Grand c/Marcelo Zunino”¹⁵, 29/12/1939); c) Luego, la Corte confirmó su anterior jurisprudencia en el sentido de que la inmunidad parlamentaria no impide instruir sumario criminal para investigar la conducta de los legisladores, en tanto no se afecte su libertad personal por orden de arresto o prisión, provisional o definitiva, y no hizo lugar al argumento de invalidez de un auto de procesamiento dictado mientras el legislador recurrente se hallaba en el exterior, porque la audiencia fijada para recibirla declaración indagatoria tenía fecha establecida para después de su cese en el cargo de diputado.

10.9. Juicio político

Se trata de una institución que configura una atribución dispersa –fuera del art. 75, CN– del Poder Legislativo. Se trata de un proceso de naturaleza judicial que tiene por objeto el juzgamiento de los hechos o actos del imputado, que se encuentren en algunos casos tipificados penalmente o en otros no, en los cuales se debe acreditar la comisión u omisión del hecho y la culpabilidad, en grado de dolo o culpa grave. Su efecto es *privar al condenado del cargo, para dejarlo a disposición de los tribunales ordinarios para su juzgamiento, si corresponde*. Accesoriamente, puede ser inhabilitado a perpetuidad para desempeñar cargos a sueldo de la Nación.

Las cláusulas que lo prevén son las siguientes

- El art. 53: “Solo ella [Cámara de Diputados] ejerce el derecho de acusar ante el senado al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de

14 Fallos 14:223.

15 Fallos: 185:360.

sus funciones, o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de las dos terceras partes de sus miembros presentes”.

- El art. 59: “Al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto. Cuando el acusado sea el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema. Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes”.
- El art. 60: “Su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios”.

Son causales de procedencia:

- El *mal desempeño* de las funciones. Es una cláusula amplia y su interpretación queda a discreción de los legisladores, ya que puede deberse a falta o pérdida de idoneidad o aptitud para su ejercicio, a negligencia o incluso a inhabilidad física o psíquica, o a falta de idoneidad moral. Acerca de la causal de *delito en el ejercicio de sus funciones*, sería una variante del mal desempeño, con la diferencia de que se estaría cometiendo uno o varios delitos tipificado/s en el Código Penal.
- Los *crímenes comunes*, a diferencia del anterior, se hace referencia a una actividad que resulta delictiva, pero sin relación con el cargo que se ocupa. Entonces corresponderá el inicio del proceso de juicio político contra aquel funcionario comprendido que supuestamente haya cometido un delito común en grado de dolo, que no tenga conexión con su función.

CAPÍTULO XI

El Poder Ejecutivo en la Constitución

FEDERICO ÁNGEL ADDATI¹

11.1. Introducción

Desde sus orígenes, nuestra organización argentina eligió la forma de gobierno representativa, republicana y federal, y optó al mismo tiempo por un sistema fuertemente presidencialista que atenuaba en cierta medida la división de poderes.

Juan Bautista Alberdi, considerado por muchos como el ideólogo de la Constitución argentina de 1853/60, desarrolló en su libro *Bases...* la pertenencia de un “Poder Ejecutivo vigoroso, el cual debía tener todas las facultades que eran necesarias por los antecedentes y las condiciones del país y la grandeza del fin para el que fue instituido”, similar al sistema que había adoptado con éxito –según Alberdi– la constitución de Chile para con su Poder Ejecutivo.

Esa concepción de un Poder Ejecutivo poderoso propuesto por Alberdi, según señalaba, debía estar controlado por la ley y la Constitución.

Entonces, podemos señalar que la Constitución histórica del año 1853/60 se inspiró en el molde político de la constitución de los Estados Unidos, de la configuración de los derechos y libertades que emanaba del proceso revolucionario francés de 1789 y de la impronta que la Constitución chilena había dado al Poder Ejecutivo.

La reforma constitucional del año 1994 tuvo como eje central atenuar algunas características del poderoso presidencialismo argentino. Sin embargo, a nuestro modo de ver, se terminaron convalidando mediante las distintas enmiendas introducidas, a través de las

¹ Abogado. Especialización en Derecho Administrativo por la Escuela Cuerpo de Abogado del Estado (PTN). Asesor legal de la Superintendencia de Administración, Policía Federal Argentina. Ex asesor legal de la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y de la Lucha contra el Narcotráfico y del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación. Docente de la materia “Instituciones de Derecho Público” de la Facultad de Ciencias Económicas (UBA).

cuales se otorgó atribuciones que el presidente ya empleaba al margen de las garantías establecidas en la Constitución.

11.1.1. Composición y naturaleza del Poder Ejecutivo

El art. 87, CN señala que el Poder Ejecutivo será ejercido por un ciudadano con el título de Presidente de la Nación.

Una interpretación puramente literal y gramatical de la norma nos llevaría a sostener que el órgano ejecutivo es ejercido únicamente por “una persona”, es decir por el Presidente de la Nación.

Pero la cuestión no resulta tan sencilla, ya que en la doctrina constitucionalista se han desplegado distintas maneras de pensar y concebir la naturaleza del Poder Ejecutivo.

Un sector de la doctrina entiende el Poder Ejecutivo como un “órgano colegiado”, con fundamento en disposiciones constitucionales, en las que se hace referencia al “jefe de gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo”, interpretando que estos forman parte, junto con el Presidente de la Nación, del Poder Ejecutivo Nacional.

El profesor Bidart Campos señala que lo que decide la toma de posición acerca de la “unipersonalidad” o “colegialidad” del Poder Ejecutivo es la interpretación que se haga del art. 100, CN, el cual exige el refrendo y la legalización ministerial de los actos del Presidente, obteniendo por lo menos la firma de un ministro, sin cuyo requisito el acto carecería de eficacia.

Desde nuestro punto de vista, concebimos el Poder Ejecutivo como un órgano “unipersonal”, toda vez que la exigencia del refrendo como requisito de eficacia deviene una cuestión puramente formal. En efecto, dado que el Presidente puede nombrar y remover por sí solo al jefe de gabinete y a sus ministros, la negativa del refrendo dejaría expedita la posibilidad de separar al ministro reticente y de reemplazarlo por otro, con lo que, en definitiva, la decisión originaria y final para realizar el acto pende de una única voluntad –la del Presidente-. Aquí encontramos nosotros la nota característica de la unipersonalidad en el cargo.

Con una concepción distinta, el profesor Sagüés entiende que “si los actos del Poder Ejecutivo demandan, normalmente, un insoslayable concurso de voluntades la del presidente y la de un ministro, como mínimo, dicho órgano del estado deviene colegiado”².

11.1.2. Duración en el mandato. Reelección

El art. 90, CN establece que el presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años, y solo podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo.

² Sagüés, Néstor P, *Manual de Derecho Constitucional*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 2007, pág. 345.

Por otra parte, señala que si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de estos cargos, sino con el intervalo de un período.

El antiguo art. 77, CN anterior a la reforma de 1994 establecía que “El presidente y vicepresidente duran en sus empleos el término de seis años; y no pueden ser reelegidos sino con intervalo de un período”.

Uno de los objetivos esenciales que tuvo en miras la reforma del año 1994 fue modificar la duración del mandato presidencial reduciéndola a cuatro años, pero con la posibilidad de una reelección consecutiva, y al poder acceder nuevamente a la presidencia con el intervalo de un mandato de por medio.

11.1.3. Sueldo e incompatibilidades

El art. 92, CN establece que el presidente y vicepresidente disfrutan de un sueldo pagado por el tesoro de la Nación, que no podrá ser alterado en el período de sus nombramientos. Durante el mismo período, no podrán ejercer otro empleo, ni recibir ningún otro emolumento de la Nación, ni de provincia alguna.

11.1.4. Elección

11.1.4.1. Requisitos y condiciones para ser elegido presidente

El art. 89, CN señala que, para ser elegido presidente o vicepresidente de la Nación, se requiere haber nacido en territorio argentino, o ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero, y las demás calidades exigidas para ser senador.

Las condiciones para ser elegido senador se encuentran en el art. 55, CN y son las siguientes: tener treinta años de edad, haber sido seis años ciudadano de la Nación, renta de dos mil pesos fuertes o entrada equivalente, y natural de la provincia que lo elija o con dos años de residencia inmediata en ella –art. 55, CN–.

Sin embargo, el único requisito de este artículo que se exige al Presidente es el de contar con la edad mínima de 30 años.

En cuanto a los otros, es dable señalar que:

- a) La ciudadanía con antigüedad de seis años no se aplica al presidente cuando este ha nacido en el país, porque la posee desde su nacimiento. Tampoco rige para el extranjero que, como hijo de ciudadano nativo, puede ser elegido conforme el art. 89, CN.
- b) Tampoco se aplica la condición de haber nacido en la provincia que lo elige o tener dos años de residencia inmediata en ella, porque el presidente no es elegido por una provincia, sino que todo el territorio se conforma como único distrito.
- c) Finalmente, respecto de la renta de dos mil pesos fuerte, señala Bidart Campos que esta exigencia tuvo como sentido acreditar la idoneidad de quien llegara a

ser presidente, ya que en el año 1853 solo las personas que tenían una buena “renta” llegaban a adquirir educación y cultura.

11.1.4.2. Momento en que deben reunirse los requisitos

El Código Electoral Nacional, modificado por la ley 24444, dispone que, para la elección de presidente y vicepresidente, deban presentarse las fórmulas ante el juez federal con competencia en la Capital Federal, quien debe expedirse dentro de los cinco días sobre la calidad de los candidatos. De acuerdo con la legislación reglamentaria, los recaudos para ser elegido presidente o vicepresidente tienen que ser cubiertos en el momento de oficializarse la fórmula por la justicia electoral, es decir, antes de la fecha de la elección, a fin de permitir su control por la judicatura.

11.1.4.3. Procedimiento de elección

El artículo 94, CN establece que el presidente y vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el pueblo, en doble vuelta, y que a ese fin el territorio nacional conformará un distrito único.

El sistema de elección establecido por nuestra Constitución es el denominado “elección directa” o de “primer grado” sobre la base de un “distrito único”, en donde cada sufragio tiene un mismo valor, sin tener en consideración de qué distrito electoral hubiere emanado el voto.

En cuanto a la doble vuelta electoral, esta tiene como objetivo que los futuros electos obtengan un porcentaje importante de votos. Se busca lograr así un aceptable consenso por parte del pueblo.

Por su parte, el artículo 95, CN señala que la elección se efectuará dentro de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del presidente en ejercicio. Dicha convocatoria debe ser efectuada por el Poder Ejecutivo, y la Cámara Electoral quedará a cargo de las elecciones. Si, llegado el caso, existe la posibilidad de una “segunda vuelta”, esta debe operarse dentro de los treinta (30) días de celebrada la anterior –art. 96, CN–.

Los arts. 97 y 98, CN brindan dos posibilidades respecto a los porcentajes que deben obtener las fórmulas para ser declaradas triunfadoras:

- 1) El art. 97 prevé que los integrantes de la fórmula que hubiere obtenido en primera vuelta más del 45% de los votos afirmativos válidamente emitidos será proclamada presidente y vicepresidente de la Nación.
- 2) El art. 98 prevé que si la fórmula que hubiera obtenido el 40% de los votos afirmativos y válidos además tiene una diferencia porcentual de diez puntos con respecto a quienes la siguen en número de votos, el presidente y vicepresidente serán proclamados automáticamente prescindiendo de la segunda vuelta.

Como un dato anecdótico, en las elecciones del año 2003, cuando ninguna fórmula que se había presentado obtuvo el porcentaje mínimo exigido por la Constitución para ser declarada triunfadora, la Asamblea Legislativa consagró dos fórmulas presidenciales con-

forme los resultados enviados por la Justicia Electoral: por un lado, la fórmula “Menem-Romero” con el 24,45% de sufragios y, por el otro lado, “Kirchner-Scioli” con el 22,24%. La segunda vuelta era un hecho. Sin embargo, la primera fórmula renunció a la contienda electoral, por lo que la segunda fórmula fue consagrada ganadora.

11.1.4.4. El juramento

Antes de la reforma operada en nuestra CN, el art. 80 disponía que “Al tomar posesión de su cargo, el presidente y vicepresidente prestarán juramento en manos del presidente del Senado, estando reunido el Congreso, en los términos siguientes: ‘yo, N.N., juro por Dios Nuestro Señor y estos Santos Evangelios, 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. Si así no lo hiciere, Dios y la Nación me lo demanden’”.

Actualmente, el artículo que trata sobre el juramento que tienen que prestar el presidente y el vicepresidente suprimió la fórmula, la cual poseía un gran contenido religioso, en concordancia con el derecho a la libertad de culto y religión que afirma nuestra Carta Magna. Así, el art. 93, CN estatuye que “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”.

Consideramos el juramento como una condición de validez para desempeñar el cargo tanto del presidente como del vicepresidente.

Nótese que, a diferencia de lo que ocurre en la Constitución de los Estados Unidos³, en la que el presidente, antes de desempeñar su cargo, debe prestar juramento, nuestra Constitución prevé que la toma de posesión del cargo y el juramento se hagan en un mismo acto.

11.1.5. Jefaturas presidenciales

El presidente de la Nación posee a cargo cuatro jefaturas. Ellas son: jefe supremo de la Nación, jefe de Gobierno, responsable político de la administración general del país y el comandante en jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación –art. 99, incisos 1 y 12, CN–.

- a) La jefatura suprema de la Nación alude a la representación que tiene el presidente respecto de la persona jurídica del estado. La palabra “supremo” no significa que esté por encima de los otros dos poderes del estado, el legislativo y judicial, sino que preside el estado como su jefe.

En ese orden de ideas, representa al país ante los demás estados y ante los organismos internacionales. Negocia y firma convenios internacionales.

3 Constitución de los Estados Unidos, en su artículo segundo, sección primera, punto 7: <http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>

- b) Respecto a la jefatura de Gobierno a cargo del presidente, significa que, como tal, es la cabeza de la administración, y puede establecer, por ejemplo, la política económica de la Nación.
- c) Es el responsable político de la administración general del país, aunque el ejercicio de tal administración incumbe directamente al jefe de gabinete.
- d) Respecto a la jefatura de la comandancia militar, señala Gelli que “En la República Argentina, la necesidad histórica de construir la unidad nacional y proveer a la defensa común, enunciados como objetivos en el preámbulo de la Constitución, requirió la nacionalización de los ejércitos y la unificación de todas las fuerzas militares bajo el mando político del estado. La estructura, organización y funcionamiento de las fuerzas armadas dependen del Congreso Federal que, al efecto, dicta normas pertinentes, como el Código de Justicia Militar. La comandancia del presidente de la Nación es político-militar –pero no necesariamente militar– y administrativa”⁴.

11.1.6. Acefalía del Poder Ejecutivo. La vicepresidencia. Otros supuestos

11.1.6.1. La acefalía del presidente de la Nación. Causales

La palabra “acefalía” significa “privado de cabeza” o “sin cabeza”. Por lo tanto, la llamada “acefalía del Poder Ejecutivo” quiere significar que dicho poder queda sin titular, dada la tesis de un Poder Ejecutivo unipersonal, en donde el único titular es el presidente de la Nación.

Al art. 88 de la CN lo dividiremos en dos partes para una mejor comprensión:

- a) La primera parte habla de cinco causales exclusivas al presidente de la Nación. Ellas son: enfermedad, ausencia de la capital, muerte, renuncia y destitución.
- b) La segunda parte refiere a cuatro causales que son aplicadas tanto al presidente como al vicepresidente. Ellas son: destitución, muerte, dimisión o inhabilidad.

Desde nuestro punto de vista, resultó sobreabundante y confuso haber agregado, en la segunda parte del artículo, causales que son aplicadas al presidente, dado que ya habían sido enumeradas en el primer párrafo.

Así, encontramos que las causales que se agregan en la segunda parte del artículo son “dimisión” o “inhabilidad”. El vocablo “dimisión” no presenta mayores dudas, porque significa “renuncia”, con lo cual se encontraría repetida la causal en la primera parte del artículo.

La duda surge respecto al término “inhabilidad”. Algunos, como el profesor Bidart Campos, lo asimila al término “enfermedad”. Sin embargo, el profesor Sagüés considera que “la inhabilidad es un concepto más extenso que el de enfermedad: comprende desde luego a esta, pero también según el diccionario, la incapacidad o ineptitud. ¿Quiere esto

4 Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, t. II, 4^a ed., 2^a reimpre-
sión, LL, Buenos Aires, 2009, págs. 403/4.

significar que el presidente podría ser desplazado según un procedimiento de inhabilidad –art. 88– y según otro mecanismo, por mal desempeño –a tenor del juicio político del art. 53–? Aparentemente, sí, ya que la misma norma –art. 88– menciona los dos supuestos por separado: ‘en caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad’. De admitirse esta conclusión, ¿en qué se diferenciaría la inhabilidad del mal desempeño? El texto constitucional no ha resuelto el problema. Desde el punto de vista semántico, se es inhábil para gobernar si el sujeto se desempeña mal. Para hallar alguna diferenciación, cierta doctrina entiende que la inhabilidad es una causal ajena a la voluntad del sujeto –por ejemplo: enfermedad–, mientras que el mal desempeño involucraría solo actos intencionales⁵.

11.1.6.2. El vicepresidente

La situación del vicepresidente puede enfocarse desde dos perspectivas. El vicepresidente, como presidente del Senado, forma parte, sin dudas, del Poder Legislativo, y tiene una intervención destacada en caso de empate, ya que le cabe la decisión de desempatar.

Pero nuestra Constitución también contempla la situación del vicepresidente en la parte dedicada al Poder Ejecutivo, y señala allí su ámbito de actuación en caso de que el presidente se encuentre incursa dentro de alguna de las causales de acefalía. Por otra parte, los arts. 89 sobre condiciones de elegibilidad, 90 sobre duración del cargo, 92 sobre su sueldo, 93 sobre su juramento y 94 a 98 sobre forma y tiempo de la elección, se refieren conjuntamente al presidente y vicepresidente.

El cargo de vicepresidente entra a jugar un papel primordial dentro del escenario del Poder Ejecutivo, cuando es llamado como sucesor del presidente de la Nación. El art. 89 señala que, cuando se dé una causal de acefalía que afecte al presidente, el Poder Ejecutivo será ejercido por el vicepresidente.

Si la acefalía es definitiva, el presidente cesará en el cargo y la vacancia deberá cubrirse en forma permanente. Por ende, el vicepresidente ejercería el Poder Ejecutivo por todo el período que reste, asumiría el cargo y se convertiría en presidente de la Nación. Dejaría así de ser el vice “en ejercicio del poder ejecutivo”. En este caso, el órgano vicepresidencial quedaría acéfalo, ya que habría presidente, pero no vicepresidente.

Distinta es la situación si la acefalía no fuera definitiva, porque el vicepresidente ejercería una suplencia hasta tanto el presidente reasumiera sus funciones. En estos casos, el vice es “vicepresidente en ejercicio del Poder Ejecutivo”. Por ende, sigue siendo vice, no sucede al presidente en el cargo, sino que solo lo reemplaza en las funciones del cargo.

11.1.6.3. Otros supuestos

11.1.6.3.1. La doble acefalía

El art. 88 de la CN previó la situación de que tanto el presidente como el vicepresidente se encuentren incursos en alguna de las cinco causales de acefalía, y prefirió asignar

⁵ Sagüés, Néstor Pedro, *ob. cit.*, t. 1, pág. 359.

al Congreso la competencia para resolver la sucesión y para determinar qué funcionario público habrá de desempeñar la presidencia hasta que haya cesado la causa de inhabilidad o un nuevo presidente sea electo.

11.1.6.3.2. La ley 20972 de acefalía

La ley detalla que, cuando la vacancia del Poder Ejecutivo sea transitoria y el vice no pueda suceder al presidente, el desempeño temporario del Poder Ejecutivo estará a cargo de alguno de los siguientes funcionarios, en el siguiente orden:

- 1) El presidente provisorio del Senado.
- 2) El presidente de la Cámara de Diputados.
- 3) El presidente de la Corte Suprema de Justicia.

El que asume, ejerce el poder “hasta que reasuma su titular” –art. 1, ley 20972–.

Llegado el caso de una vacancia permanente, la ley señala el mecanismo para la elección del presidente. En tal supuesto, hay dos etapas:

- 1) En la primera, el Poder Ejecutivo es ocupado transitoriamente por uno de los funcionarios mencionados en el art. 1 de la ley, y en el orden que ella consiga.
- 2) En la segunda etapa, el Congreso reunido en asamblea erigirá definitivamente al nuevo presidente, entre los senadores federales, diputados federales y gobernadores de provincia –art. 4, ley 20972–.

Por otra parte, el art. 4 de la ley 25716 –modificatoria de la ley 20972– añadió que, si al momento en que se produjera la doble acefalía existieren presidente y vicepresidente de la Nación electos, ellos asumirán los cargos vacantes, y que, en tal caso, el tiempo transcurrido desde la asunción prevista por esa ley hasta la iniciación del período por el que hayan sido electos no se computará a los efectos de la prohibición prevista por el art. 90, CN. Por lo cual, el presidente electo completará el período perteneciente al anterior presidente, sin contar ese lapso como parte de mandato alguno.

11.1.6.3.3. Vacancia de la vicepresidencia

Podría pasar que no se contara con la figura del vicepresidente por dos circunstancias:

- a) Porque habiendo presidente el vice incurre en alguna de las causales de acefalía, o
- b) Porque haya pasado a ejercer la presidencia ante una causal de acefalía que no permita al presidente regresar a sus funciones, o sea que el vice haya asumido como presidente.

La Constitución ha dejado un vacío respecto a qué sucede si no hay vicepresidente, por lo cual se abren varias posibilidades: por una parte, la Constitución no obliga expresamente a elegir un nuevo vicepresidente; por otra, tampoco prohíbe hacerlo.

11.2. Ministerios

11.2.1. Designación de los ministros

El art. 99, inciso 7, CN establece que el presidente de la Nación tiene la atribución de nombrar por sí y remover al jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros del despacho. Pensamos que no necesitaría refrendo de otro ministro, ya que la norma nada establece al respecto.

Distinto es lo que ocurre con el sistema parlamentarista y el sistema presidencialista norteamericanos, en donde en el primero, el primer ministro debe designar a su gabinete de acuerdo con la mayoría que prevalezca en el parlamento, es decir, debe realizar una selección que encuentra circunscripta, mientras que en el segundo sistema, el presidente designa a sus colaboradores, pero requiere para el nombramiento de estos el acuerdo del Senado.

Por otra parte, el art. 102, CN establece que cada ministro es responsable de los actos que legaliza y solidariamente de los que acuerda con sus colegas.

El profesor Barraza señala, en palabras de Matienzo, que "...la responsabilidad de los ministros puede hacerla efectiva el Congreso por medio del juicio político, imponiendo como sanciones la destitución y hasta la inhabilitación para ocupar otro empleo público, pero ya hemos visto que ningún ministro ha sido destituido por esa vía ... Es en definitiva el presidente, quien se encuentra en condiciones de hacer responsables a sus ministros por sus actos. Su pedido de renuncia no puede ser desoído y tiene, si es necesario, la facultad de removerlos. De este modo el presidente, ha podido salvar su propia responsabilidad política, trasladándola a sus colaboradores como responsables de su área y obrando su renuncia como fusible, que puede conjurar una crisis. Muchas tormentas políticas se han aplacado de ese modo..."⁶.

11.2.2. El jefe de gabinete de ministros

La figura del jefe de gabinete de ministros ha sido incorporada a nuestra CN con la finalidad de atenuar el sistema presidencialista. El miembro informante convencional radical Enrique Paixao señaló que la figura del jefe de gabinete tiene como finalidad desagregar las tradicionales facultades que estaban estructuradas en cabeza del presidente de la Nación, hecho que da mayor dinamismo y significa una atenuación de las facultades del presidente.

Así, en el art. 100, CN se creó el cargo de jefe de gabinete de ministros como institución destinada a coadyuvar al objetivo señalado precedentemente.

11.2.2.1. Las funciones constitucionales del jefe de gabinete

Al jefe de gabinete de ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, se atribuyen importantes funciones, entre ellas:

⁶ Barraza, Javier, *Manual de Derecho Administrativo*, LL, Buenos Aires, 2005, pág. 142.

- Ejercer la administración general del país. Sin embargo, el art. 99, inciso 1 establece que el presidente es el “responsable político de la administración”, con lo cual establece una diferencia entre “titularidad” y “ejercicio” de la administración.
- Expedir los actos y reglamentos necesarios para ejercer sus atribuciones y las que el presidente le delegue.
- Efectuar nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al presidente.
- Ejercer las funciones y atribuciones que le delegue el presidente de la Nación, y en acuerdo de gabinete resolver sobre las materias que le indique el Poder Ejecutivo, o por su propia decisión en el ámbito de su competencia.
- Coordinar, preparar y convocar las reuniones de gabinete, y presidirlas en caso de ausencia del presidente.
- Enviar al Congreso los proyectos de ley de ministerio y de presupuesto, previa aprobación del Poder Ejecutivo.
- Hacer recaudar las rentas y ejecutar la ley de presupuesto. Sin embargo, el art. 99, inciso 10 otorga al presidente la supervisión del ejercicio de estas atribuciones.
- Refrendar los decretos reglamentarios de leyes, los que dispongan las sesiones de prórroga o convoquen las extraordinarias del Congreso, y los mensajes presidenciales de iniciativa legislativa.
- Concurrir a las sesiones de las cámaras para participar en debates, sin voto.
- Presentar junto con los restantes ministros una memoria anual de los departamentos a su cargo.
- Producir informes y explicaciones verbales y escritas que cualquiera de las cámaras solicite al Poder Ejecutivo.
- Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas y, conjuntamente con los demás ministros, los decretos de necesidad y urgencia, y los que promulgan parcialmente leyes, los cuales debe someter personalmente a consideración de la Comisión Bicameral Permanente dentro de los diez días.
- Debe concurrir al Congreso cada mes, alternativamente a cada Cámara para informar sobre la marcha del gobierno.

Por otro lado, puede ser interpelado para una moción de censura por la mayoría absoluta del total de miembros de una cámara y ser removido por mayoría absoluta del total de miembros de ambas cámaras.

11.2.2.2. Relación entre el presidente y el jefe de gabinete

Entendemos que, como enseña el profesor Barraza,⁷ el jefe de gabinete de ministros está subordinado a las directivas presidenciales, ya que el presidente tiene para con el citado

⁷ Barraza, Javier, “El Jefe de Gabinete de Ministros”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, N° 21/23, 1998.

jefe un vínculo de superioridad jerárquica. El dato primordial para arribar a esta conclusión se encuentra en el art. 99, inciso 7, CN, el cual faculta al presidente de la Nación a designarlo y removerlo sin el concurso de ninguna voluntad política.

Sin perjuicio de ello, de varias normas constitucionales se desprende esa relación jerárquica:

- El art. 100, inciso 4, CN faculta al jefe de gabinete a ejercer las funciones y atribuciones que le delegue el presidente.
- El art. 99, inciso 10, CN dispone que el Poder Ejecutivo Nacional 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.
- El art. 99, inciso 17, CN prevé que el presidente de la Nación puede pedir al jefe de gabinete todos los informes que crea conveniente y este se encuentra obligado a darlos.

11.2.2.3. Relación del jefe de gabinete con los demás ministros

Podemos decir que el jefe de gabinete es un ministro de rango privilegiado. Así, el art. 100, inciso 5, CN dispone que, ante la ausencia del presidente, las reuniones de gabinete sean presididas por él.

El ejercicio de la administración general del país no está concedido a ningún otro ministro, lo cual implica una relación de superioridad respecto de los demás ministros.

El jefe de gabinete puede solicitar informes y, según su superioridad jerárquica, avocarse, salvo normas que expresamente lo prohíban.

Otro aspecto donde se observa disparidad entre las funciones del jefe de gabinete de ministros y los demás ministros es en lo concerniente a la legalización de los actos administrativos que emanan del Poder Ejecutivo Nacional. Así, la Constitución estipula expresamente en qué casos los reglamentos deberán contar con el refrendo del jefe de gabinete de ministros, a saber: decretos reglamentarios de las leyes, decretos que dispongan la prórroga de las sesiones extraordinarias, los mensajes del presidente que promuevan la iniciativa legislativa, los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso Nacional.

11.3. Reglamentos

El presidente de la Nación tiene la atribución para dictar cuatro clases de decretos o, mejor dicho, reglamentos. Ellos son: autónomos –art. 99, inciso 1, CN–, de ejecución –art. 99, inciso 2, CN–, de necesidad y urgencia (DNU) –art. 99, inciso 3, CN– y delegados –art. 76, CN–.

Jurídicamente, el reglamento goza de las prerrogativas de la ley. De ahí, por ejemplo, que, dentro de un juicio, la existencia del reglamento no esté sujeta a prueba. En los tribunales, los reglamentos tienen, en principio, la misma fuerza y valor que las leyes, y deben

ser aplicados e interpretados por los jueces de la misma manera que estas. Pero, al igual que la ley, la obligatoriedad del reglamento depende de que las etapas de su formación se hayan cumplido satisfactoriamente: promulgación y publicación, las respectivas reglas aplicables a la ley lo son igualmente al reglamento.

11.3.1. Reglamentos de ejecución

La Constitución prevé estos reglamentos en el art. 99, inciso 2, CN, al expresar que el presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones 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.

Así la Constitución confiere al presidente la facultad de producir normativa. Sin embargo, fija límites específicos.

El profesor Sanmartino señala que “Los reglamentos de ejecución se dictan para poner en práctica las leyes cuando ellas requieran alguna actividad del Poder Ejecutivo para su vigencia efectiva. Su misión es colaborar con la ley. Los reglamentos de ejecución establecen cómo se llevará a cabo la actividad de las dependencias administrativas para que la norma legal adquiera operatividad. Son el complemento indispensable para ejecutar y hacer cumplir la ley”⁸.

Sin perjuicio de ello, la falta de reglamentación no siempre impedirá la aplicación de la norma; para que esto último ocurra es menester que el reglamento sea indispensable para la ejecución de la ley.

11.3.2. Reglamentos autónomos

Estos reglamentos no están expresamente previstos en la Constitución y, por ende, en el plano doctrinal se discute su naturaleza. Sin embargo, coincidimos en que estos reglamentos son los que puede dictar el Poder Ejecutivo sobre materias acerca de las cuales tiene competencia exclusiva, de acuerdo a textos o principios constitucionales.

Fue el profesor Marienhoff quien empleó en nuestro país la locución “zona de reserva”, refiriéndola en primer lugar a la administración, para luego trasladarla a los otros poderes. Utilizó la “zona de reserva de la administración” para dar sustento constitucional a los reglamentos autónomos. En consecuencia, dicho autor sostuvo que los reglamentos autónomos son los que puede dictar el Poder Ejecutivo sobre materias acerca de las cuales él tiene competencia propia y exclusiva de acuerdo a la Constitución, como, por ejemplo, los reglamentos relacionados con la organización administrativa; el estatuto referente al personal civil de la administración; el que instituye el recurso jerárquico mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional ejercitará sus atribuciones de revocar, modificar o confirmar los actos administrativos que los particulares consideren lesivos para sus derechos, etc.

⁸ Sanmartino, Patricio, *Amparo y administración*, 1^a ed., t. 1., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, pág. 525.

Posteriormente, la CSJN receptó la mencionada teoría de la “zona de reserva de la administración” a partir de los pronunciamientos en el caso “Pazos”, del año 1995, en donde se encontraba de por medio la competencia de la administración para fijar escalas salariales a sus agentes. La Corte afirmó que, ante la ausencia de norma de rango legal, la autoridad administrativa podía en ejercicio de sus propias atribuciones dictar normas en la materia, facultades enmarcadas en la denominada “zona de reserva de la administración”, resultante de la CN del entonces art. 86, inciso 1, actual 99, inciso 1.

El profesor Sanmartino considera que estos reglamentos podrán ser dictados en el ámbito doméstico de la administración bajo determinadas condiciones, a saber:⁹

- Mientras que no limite derechos fundamentales, ya que para eso es necesaria una ley del Congreso.
- Que el ejercicio de la potestad organizativa no esté reservada específicamente a una ley.
- Que el reglamento se dicte bajo la condición de que, sancionada una ley sobre la misma materia, se extinga.

Desde otro punto de vista, el profesor Barraza analiza estos reglamentos señalando que: “Por lo demás, los reglamentos autónomos pueden ser dictados desde la reforma constitucional por el jefe de gabinete de ministros, en tanto que el presidente de la Nación, también podría dictarlos, claro está, que esto debe ser entendido de una manera sumamente restrictiva. Puesto que la Constitución Nacional ha atribuido expresamente la facultad al aludido jefe de expedir los actos y reglamentos para el ejercicio de las facultades conferidas por el art. 100 y las que le delegue el presidente de la Nación, mas debe tenerse presente que el presidente de la Nación, al ser responsable político de la administración general del país y ostentar una relación de jerarquía con respecto al precitado jefe, podría sostenerse válidamente la avocación, pero siempre de forma limitada”¹⁰.

11.3.3. Reglamentos de necesidad y urgencia

Estos reglamentos han sido incorporados expresamente a la CN a través de la reforma operada en el año 1994, zanjando toda cuestión acerca de la habilitación del Poder Ejecutivo para emitirlos o no.

Así, encontramos que el art. 99, inciso 3, párr. 2, CN establece que “el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

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 de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuer-

9 Sanmartino, Patricio, *ob. cit.*, pág. 530.

10 Barraza, Javier, *ob. cit.*, en nota 6, pág. 228.

do general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros...”.

Como regla general, la Constitución marca la prohibición, para el Poder Ejecutivo, de emitir disposiciones de carácter legislativo, bajo pena de nulidad absoluta e insanable. Pero a renglón seguido encontramos la excepción a esa regla, que se encuentra dada por “circunstancias excepcionales” que “hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución para la sanción de las leyes”.

Ahora bien, el problema radica en determinar qué debe entenderse por “circunstancias excepcionales”.

Mientras parte de la doctrina toma como referencia el presupuesto receptado por la Corte Suprema en el fallo “Peralta”¹¹, el cual considera una situación de grave riesgo social que requiera de medidas súbitas para proveer de la manera más inmediata la continuidad de la vida del estado, otro sector considera, por el contrario, una menor severidad en las exigencias, ya que bastaría una situación no ordinaria o no conforme con el curso regular de los acontecimientos de la vida social.

En el precedente “Verrochi”¹², la Corte Suprema sostuvo que la situación que requiere solución legislativa debe presentar una urgencia tal que requiera ser solucionada inmediatamente, en un plazo no compatible con el que demanda el trámite normal de las leyes. Además, la Corte enfatizó que corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto.

En otro precedente, “Consumidores argentinos”¹³, la Corte reafirmó el control judicial de los DNU en la plena vigencia de la división de poderes plasmada en nuestra CN y atendiendo al control recíproco de los órganos del estado, como un mecanismo indispensable para el mantenimiento del equilibrio en un estado de derecho. Es así que los tribunales tienen la atribución de constatar en cada caso concreto la existencia del “estado de necesidad y urgencia” como presupuestos fácticos habilitantes por la norma para la emisión de estos reglamentos. Por otra parte, señaló que el Poder Ejecutivo debe acreditar acabadamente, con elementos convincentes, la existencia de dichos presupuestos.

Por otra parte, la CN consagra como un límite material de los DNU las materias penal, tributaria, electoral, o el régimen de los partidos políticos. La incursión en alguna de esas materias determina la inconstitucionalidad del reglamento.

En otro orden de ideas, la manda constitucional dispone que los DNU sean decididos por acuerdo general de ministros, quienes deben refendarlos. Ahora bien, la Constitución nada indica acerca de si debe existir unanimidad o basta la mayoría absoluta de los miembros presentes dentro del cuerpo colegiado gabinete de ministros. Consideramos acertada la postura abonada

11 Fallo: 313:1513.

12 Fallo: 322:1726, consid. 9.

13 Fallo: 333:633, 19/5/2010

por Sanmartino¹⁴, quien se inclina por la posición que considera necesaria la existencia de unanimidad de los ministros, debido a la excepcionalidad en el dictado de dichos reglamentos.

El control por el Congreso: la Constitución establece que los DNU serán remitidos al Congreso para su ratificación dentro de los diez días corridos desde su dictado, bajo pena de nulidad. Si bien doctrinariamente se ha considerado que el retardo en la remisión constituye un incumplimiento esencial que puede determinar su nulidad absoluta, a raíz del dictado de la ley 26122 –consagratoria del régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de las leyes–, dispone que, en caso de que el jefe de gabinete no remita el DNU en el plazo establecido –diez días– a la Comisión Bicameral Permanente, dicha comisión se avocará de oficio a su tratamiento.

La Comisión Bicameral Permanente creada mediante la ley 26122 en el año 2006 –doce años después de la reforma constitucional– tiene un plazo de diez días hábiles contados desde la presentación efectuada por el jefe de gabinete para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración y elevar el dictamen al plenario de cada una de las cámaras. Una vez elevado, las cámaras deben darle inmediato y expreso tratamiento. No pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, ya que deben circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes. Según se establece en la ley, el rechazo por ambas cámaras del Congreso implica la derogación del DNU, quedando a salvo los derechos que se hubieran adquirido durante su vigencia.

11.3.4. Reglamentos delegados

Los reglamentos delegados son normas generales dictadas por el Poder Ejecutivo sobre la base de una autorización o habilitación del Poder Legislativo, regulando materias que, en principio, serían competencia propia del Congreso.

Es dable hacer una distinción entre legislación delegante –que es la que emite el órgano que delega “el Congreso”– y legislación delegada –que es la que nace como fruto de la delegación, emitida por el presidente o el órgano administrativo que corresponda–. Juntas forman, finalmente, una sola pieza legislativa –el reglamento delegado–.

El art. 76, CN establece que 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.

Tenemos, entonces, nuevamente como principio general la prohibición para parte del Poder Ejecutivo de emitir disposiciones de carácter legislativo.

Sin embargo, la regla que prohíbe la transferencia del ejercicio de funciones legislativas al Poder Ejecutivo tiene dos importantes excepciones: que la delegación concierna a “materias determinadas de administración” o “situaciones de emergencia pública”.

En relación con las materias de administración, se alude a aquellas parcelas de la función administrativa cuya regulación jurídica caiga bajo la reserva de ley, por lo que queda

14 Sanmartino, Patricio, *ob. cit.*, pág. 538.

comprendida la materia administrativa expresamente atribuida por la Constitución al Congreso de la Nación, enumerada hoy por la ley 25148, art. 2¹⁵.

En cuanto a la excepción concerniente a situaciones de emergencia pública, abonamos la posición que considera que tal emergencia debe ser pública y general, susceptible de afectar la subsistencia del estado y que ella sea reconocida y declarada por el Congreso.

Una vez reunidos cualquiera de los dos presupuestos, “la materia de administración” o “la situación de emergencia”, es, además, necesario que la norma delegante fije un plazo para el ejercicio de la facultad delegada, es decir que el Poder Ejecutivo dicte el reglamento dentro de ese plazo y que la norma delegante cumpla con el principio de “claridad”¹⁶, es decir que las bases de la delegación no deben formularse con un lenguaje “demasiado genérico e indeterminado”, ya que en ese supuesto la delegación no confiere atribuciones más extensas, sino, al revés, a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Poder Ejecutivo ejercer válidamente. A estos dos requisitos se le debe agregar otro, de carácter formal, previsto, no en el art. 76, CN, sino en el art. 100, inciso 12 de la Constitución: los decretos que ejercen facultades delegadas deberán ser refrendados por el jefe de gabinete y sometidos al control de la comisión bicameral.

Como corolario, señalamos que la Corte Suprema sostiene, con remisión al dictamen del procurador general, que las atribuciones especiales que el Congreso otorga al Poder Ejecutivo para dictar reglamentos delegados pueden ser subdelegadas por este en otros órganos o entes de la administración pública, siempre que en la política legislativa haya sido claramente establecida¹⁷.

11.4. Caracterización de la actividad administrativa

La actividad administrativa ha sido motivo de profundos estudios que dividen la doctrina de todo el mundo y de todas las épocas, lo que se pone de relieve en una variada gama de teorías.

15 La ley 25148 ratificó en el Poder Ejecutivo la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994. Art. 2: a los efectos de esta ley, se considerarán materias determinadas de administración las que se vinculen con: a) La creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y toda otra entidad que por disposición constitucional le compete al Poder Legislativo crear, organizar y fijar sus atribuciones. Quedan incluidos en el presente inciso el correo, los bancos oficiales, entes impositivos y aduaneros, entes educacionales de instrucción general y universitaria, así como las entidades vinculadas con el transporte y la colonización; b) La fijación de las fuerzas armadas y el dictado de las normas para su organización y gobierno; c) La organización y atribuciones de la jefatura de gabinete y de los ministerios; d) La creación, organización y atribuciones de un organismo fiscal federal, a cargo del control y fiscalización de la ejecución del régimen de coparticipación federal; e) La legislación en materia de servicios públicos, en lo que compete al Congreso de la Nación; f) Toda otra materia asignada por la CN al Poder Legislativo, que se relacione con la administración del país.

16 Fallos: 330:1855.

17 Fallos: ídem anterior.

Sin perjuicio de ello, y dando por sentado los principios y conceptos propios de la división de poderes, debemos destacar que cada uno de los tres órganos del estado –Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial– no se limita a cumplir con la función específica que la norma constitucional le ha asignado, sino que también realiza actividades propias de los otros dos órganos, las que en definitiva sirven de complemento para que pueda desarrollar su actividad principal.

11.4.1. La función legislativa

La función legislativa es la que se da cuando el órgano legislativo procede al dictado de normas generales y obligatorias, conforme un procedimiento consignado en la CN. Es la función propia del órgano legislativo.

Sin embargo, podemos distinguir en cada tipo de función tres aspectos: sustancial, orgánico y procedural:

- a) El aspecto sustancial está dado por la elaboración y sanción de las leyes.
- b) El aspecto orgánico se caracteriza por ser la actividad originaria, privativa, especializada y, en principio, indelegable del órgano legislativo –salvo los arts. 76 y 99, inciso 3, CN correspondiente a los reglamentos delegados y DNU, respectivamente–.
- c) La cuestión procedural es la sucesión de actos que deben cumplirse a los fines de la sanción de la ley según lo establecen los arts. 77 a 84, CN. Con relación a este último aspecto, cabe señalar que se encuentra caracterizado por el debate y la decisión de la mayoría como formas previas a la sanción de la ley, operando como garantía y expresión de los principios democráticos.

11.4.2. La función jurisdiccional

La función jurisdiccional se pone de manifiesto cuando un órgano imparcial e independiente resuelve un conflicto con fuerza de verdad legal, dado que ello es la característica principal de este tipo de función. Es la función propia del órgano judicial y se desarrolla teniendo en cuenta el pasado, aplicando la ley respecto de casos concretos, cuando esta ha sido violada o al menos se aduce que lo fue.

- a) El aspecto sustancial de esta función se encuentra dado por la resolución de una controversia entre partes con fuerza de verdad legal.
- b) El aspecto orgánico se presenta con la actuación de un tercero imparcial e independiente, con relación a las partes. Este es, en el ámbito nacional, la CSJN y los demás tribunales inferiores, conforme lo estipula el art. 116, CN.
- c) El aspecto procedural estará dado por el delineamiento de un proceso, conforme los códigos procedimentales –Procesal Civil y Comercial, Procesal Penal, etc.–.

11.4.3. La función administrativa

La función administrativa es la actividad característica de la administración –administrar–. Se entiende por ello, decidir y llevar a cabo la correcta disposición de los medios convenientes y necesarios para alcanzar el resultado esperado y que se concreta a partir de cada toma de decisiones, gran parte de ellas generadoras, modificatorias o finalizadoras de relaciones jurídicas entre la administración y los administrados.

- a) El aspecto sustancial estará dado por esa actividad concreta, inmediata y práctica destinada primordialmente a la satisfacción del bien común o interés general que se pone de manifiesto principalmente en el dictado de actos administrativos, entre los cuales se incluyen los contratos de igual carácter.
- b) El aspecto orgánico está representado por un aparato que no se agota en el denominado “Poder Ejecutivo” –al cual le hemos asignado, desde el comienzo del presente capítulo, el carácter de unipersonal–, sino que también se encuentra representado por los órganos y entes que dependen de este. Recibe esta estructura el nombre genérico de “administración pública”.
- c) El aspecto procedural estará representado, precisamente, por el denominado “procedimiento administrativo”. En el orden nacional contamos con la ley nacional de procedimientos administrativos, ley 19549 y su decreto reglamentario.

11.4.4. Las notas distintivas de la función administrativa

Como notas distintivas de la función administrativa, podemos señalar la búsqueda de la satisfacción o bienestar general de los administrados a través de la actividad administrativa.

En segundo lugar, dentro de la estructura de la administración, aparece el llamado “principio de jerarquía”, ajeno a la función legislativa y jurisdiccional, que constituye un rasgo característico de la función administrativa. Este principio halla su magnitud en el art. 2 del reglamento de procedimientos administrativos aprobado por el decreto 1759/1972¹⁸.

Finalmente, podemos señalar que la actividad administrativa posee lo que se denomina “exorbitancia”. Se entiende por ello el régimen que representa el derecho común de la administración pública, constituido por lo que llamamos prerrogativas –para la administración– y garantías –para los particulares–, donde en principio queda excluida la aplicación del derecho privado¹⁹.

18 Art. 2, D. 1759/1972: “Los ministros, secretarios de la Presidencia de la Nación y órganos directivos de entes descentralizados podrán dirigir o impulsar la acción de sus inferiores jerárquicos mediante órdenes, instrucciones, circulares y reglamentos internos, a fin de asegurar la celeridad, economía, sencillez y eficacia de los trámites; delegarles facultades; intervenirlos; y avocarse al conocimiento y decisión de un asunto a menos que una norma hubiere atribuido competencia exclusiva al inferior. Todo ello sin perjuicio de entender eventualmente en la causa si se interpusieren los recursos que fueren pertinentes”.

19 Comadira, Julio Rodolfo, *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1996, pág. 10.

11.4.5. La actividad administrativa en los órganos judicial y legislativo

Los órganos legislativo y judicial residualmente desarrollan actividad administrativa para poder cumplir con sus fines. Así, dentro de ellos, se procede al dictado de actos administrativos, a la celebración de contratos regidos por el derecho administrativo y su personal estará vinculado por la vigencia de normas propias del derecho público. Representa ello una actividad complementaria a la principal.

Resulta así indispensable que tanto el órgano judicial como legislativo desarrollen esta actividad materialmente administrativa, la cual resulta obviamente distinta a la que constitucionalmente y en forma principal se le ha asignado; tiene un régimen similar al de la función administrativa, ya que, en principio, no existiría razón para que estén regidos por principios distintos.

11.4.6. La actividad jurisdiccional y legislativa dentro de la administración

De la misma manera que en los órganos legislativo y judicial se desarrolla actividad administrativa, dentro del seno de la administración se desarrolla actividad materialmente legislativa y materialmente jurisdiccional.

Con relación a la actividad legislativa, ella se pone de manifiesto con el dictado de reglamentos por parte de los órganos administrativos, los que tienen en común con la ley su carácter de general y obligatorio. La diferencia sustancial con las leyes en sentido material es que estas son producto de la verdadera función legislativa y, por lo tanto, emanen del Congreso de la Nación de acuerdo con el procedimiento señalado por la CN.

Con relación a las funciones jurisdiccionales, afirmamos que dentro del seno de la administración se produce su ejercicio por el funcionamiento de tribunales administrativos –como es el caso del Tribunal Fiscal de la Nación–, como por el funcionamiento de los entes reguladores o de control de los servicios públicos privatizados. La CSJN ha reconocido este tipo de actividad en el célebre caso “Fernández Arias c/Poggio”²⁰.

11.5. Acto administrativo

El acto administrativo es uno de los productos que nacen del desenvolvimiento de la función administrativa. Allí donde esta se desarrolle, sea mediante órganos estatales, o mediante entes no estatales, habrá actos administrativos, y si hay actos administrativos se regirán por las normas que condicionan su validez, operando como garantía esencial a favor de los particulares y como garantía de eficacia en la satisfacción del interés público.

Podemos afirmar que el acto administrativo desde su notificación modifica situaciones jurídicas, ya sea otorgando situaciones favorables como desfavorables para los particulares –o

20 Fallos: 247:646.

administrados-. La jurisprudencia es clara al respecto cuando señala que la calidad de acto administrativo en sentido técnico queda reservada para las decisiones que por sí mismas generan efectos jurídicos para terceros, por lo que resultan excluidos los actos que, no obstante producir efectos, incluso directos, en el ámbito interno de la administración –por ej., un informe o un dictamen vinculante– carecen de tales consecuencias en el ámbito externo de esta.

Señala el profesor Sanmartino²¹ que el acto administrativo cumple una misión decisiva en el estado de derecho, ya que condiciona la legitimidad de los efectos prácticos del ejercicio de la función administrativa a la emisión previa de una declaración formalizada –acto administrativo– que, a la vez, se debe adecuar, como requisito de validez, a un riguroso elenco de reglas sustanciales y formales –que se encuentran en los arts. 7 y 8 de la ley nacional de procedimientos administrativos²²–.

Así entendido, el acto administrativo se convierte en el instrumento por el cual la función administrativa se concretiza formalizando el acceso a los bienes jurídicos que asegura el bloque de constitucionalidad, convirtiéndose en una garantía primaria para la concreción práctica, inmediata, directa y permanente del interés público comprometido con la efectividad de los derechos humanos fundamentales.

11.6. Procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo se halla representado por un conjunto de actos, combinados entre sí, que representan el camino que inexorablemente debe transitarse para llegar al dictado de un acto administrativo definitivo, célula motora de la función, que permite a la administración concretar la satisfacción de necesidades colectivas –art. 7, inciso d, ley 19549²³–. Asimismo, el dictado del acto definitivo, en tanto y en cuanto el procedimiento administrativo permita articular mecanismos de control, puede dar lugar al inicio de un procedimiento administrativo de impugnación de dicho acto, el cual también forma parte de la función o actividad administrativa. El medio para esto último son, precisamente, los llamados “recursos administrativos”.

11.6.1. Principios del procedimiento administrativo

Los principios del procedimiento administrativo cumplen funciones relacionadas, por una parte, con la tutela de los derechos del administrado, y por la otra, aseguran la sumisión de la administración a la ley y contribuyen decisivamente con la eficacia de la administración pública.

A continuación, enumeraremos sucintamente algunos de los principios que forman parte del procedimiento administrativo.

21 Sanmartino, Patricio, *ob. cit.*, pág. 244.

22 Ley 19549.

23 Canosa, Armando, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, pág. 57/58.

11.6.1.1. Principio de legalidad o juricidad

La CSJN ha tenido ocasión de establecer que “es inherente al ejercicio de la actividad administrativa que esta sea desempeñada conforme a la ley, pues constituye una de las expresiones del poder público estatal, que tiene el deber de someterse a ella. En esa sujeción al orden jurídico radica una de las bases del estado de derecho, sin la cual no sería factible el logro de sus objetivos...”²⁴.

La locución “juricidad” fue empleada por el profesor Comadira para señalar que el accionar de la administración pública en la procura del bien común supone, necesariamente, el respeto del orden jurídico, predicable no solo para el procedimiento recursivo sino en general para todo el procedimiento administrativo.

Por su parte, la Procuración del Tesoro de la Nación –PTN– ha sostenido que el Ejecutivo está también obligado al respeto de la juricidad, noción más amplia que la simple legalidad y que engloba la Constitución y los principios generales del derecho. La juricidad se aplica a todos los actos de la administración, inclusive a los actos reglamentarios²⁵.

11.6.1.2. La verdad jurídica objetiva

Según este principio, el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda de la verdad material, de la realidad y sus circunstancias tal cual son, independientemente de cómo hayan sido alegadas y, en su caso, probadas por las partes.

La mención de la verdad jurídica objetiva como fin de la actividad instructoria de la administración está expresamente contenida en la ley nacional de procedimientos administrativos –LNPA– art. 1, inciso f, ap. 2, y en el reglamento de la respectiva ley, art. 48.

Ella se desprende, asimismo, de la cláusula legal que permite incluir como objeto del acto administrativo las peticiones no propuestas –art. 7, inciso c–, y de diversas disposiciones reglamentarias que otorgan facultades instructorias amplias a la autoridad administrativa, por ejemplo, arts. 46, 48 y 78 del reglamento de la ley nacional de procedimientos administrativos.

11.6.1.3. Impulsión e instrucción de oficio

Este principio significa que corresponde a la autoridad administrativa adoptar los recaudos conducentes a la impulsión del procedimiento, hasta el dictado del acto final, y, asimismo, desarrollar la actividad tendiente a reunir los medios de prueba necesarios para su adecuada resolución²⁶.

24 Fallos: 315:2771.

25 Dictámenes: 128:526 y 129:141.

26 La Procuración del Tesoro de la Nación ha mencionado la impulsión e instrucción de oficio como principio del procedimiento administrativo, por ejemplo, en dictámenes: 94:172; 160:24 (pto. III.2); 166:238 (pto. IV), entre otros. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires le ha asignado, asimismo, esa calidad: SCBA, “Gómez, Roberto c/Provincia de Buenos Aires”, 9/12/1980, DJBA, 120-163.

Este principio está expresamente acogido por la LNPA –art. 1, inciso a–, cláusula en la que, además, se deja a salvo la intervención que pueda corresponder a los interesados.

El RLNPA incluye, asimismo, disposiciones que encuadran en el principio de la oficialidad. Así, el art. 4, después de establecer que las actuaciones administrativas deben impulsarse de oficio, sin que ello obste a que el interesado también lo inste, manifiesta una excepción de ese principio respecto de los trámites en los que medie el solo interés privado del administrado, a menos que, aun en ese supuesto, la resolución a dictarse pudiere llegar a afectar de algún modo el interés general.

11.6.1.4. Informalismo

La CSJN ha dicho que en nuestro sistema no hay estructuras sacramentales para los reclamos efectuados por la vía administrativa, sino que se admite el principio del formalismo moderado en que el particular puede actuar sin patrocinio letrado, de modo que es el propio ordenamiento el que ofrece mecanismos tuitivos de la defensa en juicio y el debido proceso²⁷.

La LNPA consagra este principio en su art. 1, inciso c), el que autoriza la excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales que puedan ser cumplidas posteriormente.

27 Fallos: 315:2762.

CAPÍTULO XII

El Poder Judicial en la Constitución

ALBERTO AGUSTÍN LUGONES¹

12.1. Introducción

El sistema republicano de gobierno federal adoptado por nuestra CN supone la existencia de tres poderes del estado que interactúan de conformidad con las funciones que les son propias, y conforman con su accionar conjunto la actuación del estado.

La CN, en diversas normas, se refiere al Poder Judicial de la Nación –o Federal Sección Tercera, arts. 108 a 119– y al Poder Judicial de las provincias –arts. 5 y 75, inciso 12–.

El art. 108, CN reformada en 1994 establece 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”.

La reglamentación del Poder Judicial surge de la ley 27 y del decreto-ley 1285/1958 –Reglamento de la justicia nacional–. Este último establece que “El Poder Judicial de la Nación será ejercido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales nacionales de la Capital Federal y los tribunales nacionales con asiento en las provincias y territorio nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur” –art. 1–, y el art. 23, reformado por la ley 15271, establece: “Facúltase a la Corte Suprema de Justicia a dividirse en salas, de acuerdo al reglamento que a tal efecto dicte. Basta que el mismo no esté en vigencia, las decisiones de la Corte Suprema se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los jueces que la integran, siempre que estos concordaren en la solución del caso; si hubiere desacuerdo, se

1 Profesor adjunto regular de “Derecho Constitucional”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Profesor adjunto regular de “Instituciones del Derecho Público”, Facultad de Ciencias Económicas (UBA). Profesor de posgrado, Facultad de Derecho (UBA). Subdirector y docente de la especialización “Derecho Constitucional de integración judicial”, Facultad de Derecho, Departamento de posgrado (UBA), dictada en la ciudad de Posadas, provincia de Misiones. Juez de la Sala II de la Cámara Federal de San Martín, provincia de Buenos Aires.

requerirán los votos necesarios para obtener la mayoría absoluta de opiniones. La Corte actuará en tribunal pleno en los asuntos en que tiene competencia originaria y para resolver las cuestiones de constitucionalidad”.

Asimismo, la ley 27, al organizar la justicia nacional, establece en su articulado que “La justicia nacional se ejercerá por medio de una Corte Suprema de Justicia, compuesta de cinco ministros y un procurador general” –art. 6–.

La ley 24050 establece que la Corte “...conocerá, en materia penal, con arreglo a lo establecido en el art. 24 del decreto-ley 1285/58, ratificado por ley 14467 y disposiciones modificatorias...” –art. 6–.

12.2. La Corte Suprema de Justicia de la Nación

12.2.1. Creación

Al momento de la instalación de la Corte Suprema, el presidente Mitre dijo a los gobernadores de las provincias, el 16 de enero de 1863, “De hoy en adelante, la propiedad particular, la seguridad individual, los derechos todos que la Constitución acuerda a los habitantes de la República, sin distinción alguna, colocados al abrigo de un poder moderador, estarán garantidos contra las invasiones a que la exaltación de las pasiones políticas tan fácilmente pueden conducir a los poderes públicos, induciéndolos a ultrapasar el límite de sus atribuciones respectivas. En tales referencias iniciales a la labor de la Corte Suprema de Justicia se encuentran concretados los aspectos esenciales del papel fundamental que en la vida institucional y política se asignaba al tribunal”².

12.2.2. Designación de sus integrantes

Cabe consignar que la facultad de proponer a los jueces de la Corte Suprema es exclusiva del Poder Ejecutivo, con el solo límite –ficticio o discutible– de superar las posibles impugnaciones que pudieran surgir del cumplimiento con el decreto 588/2003, dictado bajo el entonces presidente Néstor Kirchner, el cual dispuso que, previo a la remisión del pliego al Senado de la Nación, se debía proceder a dar conocimiento a la ciudadanía y disponer un período de impugnación del postulante. Pasada esta etapa, y de no existir motivos que pudieran obstarlo, se procedía a la remisión del pliego.

Una vez en el Senado de la Nación, el expediente ingresa por mesa de entrada; en una sesión del pleno del cuerpo se le da ingreso formal y se lo remite a la Comisión de acuerdos, donde se fija una audiencia pública para examinar al postulante respecto de distintas cuestiones que tienen que ver con sus posiciones jurídicas, asimismo, respecto de posibles impugnaciones o cuestionamientos si han sido formulados en su contra. Luego de ello,

2 Barrancos y Vedia, Fernando N., “La Corte Suprema de Justicia en la historia constitucional argentina”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, t. XXVIII, Buenos Aires, 1999, pág. 203.

la comisión emitirá dictamen y remitirá al pleno del cuerpo donde en una sesión especial pública deberá prestarse conformidad al nombramiento con una mayoría calificada de dos tercios de los miembros presentes –art. 99, inciso 4, CN–.

Una vez emitido el acuerdo por el Senado, se devuelve el expediente al Poder Ejecutivo donde el presidente de la Nación emitirá un decreto designando al magistrado en el cargo.

Dicha etapa de este acto complejo concluirá con el juramento y la toma de posesión del cargo del magistrado. Desde ese momento, todo magistrado permanecerá en su cargo mientras dure su buena conducta –art. 110, CN–. Esta expresión constitucional dio origen al concepto que se conoce como “inamovilidad en el cargo”.

Ese concepto de inamovilidad ha sufrido algún tipo de limitación a partir de la reforma constitucional del año 1994, ya que el art. 99, inciso 4, tercer párrafo dispone que, una vez cumplidos los setenta y cinco años de edad, se exigirá un nuevo nombramiento –propuesta del Poder Ejecutivo y nuevo acuerdo del Senado que se limitará a un plazo de cinco años– al magistrado.

12.2.3. Juramento

En lo que se refiere al juramento de los ministros de la Corte Suprema, hay que tener en cuenta lo que prescribe el art. 112, CN. En su primera integración los magistrados prestarán juramento ante el presidente de la Nación. Luego, y en lo sucesivo, los magistrados lo prestarán ante el presidente de la misma Corte.

12.2.4. El presidente de la Corte Suprema. Su nombramiento

El presidente de la Corte Suprema, en la primera etapa de su funcionamiento, era propuesto por el presidente de la Nación. Luego, como ocurre en la actualidad, el presidente es elegido por el voto de sus colegas por un período de tres años, reelegible sin limitación alguna –art. 1, ley 23744 que sustituyó el art. 25 del decreto-ley 1285/1958–.

12.2.5. Requisitos para ser juez de la Corte Suprema

Para ser juez de la Corte Suprema se requiere –art. 111, CN– ser abogado de la Nación con un mínimo de ocho (8) años de ejercicio de la profesión. Además, debe cumplir con los requisitos para ser senador nacional –art. 55, CN– es decir, tener la edad mínima de treinta (30) años y ser ciudadano argentino.

12.2.6. La “supremacía” de la Corte “Suprema”

Conforme sostiene el doctor Alberto Dalla Vía, la parte orgánica de nuestra CN utiliza la expresión “suprema” solo en dos oportunidades: cuando se refiere al presidente de

la Nación como “jefe supremo de la Nación” y luego cuando, en el capítulo primero de la sección tercera, se refiere al único tribunal creado por la propia Constitución y cabeza del Poder Judicial como “Corte Suprema”³.

Adquiere el reconocido carácter de supremo por ser el superior tribunal de justicia de la Nación y por ser cabeza de un poder del estado.

Continúa el doctor Barrancos y Vedia en la obra citada: “La Corte Suprema, además de ser el máximo tribunal de justicia del país, es la cabeza del Poder Judicial de la Nación y en tal carácter su función más firme y delicada consiste en controlar la actividad de los otros órganos para evitar sus posibles excesos, e impedir sus desbordes, ejerciendo así su primordial atribución moderadora en el funcionamiento del Estado, asegurando el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

A partir del caso ‘Elortondo’ –Fallos: 33:62–, la Corte establece que ‘es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella; constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial Nacional y una de las mayores garantías con que se han entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos...’⁴.

Este carácter supremo, como máximo tribunal del estado, no se ha visto limitado, conforme mi criterio, por la nueva redacción del art. 75, inciso 22, segunda parte de la CN, que reconoce jerarquía equivalente a los tratados sobre derechos humanos, habida cuenta de que en el ámbito interno sigue siendo la Corte el último contralor sobre la supremacía constitucional. Asimismo, porque el control de convencionalidad corresponde sea ejercido por los distintos tribunales inferiores en el ámbito de su jurisdicción y por la propia Corte Suprema como última instancia de revisión absoluta.

12.3. Los tribunales inferiores

Además de la Corte Suprema como “cabeza” del poder judicial, existen, por creación del Congreso Nacional a través de leyes, los tribunales federales de primera instancia –juzgados– y de segunda instancia –cámaras de apelaciones– y tribunales de juzgamiento de delitos –tribunales orales federales–.

Además de los tribunales federales en la Ciudad de Buenos Aires, los hay en el territorio de cada provincia para ejercer jurisdicción en los casos que, por razón de materia, personas o lugar, son de competencia federal.

Una adecuada explicación de la división territorial nos lleva a sostener que los tribunales inferiores a que alude el art. 108, CN y que conforman la Justicia Federal se distribuyen

3 Dalla Vía, Alberto, Ricardo, *Manual de Derecho Constitucional*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, pág. 572.

4 Barrancos y Vedia, Fernando N., *ob. cit.*

a razón de, por lo menos, un juzgado federal en cada provincia. A eso se le debe sumar la existencia de un tribunal oral federal por lo menos en cada una de ellas.

Cabe indicar que, a través de diversas leyes, se han creado quince (15) cámaras federales –en actividad– en el interior del país, en las ciudades de Posadas, Corrientes, Resistencia, Paraná, Rosario, Salta, Tucumán, Córdoba, Mendoza, General Roca, Comodoro Rivadavia y, en la provincia de Buenos Aires, en las ciudades de San Martín, La Plata, Mar del Plata y Bahía Blanca –además se han creado dos cámaras federales, que aún no se han puesto en funcionamiento, en San Justo, provincia de Buenos Aires y en Comandante Piedrabuena, provincia de Santa Cruz–.

Desde la reforma judicial operada por la ley 23984, la instrucción de los casos criminales ha quedado en manos de los juzgados de instrucción y el juicio ha quedado a cargo de los tribunales orales. Lo mismo ocurre con los juzgados y tribunales orales de la justicia llamada “nacional” de la Capital Federal.

En los delitos correccionales, instruyen y juzgan los juzgados de primera instancia. Luego del precedente “Llerena” de la CSJN⁵, se estableció que debía conocer un juez distinto al que intervino en la instrucción.

12.3.1. Los jueces de la Capital Federal. La situación antes y después de la reforma constitucional de 1994. Art. 129, CN

Debe consignarse que en la Capital Federal el Poder Judicial de la Nación está compuesto por la justicia federal y por la justicia nacional de la Capital Federal, la cual, conforme la CSJN, debe ser equiparada a la federal por su origen, porque sus jueces son designados por el gobierno nacional, el presidente, con acuerdo del Senado de la Nación y, a partir del año 1994, con previa intervención del Consejo de la Magistratura.

Con la autonomía lograda por la Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994 y el posterior dictado de su estatuto organizativo y un Poder Judicial propio, se ha abierto la discusión de si la justicia “nacional” debe dejar de ser tal y corresponde transferirla a la Ciudad Autónoma.

12.4. El juez

12.4.1. Garantías de independencia y eficacia

El Poder Judicial es ejercido a través de jueces con diversas funciones según la instancia donde les toque ejercer su tarea, quienes son los detentadores del *imperium* necesario para ejercer tal función.

⁵ L.486. XXXVI. Recurso de hecho “Llerena, Horacio Luis s/abuso de armas y lesiones”, 17/5/2005.

No es posible discutir que la labor del magistrado siempre se encontrará acompañada por la incansable tarea de su equipo de colaboradores inmediatos, quienes van a resultar sustanciales para la buena labor del magistrado.

A ello hay que agregar que, desde sus orígenes hasta la actualidad, el contexto político no es el mismo, lo que obliga a un replanteo permanente de las funciones estatales.

De lo dicho se infiere que la función jurisdiccional no ha resultado ajena a este proceso y que el juez de nuestros días vislumbra ante sí un escenario diferente en el cual debe actuar.

No obstante lo apuntado, el rol del juez debe adecuarse a los límites materiales de nuestra CN, especialmente respecto al sistema republicano de gobierno, y no invadir la esfera de otros poderes aunque interactúen con su funcionamiento. También debe adecuarse al sistema democrático, facilitando el acceso a la justicia y corrigiendo las inequidades.

12.4.2. El juez en la justicia nacional. Funciones y garantías

No solo debe garantizarse la independencia colectiva, es decir, del Poder Judicial en su conjunto, sino que también debe garantizarse una independencia interna y personal que recaiga sobre los magistrados. El juez “tiene que estar libre de influencias e intervenciones extrañas, tanto si provienen del Gobierno, del Parlamento, del electorado o de la opinión pública”.

Un fragmento extraído de un comentario relativo a los principios de Bangalore⁶ plantea que “es fundamental que los jueces sean independientes y se les vea como tales. Nos hemos acostumbrado a la noción de que la independencia judicial incluye la independencia respecto de los dictados del poder ejecutivo [...] Pero las decisiones modernas son tan variadas e importantes que debe propiciarse la independencia respecto de toda influencia que pueda tender, o que razonablemente pueda pensarse que tienda, a una falta de imparcialidad en la adopción de decisiones. La independencia respecto del poder ejecutivo es básica para este concepto, pero ha dejado de ser la única independencia que importa”.

La independencia que se otorga a los jueces no constituye un privilegio ni beneficio personal sino que existe en pos de un único beneficio: el de los justiciables.

La Convención Americana de Derechos Humanos establece en su art. 8.1 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”.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 14.1, también consagra la independencia e imparcialidad de los jueces y dispone: “Toda persona

6 Los principios de Bangalore –India– sobre conducta judicial fueron aprobados por el Consejo Económico y Social de la ONU mediante la resolución 23 en 2006, disponible en: https://www.unodc.org/documents/.../V1380121-SPAN_eBook.pdf. Los comentarios señalados fueron realizados por un grupo de expertos convocados por la UNODC –Oficina de la ONU contra la droga y el delito–, Nueva York, 2013.

tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

Sobre el valor de “independencia”, en los principios de Bangalore se ha establecido que “La independencia judicial es un requisito previo del principio de legalidad y una garantía fundamental de la existencia de un juicio justo. En consecuencia, un juez deberá defender y ejemplificar la independencia judicial tanto en sus aspectos individuales como institucionales”.

Citamos a continuación ciertas conductas/actitudes que deberán contemplar los jueces para lograr una verdadera independencia a la luz de la sociedad:

“1.1. Un juez deberá ejercer su función judicial de forma independiente, partiendo de su valoración de los hechos y en virtud de una comprensión consciente de la ley, libre de cualquier influencia ajena, de instigaciones, presiones, amenazas o interferencias, sean directas o indirectas, provenientes de cualquier fuente o por cualquier razón.

1.2. Un juez deberá ser independiente en relación con la sociedad en general y en relación con las partes particulares de una controversia que deba resolver como juez.

1.3. Un juez no solo estará libre de conexiones inapropiadas con los poderes ejecutivo y legislativo y de influencias inapropiadas por parte de los citados poderes, sino que también deberá tener apariencia de ser libre de las anteriores a los ojos de un observador razonable”⁷.

En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos ha entendido que los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías reforzadas debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, las cuales la Corte ha entendido como “esenciales para el ejercicio de la función judicial”.

12.4.2.1. La independencia de los jueces

Una de las funciones que el sistema institucional argentino confía al Poder Judicial es la de ser el órgano de control de la actuación de los restantes poderes del estado, cuya integración es determinada por elecciones periódicas.

Se lo concibe sometido solo a la ley o al ordenamiento jurídico en su integridad. Una subordinación de índole tan general, sin vinculaciones específicas con otros sectores de poder, es la única capaz de permitirle un ejercicio eficaz de su función de custodio de ese mismo ordenamiento y de control de la actividad de los otros órganos del estado.

Tal independencia no podía garantizarse únicamente con una simple declaración incluida en la Constitución. Una disposición de este tipo nunca pareció suficiente para garantizar efectivamente la independencia en el ejercicio de sus funciones que se pretendía de los integrantes de este poder del estado.

Por ello, a los jueces se les brindan ciertas garantías especiales que constituyen resguardos tendientes a asegurar su independencia que, sustancialmente, no es más que un atributo

7 Principios de Bangalore, ver nota anterior.

instrumental para el logro de un propósito principal: su imparcialidad. La imparcialidad de un magistrado, puede decirse, es la manifestación empírica de su independencia: si la independencia se refiere a lo que debe ser la posición jurídica del juez, la imparcialidad es el modo que tiene de ser independiente.

Estas garantías son concedidas en común al órgano-institución y al órgano-individuo, no para beneficio personal de los magistrados, sino porque los constituyentes han querido liberar al Poder Judicial de la Nación en su conjunto de toda presión que podrían ejercer los otros poderes, con el fin de preservar su absoluta independencia en el ejercicio de su función y el equilibrio tripartito de los poderes del estado, hecho que beneficia tanto a los jueces como a la misma sociedad.

12.4.2.2. La inamovilidad

Como ya se dijo, la CN, en el art. 110, contempla que “Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta…”.

Los jueces solo pueden ser destituidos en la forma establecida por la Constitución y por las causales que esta indica.

Para la remoción de los miembros de la CSJN, la reforma de 1994 mantuvo el procedimiento de juicio político establecido por la Constitución de 1853/60. En este intervienen ambas cámaras del Congreso. Los integrantes del tribunal superior pueden ser acusados por la Cámara de Diputados ante el Senado por mal desempeño, por la comisión de un delito en el ejercicio de sus funciones, o por un crimen común, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros presentes –art. 53, CN–.

El mismo procedimiento, antes de la reforma de 1994, se aplicaba a los restantes magistrados del Poder Judicial de la Nación.

Por su parte, los principios básicos de las Naciones Unidas establecen que “la ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos” y que le “garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido designados”.

12.4.2.2.1. Los traslados

La causa “Masi”⁸ sienta la doctrina de que, así como los magistrados están garantizados contra su remoción infundada, también lo están frente a una mudanza forzada de tribunal.

Un magistrado, entonces, no puede ser trasladado sin su consentimiento a otro tribunal, aunque fuera dentro de la misma circunscripción territorial y de la misma especialidad, ni cambiado de instancia, aunque la decisión significara para él un ascenso.

8 Fallos: 256:114.

12.4.2.3. La intangibilidad de las remuneraciones

La compensación que reciben los magistrados judiciales –según la CN– es intangible, como hemos recordado, y no puede ser disminuida en manera alguna mientras estos permanezcan en sus cargos. La ley establece, asimismo, que esa compensación debe ser uniforme para todos los jueces de una misma instancia, cualquiera sea el lugar donde desempeñen sus funciones.

En esta materia, la sentencia de la CSJN, en la causa “Bonorino Peró”,⁹ estableció determinadas pautas que, aunque no fueron absolutamente novedosas, merecen ser remarcadas.

En primer lugar, señaló que esta previsión es garantía de independencia del Poder Judicial, de forma que cabe considerarla, juntamente con la inamovilidad, como garantía de funcionamiento de un poder del estado, de modo similar a las que preservan las cámaras del Congreso a sus miembros y a los funcionarios incluidos en el art. 45 de la Constitución.

Sostuvo la CSJN, en este sentido, que, producido el envilecimiento de las retribuciones de los jueces, no es menester probar su repercusión perniciosa para la garantía de independencia del Poder Judicial, porque la cláusula del art. 96 –actual 110– la presume *iuris et de iure* –considerando quinto–.

Esta doctrina es un principio constitucional general, de acuerdo a la CSJN y a los jueces de la Nación y también a los de las provincias –considerando séptimo–. En 1996, decidió además declarar de oficio la inaplicabilidad de una ley que derogaba ciertas exenciones del impuesto a las ganancias, por cuanto afectaba la intangibilidad de las compensaciones percibidas por magistrados y funcionarios judiciales a ellos equiparados.

En el año 2006, la CSJN mantuvo en términos generales el alcance de la garantía que estamos analizando en el fallo “Chiara Díaz, Carlos Alberto c/estado provincial s/acción de ejecución”, aunque varía la doctrina “Bonorino Peró” en lo relativo al carácter *iuris et de iure* de su presunción –frente a la disminución de la remuneración–. La Corte Suprema ha dicho que “con arreglo a la doctrina de esta Corte, la garantía de la intangibilidad examinada resulta afectada cuando se produce un ostensible deterioro temporalmente dilatado de las remuneraciones de los magistrados respecto de lo que resulta razonable...”.

12.4.2.4. La situación de jueces provisorios –subrogantes–

Los jueces subrogantes no nacieron como consecuencia del Consejo de la Magistratura –como algunos pueden pensar– y en razón de la falta de celeridad de los concursos y demás trámites de selección y posterior designación de los magistrados titulares.

Con el régimen anterior, cuando la vacante era definitiva, el Poder Ejecutivo podía proponer, cuando considerara oportuno, al postulante para cubrir la vacante, quien previo paso por el Senado de la Nación, acuerdo mediante, era inmediatamente designado para cubrir el cargo vacante –art. 99, inciso 4, apartado 2, CN–.

9 Fallos: 307:2174.

Además, el Poder Ejecutivo podía, en los supuestos de receso del Senado, llenar las vacantes por medio de nombramientos en comisión que duraban hasta el final del próximo período legislativo –art. 99, inciso 19, CN–.

De esta forma, se resolvía el problema de las vacantes existentes. La respuesta se encontraba en el decreto 1285/1958, el cual, con sus diversas modificaciones, pretendía hacerlo designando otros jueces de la misma jurisdicción y grado para cubrir las vacantes existentes. Esta respuesta era válida cuando existían apenas algunas vacantes en lugares donde había muchos jueces y como mínimo dos y por un tiempo corto.

Cuando comenzó a funcionar el Consejo de la Magistratura –mal, por intereses políticos–, las vacantes alcanzaban un cuarto de los juzgados o más, había tribunales colapsados o a punto de colapsar; la solución claramente no resulta adecuada.

Lo mismo acontece en aquellos lugares donde hay un solo juez y, si no se propone alguna solución al problema, estos se convierten en una especie de “siervo de la gleba”, prisionero de sus tareas como acontecía con aquellos esclavos medievales, ya que se ve obligado a estar de turno los 365 días del año, las 24 horas, y a no alejarse de su sede más de 70 km.

En la segunda integración del Consejo de la Magistratura, dos consejeros jueces, los doctores Claudio Kiper y Victoria Pérez Tognola, entendieron que la solución para la problemática planteada para dar respuesta a la comunidad demandante de justicia, a través de la máxima “un juzgado, un juez”, era promover a ese lugar a los funcionarios de los tribunales, quienes indudablemente se encontraban capacitados para hacerse cargo y cubrir la vacante existente.

El tema tuvo distintas idas y vueltas con fallos de la Corte Suprema que declaraban la inconstitucionalidad del régimen –fallos “Rosza”¹⁰ y “Uriarte”¹¹–, pero que no lograron dar respuesta a la problemática de la falta de respuesta a la comunidad que ello tiene como consecuencia.

La solución no la advierto alejada del reconocimiento a los funcionarios y de su indudable capacidad para subrogar.

Al respecto, en los fallos de la Corte Interamericana de Justicia “Reverón Trujillo”¹², entre otros, no se los consideró del mismo modo que nuestro Superior Tribunal, en tanto y en cuanto “más allá de que los jueces en un país sean titulares y provisarios, deben ser y aparecer como independientes. Su destitución debe realizarse en estricto apego a los procedimientos establecidos en la ley, respetando su derecho a un debido proceso” y cabe agregar a ello que no se encuentren sujetos a presiones de ninguna índole.

Continúa: “los estados están obligados a asegurar que los jueces provisarios sean independientes y, por ello, debe otorgarles cierto tipo de estabilidad y permanencia en el cargo, puesto que la provisionalidad no equivale a libre remoción”.

10 Fallos: 330:2361.

11 CSJN, “Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro c/Consejo de la Magistratura de la Nación s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, 4/11/2015.

12 Corte IDH, “Reverón Trujillo c/Venezuela”, 30/6/2009.

12.5. Competencias de la justicia federal y provincial

La jurisdicción federal es definida por Hugo Alsina como la facultad conferida al poder judicial de la Nación para administrar justicia en los casos, sobre las personas y en los lugares especialmente determinados por la Constitución, a través de los tribunales de justicia que integra el poder judicial federal.

12.5.1. La jurisdicción federal y la jurisdicción provincial

Corresponde distinguir entre “jurisdicción federal” y “jurisdicción provincial”, conforme los arts. 108 y 75, inciso 12, CN.

A partir de la reforma constitucional de 1994, esto deberá ampliarse con lo que la doctrina entiende como una tercera administración de justicia, que es la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA).

La jurisdicción federal es atribuida a los órganos del poder judicial del estado federal por los arts. 116 y 117, CN.

Esta justicia federal dividirá su competencia por razón de la materia, de las personas y del lugar donde el hecho pudiere acontecer.

Sus características principales son:

- a) Es limitada y de excepción. Se ejerce en los casos que la Constitución y las leyes señalan.
- b) Es privativa y excluyente. No pueden los tribunales provinciales conocer de las causas que pertenecen a la jurisdicción federal.
- c) Es improrrogable por razón de materia o de lugar.

En virtud del carácter limitado, privativo, excluyente e improrrogable de la jurisdicción federal, la incompetencia de sus tribunales debe ser declarada de oficio por el tribunal que entienda.

12.5.2. La regulación por ley de la jurisdicción federal

Las causas de jurisdicción federal quedan sujetas a reglamentación por ley del Congreso. No alcanza con que la ley determine la inclusión de determinadas causas; el tribunal está obligado a verificar si existe cuestión federal en relación con la materia, las personas, o el lugar, conforme el art. 116, CN.

El art. 116 abarca la jurisdicción federal, en cuanto señala en cuáles “causas” y “asuntos” corresponde conocer a la “Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación”.

El art. 116, CN establece que “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 esta constitución, por las leyes de la Nación –con la reserva del inciso 12, art. 75–; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las almirantazgo y jurisdicción marítima; de

los asuntos en que la Nación sea parte; de las que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos contra un estado o ciudadano extranjero”.

12.5.2.1. Causas regidas por el derecho federal

El art. 116 sostiene que todas estas causas son federales por la materia: las que versan sobre puntos regidos por a) la constitución federal; b) las leyes federales, y c) los tratados internacionales. También lo son las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima y las que las leyes del congreso han asignado por razón de su materia, las regidas por el derecho aeronáutico y por el derecho aduanero.

12.5.2.1.1. Tratados con estados extranjeros

Afirma el art. 116, CN que son de competencia federal las causas que versan sobre puntos regidos por tratados con otros estados y por el derecho internacional. Este tipo de causas incluye las reguladas por el derecho internacional consuetudinario –o derecho de gentes–.

La ley 48, en su art. 21, también se refiere a ellos al citar los tratados con naciones extranjeras y los principios del derecho de gentes.

En el art. 1, inciso 3 de la ley 48, resulta que los tratados internacionales siempre tienen naturaleza y carácter de derecho federal, aun cuando se refieran a materias que en nuestro derecho interno son propias del “derecho común”.

12.5.2.1.2. Causas de almirantazgo y jurisdicción marítima

Estas causas son competencia de los tribunales federales.

La voz “almirantazgo” proviene del derecho inglés, y se refiere a los hechos que acontecen en el mar, más allá de las líneas de alta y baja marea. La jurisdicción federal en cuestiones marítimas radica en “poner bajo control nacional el tráfico que se realice en aguas abiertas a todas las banderas”.

Además de la jurisdicción federal para casos acontecidos en alta mar a bordo de buques argentinos, debemos comprender los casos relativos a comercio y navegación en el mar territorial, en los ríos navegables, en los lagos navegables, en las islas, en las playas y riberas de mares, de ríos navegables y en los puertos.

Entre ellos cabe incluir: a) apresamiento o embargos marítimos en guerra; b) choques, averías de buques, abordajes, etc.; c) asaltos, hechos o auxilios prestados en alta mar o en puertos, ríos y mares donde el estado tiene jurisdicción; d) arribadas, forzosas; e) hipoteca naval; f) seguro marítimo; g) contrato de fletamiento; h) nacionalidad del buque; i) construcción y reparaciones del buque; k) indemnizaciones por accidentes ocurridos a bordo a raíz de su carga o descarga; l) despidos por servicios prestados a bordo de buques, etc.

Además de estas causas, las relativas a la actividad aeronáutica, conforme el Código Aeronáutico.

12.5.2.1.3. Cuando la Nación es parte

El art. 116 también habla sobre la competencia de la justicia federal en los asuntos en que la Nación sea parte.

De allí el artículo reconoce jurisdicción federal cuando “el estado federal” es parte, tanto si es parte actora o demandada, se extiende también a algunas entidades autárquicas y empresas autorizadas por las leyes, que puedan comprometer la responsabilidad del estado.

La jurisdicción federal en causas en que el estado es parte se discierne en razón de la persona, *ratione personae*, por lo cual no interesa la “materia” de la causa.

En nuestro derecho constitucional no cabe duda de que el estado federal es justiciable, porque el propio art. 116 de la Constitución incluye entre las “causas judiciales” aquellas en las que la “Nación” es parte.

En el año 1900, se dictó la ley 3952 de demandas contra la Nación, en la que no aparece el requisito de la venia legislativa. Una interpretación sostuvo que, si bien no era necesario para demandar al estado como “persona de derecho privado”, lo era cuando se lo demandaba como “persona de derecho público”.

La ley 1634, del año 1932, reformuló el artículo: “Los tribunales federales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación, sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa; pero no se le dará curso sin que acredite el reclamo administrativo pertinente”. Actualmente, la ley 19549 de procedimientos administrativos, modificada por la ley 21686, regula la reclamación administrativa previa.

Las provincias no están obligadas a cumplir con este requisito.

Solo razones de emergencia pueden dar base a leyes que difieran el cumplimiento de las sentencias de condena contra el estado. La diferencia entre admitir la suspensión y no admitir la promoción o trámite de los procesos radica en que la secuela de un juicio no incide sobre una situación de emergencia, ni la agrava, ni la perjudica.

La Corte Suprema fijó pautas que, sin apartarse de la ley, la han atenuado.

12.5.2.1.4. Causas por razón de las partes

Asimismo, el art. 116 apunta luego a las causas: a) entre dos o más provincias; b) entre una provincia y los vecinos de otra; c) entre vecinos de diferentes provincias; d) entre una provincia o sus vecinos, y un estado o ciudadano extranjero.

Vemos que si la cuestión es:

- a) Entre dos o más provincias, no interesa la materia de la causa, ya que el art. 127 obliga a someter las quejas, entre ellas, a la Corte, salvo sobre fijación de límites, que incumben al Congreso de la Nación –art. 75, inciso 15, CN–;
- b) Entre una provincia y vecinos de otra, se refiere solo a causas “civiles” por razón de la materia;
- c) Entre una provincia y un estado extranjero, no interesa la materia, y
- d) Entre una provincia y un ciudadano extranjero, igual que el caso b.

Además, el art. 116 establece la jurisdicción federal para las causas que se suscitan: a) entre “vecinos” de diferentes provincias; b) entre “vecinos” de una provincia y un estado extranjero; c) entre “vecinos” de una provincia y un ciudadano extranjero; d) entre una provincia y “vecinos de otra”.

Son de jurisdicción federal las causas entre una provincia o sus vecinos con un ciudadano extranjero. La extranjería en su caso debe probarse.

12.5.2.1.5. Las causas en que es parte un estado extranjero

La inmunidad de jurisdicción admitida respecto de los estados extranjeros no viola el derecho a la jurisdicción cuando queda expedito el acceso a los tribunales locales para el estado extranjero que declina su inmunidad.

La judiciableidad de un estado extranjero ante nuestros tribunales exige, cuando se trata de actos de poder público –*iure imperii*–, que el acatamiento sea expresado por el estado extranjero a través de su agente diplomático.

El art. 116 prevé la jurisdicción federal cuando es parte un estado extranjero en casos: a) entre una provincia y un estado extranjero; b) entre vecinos de una provincia y un estado extranjero, c) el estado argentino con un estado extranjero. De estas causas, la primera –inciso a– “entre una provincia y un estado extranjero” es competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema –art. 117–.

Los organismos o entes internacionales con personalidad internacional se asimilan a los estados extranjeros cuando litigan en nuestro estado y debe reconocérseles la exención que se les reconoce a los estados y a los diplomáticos extranjeros.

12.5.2.1.6. Causas criminales

Ellas pueden surgir: a) en razón de materia –federal– por la naturaleza –federal– del hecho criminoso; b) en razón del lugar donde se ha cometido; c) en razón de materia y de persona, por la naturaleza del hecho y la calidad del autor. La competencia en materia penal o criminal no está prevista expresamente en el art. 116, CN.

Una causa penal suscita jurisdicción federal por razón de las “personas” en el caso de causas criminales concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros –porque siempre son de competencia originaria y exclusiva de la Corte en razón de las “personas” y más allá de la “materia”–.

En “razón de materia y de personas”, la jurisprudencia ha considerado propios de la jurisdicción federal los delitos de abuso de autoridad, violación de deberes del funcionario público, cohecho, malversación de caudales, etc., siempre que lo cometa un funcionario público del gobierno federal.

La competencia en materia penal “por razón del lugar” exige tomar en cuenta el inciso 30 del art. 75, CN. En los “establecimientos de utilidad nacional” en el territorio de provincias, la jurisdicción federal subsiste para evitar que los poderes locales interfieran en el cumplimiento de los fines de tales establecimientos.

12.5.2.1.7. Por razón del lugar

El art. 116 no contiene referencia alguna a la jurisdicción federal por tal motivo. Tal jurisdicción existe. En torno de ella cabe una breve formulación: a) los tribunales federales que se hallan dispersos en todo el territorio del estado y tienen asignada por ley una competencia, lo que equivale a decir que su jurisdicción está geográficamente demarcada por un territorio que suele exceder o abarcar más de una provincia, b) en relación con las causas criminales, su adjudicación corresponde a los tribunales federales según el lugar de comisión del delito, lo que indica matices de territorialidad, en virtud de las alusiones al mar, a los ríos, a los puertos. Lo mismo en materia de derecho aeronáutico.

12.6. Corte Suprema de Justicia de la Nación: vías de acceso. Competencia

12.6.1. Competencia originaria y exclusiva

En la segunda parte del art. 117, CN, se dejan expresamente expuestas las circunstancias en las cuales la competencia es originaria y exclusiva.

Se puede decir que del art. 117, CN resulta que, en los casos de jurisdicción federal del art. 116, CN, la Corte tendrá competencia por apelación según lo que disponga el Congreso. Pero en dos de esos, la Corte ejercerá competencia a título originario y exclusivo en asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y asuntos en los que sea parte una provincia.

Como se ve, no son asuntos nuevos, sino los que el art. 116 estableció como de jurisdicción federal.

El texto de nuestro art. 117 establece que esa competencia, además de originaria, es “exclusiva”. Ello importa que solo la Corte puede conocer en esas causas, y que, por ser norma operativa de la Constitución, no puede ser ampliada ni restringida por el Congreso.

La Corte controla de oficio la integridad de su competencia originaria y exclusiva para impedir que se aumente o se restrinja.

12.6.1.1. Causas en las que es parte una provincia

No siempre que en un juicio sea parte una provincia debe abrirse la competencia originaria de la Corte. Las cuatro causas incluidas en el art. 117 son las del art. 116, a las que nos venimos refiriendo: a) provincia con provincia; b) provincia con vecinos de otra provincia; c) provincia con ciudadano extranjero, y d) provincia con estado extranjero.

“La Corte Suprema ejercerá su jurisdicción originaria y exclusivamente cuando sea parte una provincia en las cuatro causas en que procede la jurisdicción federal *ratione personae* conforme el art. 116.

La jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte que prevé el art. 127 de la CN no configura una hipótesis ajena a la de las causas de una provincia con otra.

La Corte exige, para que una provincia pueda ser tenida por “parte”, que lo sea tanto en sentido nominal como sustancial. Es parte nominal cuando figura expresamente en el juicio y es parte sustancial cuando tiene un interés directo. Si la provincia es parte nominal y no parte sustancial, o viceversa, la causa no es admitida por la Corte como de su competencia originaria.

12.6.1.2. Causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros

Los agentes diplomáticos están investidos, por las normas del derecho internacional público, de un privilegio de inmunidad frente al estado ante el cual actúan como representantes de su país. Esta inmunidad los exime de la jurisdicción de los tribunales de justicia del estado ante el cual ejercen su función. La violación del privilegio origina responsabilidad internacional del estado. Por la convención de Viena de 1963, de la que Argentina es parte, se reconoce a los cónsules una inmunidad de jurisdicción restringida.

La inmunidad de jurisdicción de los diplomáticos, a la que se ha ajustado la intervención de la Corte Suprema, corresponde a las normas del “derecho de gentes”, presupone el consentimiento de la jurisdicción argentina y el allanamiento consentido de la inmunidad diplomática en los casos en que acuerda el derecho internacional, conforme el art. 31 de la convención de Viena.

12.6.1.2.1. Causas y asuntos concernientes a embajadores

No son solo aquellos en que procesal y formalmente es “parte” uno de los agentes mencionados en el art. 117. Concernir equivale a afectar. Una causa concierne a un diplomático o un cónsul en la medida en que lo afecta, interesa y compromete.

12.6.1.2.2. Personas que pueden convertir un juicio en causa concerniente

Para saber qué son embajadores, ministros y cónsules, debe remitirse a las definiciones del derecho internacional público, esto es, a quienes el derecho internacional concede ese rango.

12.6.2. Competencia por apelación

Es la que la Corte Suprema posee en grado de apelación para conocer las sentencias dictadas por los tribunales inferiores.

El art. 117 no fija los casos de esta competencia apelada, sino que los delega a lo que prescriba el Congreso, el que ha determinado la competencia de la Corte Suprema en las diversas leyes, actualmente en el decreto-ley 1285/1958.

Esta competencia apelada es clasificada en dos grandes subgrupos: por apelación ordinaria y por apelación extraordinaria.

12.6.2.1. Competencia por apelación ordinaria

En estos casos, la Corte Suprema actúa como un tribunal de instancia ordinaria. Es un tribunal de tercera instancia. Se clasifica en cuatro subtipos, tres de ellos descriptos en el art. 24, inciso 6 del decreto-ley 1285/1958 y uno en el inciso 3 del mismo texto legal. Veremos a continuación los tres supuestos previstos por el art. 24.

12.6.2.1.1. Ciertas causas en que el Estado Nacional es parte

Las causas en que el Estado Nacional es parte se tramitan ante las instancias inferiores. Algunas de estas pueden llegar hasta la Corte Suprema por apelación ordinaria. Esto sucede cuando el estado es parte, siempre que el monto discutido exceda la suma que fija. En el reciente fallo “Anadon”¹³ la CSJN declaró la inconstitucionalidad sobre el punto.

12.6.2.1.2. Extradición de criminales

La extradición solicitada por la justicia de estados extranjeros se rige por tratados especiales y, a falta de tratado, por las normas procesales argentinas, siempre que exista reciprocidad. El pedido de extradición puede llegar, como tercera instancia ordinaria, hasta la CSJN.

12.6.2.1.3. Almirantazgo y jurisdicción marítima

Estos casos se inician y sustancian ante las instancias inferiores, pero también pueden llegar al conocimiento y decisión de la CSJN en tercera instancia ordinaria. Se da en causas de apresamientos o embargos marítimos en tiempos de guerra.

12.6.2.2. Competencia por apelación extraordinaria

Se la clasifica en tres subtipos:

- Recurso de revisión. El art. 24, inciso 3 del decreto-ley 1285/1958 remite a la ley 4055. Se trata de un recurso especial en materia penal, cuando se prueba la inexistencia del delito o de su autoría.
- Recurso de queja. Son de dos tipos: a) queja contra las cámaras nacionales de apelación, por retardo de justicia, y b) queja por denegatoria del recurso extraordinario.
- Recurso extraordinario. Es el que corresponde al recurso previsto en el art. 14 de la ley 48.

13 CSJN, “Anadon, Tomás Salvador c/Comisión Nacional de Comunicaciones s/despido”.

12.6.2.2.1. El recurso extraordinario

El recurso extraordinario es el medio por el cual las sentencias definitivas contrarias a la Constitución llegan en grado de apelación ante la CSJN para que ella revise su constitucionalidad.

De este modo, se sostendría la supremacía de la Constitución –art. 31– y una interpretación uniforme de las normas constitucionales.

El recurso extraordinario se encuentra regulado por la ley 48 –arts. 14, 15 y 16– y por la ley 4055.

La ley 48, en su art. 14, dispone que “Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y solo podrá apelarse a la Corte Suprema las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes:

1. Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley de 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 a favor 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, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula”.

El art. 15 dispone que “Cuando se entable el recurso de apelación que autoriza el art. anterior, deberá deducirse la queja con arreglo a lo prescripto en él, de tal modo, que su fundamento aparezca y tenga una relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de los arts. de la Constitución, leyes, tratados...”.

El art. 16 dice que “En los recursos 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...”.

Por su parte el art. 6 de la ley 4055 dice: “La Corte Suprema conocerá en grado de apelación, de las sentencias pronunciadas por las cámaras federales de apelación; por las cámaras de apelación de la Capital; por los tribunales superiores de provincias y por los tribunales superiores militares, en los casos previstos por el art. 14 de la ley 48”.

A continuación veremos los requisitos para que haya un recurso extraordinario:

– Requisitos comunes:

1. Intervención anterior de un tribunal de justicia.
2. Que haya existido un juicio.
3. Que se trate de una cuestión judicable.
4. Que exista gravamen.
5. Que subsistan los requisitos.

- Requisitos formales:
 1. Planteamiento oportuno y concreto de la cuestión federal, en los escritos de demanda y contestación o en el primer momento que el derecho federal se vea cuestionado.
 2. Interposición por escrito y fundada ante el mismo juez que dictó la resolución, en un plazo de 10 días de notificado.
- Requisitos propios:
 1. Que se trate de una cuestión federal. Son cuestiones federales los casos enumerados por el art. 14 de la ley 48.
 2. Que haya relación directa entre la cuestión federal y la solución del pleito.
 3. Que la sentencia sea contraria al derecho federal invocado.
 4. Que se trate de una sentencia definitiva.
 5. Que haya sido dictada por un tribunal superior.

Como dijimos, las cuestiones federales son los casos enumerados por el art. 14 de la ley 48:

- a) Cuestiones federales simples: son las que versan sobre la interpretación o inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, ley o tratado internacional.
- b) Cuestiones federales complejas: son las que versan sobre conflictos entre una norma o acto –nacional o local– con la CN. Las podemos subdividir en:
 1. Cuestiones federales complejas directas. Se trata de un conflicto entre una norma o acto y la CN. Este tipo de cuestión federal afecta directamente la supremacía de la Constitución.
 2. Cuestiones federales complejas indirectas. Se trata de un conflicto entre dos normas o actos. Este tipo de conflicto afecta indirectamente a la Constitución –conf. art. 31, CN–.

12.6.2.2.2. Recurso extraordinario por sentencia arbitraria

La Corte Suprema creó la doctrina de las sentencias arbitrarias y las definió como las que “no importan una derivación razonada del derecho vigente”, por incurrir en un defecto grave que las descalifica como pronunciamientos judiciales válidos. Las sentencias arbitrarias resultan inconstitucionales por violar las reglas del debido proceso y del derecho de defensa en juicio –arts. 18 y 31, CN–.

Se pueden distinguir dos tipos sustanciales de arbitrariedades:

- a) Arbitrariedad normativa. La doctrina de la Corte Suprema se refiere a las siguientes:
 1. Sentencias infundadas o insuficientemente fundadas.
 2. Sentencias que se basan en la mera voluntad de los jueces.
 3. Sentencias que desconocen o se apartan de la norma aplicable.
 4. Sentencias que invocan jurisprudencia no aplicable al caso.

5. Sentencias que incurren en exceso ritual manifiesto.
 6. Sentencias que atentan contra el principio de preclusión y de cosa juzgada.
- b) Arbitrariedad fáctica. Según la CSJN, comprende algunas de estas alternativas:
1. Sentencias que prescinden de pruebas o constancias de la causa, o de hechos notorios.
 2. Sentencias que se dictan en oposición a las pruebas del proceso.
 3. Sentencias basadas en prueba inexistente o no incorporada válidamente al expediente.
 4. Sentencias que incurren en exceso ritual en la apreciación de la prueba.

12.6.2.2.3. El recurso extraordinario por gravedad institucional

Decimos que existe gravedad institucional cuando lo resuelto en una causa excede el mero interés de las partes y afecta a la comunidad. En ese caso, la Corte deja de lado ciertos requisitos para que proceda el recurso extraordinario.

La Corte acepta la procedencia del recurso extraordinario cuando están involucrados los intereses de la comunidad.

Los requisitos para que la Corte acepte el recurso extraordinario por gravedad institucional son:

1. Que la causa comprometa alguna de las instituciones fundamentales de la Nación.
2. Que lo que se decida afecte o pueda afectar realmente a la sociedad.

12.6.2.2.4. Trámite y resolución del recurso extraordinario

Una vez dictada la sentencia definitiva por el superior tribunal de la causa se debe presentar el recurso en el plazo de diez días, fundado y bastándose a sí mismo. De su simple lectura deben surgir los datos para resolverlo.

Si se lo concede, se remiten los autos a la Corte Suprema, la que dispondrá de ciertas vistas, según corresponda.

12.6.2.2.5. El recurso de queja

Si no se concede el recurso extraordinario, se puede acudir en “queja” ante la Corte Suprema –art. 282, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación–.

El recurso de queja, también denominado recurso “de hecho”, debe reproducir el fundamento del recurso denegado y atacar la resolución que lo denegó. Debe acompañarse de un depósito a la orden de la Corte. Si esta lo admite, se expedirá sobre el fondo. De lo contrario lo rechazará y quedará firme el fallo recurrido.

12.6.2.3. El *certiorari*

También la Corte Suprema puede descartar el recurso extraordinario mediante el *writ of certiorari*, instrumentado por la ley 23774 –que reformó el art. 280, CPCCN–. En estos casos, “falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.

La Corte, sin dar razones ni fundamentos, según el citado art. 280 del CPCCN, puede rechazar el recurso.

Este procedimiento se lo conoce como *writ of certiorari* negativo. Algunos fallos de la Corte han planteado la existencia de un *certiorari* positivo que permitiría, cuando la cuestión es relevante, admitir un recurso al que le falten ciertos recaudos.

Superado este tramo, la Corte Suprema dicta sentencia. Si se rechaza el recurso extraordinario queda firme el fallo. Por el contrario, si revoca, la Corte Suprema puede decidir sobre el fondo del asunto, devolverlo al tribunal que dictó la sentencia, o a quien lo sigue en orden de turno, para que pronuncie una según las pautas del fallo de la Corte –art. 16, ley 48–. A esto último se lo llama reenvío.

12.6.2.4. El *per saltum*

El término *per saltum* es una locución latina que significa “por salto”. Implica “saltar instancias”. Es una forma de llegar a la Corte Suprema sin que la causa haya pasado por todas las instancias previstas por la ley.

Es excepcional y solo procede en casos de gravedad institucional que necesitan solución urgente.

Los requisitos para que proceda son:

1. Que se trate de una situación de mucha gravedad.
2. Que dicha situación necesite una solución definitiva en forma urgente.
3. Que la intervención de la Corte a través de este recurso sea el único medio para proteger el estado.

12.7. El Consejo de la Magistratura

El Consejo de la Magistratura fue incorporado a la CN con la reforma constitucional de 1994. Ha sido concebido para asegurar la independencia del Poder Judicial, la idoneidad de sus funcionarios, la administración del poder judicial y la eficaz prestación de un servicio de justicia.

12.7.1. Composición y elección de sus miembros

El Consejo recién se constituyó hacia fines de 1998. Luego de un intenso debate y múltiples negociaciones, se dictaron las leyes reglamentarias 24937 y 24939.

Así establecieron un Consejo de veinte miembros: el presidente de la Corte Suprema; cuatro jueces electos por sus pares; cuatro abogados electos por sus colegas de la matrícula federal; cuatro diputados nacionales; cuatro senadores nacionales; dos representantes del ámbito académico universitario y un representante del Poder Ejecutivo.

Los jueces serán elegidos por el voto directo de sus colegas según el sistema D'Hont; uno de ellos, al menos, debe ser juez federal del interior del país. Los abogados serán elegidos por sus colegas con un sistema similar. Los senadores y diputados se distribuyen teniendo en cuenta las mayorías de ambas cámaras, para la primera dos miembros y para la segunda y la tercera, un miembro cada una.

Esas leyes fueron reformadas por la ley 26080, la cual modificó la integración del cuerpo y redujo los miembros de 20 a 13. Por lo tanto, quedan ahora tres jueces; dos abogados; tres diputados; tres senadores; un profesor universitario y un representante del Ejecutivo; elegidos del modo indicado precedentemente y dejando de tener representación la tercera minoría de ambas cámaras legislativas.

12.7.2. Atribuciones

Se encuentran reguladas en los arts. 114 y 115 de la Carta Magna.

El art. 114 establece: “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.

Serán sus atribuciones:

1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.
2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.
3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.
4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados.
5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, formular la acusación correspondiente.
6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos los que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia”.

A continuación, solo me referiré a dos de sus atribuciones, las que a mi modo de ver son las más trascendentales: la de selección de magistrados y la relativa al control disciplinario de los magistrados.

12.7.2.1. Selección de magistrados

La Comisión de Selección y Escuela Judicial convoca a concurso público de oposición y antecedentes para cubrir las vacantes de magistrados judiciales y proponer ternas que luego eleva al plenario del Consejo.

Asimismo, es la encargada de dirigir la escuela judicial para la formación y el perfeccionamiento de los aspirantes a la magistratura.

La selección se hace de acuerdo con la reglamentación que apruebe el plenario del Consejo.

Son requisitos para postularse a magistrado: ser argentino nativo o naturalizado, abogado, con treinta años de edad y con ocho años de ejercicio de la profesión para ser juez de cámara, y veintiocho años de edad y seis años en el ejercicio de la profesión para ser juez de primera instancia.

Luego de que el Consejo aprueba y remite la terna al Poder Ejecutivo, esta queda a disposición del presidente de la Nación para que elija el postulante para el cargo a cubrir y luego remita el pliego al Senado de la Nación para el acuerdo pertinente.

El rechazo por el Senado del pliego del candidato importará la convocatoria automática a un nuevo concurso para cubrir la vacante de que se trate –art. 13, inciso c, ley 24937 modificada por ley 26080–.

No cabe duda de que con la creación del Consejo se ha dado un gran paso en lo que atañe a la transparencia e idoneidad de los candidatos.

12.7.2.2. Funciones disciplinarias y acusatorias

Conforme la modificación del art. 10 de la ley 26080, la competencia de la Comisión de Disciplina y Acusación es investigar y, en su caso, “proponer al plenario del Consejo sanciones disciplinarias a los magistrados o proponer la acusación para iniciar el proceso de remoción”.

La ley 26080 establece una integración de nueve miembros en el art. 12, inciso 2: un abogado, dos senadores, dos diputados, dos jueces, el representante del Poder Ejecutivo y el representante del ámbito académico y científico.

La nueva ley introduce un plazo de tres años para investigar las denuncias. Es decir que, si la denuncia contra el magistrado no es dictaminada en ese tiempo, la norma dispone su inmediata remisión al plenario del Consejo. En la ley no se establece cuál es el procedimiento a seguir luego. Se ha resuelto que el objetivo solo es el de archivar la denuncia.

El reglamento dispone que ante la presentación de una denuncia, la Comisión informe al magistrado de las actuaciones y las ponga a su disposición, salvo cuando sea necesario establecer su secreto.

Las modificaciones con respecto a los plazos y los medios de prueba contribuyen al mayor respeto de las garantías del magistrado.

En todo este proceso, se deben resguardar las garantías del debido proceso; las pruebas deben ser valoradas con un criterio de razonabilidad y justicia con miras a la protección de los intereses públicos.

Asimismo, por la resolución 404/2007, se dispuso que “las reuniones de la Comisión serán públicas, salvo que un testigo o un magistrado requiriese expresamente la reserva de su declaración”.

El art. 11 del reglamento permite al magistrado ofrecer las pruebas que considere apropiadas, y le impone un plazo de veinte días para hacerlo.

Este criterio es reiterado en el art. 15 al mandar que la Comisión ordene la producción de las pruebas que estime oportunas y las solicitadas por el magistrado, salvo las que fueren manifestamente improcedentes o meramente dilatorias.

Por otra parte, el art. 17, inciso d dispone que el magistrado investigado sea informado de la realización de las medidas de prueba y pueda participar en su producción personalmente o a través de su defensor.

Diremos que resulta indispensable la existencia de una acusación, en la que deberá explicitarse con claridad qué es lo que se recrimina al magistrado y las probanzas obtenidas en la investigación que permitan sustentar ese reproche.

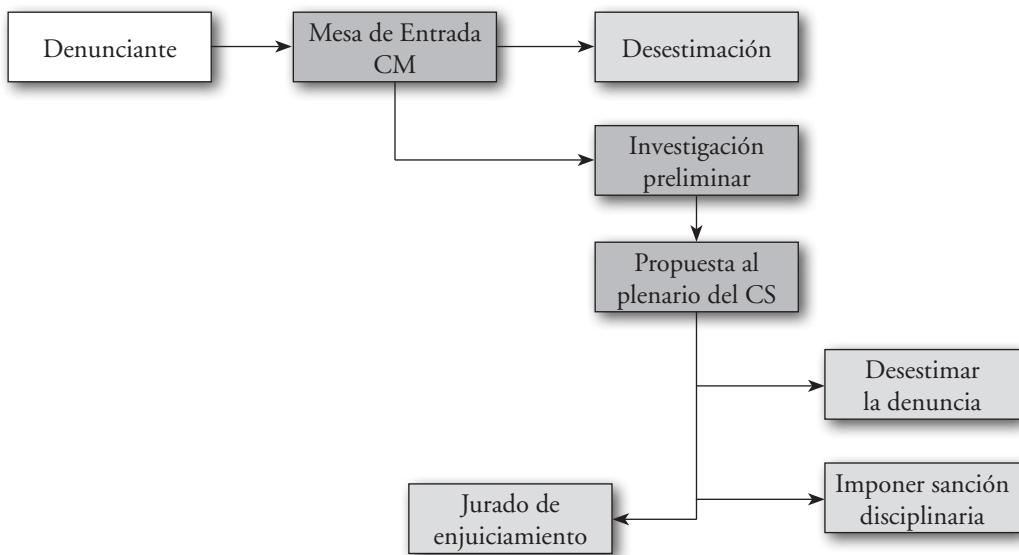
Esto le otorgará una real posibilidad al magistrado de defenderse de la acusación.

En el art. 20 –citación del magistrado– dispone que la resolución que lo haga deberá contener una sintética relación de los hechos imputados, la calificación provisional de su conducta como falta disciplinaria o causal de remoción y las pruebas en las que se basa.

Aprobado el dictamen conclusivo de la instrucción por parte de la Comisión, este pasará al plenario donde se tratará. De ser acusatorio se requerirá una mayoría de 2/3 de los miembros para su aprobación y remisión al jurado de enjuiciamiento.

En el caso en que se propusiere la aplicación de una sanción disciplinaria, se necesitaría la mayoría absoluta de miembros. En ambos casos, de no alcanzarse las mayorías, las denuncias serán desestimadas.

El procedimiento previo a la intervención del jurado puede graficarse de la siguiente manera:



Cuando la propuesta de la Comisión de disciplina y acusación vaya dirigida a abrir el proceso ante el jurado, podrá ordenar la suspensión del magistrado y designar los encargados de llevar el caso ante el jurado de enjuiciamiento.

12.8. El jurado de enjuiciamiento

El art. 115, CN establece 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.

Su fallo, que será irrecusable, no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios.

Corresponderá archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez suspendido, si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo.

En la ley especial a que se refiere el art. 114, se determinará la integración y procedimiento de este jurado”.

Una vez aprobado el dictamen acusatorio y el inicio del proceso de remoción por el plenario del Consejo de la Magistratura, el expediente pasará al jurado de enjuiciamiento.

12.8.1. Composición y elección de sus miembros

El jurado de enjuiciamiento es el órgano a cargo del juzgamiento de los jueces de los tribunales inferiores. Su composición ha variado desde la primera ley, la 24937, la cual disponía un jurado con nueve miembros: tres jueces, de los cuales uno era ministro de la CSJN y oficiaba de presidente, y dos jueces de cámara elegidos todos por sus pares; tres legisladores, dos por la Cámara de Senadores y uno por la de Diputados, y tres abogados de matrícula federal.

La ley 26080 reformó la composición en número y la forma de elección. Los magistrados pasaron de tres a dos, ya que se eliminó el representante de la CSJN. Se mantuvieron los dos jueces de cámara –uno de los cuales deberá pertenecer al fuero federal del interior de la República y otro a la Capital Federal–. Los miembros del Poder Legislativo se elevaron a cuatro –dos por cada cámara– y representando a las dos primeras minorías y un único letrado de matrícula federal.

Los miembros serán elegidos por sorteo –se realizan en los meses de diciembre y julio de cada año– y durarán en sus cargos el tiempo que permanezcan abiertos los procesos en los cuales intervienen. Solo entrarán en funciones ante la convocatoria del plenario del Consejo de la Magistratura.

12.8.2. Cómo procede el jurado de enjuiciamiento

Se aplica el reglamento procesal del jurado de enjuiciamiento, complementado por las disposiciones del Código Procesal Penal de la Nación.

La remoción de un magistrado es una decisión política y esta resolución no afecta la libertad ambulatoria. La sanción se atañe estrictamente a la separación del juez de su cargo y no versa sobre su responsabilidad civil o penal.

Para sesionar, el quórum es de cuatro miembros, salvo para la audiencia de debate, que es de cinco miembros. Todo el proceso de juzgamiento no debe sobrepasar los cien días.

Las causales de excusación y recusación están determinadas por el art 55, CPPN.

12.8.2.1. La acusación y la defensa

El rol de acusador frente al jurado de enjuiciamiento será desempeñado por consejeros del Consejo de la Magistratura, quienes deberán alegar y probar que el magistrado acusado ha incurrido en mal desempeño, comisión de delito en el ejercicio de sus funciones, o crímenes comunes.

Las partes podrán ofrecer todas las pruebas previstas en el título III del CPPN. Puede rechazarse prueba por ser inconducente o dilatoria. El período de prueba se extenderá por 30 días, plazo prorrogable por no más de 15 días.

12.8.2.2. La oralidad y la publicidad

Al respecto, cabe destacar el voto del ex ministro de la CSJN, el doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, quien en el fallo “Teran”, expresó que “El enjuiciamiento de los magistrados asegura el examen de la conducta y el alejamiento de los que no son dignos [...]. Solo busca determinar si hay incompatibilidad entre un determinado juez y la justicia, si son excusables sus fallas, si hay ruptura entre su personalidad y la dignidad del servicio. Esa dignidad, por otra parte, no es un decoro formal de ritos vacíos o de alejamiento, sino el sustento moral de la capacidad, la independencia y la disponibilidad del juez para la solución equitativa de los conflictos...”.

Se resalta la naturaleza y finalidad de la institución del enjuiciamiento de un magistrado, y que la imputación debe estar fundada en hechos graves e inequívocos, o presunciones serias que permitan atacar la conducta y la capacidad del juez.

12.8.2.3. La discusión final

Agotadas las instancias de recepción de prueba y el debate, se llega al informe final, donde comenzará con la exposición el representante del Consejo, luego la defensa. El cierre de todo el proceso oral corresponde al acusado, a quien se lo debe interrogar si tiene algo que agregar. Luego se cerrará definitivamente el debate y se pasará a deliberación secreta con la única presencia del secretario del jurado.

12.8.2.4. El fallo

El destino del magistrado quedará marcado con el dictado del fallo, que deberá emitirse fundado en un plazo de 20 días y debe contar con cinco votos concurrentes para la remoción. De ser pertinente, se dará traslado a la justicia penal para que se inicien actuaciones en ese fuero.

Si no se remueve al acusado del cargo, debe cesar la suspensión y ser repuesto en él.

12.8.2.5. Posibilidad de revisión del fallo

Una cuestión controvertida es la atinente a la posibilidad de revisión de una sentencia del juzgado de enjuiciamiento. El reglamento únicamente prevé el recurso de aclaratoria que debe interponerse dentro de los tres días de notificada la sentencia.

La Corte Suprema, en la causa “Nicosia, Alberto Oscar s/recurso de queja” del 9 de diciembre de 1993, señaló que el recurso extraordinario debía abrirse en los supuestos en los que se tratara el enjuiciamiento previsto en el art. 45 –actual art. 53– y concordantes de la CN, aclarando que la doctrina aludida encontraba sustento en el relativo a que los mencionados procesos estaban protegidos por la garantía de defensa en juicio consagrada por la ley fundamental en su art. 18, CN.

Asimismo, dijo que “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 a las reglas del debido proceso y a la garantía de la defensa en juicio”.

Con esto, podemos ver cómo se respeta el derecho a la doble instancia amparado en los arts. 8.2.h y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por otra parte, tanto la ley 26080 como su antecesora –24937– consagran ese derecho respecto de la aplicación de sanciones disciplinarias.

Ambas tienen el mismo procedimiento –art. 14c, ley 26080–, que permite al magistrado sancionado disciplinariamente interponer por escrito el planteo recursivo ante el Consejo de la Magistratura, dentro de los 5 días siguientes desde la notificación.

Luego, el Consejo tendrá 5 días para responder aquellos fundamentos y en idéntico plazo elevarlo a la CSJN, la cual contará con un plazo de 120 días para resolver el planteo.

CAPÍTULO XIII

El Ministerio Público

JAVIER INDALECIO BARRAZA¹

13.1. Introducción

El art. 120, CN establece lo siguiente: “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.

Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca.

Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones”.

Como se puede advertir, se trata de un artículo con una deficiente técnica legislativa, pues confunde el concepto de “órgano” y “ente”, y los conceptos de “autonomía” y “autarquía”. Volveré sobre este punto.

Sin perjuicio de lo expuesto, el Ministerio Público es un ente extrapoder de naturaleza bicéfala. En efecto, el citado artículo establece que –reitero– estará integrado por el procurador general de la Nación y el defensor general de la Nación.

En segundo término, la función principal es promover la actuación de la justicia en defensa de los intereses generales de la sociedad. ¿Cómo se plasman estos intereses? En dos aspectos. Por un lado, la persecución del delito, a cargo del fiscal, quien acusa, y, por otro, en

1 Doctor en Derecho (UBA). Máster en Derecho, Economía y Regulación de los Servicios Públicos (Universidad París X y Carlos III de Madrid). Profesor regular adjunto de “Instituciones de Derecho Público”, Facultad de Ciencias Económicas (UBA). Director del máster en Derecho Administrativo (Universidad Abierta Interamericana). Defensor oficial del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

el derecho de defensa, a cargo del defensor oficial, que cumple con algo fundamental para el estado de derecho: garantizar que todo individuo tenga una adecuada defensa técnica-jurídica.

13.2. Ubicación institucional

Antes de 1994, el Ministerio Público dependía del Poder Ejecutivo Nacional. Con la reforma constitucional de ese año, se introdujo el Ministerio Público como un órgano extrapoder.

13.3. Características

El Ministerio Público, conforme el art. 120, CN, tiene las siguientes características:

- a) Independencia.
- b) Autonomía funcional.
- c) Autarquía financiera.

Por otra parte, a sus miembros, para garantizar el mejor cumplimiento de sus funciones, se les reconocen:

- a) Inmunidades funcionales.
- b) Intangibilidad en sus remuneraciones.

13.3.1. Precisión de conceptos

Para entender las funciones y particularidades del Ministerio Público, es preciso analizar el alcance de ciertos conceptos: soberanía, autonomía, autarquía y autarcía. Así lo estimo, pues su uso impropio genera confusiones.

Soberanía es la cualidad del poder por la que este no reconoce por sobre sí ningún otro poder superior; tiene la más amplia facultad de autodeterminarse y es independiente.

La *autonomía* puede utilizarse como sinónimo de autodeterminación. Es un concepto general de naturaleza política, y un tipo jurídico basado en la CN, ya que esta prescribe, como característica específica de las provincias, que se dan sus propias instituciones y que se rigen por ellas. Asimismo, la autonomía en el sentido jurídico institucional del derecho público argentino es el hecho de autonormarse, conforme las reglas preestablecidas por la propia entidad, hecho que permite que este tipo se distinga de otras entidades que no poseen esa potestad pública².

2 Cassagne, Juan Carlos, "Acerca del sentido y alcance de la autonomía universitaria", *Revista Jurídica El Derecho*, Buenos Aires, 30/9/1987.

En la misma línea interpretativa, Estrada manifiesta que la autonomía es “un concepto político y no administrativo que significa la posibilidad de los entes de darse su propia ley, en sentido material y formal”³.

Autonomía significa que el ente tiene poder para darse su propia ley y regirse por ella –*auto ‘por sí’, nomos ‘ley’*–. Este concepto de autonomía sigue en orden de importancia al concepto de *soberanía*. Ejemplo típico lo constituyen las provincias argentinas, las cuales tienen poder para organizarse a sí mismas conforme las constituciones y leyes que se dicten, aunque respetando los lineamientos dados por la CN.

Autarquía ocupa el tercer orden de jerarquía y significa la atribución del ente para gobernarse a sí mismo, aunque en base a una norma que le es dada. Resulta una persona diferenciada de la que la crea, por lo que tiene un patrimonio y un fin público propio. Asimismo, se diferencian de los entes autónomos pues no se dictan su propia ley.

El último eslabón de esta cadena, y el de menor importancia es el concepto de *autarquía*, el que hace referencia a la autosuficiencia económica.

Una vez que han sido delineadas las significaciones de estos términos, surge de manera clara que, en el orden dado, se comprenden unos a otros como una serie de círculos concéntricos. En consecuencia, el concepto de “autonomía” comprende el de “autarquía” y lo inverso no es correcto⁴.

Sentados estos conceptos, la crítica que se puede formular al art. 120, CN es que se han confundido los conceptos de “autonomía” y “autarquía”. ¿Qué se ha querido decir con “autonomía funcional” y “autarquía financiera”? En realidad, el Ministerio Público es un ente extrapoder, lo cual no lo sujeta a ninguna autoridad y debe gozar de una garantía presupuestaria para evitar que mediante el ahogo financiero no pueda desplegar su actividad.

13.3.2. Diferencia entre ente y órgano

La idea de “órgano” supone una figura sin personalidad jurídica propia, ni patrimonio propio. En cambio, el vocablo “ente” implica algo con personalidad jurídica propia y patrimonio propio. En la organización administrativa, el vocablo “órgano” se corresponde con la noción de jerarquía y centralización. El órgano es el resultado de la aplicación de un principio fundamental de la organización administrativa: la jerarquía. Por tal razón, cuando se alude a la administración centralizada, se utiliza el término “órgano”, en tanto que si uno se refiere a un componente de la administración descentralizada, el término es “ente”.

Por lo demás, en el idioma castellano existen los participios activos, los cuales son derivaciones de los verbos. “Ente” es el participio activo del verbo ser, y significa “el que tiene entidad”, “el que es”. Por ello, cuando queremos nombrar a la persona que tiene capacidad de ejercer la acción que expresa el verbo, se añade a este la terminación */-ente/*.

3 De Estrada, Juan Ramón, “Las universidades nacionales y el recurso de alzada”, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 12/11/1986.

4 Deambrosi, Jorge en “Autonomía Municipal”, *Revista Argentina del régimen de la Administración Pública*, Nº 180, pág. 9.

Veamos algunos ejemplos:

VERBO	PARTICIPIO ACTIVO
Atacar	Atacante
Salir	Saliente
Existir	Existente
Cantar	Cantante
Presidir	Presidente
Dirigir	Dirigente
Estudiar	Estudiante

Es decir, cuando uno hace referencia a “ente descentralizado o autárquico” quiere significar una figura con personalidad jurídica propia y patrimonio propio. En cambio, con el concepto “órgano desconcentrado” se designa una figura sin personalidad jurídica propia, ni patrimonio propio.

En virtud de lo expuesto, la redacción correcta hubiera sido fijar el Ministerio Público como un ente extrapoder que tiene por objeto promover la actuación de la justicia en defensa de los intereses generales de la sociedad.

Los términos “autonomía funcional” y “autarquía” son vocablos improprios, de impresión jurídica.

Tal vez con “autarquía financiera” lo que se quiso fijar es una garantía presupuestaria para que el Ministerio Público no esté sujeto a los avatares y vicisitudes de la política, de manera tal que no se vacíe de fondos ni se obstaculice su accionar.

13.4. Los miembros

Los miembros del Ministerio Público gozan de las mismas inmunidades que los legisladores –arts. 68 y 69, CN–. En este sentido, su accionar no puede estar sujeto a injerencias de ningún tipo, ni pueden ellos ser arrestados.

En cuanto a la intangibilidad de sus remuneraciones, al igual que los jueces, “recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida de manera alguna, mientras permaneciese en sus funciones” –art. 110, CN–.

13.5. Funciones

La misión principal del Ministerio Público es promover la actuación de la justicia. No obstante, tratándose de un ente de naturaleza bicéfala, no es lo mismo la promoción de la actuación de la justicia, de un fiscal que de un defensor oficial.

En el caso del fiscal debe formular las denuncias y tomar la iniciativa cuando detecte la comisión de un delito.

Ahora bien, ¿qué ocurre con el defensor oficial? También puede tomar la iniciativa cuando una persona en situación de calle brega por el reconocimiento de un derecho fundamental, como es el derecho a la vivienda. En este caso, la promoción de la actuación de la justicia se satisface con la interposición del amparo.

Por otra parte, un punto que merece particular reflexión es la actuación en sede administrativa. En el caso del contencioso administrativo, todos sabemos que antes de iniciar la acción contencioso administrativa es necesario agotar la vía administrativa. En tal caso, la fórmula “promover la actuación de la justicia” implica que el defensor oficial puede presentarse en sede administrativa; lo contrario importaría desconocerlo y limitarle las funciones que la Constitución le ha asignado.

Por lo demás, la postura que considera que “promover la actuación de la justicia” es solamente actuar en sede judicial debe ser rechazada, pues no tiene en cuenta modulaciones especiales de procesos particulares.

13.5.1. “En defensa de la legalidad”

Esta locución quiere decir que el Ministerio Público debe velar por el cumplimiento de la ley. En el ámbito penal, el principio de legalidad significa que ante la posible comisión de un delito el fiscal debe promover la acción penal.

Ahora bien, desde la postura del defensor oficial, velar por aquella defensa implica interponer los recursos administrativos y las acciones judiciales pertinentes.

13.5.2. Defensa de los intereses generales de la sociedad

La defensa de estos intereses puede generar confusiones. No obstante el hecho de que los intereses generales de la sociedad varían conforme el momento histórico y político, la importancia de esta locución está dada porque el Ministerio Público no representa al estado, sino a la sociedad. El fiscal denuncia la posible comisión de un delito, y el defensor oficial insta la acción y provee a los individuos la adecuada defensa técnico-jurídica.

CAPÍTULO XIV

El control

JAVIER INDALECIO BARRAZA¹

14.1. Introducción

A partir de 1970, el Diccionario de la Real Academia Española incorporó el vocablo “control”². Con anterioridad, se evitaba el uso del referido término para preservar la pureza del idioma. El término que se empleaba era “contralor”, más allá de que se conecte con la denominación dada a un funcionario, pero no a una función. No obstante, se lo empleaba igualmente.

Asimismo, existían algunos órganos de control que se denominaban con el vocablo “contralor”. Es el caso de la Comisión de Contralor e Índices³.

14.1.1. Evolución histórica

Durante el Virreinato del Río de la Plata, las cédulas reales disponían la constitución y el funcionamiento de los tribunales de cuentas para la vigilancia de la administración y el resguardo de los caudales públicos⁴.

1 Doctor en Derecho (UBA). Master en derecho, economía y regulación de los servicios públicos (Universidad París X y Carlos III de Madrid). Profesor regular adjunto de “Instituciones de Derecho Público” de la Facultad de Ciencias Económicas (UBA). Director del master en Derecho Administrativo de la Universidad Abierta Interamericana. Defensor oficial del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

2 Ver decimonovena edición.

3 Creada por la ley 14788.

4 Para un mayor estudio de las instituciones que se abordan en este capítulo, ver Barraza, Javier Indalecio, *Manual de Derecho Administrativo*, LL, Buenos Aires, 2005.

En el siglo XVII, hubo contadurías mayores en Lima, Bogotá y México. En 1767, mediante la “Instrucción General de la Contaduría de Indias” se crearon las contadurías de Buenos Aires, Paraguay y Tucumán.

Luego de ello, el acta del 25 de mayo de 1810 dispuso que la Junta debía publicar a inicios de cada mes un estado de la administración de la real hacienda.

Posteriormente se sancionó:

- Ley 217 del 26 de setiembre de 1859.
- Ley 428.
- Ley 12961.
- Decreto-ley 23354/56.
- Ley 24156.

14.1.2. Clasificación

El control presupuestario puede ser enfocado⁵:

- a) Por su objeto: control financiero, control patrimonial, control de costos. El primero comprende el control de ejecución de movimiento de fondos; el segundo, el aumento o disminución del activo y pasivo del estado.
- b) Por su alcance: control de legalidad, control de mérito y de gestión.
- c) Por el órgano: administrativo, legislativo o jurisdiccional.
- d) Por la ubicación de los órganos: control interno o externo. Es decir, si está dentro o fuera de la administración.
- e) Por el momento: preventivo, simultáneo (o concomitante) y posterior (o ulterior o crítico).
- f) Por la continuidad: alternado, sistemático y periódico o eventual.
- g) Por la intensidad: analítico o sintético.
- h) Por la vía escogida: directo o indirecto.
- i) Por los efectos: positivo o negativo. El primero implica actos concretos de verificación; el segundo crea en el agente verificado la sensación de que actos irregulares no pasarán inadvertidos.
- j) Por la forma: revisivo o escritural. El primero realiza operaciones aisladas de control; el segundo, una registración ordenada.

14.1.3. Modelos

- El modelo italiano con la *corte dei conti*, de raigambre constitucional y facultades jurisdiccionales, con total independencia de los órganos ejecutivo y judicial.

⁵ Para un mayor análisis del control, ver Barraza, Javier Indalecio, *El control de la Administración Pública*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1995.

- El modelo francés de la *cour des comptes*, creada por Napoleón el 16 de setiembre de 1807, es parte integrante de la administración pública.
- El modelo anglosajón, unipersonal, en el que aparece la figura del auditor general que depende de las cámaras del Congreso.
- En Israel, el auditor del estado tiene atribuidas las funciones del *ombudsman* escandinavo.

14.2. La ley 24156

La ley 24156, denominada “ley de administración financiera y de los sistemas de control del sector público nacional”, instituye el control posterior de los actos de la administración –art. 102–, excepto en temas de privatización –art. 104, inciso m–.

14.2.1. Las reformas en la materia

En 1989, se llevó a cabo la reforma del estado mediante las leyes 23696 y 23697. La primera declaró en estado de apremio la prestación de los servicios públicos y la situación económico-financiera de la administración pública nacional, las empresas y sociedades del estado con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta, los servicios de cuentas especiales, entre otros.

14.2.1.1. De la creación de una comisión bicameral

El art. 14 de la ley 23696 creó en el ámbito del Congreso de la Nación una comisión bicameral integrada por seis senadores y seis diputados, quienes debían ser elegidos por sus propios cuerpos. Dicha comisión debía:

- a) Constituir y ejercer la coordinación entre el Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo Nacional.
- b) Requerir informes, y
- c) Hacer las observaciones pertinentes.

14.2.2. La teoría sistémica

La ley 24156 adoptó la llamada “teoría sistémica”, la cual busca que cada sector de la actividad pública tenga un gobernador. Es decir, una persona a nivel ministerial que defina la política del sector y la conduzca. La aplicación de esta teoría no constituía ninguna novedad, pues ya era aplicada en otros países y por el Instituto Nacional de Administración Pública.

La Agencia de Desarrollo Internacional –AID– mediante el Sistema de Administración Financiera para América Latina –SIMAFAL– divulga la trascendencia de la práctica de la antedicha teoría en la administración estatal.

La concepción sistémica sirvió de base para la preparación de la ley que reemplazó el decreto-ley 23354/56.

14.2.2.1. Importancia de la teoría

En el Programa de Reforma de la Administración Financiera Gubernamental, se tuvo presente la importancia de la teoría de los sistemas, pues esta teoría permite la interrelación de los sistemas, la centralización normativa y la descentralización operativa.

14.2.2.1.1. La interrelación de sistemas

El programa admite la estrecha relación existente entre los sistemas que integran la administración financiera y de recursos reales, hallándose directamente influido por los sistemas vinculados, el desarrollo y funcionamiento eficaz y eficiente de cada sistema.

14.2.2.1.2. Centralización normativa

La centralización implica orientar e integrar, desde el punto de vista de políticas, normas y procedimientos, el funcionamiento de cada uno de los sistemas. El plan definió en términos concretos el contenido de centralización normativa, y llegó a la conclusión de que, en el ámbito de los sistemas de la administración financiera, significaba primero una definición de políticas generales que enmarcaran el funcionamiento de cada uno de ellos. En segundo lugar, se relacionaba con la elaboración y aplicación de normas, metodologías y procedimientos generales y comunes que regularan la operación de cada sistema, sin perjuicio de las adaptaciones que debieran efectuarse, de conformidad con las características particulares y especificidades de los distintos tipos de organismos públicos. Las normas, metodologías y procedimientos a diseñarse para cada sistema debían considerar, a su vez, las características y contenidos de las diseñadas para los otros sistemas.

14.2.2.1.3. Descentralización operativa

La descentralización operativa implicaba la capacidad de administración de cada sistema por las propias instituciones públicas. La descentralización de los sistemas de administración financiera y de recursos reales podía asumir distintas formas y niveles.

La descentralización operativa debía cumplir dos requisitos básicos: a) la que se determine para un sistema estaría estrechamente relacionada con la que se estableciera para los otros; b) estaría debidamente reglamentada, de manera tal que quedaran perfectamente establecidas las facultades, normas y procedimientos que competen a los organismos centrales y a los diversos organismos periféricos.

14.2.3. Teoría de los sistemas

El objetivo del “programa” era que la ley de administración financiera y de los sistemas de control del sector público nacional proporcionara el respaldo legal a los planteamientos conceptuales, metodológicos y organizacionales mencionados.

El art. 2 de la ley citada estipula: “La administración financiera comprende el conjunto de sistemas, órganos, normas y procedimientos administrativos que hacen posible la obtención de los recursos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los objetivos del estado”.

Como se verá a continuación, la ley está formada por distintos sistemas, cuyas acciones están delimitadas y definidas, y actúan interrelacionadamente.

14.2.4. Coordinación y órganos rectores

El art. 5 de la referida ley establece que la administración financiera estará integrada por los siguientes sistemas:

- Sistema presupuestario. Órgano rector: Oficina Nacional de Presupuesto –art. 16, ley 24156–.
- Sistema de crédito público. Órgano rector: Oficina Nacional de Crédito Público –art. 68 de la ley referida–.
- Sistema de tesorería. Órgano rector: Tesorería General de la Nación –art. 73 de la antedicha ley–.
- Sistema de contabilidad. Órgano rector: Contaduría General de la Nación –art. 88 de la mencionada ley–.

A su vez, cada sistema, con sus respectivos órganos rectores, confluye en un mismo órgano de coordinación de todos los sistemas.

En este sentido, el art. 6 de la ley expresa que “El Poder Ejecutivo Nacional establecerá el órgano responsable de la coordinación de los sistemas que integran la administración financiera, el cual dirigirá y supervisará la implantación y mantenimiento de los mismos”.

14.2.5. Control interno y externo

A su vez, el art. 7 de la ley introduce la idea de los sistemas de control interno y externo. En el primero, el órgano rector es la Sindicatura General de la Nación, dependiente del Poder Ejecutivo Nacional. En el segundo, la Auditoría General de la Nación, la cual depende del Congreso de la Nación.

14.2.6. Ámbito de aplicación

El art. 8 de la ley prescribe que sus disposiciones son aplicables a todo el sector público nacional, el cual comprende la administración nacional, y empresas y sociedades del esta-

do. A su vez, la administración nacional está comprendida por la administración pública centralizada y los entes descentralizados. Se incluyen entre estos últimos las instituciones de seguridad social.

Mientras que el concepto de empresas y sociedades del estado abarca las empresas del estado, las sociedades del estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas organizaciones empresariales en las que el estado tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias.

Luego de efectuar una ordenación que podríamos conceptualizar como institucional, el artículo siguiente de la ley 24156 hace un distingo entre los conceptos de entidad y jurisdicción.

El art. 9 entiende por entidad toda organización pública con personalidad jurídica y patrimonio propio, y por jurisdicción el Poder Judicial, el Poder Legislativo y la Presidencia de la Nación, los ministerios y secretarías dependientes de la presidencia.

El término “jurisdicción” debería haberse limitado a su aspecto técnico, que es la potestad del juez de decir el derecho. Acaso, un término adecuado podría haber sido “ámbito”.

14.2.7. Sujetos pasivos del control interno

El art. 98 de la ley 24156 expresa que están alcanzados por el control interno las jurisdicciones que componen el Poder Ejecutivo Nacional y los organismos descentralizados y empresas y sociedades del estado que dependan de él.

A mi juicio, este artículo revela una técnica legislativa deficiente. Debió haberse restringido el término “jurisdicción” para la facultad del juez. Por otra parte, el Poder Ejecutivo Nacional es un órgano unipersonal, compuesto por un ciudadano con el título de presidente; los ministros son simplemente colaboradores del presidente. En consecuencia, el artículo debería haber sido redactado de esta forma: están alcanzados por el control interno el Poder Ejecutivo Nacional, los ministerios, los entes descentralizados y las empresas y sociedades del estado.

A su vez, el art. 114 de la citada norma prescribe que, en los casos en que el estado tenga participación mayoritaria en sociedades anónimas, la Sindicatura General de la Nación propondrá a los organismos que lleven a cabo los derechos societarios del estado nacional, la designación de los síndicos, quienes serán parte de las comisiones fiscalizadoras, de conformidad con lo que prevean sus propios estatutos.

Asimismo, el Poder Ejecutivo Nacional propondrá síndicos en los casos que deban designárselos en empresas y sociedades del estado, por sí o mediante sus entes descentralizados, empresas y sociedades del estado, tengan participación igualitaria o minoritaria. Dichos funcionarios tendrán las atribuciones y deberes previstos en la ley 19550 de sociedades comerciales, en todo lo que no se oponga a la ley 24156.

Es dable manifestar que el decreto 253/1993 reglamentó el artículo descripto en el sentido que, en las sociedades e instituciones financieras en las que el estado tenga parti-

cipación, los síndicos que lo representen serán propuestos por la Sindicatura General de la Nación. Mientras que en las empresas y entidades serán designados por la antedicha sindicatura.

14.2.8. Sujetos alcanzados por el control externo

El art. 117 de la ley 24156 estipulaba que los sujetos alcanzados son los órganos de la administración central, entes descentralizados, empresas y sociedades del estado, entes reguladores de servicios públicos, la municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos.

Cabe recordar que la reforma constitucional de 1994 reconoció autonomía a la Ciudad de Buenos Aires. Esta circunstancia llevó a la sanción de la Constitución local de 1996. En consecuencia, las previsiones del art. 117 de la ley 24156 no resultan de aplicación para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

14.3. Sindicatura General de la Nación

El sistema de control interno está regulado en el Título VI “Del sistema de control interno”, arts. 96 a 115 de la ley.

Dicho sistema es competencia de la Sindicatura General de la Nación, que “es una entidad con personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera, dependiente del Poder Ejecutivo Nacional”.

Nuevamente, aquí corresponde objetar la deficiente técnica legislativa, ya que la autarquía supone un ente con personalidad jurídica y patrimonio propio.

Por otra parte, la antedicha sindicatura es el órgano normativo, de supervisión y coordinación.

El art. 103 de la ley establece que el modelo de control que aplique y coordine la sindicatura es integral e integrado, abarca aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, la evaluación de programas, proyectos y operaciones y debe estar fundado en criterios de economía, eficiencia y eficacia.

Con respecto a este artículo, la reglamentación establece que el modelo de control integral e integrado, que será aplicado y coordinado por la sindicatura, implica concebir el órgano o ente como una totalidad que cumple funciones, logra resultados, realiza procesos y funda sus decisiones en criterios de economía, eficiencia y eficacia.

14.3.1. De los bienes

Lo relativo a los bienes de la Sindicatura General de la Nación está previsto en el art. 99 de la ley 24156, el cual dispone que su activo estará compuesto por todos los bienes que

le asigne el Estado Nacional y por los que le sean transferidos o adquiera por cualquier causa jurídica. El decreto reglamentario 253/1993 llamado “decreto parcial 2”, del 18/2/1993, establece que:

- 1) Su patrimonio estará integrado por los bienes que hayan correspondido por cualquier título a la Sindicatura General de Empresas Públicas, y los que se transfieran o adquieran en el futuro por cualquier causa jurídica.
- 2) La sindicatura financiará el desarrollo de sus actividades con los siguientes recursos, los cuales estarán incluidos en el presupuesto anual correspondiente:
 - 2.1) Los aportes y las contribuciones a cargo del Tesoro Nacional que anualmente determine el presupuesto general de la administración nacional.
 - 2.2) Las retribuciones que perciba por los servicios especiales que preste u otros que le solicite el sector público.
 - 2.3) El producto de las operaciones financieras o venta de bienes patrimoniales que realice.
 - 2.4) Las contribuciones previstas por el decreto 1223/1979 o las que fije el Síndico General de la Nación.
 - 2.5) Los subsidios, donaciones y cualquier otro recurso que se le destine.
 - 2.6) Otros ingresos.

14.3.2. Responsabilidad

El art. 112, inciso e) de la citada ley estipula que es responsabilidad del Síndico General elevar anualmente a consideración de la presidencia de la Nación, el plan de acción y presupuesto de gastos para su posterior incorporación al proyecto de ley de presupuesto general, y administrar el presupuesto de la entidad, por lo que puede redistribuir los créditos sin alterar el monto total asignado.

En el inciso h) del art. 112 de la señalada ley, establece la responsabilidad del síndico de informar a la Auditoría General de la Nación actos o conductas que impliquen irregularidades, de las que tome conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

14.3.3. Facultades

El art. 106 de la antedicha ley determina que la Sindicatura General de la Nación puede requerir de la Contaduría General de la Nación y de los organismos comprendidos en el ámbito de su competencia la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones. Para ello, todos los agentes y/o autoridades del sector público nacional prestarán su colaboración. Además, se considerará la conducta adversa como falta grave.

A tales efectos, la reglamentación prevé que la Sindicatura General de la Nación tenga acceso a todos los registros documentales y magnéticos, documentación de respaldo y lugares de trabajo –oficinas, centros de procesamiento de la información, archivos, almacenes, entre otros–.

El art. 107 de la ley dispone que la sindicatura debe informar al Poder Ejecutivo sobre la gestión financiera y operativa de los organismos comprendidos dentro del ámbito de su competencia, a la Auditoría General sobre la gestión cumplida por los entes bajo su fiscalización, sin perjuicio de atender consultas y requerimientos específicos formulados por el órgano externo de control.

14.3.4. Pautas para el caso de faltante de bienes

El art. 98 de la ley 24156 establece que es materia de la Sindicatura General de la Nación el control interno de los órganos que componen el Poder Ejecutivo Nacional y los entes descentralizados y empresas y sociedades del estado que dependan de él, sus métodos y procedimientos de trabajo, normas orientativas y estructura orgánica.

14.3.5. Misiones

La Sindicatura General de la Nación puede concentrar la información necesaria del funcionamiento de los distintos órganos o entes a los efectos de informar trimestralmente al presidente de la Nación de los perjuicios patrimoniales registrados y los procedimientos adoptados para obtener un adecuado resarcimiento.

Se da cumplimiento, de este modo, a la disposición del art. 107, inciso a) de la ley 24156, el cual dispone que “La Sindicatura General deberá informar: al presidente de la Nación, sobre la gestión financiera y operativa de los organismos comprendidos dentro del ámbito de su competencia”.

14.3.6. Facultades sancionatorias

La ley 24156 no otorgó facultades sancionadoras al órgano rector del sistema de control interno de la administración.

En el inciso h) del art. 112 de la señalada ley, se establece la responsabilidad del síndico de informar a la Auditoría General de la Nación de actos o conductas que impliquen irregularidades, de las que tuviere conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

El citado artículo no contemplaba facultades sancionadoras para la Sindicatura General de la Nación.

Por lo demás, del texto de la ley citada surge que la sindicatura únicamente tiene la responsabilidad de comunicar a la Auditoría General de la Nación lo señalado.

Con el dictado de la ley 24447 de presupuesto para el ejercicio 1995, por medio del art. 30 se concedieron facultades sancionadoras a la Sindicatura General de la Nación, de tal forma se ha modificado el sistema instituido por la ley 24156.

A pesar de que el art. 30 no fue ordenado en el texto de la ley complementaria permanente de presupuesto, quiero enfatizar lo peligroso que resulta que una norma llamada

a finecer luego de un ejercicio financiero –como es la ley 24447 de presupuesto– tenga en mira modificar el sistema que instituyó la ley 24156.

Podría argüirse que esto es jurídicamente viable, pues se debe aplicar el principio general *lex posteriori derogat priori*. No obstante, si la voluntad del legislador fue que se mantuviera incólume a través del tiempo, esto se torna ineficaz. La modificación debería haberse propuesto en la ley 24156, no en una norma contenida en la ley de presupuesto anual.

El art. 30 de la ley 24447 concede a la Sindicatura General de la Nación las siguientes facultades: “...podrá apercibir y aplicar multas a los funcionarios administrativamente responsables de las jurisdicciones y a los titulares de las entidades sujetas a su control, por un monto de un tercio (1/3) hasta diez (10) veces su remuneración, cuando en el ejercicio de su competencia verifique transgresiones a normas legales o reglamentarias vinculadas al régimen de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional, de conformidad con la reglamentación que se dicte al efecto”.

14.3.7. De la intangibilidad legislativa

El art. 20 de la ley 24156 dispone que “Las disposiciones generales constituyen las normas complementarias a la presente ley que regirán para cada ejercicio financiero.

Contendrán normas que se relacionen directa y exclusivamente con la aprobación, ejecución y evaluación del presupuesto del que forman parte. En consecuencia, no podrán contener disposiciones de carácter permanente, no podrán reformar o derogar leyes vigentes, ni crear, modificar o suprimir tributos u otros ingresos”.

14.3.7.1. Posición de Bielsa

Cabe recordar que una disposición de similares características fue reproducida en el art. 20 de la ley 12961 de contabilidad. Al respecto, Bielsa ha dicho: “una disposición importante de la ley de contabilidad [...] Como se trata de una ley orgánica que tiene un carácter de permanencia y que en cierto modo rige a otras normas administrativas, la disposición forma parte del sistema general del presupuesto; establece ese art. que ‘no se incluirán en la ley de presupuesto disposiciones de carácter orgánico o que modifiquen o deroguen leyes en vigor, ni se crearán por ella entidades o ramas administrativas cuyas actividades, por su naturaleza, deben ser previamente fijadas por una ley orgánica’”.

Prosigue su alocución en los siguientes términos: “se trata de una norma lógica, y que pone orden en la Administración mediante una especie de autolimitación de la función legislativa. Más de una vez se ha suprimido un organismo entero con la supresión de un artículo o un inciso de la ley de presupuesto, sin que se haya advertido en el Congreso, de qué se trataba”.

Completa su idea enumerando los resultados de esta disposición del siguiente modo: “1) evita modificaciones sorpresivas, no deliberadas públicamente, y a veces, en el mejor de los supuestos de orden moral, evita errores u omisiones involuntarias; 2) mantiene la unidad e integridad de todo lo que es orgánico y se refiere a un status personal o institucional; 3) impide que se generalice el recurso de la invocación (cómoda y oportunista) de una viciosa

máxima *lex ubi voluit dixit noluit tacuit*, que se cita a veces en supuestos determinados por el silencio de la ley. En efecto, no basta esa máxima para deducir que una omisión sea siempre el querer legislativo deliberado. Además, el principio de motivación y explicación de todos los actos del poder público es de naturaleza del régimen republicano y representativo”⁶.

A pesar de que la norma sobrevivió el paso del tiempo –con algunas modificaciones–, nunca fue respetada, ya que en la ley de presupuesto anual siempre se deslizan preceptos de carácter permanente.

14.3.7.2. Posición de la Procuración del Tesoro de la Nación

La Procuración del Tesoro de la Nación, refiriéndose en un dictamen sobre el alcance de la no inclusión de disposiciones de carácter orgánico, derogatorio o modificatorio de la ley en vigor, sostuvo que la prohibición contenida en la norma no tenía sustancia constitucional, por lo que era posible de reforma legislativa.

14.3.7.3. Algunas reflexiones

La prohibición por medio de la cual se impide que en las leyes de presupuesto anuales se deslicen normas de carácter permanente tiene por objetivo que las leyes de presupuesto anuales no sean utilizadas para introducir normas de esta índole o modificar leyes específicas que alteren subrepticiamente todo el sistema.

Por otra parte, esta prohibición debería tener una previsión expresa en la CN, tal como ocurre con la constitución de la República Federal de Alemania, promulgada por el consejo parlamentario el 23/5/1949, expresada en el inciso 4 del art. 110 del capítulo X “Del régimen financiero”: “No deberán incluirse en la ley de presupuestos más que aquellas disposiciones que se refieran a los ingresos y gastos de la Federación y al período para el que fuere aprobada la ley de presupuestos. Dicha ley podrá prescribir que las disposiciones dejen de regir solamente cuando se promulgue la próxima ley de presupuestos o, en el caso de haber sido otorgada una autorización según el art. 115, en fecha posterior”.

Como se podrá apreciar, fue voluntad del constituyente alemán dejar sentado el alcance y la duración de las normas contenidas en la ley de presupuestos anuales. Pero fue una norma de rango superior en la pirámide jurídica la que determinó el mencionado criterio.

En el caso argentino, el referido criterio surge de la disposición del art. 20 de la ley 24156, la cual tiene la misma jerarquía jurídica que las leyes de presupuesto.

Esto conlleva a que la promulgación de una norma posterior altere lo preceptuado en el art. 20 de la ley antes mencionada, ya que solo una norma superior puede impedir estos desmanes.

En consecuencia, la solución jurídica para este estado de cosas es la inclusión de la prohibición expresa en la CN. Sin perjuicio de ello, también debemos señalar que estas cuestiones también demuestran el grado de desprecio de los funcionarios políticos hacia la

6 Bielsa, Rafael, *Régimen jurídico de la contabilidad pública*, Depalma, Buenos Aires, 1955.

ley. Esta cuestión, más que una reforma constitucional, requiere de honestidad y del cumplimiento de la ley.

14.3.8. Enlace con las unidades de auditoría internas

A los efectos de sistematizar el correcto y eficaz funcionamiento del control interno de la administración, se instituyó en cabeza de la autoridad máxima de cada órgano y entidad dependiente del Poder Ejecutivo las denominadas unidades de auditoría interna. Se completa de este modo aquel sistema de control.

Las unidades de auditoría interna dependen jerárquicamente de la autoridad superior de cada organismo y funcionalmente de la Sindicatura General, con la que actúan coordinadamente.

La autoridad superior de cada organismo o entidad dependiente del Poder Ejecutivo Nacional, en cabeza de las cuales se crean las unidades de auditoría interna, son responsables del mantenimiento de un adecuado sistema de control interno que incluye los instrumentos de control previo y posterior, incorporados en el plan de organización y en los reglamentos y manuales de procedimiento de cada organismo y la auditoría interna.

14.3.9. Unidades de auditoría interna

El decreto parcial 2, reglamentario de la ley 24156, prevé que las citadas unidades deben informar fielmente y de inmediato a la Sindicatura General de la Nación la falta de cumplimiento de cualquiera de las normas que rigen los sistemas de control interno y administración financiera.

Para ello, las aludidas unidades realizan todos los exámenes integrales e integrados de las actividades, procesos y resultados del organismo o entidad al que pertenezcan.

La reglamentación establece que el modelo de control integral e integrado, que será aplicado y coordinado por la referida sindicatura, implica concebir al organismo o entidad como una totalidad que cumple funciones, logra resultados, realiza procesos y funda sus decisiones en criterios de economía, eficiencia y eficacia.

14.3.9.1. La figura del auditor interno

En virtud de lo establecido en los arts. 100 y 102 de la ley 24156, se dictó el decreto 971 del 6/5/1993.

El reglamento citado creó el cargo de auditor interno para los organismos y entidades de la administración pública nacional enumeradas en su anexo.

El art. 1 del decreto en estudio estableció que las restantes entidades debían presentar ante el Comité Ejecutivo de Contralor de la Reforma Administrativa la propuesta de creación del cargo de auditor interno en un plazo máximo de 30 días corridos que se contaban a partir del dictado del decreto.

Este plazo perentorio no fue respetado por las entidades, tal como veremos al citar los considerandos del decreto 2380 del 18 de noviembre del mismo año.

El art. 2 establece que el cargo de auditor interno es extraescalafonario, por el art. 3 –modificado con la reforma que le hace el decreto 2380/1993– se le fija una retribución equivalente a la del nivel “A” grado “0” más un suplemento hasta alcanzar el importe correspondiente al cargo con función ejecutiva de nivel I. Dicho suplemento tiene carácter no remunerativo y no bonificable en los organismos y entidades en las que no rija el Sistema Nacional de la Profesión Administrativa –SINAPA–.

El art. 4 establece que el perfil del auditor interno deberá ajustarse al que establezca la Sindicatura General de la Nación. Debe ser designado mediante resolución de la autoridad máxima del organismo o entidad, previa opinión técnica de la Sindicatura General de la Nación, la que tendrá carácter no vinculante.

A su vez, el art. 5 del decreto en comentario estipula que “El auditor interno no gozará de estabilidad en el cargo y podrá ser removido por resolución de la autoridad máxima de la jurisdicción o entidad, la que deberá ser comunicada a la Sindicatura General de la Nación”.

La norma resulta objetable, pues otorgarle a la autoridad máxima del organismo o entidad la posibilidad de remover al auditor interno le impide obrar con autonomía en su función. En efecto, si las labores del auditor interno no son compartidas por la máxima autoridad, esta –utilizando la facultad que la norma le concede– lo podría expulsar del cargo.

Todo ello implica que el auditor no pueda cumplir plenamente con sus funciones de control. Podría argüirse que su función es la de un informante calificado, puesto que al desplegar sus cometidos en el órgano o ente puede conocer de manera más profunda el desenvolvimiento de estas y puede comunicar a la Sindicatura General de la Nación las circunstancias que se desarrollan en el seno de ellas. Pero también esa característica de informante se encuentra sumamente condicionada por la facultad de la que ha sido investida la autoridad máxima del organismo o entidad, cual es remover al auditor.

14.3.9.2. Nombramiento

Los auditores internos serán nombrados por resolución de la máxima autoridad del organismo o entidad.

La autoridad superior será la responsable de que las unidades de auditoría interna y sus integrantes se ajusten a sus actividades específicas en forma exclusiva.

14.3.9.3. Contenido de la auditoría interna

La auditoría interna es un servicio a toda la organización y consiste en un examen posterior de las actividades financieras y administrativas de las entidades a las que se refiere la ley, realizada por los auditores integrantes de las unidades de auditoría interna. Las funciones y actividades de los auditores internos deben mantenerse separadas de las operaciones sujetas a su examen.

14.3.9.4. Del deber de información

La reglamentación establece que las unidades de auditoría interna deberán informar fielmente y de inmediato a la sindicatura la falta de cumplimiento de cualquiera de las normas que rigen los sistemas de control interno y administración financiera.

14.3.9.5. De la opinión previa de la Sindicatura General de la Nación en los planes de organización

La autoridad superior de cada organismo o entidad dependiente del Poder Ejecutivo requerirá la opinión previa favorable de la Sindicatura General de la Nación para la aprobación del plan de organización, los reglamentos y manuales de procedimientos, los cuales deberán incorporar instrumentos idóneos para el ejercicio del control previo y posterior. Estos documentos deberán ser presentados por dicha autoridad superior a la sindicatura en un plazo no mayor a noventa días a partir de la publicación del decreto. Toda modificación requerirá la previa opinión de la Sindicatura General de la Nación.

14.4. La Auditoría General de la Nación

El Título VII de la ley 24156, que consta de tres capítulos –denominados “Auditoría General de la Nación”, “Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas”, y “De la responsabilidad”, respectivamente– y comprende los arts. 116 a 131, regula el sistema de control externo del sector público.

El art. 116 de la mencionada ley establece que el ente de control externo será la Auditoría General de la Nación, dependiente del Congreso Nacional.

La Auditoría es una entidad con personería jurídica propia e independencia funcional, para lo cual cuenta con independencia financiera.

Lo correcto hubiera sido simplemente establecer que la Auditoría General de la Nación es una entidad autárquica, ya que la autarquía supone un ente con personalidad jurídica y patrimonio propio. Esta es nuevamente una muestra de la deficiente técnica legislativa.

14.4.1. Funcionamiento

En el tercer párrafo del mismo artículo, determina que su estructura orgánica, sus normas básicas internas, la distribución de funciones y sus reglas básicas de funcionamiento serán establecidas por primera vez por resoluciones conjuntas de las comisiones parlamentaria mixta revisora de cuentas y de presupuesto y hacienda de ambas cámaras del Congreso de la Nación. Posteriormente, las modificaciones deberán ser sugeridas por la Auditoría a las referidas Comisiones y aprobadas por estas –cuarto párrafo del art. 116–.

14.4.2. Del patrimonio

Su patrimonio está compuesto por todos los bienes que le asigne el estado nacional, por los que hayan pertenecido por todo concepto al Tribunal de Cuentas de la Nación y por los que le sean transferidos por cualquier causa jurídica.

14.4.3. Competencia

Es materia de competencia de la Auditoría General de la Nación el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal, como también el dictamen sobre los estados contables financieros.

Se resume en este ente la función de control externo que durante la vigencia del decreto-ley 23354/56 le competía a la Sindicatura General de Empresas Públicas y al Tribunal de Cuentas de la Nación.

14.4.4. Órganos que controla

La Auditoría General de la Nación despliega su actividad sobre los órganos de la administración central, entes descentralizados, empresas y sociedades del estado, entes reguladores de servicios públicos, y los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en lo que se refiere a las obligaciones que surjan de los respectivos contratos.

Asimismo, el art. 117 de la ley 24156 estipula en su cuarto párrafo que el control externo posterior del Congreso queda en manos de la Auditoría.

Por otra parte, la CSJN dispondrá sobre la modalidad y alcance de la puesta en práctica del sistema instituido con relación al Poder Judicial. Asimismo, acordará con la Auditoría General de la Nación para que colabore en el control externo posterior.

14.4.4.1. Convenio CSJN-AGN

El 9/12/1993 fue celebrado un convenio entre la CSJN y la Auditoría General de la Nación, en cumplimiento de las prescripciones del art. 117, párrafos quinto y sexto de la ley 24156. Dicho acuerdo se encuentra vigente desde la fecha de la suscripción, y fue aprobado por la resolución 214 del 14/12/1993 de la Auditoría General de la Nación.

14.4.4.1.1. Alcances del control

Se convino que la Auditoría General de la Nación ejercería el control de la actividad presupuestaria, económica, financiera y patrimonial del Poder Judicial de la Nación mediante la revisión posterior de su gestión.

14.4.4.1.2. Estructura del sistema de control

Se acordó que el sistema de control externo se estructuraría basándose en los siguientes extremos: verificación del cumplimiento de la normativa vigente; cotejar que los recursos públicos hayan sido utilizados en forma económica y eficiente, y la determinación del grado en que se hayan alcanzado los objetivos previstos.

14.4.4.1.3. Comunicación de las metas y planes de acción

En la cuarta cláusula, se estableció que cada año la Auditoría General de la Nación comunicará las metas contenidas en sus planes de acción y presupuestos, dentro de los sesenta días de establecidas.

La función de la Auditoría General de la Nación consistirá en la supervisión del cumplimiento de tales metas. Elabora, a tales efectos, un plan de acción anual que presenta a la Corte dentro de los treinta días siguientes.

14.4.4.1.4. De la elaboración de un plan de trabajo

La Auditoría General de la Nación y la autoridad superior de la CSJN acordarán un plan de trabajo y los honorarios que corresponda abonar en el supuesto de que la tarea a realizar importe la contratación –por parte de la Auditoría General de la Nación– de auditores externos o consultoras.

14.4.4.1.5. De la garantía de un adecuado control interno

La cláusula sexta estipuló que la autoridad superior de la CSJN sería la responsable del mantenimiento de un adecuado sistema de control interno, perfectamente reflejado en normas y procedimientos incluidos en un manual o cuerpo normativo único a ser aplicado en el Poder Judicial de la Nación.

Dentro de los diez días de suscripto el acuerdo, la CSJN deberá remitir a la Auditoría General de la Nación un ejemplar de los regímenes jurídicos aplicables al funcionamiento del Poder Judicial de la Nación, e igualmente lo haría en el futuro.

14.4.4.1.6. De la elaboración del informe anual

La Auditoría General de la Nación elabora un informe al finalizar cada servicio anual, el cual es presentado al presidente de la CSJN y comunicado a los presidentes de ambas cámaras del Congreso de la Nación y al Poder Ejecutivo Nacional –Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos–.

14.4.5. Funciones

El art. 118 de la ley 24156 prescribe que en el marco del programa de acción anual de control externo fijado por las comisiones de presupuesto y hacienda de ambas cámaras, la Auditoría tiene las siguientes funciones:

- a) La fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias en relación con la utilización de los recursos del estado una vez dictados los actos correspondientes.
- b) Llevar a cabo las auditorías financieras, de legalidad, de gestión, exámenes especiales de los organismos y las entidades bajo su control, así como las evaluaciones de programas, proyectos y operaciones, misión que podrá ser realizada directamente o mediante la contratación de profesionales independientes de auditoría.
- c) Fiscalizar, por sí o mediante profesionales independientes, las unidades ejecutoras de programas y proyectos financiados por los organismos internacionales de crédito, conforme los acuerdos que se perfeccionen entre la República Argentina y dichos organismos.
- d) Examinar y emitir dictámenes sobre los estados contables financieros de los organismos de la administración nacional, preparados al cierre de cada ejercicio.
- e) Controlar el empleo de los recursos provenientes de las operaciones de crédito público y perpetrar los exámenes especiales que sean necesarios para formar opinión sobre la situación del endeudamiento. A tales efectos puede solicitar al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y al Banco Central de la República Argentina la información que estime necesaria en relación con las operaciones de endeudamiento interno y externo.
- f) Audituar y emitir dictamen sobre los estados contables financieros del Banco Central de la República Argentina independientemente de cualquier auditoría externa que pueda ser contratada.
- g) Ejecutar exámenes especiales de actos y contratos de significación económica, por sí o por indicación de las cámaras del Congreso o de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas.
- h) Controlar y emitir opinión sobre la memoria y los estados contables financieros, así como del grado de cumplimiento de los planes de acción y presupuesto de las empresas y sociedades del estado.
- i) Determinar los requisitos de idoneidad que deberán reunir los profesionales independientes de auditoría referidos en este artículo y las normas técnicas a las que deberá ajustarse el trabajo de estos.
- j) Comprobar que los órganos de la administración mantengan el registro patrimonial de sus funcionarios públicos, razón por la cual todo funcionario público con rango de ministro, secretario, subsecretario, director nacional, máxima autoridad de entes descentralizados o integrante de directorio de empresas y sociedades del estado tiene la obligación de presentar, dentro de las cuarenta y

ocho horas de asumir su cargo o de la sanción de la presente ley, una declaración jurada patrimonial, con arreglo a las normas y requisitos que disponga el registro, información que se actualizará anualmente y al momento de cese en el desempeño de sus funciones.

14.4.6. Facultades

A su vez, el art. 119 de la ley en comentario dispone que la Auditoría General de la Nación podrá realizar todo acto, contrato u operación que se relacione con su competencia. Asimismo, podrá exigir la colaboración de todas las entidades del sector público, las que estarán obligadas a suministrar los datos, documentos, antecedentes e informes relacionados con el ejercicio de sus funciones. También, podrá promover las investigaciones de contenido patrimonial en los casos que corresponda. Asimismo, comunicará sus conclusiones a la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas a los fines de dar publicidad al material, en caso de considerar que no debe permanecer reservado.

14.4.7. Criterios y normas de auditoría

El referido artículo dispone que la Auditoría General de la Nación debe formular los criterios de control y auditoría y fijar normas de auditoría externa para ser utilizadas por la entidad. Tales criterios deberán comprender un modelo de control y auditoría externa integrada que abarque los aspectos financieros, de legalidad y de economía, de eficiencia y eficacia. Del mismo modo deben exponer ante la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas, antes del 1 de mayo, la memoria de su actuación, dar publicidad a todo el material con excepción del que la referida comisión considere que debe permanecer reservado.

14.4.8. Presupuesto anual de la Auditoría General de la Nación

Este presupuesto es analizado por la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas, y esta envía al Poder Ejecutivo el proyecto para su agregación en el presupuesto general de la Nación –art. 129, inciso b), ley 24156–.

14.4.9. La Auditoría y el Congreso Nacional

El art. 127 de la ley determina que el control de la Auditoría General de la Nación está a cargo de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas, en el modo que esta última lo establezca.

La citada Auditoría debe desarrollar un programa de acción anual de control externo. El referido programa debe ser aprobado por la señalada comisión, juntamente con la Comisión de Presupuesto y Hacienda de ambas cámaras.

A su vez, ese programa es analizado, en lo que atañe a su cumplimiento, por la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas, la que puede realizar observaciones o señalar modificaciones que considere oportuno introducir.

Entre otros de los análisis a cargo de la citada comisión, está la memoria anual, que la Auditoría debe remitir antes del 1 de mayo de cada año.

Cabe destacar que la Auditoría es un órgano dependiente del Poder Legislativo, pero con independencia funcional. Así, la comisión puede encargarle la ejecución de trabajos, la confección de dictámenes especiales sobre su competencia o la realización de investigaciones. Tal dependencia de la Auditoría con relación al Poder Legislativo se ve reflejada en la circunstancia de que la comisión puede requerirle los cometidos enunciados y fijarle un plazo, o bien que informe acerca de las tareas que despliega –art. 129, incisos c y d de la citada ley–.

14.4.10. De la responsabilidad

El art. 130 de la mencionada ley estipula que “Toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responderá por los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados siempre que no se encuentre comprendida en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial”.

A su vez, el art. 131 de la ley citada prescribe que “La acción tendiente a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de todas las personas físicas que se desempeñaran en el ámbito de los organismos y demás entes premencionados en los arts. 117 y 120 de esta ley, prescribe en los plazos fijados por el Código Civil contados desde el momento de la comisión del hecho generador del daño o de producido este si es posterior, cualquiera sea el régimen jurídico de responsabilidad patrimonial aplicable con estas personas”.

Como se puede advertir, los arts. 130 y 131 fijan un tipo de responsabilidad personal del funcionario administrativo cuando sus cometidos generen algún perjuicio o daño económico para el ente u organismo.

14.4.10.1. Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación

Respecto de la interpretación y aplicación que debe darse a los arts. 130 y 131 de la ley 24156, se ha expedido la Procuración del Tesoro de la Nación.

14.4.10.1.1. Dónde se dirimen las cuestiones patrimoniales

A pesar de que el articulado de la ley 24156 no establece pautas claras al respecto y se han eliminado los juicios de responsabilidad y de cuentas, siguen vigentes los regímenes de determinación administrativa previa de un perjuicio fiscal. En consecuencia, una vez practicada la determinación, el agente involucrado podrá allanarse a la pretensión de la administración e ingresar los montos respectivos, o bien recurrir a la instancia judicial.

14.4.10.1.2. Interrupción de la prescripción

El procedimiento administrativo interrumpe la prescripción. Así, se ha dicho que “Aun admitiendo, dentro de la tesis de los actores, que el plazo de prescripción hubiere comenzado a correr [...], es claro que siendo previa e indispensable la investigación y la resolución de la Administración General de impuestos internos [...] ese proceso administrativo interrumpe la prescripción que hubiera comenzado a correr” –dictámenes 72:161–.

14.4.10.1.3. Prescripción de la acción

El art. 131 de la ley 24156 remite a los plazos de prescripción fijados por el Código Civil, en la actualidad, el Código Civil y Comercial.

Marienhoff observaba que “algunos tribunales impresionados por el art. 1112 del Código Civil y por la ubicación de este en el título de los hechos ilícitos que no son delitos, aplicaron el art. 4037 de dicho Código, que entonces establecía que dicha prescripción se operaba en el lapso de un año –hoy es de dos años–. El criterio era equivocado, porque en la especie no se trataba de un cuasidelito, sino de actos que implicaban el incumplimiento o la violación de un contrato –el contrato de empleo público–, en cuyo caso la acción prescribe a los diez años –Código Civil, art. 4023–; esta era la norma que debió aplicarse y ese el lapso en que se producía la prescripción de la acción”.

En consecuencia, el art. 142 del decreto-ley 23354/56 establecía un plazo de diez años para la prescripción de las acciones tendientes a hacer efectiva la reparación civil de los daños e intereses ocasionados por actos u omisiones imputables a los agentes de la administración nacional. Incluidos los de entidades descentralizadas, empresas del estado y haciendas paraestatales, prescribirán a los diez años de cometido el hecho que imponga tal responsabilidad.

La doctrina es conteste en que el plazo de prescripción al que se refiere la norma es de diez años y, en este sentido, se ha manifestado la Procuración del Tesoro de la Nación en el dictamen 170 del 23/11/1993.

14.4.10.1.4. Cómputo del plazo

El art. 131 de la ley 24156 expresa que el plazo de prescripción se cuenta “desde el momento de la comisión del hecho generador del daño o de producido este si fuere posterior, cualquiera sea el régimen jurídico de responsabilidad patrimonial aplicable con estas personas”.

El art. 85, inciso e) de la vieja ley de contabilidad estipulaba que para los funcionarios que trataban el inciso en cuestión, los plazos de dicha prescripción comenzaban a correr desde la fecha en que estos hubiesen cesado en sus cargos.

14.4.10.1.5. De las facultades sancionadoras

Como se puede observar, no surge del texto de la ley 24156 potestad sancionadora alguna para la Auditoría General de la Nación ni para la Sindicatura General de la Nación.

La circunstancia de que la Auditoría General no posea facultades sancionadoras no supone la impunidad de los delitos que podría detectar en su función.

Debo puntualizar la falacia de esta afirmación, debido a que si la ley específica no le dio facultades sancionadoras fue porque quiso que los resortes naturales, que la CN habilita, estén a cargo de los órganos jurisdiccionales.

En este sentido, se dijo que “Interesa subrayar que la auditoría gubernamental no es un proceso de investigación. Conforme a normas constitucionales muy claras, ello atañe a la organización judicial y a los organismos especializados de la administración. La auditoría gubernamental es la verificación técnica y profesional respecto a la administración eficiente de los recursos, al cumplimiento eficaz de los objetivos, a la veracidad de la información gerencial administrativa y financiera y al cumplimiento de las obligaciones transmitido a la administración, al Poder Legislativo y a la ciudadanía toda”.

El decreto-ley 23354/56 –ley de contabilidad– creó el Tribunal de Cuentas de la Nación, a cuyo cargo se encontraba el control externo de la administración.

La Procuración del Tesoro de la Nación calificó el referido tribunal como un órgano independiente de la administración activa, y su actividad como “cuasi-judicial”, cuando llevaba a cabo el juicio de cuentas o el juicio de responsabilidad.

El decreto-ley en comentario establecía, en su art. 84, que correspondía al citado tribunal, entre otras atribuciones, el examen y juicio de las cuentas de los responsables, intervenidas por las respectivas contadurías centrales; la declaración de responsabilidad y formulación de cargo, cuando correspondiera; la aplicación, cuando lo considerara pertinente, de multas de hasta \$ 5.000 a los responsables en casos de transgresiones a disposiciones legales o reglamentarias, sin perjuicio del cargo y alcances que correspondiera formularles por los daños materiales que pudieran derivarse a la hacienda del estado; apercibir y aplicar multas de hasta \$ 1.000 en casos de falta de respeto o desobediencia a sus resoluciones.

A su vez, el art. 85, inciso e) de la denominada “ley de contabilidad” establecía que era atribución y deber mínimo del Tribunal de Cuentas de la Nación, entre otros, traer a juicio de responsabilidad a cualquier estipendiario de la Nación, salvo los miembros del Poder Legislativo y los funcionarios comprendidos en el art. 45, CN de 1853. Esta previsión fue adaptada en la reforma constitucional de 1994 en el art. 53, CN.

14.4.11. La reforma constitucional

Con la reforma constitucional de 1994, la Auditoría General de la Nación adquirió rango constitucional. El art. 85 del texto fundamental estipula que: “El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos será una atribución propia del Poder Legislativo.

El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación.

Este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. El presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.

Tendrá a su cargo 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. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos”.

14.4.11.1. Debate en la convención constituyente

En los debates de la convención constituyente, la discusión se centró en torno al momento en que se iba a practicar el control externo.

14.4.11.1.1. Alocución de Daniel Baum

El referido convencional expresó: “...estamos consagrando en la Carta Magna un cambio fundamental en el control de la administración pública, que consiste en establecer que no es el Poder Ejecutivo Nacional quien genera y de quien depende el control de sus actos administrativos, sino que esta responsabilidad será ejercida por otro poder de la República, que es el Congreso de la Nación...”.

14.4.11.1.2. Apostilla de Néstor Adrián Sequeiros

El antedicho convencional dijo: “Si los organismos responsables de analizar esa información no tomaron las previsiones correspondientes, no se lo podemos imputar al Tribunal de Cuentas. Además, pido a los señores convencionales que no defiendan la eliminación del control previo [...] Si no hay control previo, una vez que se robaron el dinero no los alcanzamos ni con un galgo”.

14.4.11.1.3. Disertación de Diego May Zubiría

El referido constituyente dejó sentado: “...la constitucionalización de la Auditoría constituye un avance republicano y un fortalecimiento de la división de poderes...”.

14.4.12. Naturaleza jurídica

Es un organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, aunque delega en la ley las reglas de funcionamiento.

Cierta doctrina la ha calificado como un órgano burocrático del Congreso, encargado del control externo del sector público nacional. Asimismo, se la considera como un órgano

desconcentrado sin personalidad jurídica, pero con competencias atribuidas y radicadas establemente en su ámbito de exclusividad.

Desde mi perspectiva, la Auditoría General es un ente autárquico, pues tiene las notas propias de la autarquía, esto es, personalidad jurídica propia y patrimonio propio, tal como lo dispone el art. 116.

En lo que respecta a la CN, esta utiliza el vocablo “organismo”, en tanto que la ley 24156 hace referencia a la auditoría como entidad. Por otra parte, el objetivo del constituyente fue reforzar los sistemas de control, por lo que la interpretación correcta es considerar a la Auditoría como una entidad autárquica.

14.4.13. De la integración y funcionamiento

La CN prevé que la citada Auditoría esté integrada del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada cámara. El presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso –art. 75, tercer párrafo–.

En cuanto a la ley 24156 que reglamenta su creación y funcionamiento, es una “ley constitucional, cuyas pautas están impuestas por la ley suprema. Por ende, las disposiciones que dieron existencia legal a la Auditoría General –ley 24156– deberán adecuarse a las directivas constitucionales.

Al analizar la ley 24156 y la CN puede inferirse lo siguiente:

La CN utiliza la expresión “mayoría absoluta de los miembros de cada cámara”, en lo que se refiere a la sanción de la ley que reglamenta la integración y funcionamiento de la Auditoría General de la Nación. Si bien el término “mayoría absoluta” en el procedimiento legislativo se refiere a la mitad más uno, estimo que este concepto es confuso y utiliza impropriamente el concepto “absoluto”.

Desde mi perspectiva, “mayoría absoluta” es mucho más que la mitad más uno. De hecho lo “absoluto” nos da una idea de categórico, terminante, rotundo. Siempre me ha llamado la atención, en los debates legislativos, donde la lucha por el poder es encarnizada, que se hable de mayoría absoluta, cuando muchas veces el margen para imponer una ley es exiguo. Desde esta perspectiva, “mayoría absoluta” implica una mayoría que no es lo mismo que la mitad más uno, sino algo más. De todos modos, la impropiedad en el uso de los términos ha impuesto que se utilice la expresión “mayoría absoluta” como sinónimo de la mitad más uno, lo cual a mi juicio es incorrecto.

En cuanto al vocablo “miembros”, puede generar serias controversias, pues surgirá nuevamente la antigua discusión de si se requiere la mayoría absoluta de los miembros presentes o la mayoría absoluta de la totalidad del cuerpo. Esto no ocurrió con el art. 75, inciso 2, cuarto párrafo, cuando, al referirse a una ley convenio, establece que debe ser sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara.

Asimismo, deben recordarse los debates que se suscitaron en el Congreso de la Nación para declarar la viabilidad de reforma de la Constitución en 1993. Algunos defendían la tesis según la cual, para declarar la necesidad de reforma, era necesario solo el voto de los dos tercios de los miembros presentes, mientras otros pregonaban la idea de que era necesario el voto de los dos tercios del total de los miembros.

En el marco de un sistema institucional que ha privilegiado el pluralismo político y la necesidad de participación, la función opositora es reconocida con dos alcances en la disposición que nos ocupa. Uno, mediante la regla de mayoría especial que a propósito de este organismo expresa una vez más la voluntad constitucional de sujetar la configuración de instituciones fundamentales y permanentes a normas que expresen la coincidencia entre el conjunto de las fuerzas políticas, y no la sola voluntad de una mayoría circunstancial.

Otro, la afirmación constitucional de que, en un estado moderno, el control es una incumbencia de las fuerzas opositoras, por ello la presidencia de la Auditoría ha de recaer en la persona propuesta por el partido político de oposición que cuente con mayor número de legisladores en el Congreso. Esta circunstancia torna más creíble el control, y se le da a la oposición la función que debe cumplir: el control sobre la actividad del oficialismo.

Igualmente, el constituyente cuidó al máximo en la reforma de 1994 algunos aspectos. En otros, tal previsión no se hizo presente: “De un texto breve, parco, conciso y elástico, hemos pasado a otro extenso, de cláusulas abundantes y abultadas, algunas bastante híbridas. No falta las que quedaron sin cerrar, o sea, derivando a la ley del Congreso la reglamentación de las ‘aperturas’ –por ejemplo, en lo referente a los decretos de necesidad y urgencia–. Pensamos que fue así, porque en la convención no se alcanzó el acuerdo necesario para dejar completas las citadas cláusulas. Corremos un riesgo, según como sea el día de mañana la ley reglamentaria”.

14.4.14. Integración de la Auditoría

Está integrada por siete miembros. Al respecto, el art. 121 de la ley 24156 establece: “La Auditoría General de la Nación estará a cargo de siete 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”.

En relación con los auditores generales, los cuales son seis, el art. 122 de la ley 24156 determina que “serán designados por resoluciones de las dos cámaras del Congreso Nacional, correspondiendo la designación de tres –3– a la Cámara de Senadores y tres –3– a la Cámara de Diputados, observando la composición de cada cámara. Al nombrarse los primeros auditores generales se determinará por sorteo, los tres –3– que permanecerán en sus cargos durante cuatro años, correspondiéndoles ocho años a los cuatro restantes”.

El presidente de la Auditoría General de la Nación es el séptimo auditor y es designado por una resolución conjunta de los presidentes de la Cámara de Senadores y de Diputados –art. 123 de la citada ley–. En tanto, la CN, en su art. 85, tercer párrafo *in fine*, dispone que el presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.

De lo expresado se infiere que debe mediar una propuesta del partido político de oposición en cuanto al presidente de la auditoría, y luego de tal propuesta ser designado por resolución conjunta de los presidentes de ambas cámaras.

El primer interrogante que se plantea con la redacción del citado artículo es el siguiente: ¿pueden los presidentes de ambas cámaras impugnar la propuesta realizada por la oposición?

Infiero que sí, puesto que una propuesta es simplemente una recomendación sobre algo, una sugerencia, o un consejo que se puede seguir o no. Una sugerencia no implica de ninguna manera una orden; es simplemente un camino a seguir.

Y esto nos lleva a una segunda incógnita: ¿están obligados los presidentes de la Cámara de Diputados y del Senado a designar al candidato propuesto para ejercer la presidencia de la Auditoría General? Creo que no, pero tal negativa debe tener un contorno definido que no está contemplado en la Constitución. Para ello es necesario que la ley limite esta repulsa.

Así, por ejemplo, los presidentes de ambas cámaras en la primera propuesta impugnan el candidato sugerido. Pueden tener lugar dos situaciones hipotéticas: que la oposición propicie un nuevo candidato o que insista con el mismo.

A mi juicio, en el caso de insistencia creo que debe designarse al candidato propuesto, no hay en este supuesto una nueva sugerencia.

En la hipótesis de una nueva propuesta, entiendo que podrían otra vez los presidentes de ambas cámaras impugnar al candidato auspiciado. Pero como la norma ha querido fortalecer los sistemas de control, dejándolo en este caso en manos de la oposición, interpreto que la nueva propuesta es obligatoria.

Por ello, considero que en el caso de la designación del presidente de la Auditoría General de la Nación, el partido político de oposición no formula ninguna sugerencia, sino que por lo contrario ejerce virtuales facultades para designar al precitado funcionario, a través de la insistencia o en el caso de segunda propuesta, la cual resulta obligatoria.

14.5. El defensor del pueblo

El art. 86, último párrafo, CN ha encomendado al legislador que regule lo concerniente a la organización y funcionamiento de la institución.

Cabe aclarar que el defensor del pueblo –según el diseño en nuestra ley fundamental y en la ley 24284 y su modificatoria– no tiene personería propia, ya que se encuentra incorporado operativamente a la estructura del Congreso de la Nación.

Es por ello que la estructura orgánico-funcional y administrativa de la Defensoría del Pueblo, una vez diseñada por su titular, debe ser aprobada necesariamente por la Comisión Bicameral prevista en el art. 2, inciso a) de la ley. Del mismo modo, se estipula que los recursos necesarios para atender todos los gastos que ella demande provienen de las partidas presupuestarias asignadas al Poder Legislativo de la Nación, sin perjuicio de la expresa mención en la norma de que la institución contará con un Servicio Administrativo Financiero –SAF– propio.

La doctrina entiende que el defensor del pueblo no es un mandatario del Congreso, por lo que la relación entre él y las cámaras no puede ser tildada de fiduciaria. Asimismo, se entiende que la posición del defensor del pueblo se aproxima más a la de los magistrados, por lo que su labor es una magistratura de persuasión. Al decir de Maiorano: “El *ombudsman* no decide, incide; no vence, convence”.

Desde mi perspectiva, entiendo que el defensor del pueblo y su independencia han sido fuertemente limitadas. En primer lugar, porque el Congreso lo designa, lo remueve, fija su remuneración, establece su modo de funcionamiento y, lo que es más, fija su presupuesto. Ni siquiera puede el *ombudsman* designar a sus colaboradores, tan solo propone quienes habrán de ser sus adjuntos. Es evidente que la independencia que se propiciaba no ha resultado plasmada en la norma de creación.

14.5.1. Requisitos para la designación

El art. 4 de la ley 24284 establece que puede ser elegido defensor del pueblo toda persona que reúna las siguientes calidades:

- a) Sea argentino nativo o por opción, y
- b) Tenga treinta años de edad como mínimo.

Quedan excluidos los argentinos naturalizados y, por supuesto, los extranjeros. Sin embargo, es de notar que la norma no ha previsto nada respecto de la residencia de la persona que se haya de designar, con lo cual surge la posibilidad de que el futuro defensor del pueblo sea argentino, pero no se encuentre residiendo en el país al momento de su designación.

En párrafos precedentes se hizo referencia a que el ejercicio de la Defensoría del Pueblo equivale en cierta forma a una magistratura de persuasión. En tal sentido, creemos que hubiera sido conveniente haber seguido los lineamientos de los requisitos que se exigen para ser juez de la Nación, como es el caso de ser abogado de la Nación, con ocho años de ejercicio y los requisitos que se exigen para ser senador⁷.

Víctor Fairen Guillén explica que, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, se exige, para ser nombrado *ombudsman* y aún auxiliar, ser juristas distinguidos y de antecedentes morales y sociales impecables⁸.

7 En tal sentido, corresponde tener presente los arts. 111 y 55 de la CN. El primero establece que “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”. A su vez, el art. 55 de nuestro texto fundamental establece que “Son requisitos para ser elegidos 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”.

8 Fairén Guillén, Víctor, “Posibilidad y conveniencia de introducir *ombudsmänner* en los ordenamientos jurídicos de naciones de habla ibérica”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Nº 14, Madrid, marzo-abril de 1980, pág. 21 y ss.

Teniendo en cuenta lo expuesto y los arts. 111 y 55 de nuestra CN, los requisitos para ser defensor del pueblo serían tener como mínimo treinta años de edad, haber ejercido la ciudadanía por seis años, ser abogado y tener ocho años en el ejercicio profesional.

Sin embargo, creo que a tales requisitos deberían agregarse otros que hagan a la idoneidad del futuro defensor, cual es que acredite conocimientos específicos de derecho público, lo cual no se logra simplemente con el título de abogado, sino con otros antecedentes, tales como una trayectoria docente, publicaciones y conferencias que permitan comprobar que el futuro funcionario resulta idóneo en cuestiones de derecho público, en especial derecho constitucional y administrativo.

Al respecto, Jorge Luis Maiorano recuerda que en el proyecto de ley de creación del *ombudsman*, presentado por los senadores Eduardo Menem y Libardo Sánchez, se exigía que el candidato seleccionado fuera abogado, con una reconocida versación en derecho público y determinada antigüedad en cargos públicos, extremo que fue modificado en el Senado de la Nación.

La misma postura era sostenida por Barra, quien consideraba que “el defensor del pueblo debe reunir las calidades exigidas para ser senador y para ser profesor universitario titular de una universidad nacional. Es muy conveniente que sea un profesional de la abogacía, ya que, evidentemente, para su actuación deberá ser versado en derecho, en particular derecho público”⁹.

Esta idea, en cuanto se debe designar a quien resulte más idóneo, ha sido observada por Luna, quien expresa: “Entendemos la preocupación del autor por el celo con aquella persona que resulte más idónea y capaz para el cargo, pero creemos que si para la designación de los jueces la Constitución no ha exigido tantos recaudos, a pesar de su magna tarea, muy superior, y de mucha mayor responsabilidad que la asignada al defensor del pueblo, se hace discutible que para este se imponga un sistema como el que propone Barra”¹⁰.

Esta postura resulta objetable, ya que si la Constitución no ha previsto tantos recaudos en la designación de los jueces, es precisamente por una falencia de nuestra ley fundamental. Sobran los comentarios respecto de la falta de idoneidad de nuestros jueces¹¹.

Por ello, si es que no se establecieron mayores recaudos para llenar el cargo de jueces de la Nación, ello no habilita a sostener que el cargo del defensor del pueblo deba ser llenado de la misma forma.

Por lo demás, la tarea del defensor del pueblo no es inferior a la de los jueces; ambas son importantes para el fortalecimiento de nuestras instituciones.

9 Barra, Rodolfo Carlos, “La incorporación de la institución del defensor del pueblo en nuestro derecho público”, *La Ley*, t. C, 1983, pág. 843 y ss.

10 Luna, Eduardo Fernando, “El defensor del pueblo” en *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 89 y ss.

11 Horacio Verbitsky relata el caso de la doctora Ana María Capolupo de Durañona y Vedia, quien, luego de ser designada jueza de la Cámara de Casación Penal, expresó lo siguiente ante los periodistas Carlos Mira y Marcelo Longobardi, luego de ser consultada acerca de su idoneidad para el cargo en el que había sido nombrada: “No sé derecho penal, pero voy a aprender”. Verbitsky, Horacio, *Hacer la Corte*, Planeta, Buenos Aires, 1993, pág. 394 y ss.

Por lo expuesto, debería impulsarse una modificación legislativa estableciéndose que los requisitos para ser designado defensor del pueblo son ser abogado y acreditar idoneidad en derecho público, tales como derecho constitucional y administrativo.

14.5.2. Crítica a los requisitos

En otro orden de ideas, al defensor del pueblo se le exige, en virtud del art. 4, ley 24284, tener 30 años como mínimo y ser argentino nativo, o por opción. Nada más. En tanto que a los adjuntos se le imponen mayores requisitos, como ser abogado y tener ocho años de ejercicio de la profesión, o en cargos del Poder Judicial, Poder Legislativo, de la administración pública o de la docencia universitaria¹².

A mi juicio, se deberían haber establecido requisitos uniformes tanto para el defensor del pueblo como para sus adjuntos. Tampoco adhiero a la tesis de que lo correcto hubiera sido establecer estos requisitos solo para el defensor del pueblo, e imponer simplemente para sus adjuntos el recaudo de la edad y la nacionalidad. ¿Cuál es el fundamento de nuestro rechazo a tal postura? La razón es muy simple: si al defensor se le hubiera impuesto por medio de la ley el requisito de ser abogado con 8 años de ejercicio de la profesión y reconocida versación en temas de derecho público, y no a los adjuntos, ¿cómo podrían estos últimos reemplazarlo en los casos de muerte, cese o suspensión? Máxime teniendo en cuenta que, y esto es mera hipótesis, que uno (el defensor del pueblo) es abogado, especialista en temas de derecho público, y los adjuntos no tienen la idoneidad respecto de estas materias. ¿Cómo podrían entonces reemplazar al defensor del pueblo si carecen de tales conocimientos?

14.5.3. De la forma de designación

Respecto de la forma en que se designa al defensor, corresponde esbozar una pequeña reseña normativa de los artículos involucrados en la cuestión. Así, el art. 86, segundo párrafo, CN establece que el defensor del pueblo es “designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las cámaras.

12 El cap. III, titulado “De los adjuntos de la ley 24284, modificada por la ley 24379” establece en su art.

13 que “A propuesta del defensor del pueblo, la Comisión Bicameral prevista en el art. 2 inciso a) debe designar dos adjuntos que auxiliarán a aquel en su tarea, pudiendo reemplazarlo provisoriamente en los supuestos de cese, muerte, suspensión o imposibilidad temporal, en el orden que la Comisión determine al designarlos. Para ser designado adjunto del defensor del pueblo son requisitos además de los previstos en el art. 4 de la presente ley: a) Ser abogado con ocho años de ejercicio de la profesión como mínimo o tener una antigüedad computable, como mínimos en cargos del Poder Judicial, Poder Legislativo, de la Administración Pública o de la docencia universitaria; b) Tener acreditada reconocida versación en derecho público. A los adjuntos les es de aplicación en lo pertinente lo dispuesto en los arts. 3, 5, 7, 10, 11 y 12 de la presente ley. Perciben la remuneración que al efecto establezca el Congreso de la Nación”.

Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez”¹³.

A su vez, el art. 2, ley 24284, modificado por la ley 24379, establece, en cuanto a la forma de elección del defensor del pueblo, que “Es titular de ese organismo, un funcionario denominado defensor del pueblo quien es elegido por el Congreso de la Nación de acuerdo con el siguiente procedimiento:

- a) Ambas cámaras del Congreso deben elegir una Comisión Bicameral Permanente, integrada por siete –7– senadores y siete –7– diputados cuya composición debe mantener la proporción de la representación del cuerpo;
- b) En un plazo no mayor de treinta –30– 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 –30– 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;
- e) Si los candidatos propuestos para la primera votación son tres y se diera el supuesto del inciso d) las nuevas votaciones se deben hacer sobre los dos candidatos más votados en ella”.

Las normas son claras: es al Honorable Congreso de la Nación a quien compete la designación del defensor del pueblo. Sin embargo, es del caso aclarar que los propuestos para cubrir tal cargo deben serlo por la Comisión Bicameral Permanente.

14.5.4. De la remoción

Tal como lo adelantara, el defensor del pueblo es removido por el Congreso de la Nación con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las cámaras, conforme lo dispuesto por el art. 86, CN. Es dable destacar que nuestra Carta

13 En este punto, es necesario trazar un paralelismo con el modo de designación del *ombudsman* en otros países. Cabe recordar el relato del profesor Donald C. Rowat (Universidad de Ottawa, Canadá), quien, comentando las experiencias de Guyana y de Mauricio, advierte que “una norma en ambos países es que el *ombudsman* ha de ser nombrado por el gobierno solo después de una consulta con los líderes de la oposición...”, y agrega que “...la institución no puede desarrollarse donde la administración está afectada por el patronazgo político o la corrupción, y puede fallar si se la adopta en una forma truncada, o en una manera en que queda sujeta a mucha presión partidaria o ejecutiva...”. “Donde un partido es dominante [...] la independencia de un *ombudsman* será indudablemente limitada [...] aunque hay razones para concluir que el proyecto *ombudsman* no será tan exitoso en los países en desarrollo, al mismo tiempo las razones para su adopción son en ellos más fuertes...”.

Magna no ha previsto causales que permitan al Congreso decidir cuándo debe remover al defensor del pueblo, por lo que debe acudirse, en este caso, a lo que establece el art. 10, inciso e), ley 24284, es decir, por notoria negligencia en el cumplimiento de los deberes del cargo o por haber incurrido en la situación de incompatibilidad prevista por la citada ley.

¿Cuáles son las incompatibilidades que permiten decidir al Honorable Congreso de la Nación la remoción del defensor del pueblo? Estas pueden ser el ejercicio de otra actividad pública, comercial o profesional, como también la actividad política partidaria, con excepción de la docencia –conforme lo dispone el art. 7, ley 24284, modificado por el art. 3, ley 24379–.

14.5.5. Funciones

En la ley 24284, art. 1 *in fine*, se establece que el defensor del pueblo tiene como objetivo –mejor dicho, función– proteger los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la administración pública nacional.

A mi juicio, la norma utiliza el término “objetivo”, que da una idea de télesis. Es de advertir que, en el elemento teleológico, pueden existir muchos factores. Por un lado, la protección de los ciudadanos ante los continuos excesos de la administración pública, o bien, propender a que la administración se desenvuelva con celeridad y eficacia. Por ello, considero adecuado utilizar el vocablo “función” antes que la palabra “objetivo”, propia de la finalidad de una norma y cuyo ámbito es omnicomprensivo.

El art. 86, CN consagra como misión del defensor del pueblo la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la CN y las leyes ante hechos, actos u omisiones de la administración, como así también el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

Considero importante la mención expresa que efectúa el artículo citado sobre los derechos humanos. Al respecto, Preu Kirpal señalaba que “Un sistema universal de educación para los derechos humanos puede liberar a la humanidad de sus preocupaciones obsesivas por la economía y el materialismo y conducir a la primacía de la cultura y de la calidad de vida que es la salvaguarda más segura y perdurable de los derechos humanos”¹⁴.

Por otra parte, es facultad del defensor del pueblo controlar¹⁵ el ejercicio de las funciones administrativas públicas.

14.5.6. Críticas al art. 14 de la ley 24284

El art. 14 de la citada ley da una aproximación de los actos, hechos u omisiones en que puede incurrir la administración pública. Así, se entiende los que impliquen un ejercicio

14 Kirpal, Preu, “Fundamentos filosóficos...”, pág. 334, cit. por Osvaldo Alfredo Gozaíni, “*Ombudsman. ¿Utopía o realidad?*”, *Revista jurídica El Derecho*, t. 152, pág. 959 y ss.

15 Barraza, Javier, *El control de la Administración Pública*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1995.

ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones. También incluye los capaces de afectar intereses difusos. Es entonces frente a tales actos que el defensor del pueblo actúa, ya para lograr una conducta rectificatoria de la administración, o para lograr una respuesta satisfactoria al administrado.

A nuestro juicio, el art. 14 de la precitada ley no guarda una adecuada técnica normativa; legislar de ninguna manera es describir. Y esto es lo que sucede con el referido artículo. Legislar es sintetizar en una norma una situación real, lo cual implica la captación de la realidad a través de una norma, de manera que esa captación se haga plausible de manera simple, concreta y breve. Legislar es captar la realidad, traducirla en una norma y que, a su vez, esa norma sea aplicable a la generalidad de los casos que se presentan. En esta norma lo que se está haciendo es describir y eso de ninguna manera es legislar. Se ha caído en un abuso de palabras, como dice Voltaire, “las conversaciones y los libros raras veces nos dan ideas precisas. Es muy común leer mucho de sobra y conversar inútilmente. Es oportuno repetir en esto lo que Locke recomienda: ‘definid los términos’”¹⁶.

Por lo demás, si se analiza palabra por palabra la norma en comentario, podemos observar que se ha incurrido en una serie de vocablos que exceden la verdadera y adecuada técnica legislativa. Lo único que debería haberse puesto es el ejercicio ilegítimo por parte de la administración y de sus funcionarios públicos. Lo demás es mera descripción, que aun a juicio de resultar reiterativos, denota una falta de conocimientos acerca de la técnica legislativa.

Así, por ejemplo, ¿qué significa un obrar defectuoso de la administración? Si tomamos literalmente el término y optamos por entender su significado, encontramos que defectuoso es aquello que es imperfecto, faltó de algo. Se habrá querido decir, entonces, que la administración no ha cumplido sus cometidos de acuerdo con el ordenamiento jurídico, faltándole atenerse en este supuesto a las disposiciones que emanan de la CN, los tratados y las leyes. Entonces, si le ha faltado atenerse al ordenamiento jurídico positivo que la administración pública debe observar y hacer observar en todo momento, no es otra cosa que un obrar ilegítimo.

Si tomamos el vocablo que sigue, que es “irregular”, y si buscamos su significado en el diccionario, podemos obtener el siguiente concepto: “que no sigue la regla, que es contrario a ella, que no sucede común y ordinariamente”¹⁷. Entonces, aquí también podemos llegar a la conclusión anterior: un obrar irregular de la administración es un accionar que no se ajusta a la regla. ¿Y cuáles son las reglas? Las disposiciones que emanan de la Ley Fundamental, de los tratados internacionales, de las leyes y de los reglamentos. En consecuencia, cuando el comportamiento de la administración pública sea irregular, es sin lugar a dudas ilegítimo, por no ajustarse a las normas precedentemente aludidas.

16 Voltaire, *Cartas filosóficas*, Editorial Sarpe SA, 1985, pág. 90 y ss.

17 En geometría se utiliza el término “irregular” para significar que el polígono o poliedro no son regulares. En gramática, se usa el vocablo para dar a entender que la palabra derivada no se ajusta en su formación a la regla general. En la jerga militar, cuando se alude a la locución “irregular”, se hace referencia a las tropas que se reclutan accidentalmente y combaten y se organizan sin sujetarse a reglamentos determinados y que generalmente carecen de uniformidad en su vestuario y armamento.

Por otro lado, el término “abusivo” es un adjetivo, cuyo concepto es el siguiente: “que se introduce o practica con abuso”. Entonces, debemos determinar qué significa abuso: la acción y efecto de abusar, uso excesivo de alguna cosa, exageración, extralimitación, incontinencia. También aquí debemos concluir que, si un funcionario actúa abusivamente, lo hace sin lugar a dudas de manera ilegítima, contrariando el ordenamiento jurídico positivo. Es por ello que creemos que, en este supuesto, también se ha incurrido en un exceso de palabras, que la norma debería evitar.

En otro orden de cosas, se hace referencia al término “arbitrario”, que es lo que depende del arbitrio; lo que procede con arbitrariedad; que incluye arbitrariedad; dícese del poder absoluto. Entonces, debemos dilucidar qué significa “arbitrio”. Es la facultad de obrar según nuestra voluntad, no gobernada por la razón sino por el apetito o capricho. Aquí, como en párrafos precedentes, debemos esbozar la misma crítica: si el funcionario o, en última instancia, la administración pública ha llevado a cabo sus cometidos de manera arbitraria es porque lo ha hecho en forma ilegítima. Por lo que fácil es concluir que también acá se ha incurrido en un exceso de palabras propio de una inadecuada técnica legislativa. Por lo demás, el funcionario no puede ejecutar sus tareas caprichosamente. Si lo hace, viola el ordenamiento jurídico positivo.

Siguiendo con nuestro análisis, encontramos otro término: “discriminatorio”, que significa “separar, distinguir, diferenciar”. ¿Qué sería un trato discriminatorio de la administración según este concepto? Sería, por ejemplo, conceder a algunas personas lo que se les niega a otras; sería darle un trato preferencial a algún trámite, en tanto que el mismo trámite, por tratarse de personas que carecen de recursos, recibe un trato tardío. Aquí, si bien el término es correcto, se debió haber englobado en lo que es ilegítimo, porque si la administración pública obra de tal manera, está violando el principio constitucional de igualdad ante la ley y, por ende, ante tal actitud debe actuar el defensor del pueblo.

Luego, encontramos el término “negligente”. La negligencia está definida como descuido, omisión, falta de aplicación o diligencia. Este término viene a reforzar nuestra tesis, en el sentido de que se ha incurrido en un exceso de palabras propio de quien carece de verdaderos conocimientos al momento de legislar. Así, por ejemplo, el art. 14 de la ley en comentario dice que “el defensor del pueblo actúa ante actos, hechos u omisiones de la administración pública nacional y sus agentes que impliquen el ejercicio [...] negligente [...] de sus funciones”. ¿Qué se ha querido expresar? ¿Que el defensor del pueblo actúa ante una omisión de la omisión? Por ello, consideramos nuevamente que lo correcto hubiera sido establecer que el *ombudsman* criollo actúa ante actos, hechos u omisiones que impliquen un ejercicio ilegítimo de la administración pública y sus funcionarios. Lo demás es mera palabrería, que complica la ya intrincada normativa que rige en el seno de la administración pública.

Al final de la descripción observamos que se utilizan los siguientes términos: “gravemente inconveniente o inoportuno”. ¿Qué es inconveniente? Algo que no resulta ventajoso. ¿Para quién? En este caso, debemos tener presente que la administración pública asume la titularidad del interés público, y si su comportamiento es inconveniente, quiere decir que está afectando el interés que debe garantir, por lo que también aquí debe hablarse de ilegítimo, por no observar la administración pública un comportamiento tendiente a la realización del interés público.

Por lo demás, debemos decir que el actuar de la administración es por nuestros tiempos tan complejo que el administrado, en la mayoría de los casos, no sabe cómo plantear sus requerimientos, o simplemente desconoce cuáles son los derechos que lo asisten: “todos necesitamos conocer el ‘quién, cómo y porqué’ de las decisiones que nos afectan si no queremos perdernos en el castillo de Kafka. El hombre de la calle tiene solo la más nebulosa de las nociones sobre el sistema administrativo. Frecuentemente ignora sus derechos –las normas son a menudo tan complicadas y están escritas en un lenguaje tan técnico que hace falta un excelente entrenamiento para entenderlas–. A menudo no tiene idea alguna de dónde encontrar los misteriosos burócratas de quienes depende para efectivizar sus derechos –uno puede llegar a necesitar un mapa para encontrar el camino entre la multitud de oficinas en las que se esconden–. Si penetra en el laberinto, a menudo carece de la capacidad necesaria para presentar su caso con efectividad. Algunos no tienen la habilidad requerida para escribir o llenar formularios; algunos tienen dificultad para usar el teléfono. Se enfrentan a funcionarios bien informados, porque es su trabajo diario, y que pueden rebatir sus razones con facilidad. Aun los funcionarios menores tienen la fuerza de su organización detrás, gracias a la cual sobrepasan al ciudadano individual y enfatizan su debilidad relativa”¹⁸.

14.5.7. Inicio de las labores

El defensor del pueblo inicia sus labores como consecuencia de una queja del administrado, pero para que emprenda sus faenas dicha reclamación debe ser concretada en el plazo máximo de un año calendario, contado a partir del momento en que hubiere acaecido el acto, hecho u omisión que la motivara¹⁹.

También puede actuar de oficio. Sin embargo, señala Gregorio Badeni, esta característica no es absoluta en todos los ordenamientos jurídicos. Así, por ejemplo, en Gran Bretaña no puede actuar de oficio ni a pedido de parte, ya que los administrados, cuyos derechos fueron vulnerados por la administración, deben presentar su queja ante la Cámara de los Comunes, la cual dispone su remisión al *ombudsman* si considera que el reclamo es atendible²⁰.

18 Ridley, Frederick, “Intermediarios entre los ciudadanos y la administración: Algunas perspectivas británicas”, *Revista internacional de ciencias de la administración*, vol. L-1984, Nº 4, págs. 355/363.

19 Al presentante de la queja no se le requiere formalidad alguna –salvo el que sea por escrito y firmada por el interesado con sus datos personales– al momento de hacerla, puesto que establecerle formalidades propias del proceso judicial podría tornar ilusorio el acceso al defensor del pueblo, y de esta manera se desvirtuaría el fin para el cual ha sido creado, cual es que el particular de una manera rápida obtenga la protección de los derechos que considera menoscabados. Además, por el principio del informalismo a favor del administrativo que rige en sede administrativa, también el particular se encuentra eximido de cumplirlas en esta etapa. En tal sentido, el art. 19, ley 24284 afirma que “Toda queja se debe presentar en forma escrita y firmada por el interesado con indicación de su nombre, apellido y domicilio en el plazo máximo de un año calendario, contado a partir del momento en que ocurriere el hecho u omisión motivo de la misma. No se requiere al interesado el cumplimiento de otra formalidad para presentar la queja. Todas las actuaciones ante el defensor del pueblo son gratuitas para el interesado, quien no está obligado a actuar con patrocinio letrado”.

20 Badeni, Gregorio, *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1995, pág. 344 y ss.

A la facultad de solicitar informes se añade otra, cual es la de realizar inspecciones, verificaciones y, en general, toda otra medida probatoria conducente al esclarecimiento de la investigación –de acuerdo a lo dispuesto por el art. 24, inciso b) de la ley citada–.

Por último, existe la obligación de colaborar de manera preferente de todos los organismos públicos, personas físicas o jurídicas públicas o privadas con el defensor del pueblo –en virtud de lo prescripto por el art. 24, primer párrafo de ley mencionada–.

14.5.8. Del rechazo de las quejas

El principio general es que el defensor del pueblo debe darle trámite a todas las quejas que realicen los ciudadanos. Por excepción, la norma faculta al defensor a rechazar aquellas denuncias en las que advierta mala fe, carencia de fundamentos, inexistencia de pretensión o fundamento fútil o trivial.

De la misma forma, se encuentra facultado para excluir aquellas protestas cuya tramitación irrogue perjuicio al legítimo derecho de tercera persona.

La competencia del defensor del pueblo se dirige a la administración pública nacional, centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos. Si bien es cierto que la autarquía es una forma de descentralización, la norma, a fin de no dejar dudas, ha hecho la salvedad.

Debemos recordar que el art. 16, ley 24284 establece que están dentro de la competencia de la referida figura las empresas del estado, sociedades de economía mixta, sociedades con participación estatal mayoritaria, y todo otro organismo del estado, cualquiera fuere su naturaleza jurídica, denominación, ley especial que pudiera regirlo, o lugar del país donde preste servicio.

El Poder Legislativo, el Poder Judicial²¹ y los organismos de defensa y de seguridad no están dentro de la competencia del defensor del pueblo.

14.5.10. Obligaciones

¿Qué ocurre con el administrado que ha formulado la queja o el reclamo? El defensor del pueblo debe comunicarle el resultado de sus investigaciones, así como la respuesta que hubiese recibido del organismo o funcionarios implicados.

Aquí la ley sienta una salvedad, cual es el caso de aquellas informaciones que por su naturaleza revistan la calidad de reservada o hayan sido declaradas secretas –conforme art. 29, primer párrafo *in fine*, ley 24284–.

21 En ocasión de la reforma constitucional, la comisión especializada en los temas vinculados a los “órganos de control” discutió la posibilidad de que el defensor del pueblo pudiera controlar la administración de justicia. En apoyo a esta tesis, se sostuvo que si el Consejo de la Magistratura es el que ejerce dicha administración de acuerdo a la reforma, entonces podría el defensor del pueblo intervenir en dicho ámbito. La conclusión en comisión rechazó la posibilidad de ampliar sus competencias, con fundamento en que su actividad rozaría la independencia del Poder Judicial.

En lo que atañe al Congreso Nacional, si bien es cierto que el defensor del pueblo fue creado en la órbita del Poder Legislativo, invistiéndolo de autonomía y sin recibir instrucciones de ninguna especie, es dable advertir que la Comisión Bicameral Permanente es la encargada de relacionarse con el mencionado defensor. A su vez, la citada Comisión se encuentra obligada a informar a las cámaras en cuantas ocasiones fuere menester.

Asimismo, el antedicho defensor se encuentra obligado a presentar un informe anual a las cámaras de la labor realizada durante el año. Dicho detalle debe ser expuesto antes del 31 de mayo de cada año. De la misma forma, se encuentra contemplado que, si por la gravedad o urgencia de los hechos fuese necesario presentar un informe especial, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 31, ley 24284, sustituido por la ley 24379, dicho informe especial tiene lugar, según el elevado criterio del defensor del pueblo, la ley no enumera casos en los que pueda elaborarse el susodicho informe. Sin perjuicio de ello, el art. 25 de la norma citada establece que la obstaculización o entorpecimiento persistente de la labor desempeñada por el mencionado defensor pueden ser objeto de un informe especial²².

14.5.11. Potestades en materia penal

En lo que respecta a hechos delictivos, el defensor del pueblo, cuando tenga conocimiento de hechos que presumiblemente fueran delictivos, los debe comunicar al Procurador General de la Nación. A su vez, este deberá informar, en cualquier caso y de manera periódica o cuando este lo solicitará, al defensor acerca del estado en que se encuentren las actuaciones promovidas por su intermedio –v. art. 26, ley 24284–.

El *ombudsman*, como se advierte, carece de facultades de investigación respecto de casos penales, pero con su accionar recomienda que se realice tal investigación. ¿Qué ocurre cuando el defensor del pueblo ha detectado un delito y la autoridad no tiene ánimo de iniciar las investigaciones?

Creo que deberían haberse establecido mecanismos tendientes a conceder al defensor del pueblo facultades para iniciar estas investigaciones, y luego de concluir con sus investigaciones poner en conocimiento del juez competente los resultados de sus investigaciones. Por lo contrario, si únicamente su tarea se ciñe a una simple recomendación, esto sería consagrar la prevalencia de la impunidad ante la omisión de las autoridades.

14.5.12. Facultades de investigación

El defensor del pueblo puede iniciar investigaciones de oficio, o a petición de parte, la cual pueda conducir al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la administra-

22 El art. 25, segundo párrafo, ley 24284, sustituido por la ley 24379 dice: “La persistencia en una actitud entorpecedora de la labor de investigación de la defensoría del pueblo, por parte de cualquier organismo o autoridad administrativa, puede ser objeto de un informe especial cuando justificadas razones así lo requieran, además de destacarla en la sección correspondiente del informe anual previsto en el art. 31”.

ción pública nacional y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inopportuno de sus funciones, incluyendo los capaces de afectar los intereses difusos o colectivos.
—v. art. 14, ley 24284—.

14.5.12.1. Inconvenientes que se pueden presentar

El mayor escollo que habrá de encontrar el defensor es la reticencia de los organismos a proporcionarle la información solicitada o, en el supuesto de realizar una investigación, su obstaculización; también puede suceder que se obstaculice el accionar del particular teniente a que no efectúe la denuncia ante el mencionado defensor.

¿Cuáles son los remedios legales con que cuenta el defensor del pueblo para enfrentar tales inconvenientes? En lo que respecta a la resistencia del organismo en proporcionar la información solicitada y en lo que atañe al particular que se ve obstaculizado en presentar una denuncia ante el defensor, es dable destacar que el art. 25, primera parte, ley 24284, sustituido por la ley 24379, determina que todo aquel que impida la efectivización de una denuncia ante el defensor del pueblo u obstaculice las investigaciones a su cargo mediante la negativa al envío de los informes requeridos, o impida el acceso a expediente o documentación necesarios para el curso de la investigación, incurre en el delito de desobediencia que prevé el art. 239 del Código Penal. El defensor del pueblo debe dar traslado de los antecedentes respectivos al Ministerio Público Fiscal para el ejercicio de las acciones pertinentes.

Este, a mi juicio, es más que una facultad, un deber, ya que cualquier funcionario público que se percate del delito en que incurre una autoridad debe dar cuenta inmediatamente a las autoridades competentes.

14.5.13. Legitimación procesal

El art. 86, segundo párrafo, CN²³ establece que el defensor del pueblo tiene legitimación procesal. Esta expresión clara y contundente indica que no puede obstaculizarse el accionar del defensor del pueblo por una pretendida falta de legitimación.

En este sentido, se sostiene que los jueces no pueden, bajo ninguna circunstancia, denegar la legitimación del defensor. Esa sola posibilidad atentaría contra las funciones que la Constitución le ha atribuido. Por ello, se ha expresado que “la disposición constitu-

23 Art. 86: “El defensor del pueblo es un órgano independiente instituido en el ambiente del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. 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.

El defensor del pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez.

La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial”.

cional está precisamente, para evitar la discusión judicial. Si la Constitución establece que el defensor tiene legitimación, no hay juez que tenga facultad para decirle que no tiene legitimación”²⁴.

En similar sentido se ha pronunciado Bidart Campos, quien manifestó que “muchísimas veces hemos dedicado en nuestros libros más recientes algunas reflexiones sobre la necesidad de que esos llamados intereses difusos, o de pertenencia difusa, cuenten con vías procesales tutelares y, para ello, que se reconozca legitimación activa a alguien que pueda movilizar dichas vías con eficacia”.

Asimismo, expresa que “es infantil y tonto –en el más cabal sentido jurídico– decir que por ser de muchos o de todos, no son de nadie o no son propios de cada uno. Que esos intereses se compartan entre muchos o entre todos, no quita a cada uno de esos muchos o de esos todos su parte –bien subjetiva– en el conjunto de pertenencia colectiva o difusa”.

Finalmente, concluye el citado autor que “el *ombudsman* municipal tiene competencias bien claras. Sobran para legitimarlo procesalmente cuando impetra judicialmente en defensa de intereses y derechos que son comunes a la población confiada a su control, frente a lesiones que dañan a parte de esa población o a toda. No falta en el fallo la cita de las normas conducentes a decidir lo que decide. Y fundamentalmente no falta lucidez ni activismo para administrar justicia”²⁵.

Por lo demás, no debe olvidarse la misión del *ombudsman*, cual es la tutela y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses que la Constitución argentina y las leyes contienen al respecto. Entonces, la legitimación que se le otorga es representativa; cuando la CN dice que el defensor del pueblo tiene legitimación procesal, significa que debe darse preeminencia no tanto al vínculo obligacional que debe portar quien deduce reclamo ante la justicia, sino, por lo contrario, debe darse importancia a los valores que defiende.

Es que, como señala Gozaíni, al hacer referencia a esta legitimación procesal “podríamos afirmar que es un mandato preventivo, por el cual se propicia que los jueces, en el análisis de la admisión de una demanda, prioricen por sobre la acreditación del derecho subjetivo, la esencia fundamental de la tutela que se solicita”²⁶.

24 Sin embargo, el referido autor advierte que, a pesar de lo diáfano del texto constitucional, algunos jueces no lo han entendido así. Tal es el caso del fallo dictado por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en el que se afirmó que la legitimación procesal que indiscutiblemente confiere al defensor del pueblo el párrafo 2 del art. 86, CN, no es susceptible de ser infinitamente dilatada de forma tal que sustente su intervención judicial en defensa de la pura legalidad, lo cual obviamente no significa neutralizar las potestades que el defensor del pueblo y mediante los dispositivos concretos que le atribuya la ley orgánica respectiva, puede ejercer *ad intra* de la administración. Cám. Nac. Fed. Cont. Adm., Sala V, “Consumidores Libres Coop. Ltda. c/Estado Nacional”, 20/10/1995; Creo Bay, Horacio, “El defensor del pueblo y su legitimación en sede judicial”, *Revista jurídica La Ley, Suplemento actualidad*, 26/3/1996.

25 Bidart Campos, Germán José, “Legitimación procesal del *ombudsman* municipal y los intereses difusos”, *El Derecho*, t. 142, pág. 666 y ss.

26 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “Legitimación procesal del defensor del pueblo (*ombudsman*)”, *La Ley*, 21/12/1995.

Nuestra CN es clara, el defensor del pueblo tiene legitimación procesal. Quien pretenda desconocer tal precepto constitucional está obrando en contradicción con lo dispuesto por nuestra norma fundamental. Está queriendo burlar lo que se ha querido evitar, cual es cualquier discusión tendiente a frenar el accionar del defensor del pueblo.

Por otra parte, el art. 43²⁷, ubicado dentro de la primera parte, capítulo segundo “Nuevos derechos y garantías”, CN contiene normas sobre la legitimación procesal del defensor del pueblo.

En efecto, la norma citada otorga legitimación procesal para interponer la acción de amparo contra cualquier forma de discriminación, y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general, al afectado, *al defensor del pueblo* y a las asociaciones que propendan a esos fines, las que deberán estar registradas conforme la ley, la que establecerá los requisitos y forma de organización de estas asociaciones.

Cabe preguntarse: ¿el defensor del pueblo tiene legitimación procesal en los supuestos establecidos en el primer párrafo del art. 43, CN?

El primer párrafo del art. 43 de nuestra Ley Fundamental prevé: “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 lesiones, 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”.

Frente a ello, cabría preguntarse qué se entiende por “autoridades públicas”.

Existe un viejo axioma aplicable a la interpretación del derecho, según el cual “cuando la ley no distingue, el intérprete no debe hacerlo”. De este principio, Quiroga Lavié derivó que la expresión “autoridades públicas” incluye el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el

27 El art. 43, CN estipula: “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 lesiones, 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. Podrá 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. 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 aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, 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”.

Poder Judicial en sus diversos niveles, alcanzando en la amplitud de su contenido los tres niveles de gobierno, el nacional, el provincial y el municipal.

El fundamento de esta amplitud interpretativa es que la acción de amparo como garantía constitucional vale a favor de todos los habitantes del país, sin importar la jurisdicción territorial en la que se encuentren.

Lo cierto es que, si hacemos extensiva la legitimación procesal del defensor del pueblo a estas situaciones, este vería ampliadas sus facultades a los poderes Legislativo y Judicial, y a la Municipalidad de Buenos Aires, situaciones que fueron excluidas expresamente por el convencional constituyente y el legislador.

Por ello, se ha dicho que “...el defensor del pueblo carece de legitimación para interponer la acción de amparo en los casos del primer párrafo del art. 43, salvo en los supuestos en que la ley 24284 lo permite.” Y prosigue el referido doctrinario: “Esto debe ser materia de una interpretación restrictiva, ya que no puede distraerse la importante misión de este órgano del Congreso en actuaciones donde el derecho en juego solo interesa a su titular, sin que se justifique –conforme con las circunstancias– la inversión del tiempo del defensor –lo que también es dinero de los contribuyentes– para este tipo de intervenciones en pro de un derecho ajeno”²⁸.

Con relación a los denominados “intereses difusos”, se observa su reconocimiento en nuestra legislación, y en el tema que nos ocupa observamos su acogimiento en el art. 14, ley 24284.

La doctrina ha diferenciado entre “intereses colectivos” e “intereses difusos”.

En los primeros predomina la nota de la organización. Massimo Giannini define el interés colectivo como el referible a un grupo organizado dentro de la propia comunidad. Es por ello que los intereses colectivos son organizados y, por lo tanto, son pasibles de ser identificados en el ordenamiento positivo sobre la base de un criterio exclusivamente subjetivo, que es el de su titularización en un portador que es un ente representativo, o mejor, expresivo, de un grupo no ocasional. Así, aunque exista un colectivo, una plurisubjetividad en la sustentación del interés, si no se encuentra organizado, es jurídicamente irrelevante²⁹.

La doctrina señala que la labor efectuada en este punto por el legislador y el convencional constituyente consistió en elevar la categoría de los intereses difusos a la de intereses colectivos.

14.5.14. Apartamiento del modelo tradicional

Desde su creación, el defensor del pueblo estuvo comprometido con la protección de los derechos fundamentales. La necesidad de brindar respuesta a la creciente demanda

28 Barra, Rodolfo Carlos, “La acción de amparo en la Constitución reformada: La legitimación para accionar”, *La Ley*, 14/11/1994.

29 Giannini, Massimo, “Diritto amministrativo”, pág. 882, cit. por Barra, Rodolfo Carlos, “La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar”, *La Ley*, 14/11/1994.

de tutela de los derechos humanos impuso acudir a una institución distinta al modelo escandinavo. Así, el modelo español –con esa esperanzadora denominación de “defensor del pueblo”– fue el adoptado por el constituyente argentino.

14.5.15. La falta de independencia

La independencia del *ombudsman* ha quedado menoscabada. Por un lado, el art. 86 de la CN lo ha concebido como un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional sin recibir instrucciones de ninguna autoridad, y por otro lado, el art. 1, ley 24284 de creación de la defensoría lo instituye en el ámbito del Poder Legislativo de la Nación. Tales normas revelan su fuerte dependencia del Congreso.

Además, el Congreso Nacional designa al *ombudsman*, fija su remuneración, lo remueve, designa sus adjuntos. ¿De qué independencia podemos hablar? ¿De qué autonomía, si la estructura orgánico-funcional es fijada por el Congreso?

14.5.16. Características personales y profesionales

14.5.16.1. Apartidista

Debe ser un hombre apartidista. Es decir, no debe tener ningún interés especial en partido político alguno, ni tampoco en alguno de los tres poderes del estado, ya que su único interés debe estar depositado en la lucha en favor de los derechos humanos, en el control de las disfuncionalidades administrativas. Es en razón de esto que también se exige una alta calidad moral frente a la sociedad.

14.5.16.2. Imparcial

La imparcialidad es un elemento básico, no solo en el plano jurídico, sino además en el político; es un valor que sirve de complemento a la autonomía y a la independencia, ya que sustrae al *ombudsman* de compromisos con los partidos políticos y los órganos estatales, permitiéndole servir mejor a los gobernados.

14.5.16.3. Debe ser jurista

El cargo está encomendado a quien ostente prestigio como jurista, con reconocida versación en temas de derecho público, y además, ajeno a la actividad política partidaria. En definitiva, tal como lo señala el sistema danés, se requiere un verdadero democrata.

14.5.16.4. Moral

Esto resulta de capital importancia, pues carece de poder coercitivo. De aquí que el nombramiento recaiga en una persona con honorabilidad pública y con alta capacidad pro-

fesional. De su autoridad moral han de surgir opiniones dignas de atenderse, y la autoridad que no las tenga en cuenta se expondrá a un juicio severo de la opinión pública.

14.5.16.5. Unipersonal

Es un cargo unipersonal, aunque dada la complejidad y amplitud de la actividad administrativa, su titular puede designar adjuntos para controlar concretos sectores de la administración –es el caso de Alemania– o por demarcaciones territoriales, como es el caso de España –respecto a las comunidades autónomas–.

14.5.16.6. Posibilidad de reelección

Hay un dato revelador: en América Latina, ningún defensor del pueblo, en los ámbitos nacionales o locales, ha sido reelegido, con excepción de Mondino en la Argentina, que luego de su paso por la institución se postuló como candidato político.

Dos son las razones que explican estas circunstancias: 1) la apetencia partidaria de convertir la institución en un botín político, y 2) la circunstancia de que todo defensor que cumple cabalmente su función y que comienza siendo una figura simpática para las autoridades, termina convirtiéndose en una pesadilla para los gobiernos que optan por sustituir a sus titulares.

En un comienzo, la incorporación de la figura encontró un obstáculo casi excluyente: su desconocimiento por la dirigencia política. Hoy, el principal obstáculo es el inverso: los políticos saben cuánto puede molestar una institución independiente.

Las primeras aplicaciones de la institución fueron la defensa de los derechos humanos contra las violaciones producidas desde el propio estado en forma de acciones. Hoy, en cambio, las principales violaciones se visualizan en la omisión del estado de cumplir su rol de principal garante de las necesidades sociales.

América Latina está poblada de defensores del pueblo. Algunos países pueden mostrar varias “generaciones” de defensores, pero, a cambio, cabe recordar las vicisitudes que han sufrido los titulares, las declaraciones que formuló la Federación Iberoamericana de Ombudsman para frenar los intentos de cercenamiento de facultades de los defensores.

Por eso sostengo que una vez concluido el mandato del defensor del pueblo, que esto no quede en manos del Congreso, sino de un plebiscito y que sea la ciudadanía la que decida sobre el accionar del defensor del pueblo. Sería, sin duda, una suerte de “relegitimación” a su accionar. Por lo contrario, si no ha cumplido cabalmente sus funciones, debería resignar el cargo, y nada menos debido al contundente juicio popular.

14.5.16.7. Acceso al cargo por concurso

Si bien en nuestro país la designación es por el órgano legislativo, en los hechos el cargo ha sido cubierto según las directivas del Poder Ejecutivo Nacional. A mi juicio, debería establecerse, para acceder al cargo, un concurso de antecedentes y oposición, con los requisitos antes expuestos. Hoy tenemos el ejemplo de que el *ombudsman* es un periodis-

ta, y las preguntas que surgen son inevitables: ¿cómo puede defender los derechos de los ciudadanos? ¿Cómo resuelve las cuestiones de legitimación una persona que no es jurista? ¿Cómo congeniar esta designación con los antecedentes de la convención constituyente que denominó al defensor del pueblo “el abogado de la sociedad”? Y las preguntas podrían seguir *ad infinitum*.

14.5.16.8. Ámbito de actuación

El *ombudsman* puede, en cumplimiento de su función, fiscalizar la actividad administrativa y acceder a todos los documentos y archivos que sean precisos para comprobar la veracidad de la denuncia. Si bien su competencia abarca el control de la administración pública, sería predecible que también controle la función materialmente administrativa del órgano legislativo y judicial, como así también los organismos de defensa y de seguridad, no en los aspectos esenciales de su gestión, ya que en cuestiones de defensa se encuentran involucrados aspectos que hacen a la subsistencia del estado, pero sí en aspectos administrativos. También sería conveniente que controle a las personas físicas y/o jurídicas del ámbito privado que violen los derechos humanos.

14.5.16.9. Limitación de la publicidad de los informes

Si bien el *ombudsman* emite largos informes, su difusión es escasa al punto tal de que existen personas que no conocen cuál es su verdadero accionar. Se debería establecer que los medios de prensa publiquen el informe del *ombudsman* o, al menos, los aspectos esenciales que este designe, y que dichos informes sean leídos por el *ombudsman* por cadena nacional de radio y televisión, en el horario central de transmisión. ¿Cuál es la razón para sostener esta postura? Pues el informe del *ombudsman* debe impactar en el sentimiento de la comunidad. Si se continúa el criterio actual de enviar un informe y leerlo en la sede del Congreso, seguirá siendo un informe conocido por muy pocos.

14.5.16.10. Garantía presupuestaria

Urge poner en evidencia que los ajustes presupuestarios nunca pueden justificar la eliminación o debilitamiento de una institución benéfica para los pueblos, y que solo puede molestar al soberbio y al autoritario. Para evitar este peligro, debe garantizarse un monto presupuestario ajeno a los avatares y discusiones políticas que siempre se producen al elaborarse la ley de presupuesto.

CAPÍTULO XV

La protección interna de los derechos y libertades

ANDREA MERCEDES PÉREZ¹

15.1. Derecho Procesal Constitucional

El Derecho Procesal Constitucional es una disciplina que aún se encuentra en pleno apogeo, por ello es que sus contornos no son todavía demasiado precisos.

Aun así es posible desentrañar su contenido a partir de la relación que existe entre el proceso y la Constitución, esto es, cómo se aplican las garantías reconocidas en la norma fundamental de cualquier estado en los procesos entre partes.

Desde un aspecto sustantivo, analiza los órganos que tienen como finalidad la defensa de la Constitución y la supremacía de sus disposiciones; y desde un aspecto adjetivo, abarca el estudio de las instituciones procesales específicas para tutelar las garantías individuales y sociales².

15.2. Las garantías procesales

Ninguna garantía es eficaz ni adecuada si no tiene una vía útil para concretar la protección que se dispensa en las normas fundamentales. Por dicho motivo, se sostiene con acierto que la “garantía de las garantías” es el *proceso*, que convoca a todos los comprometidos en

1 Abogada (UBA). Profesora adjunta regular de las asignaturas “Instituciones de Derecho Público” de la Facultad de Ciencias Económicas (UBA) y “Práctica Profesional” en la Facultad de Derecho (UBA). Profesora adjunta interina de “Derecho Constitucional Profundizado y Procesal Constitucional” en la Facultad de Derecho (UBA).

2 Gozáñni, Osvaldo A., *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, 1^a ed., Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, pág. 15.

el problema para que, en igualdad de condiciones y bajo la dirección de una autoridad imparcial y técnica, que es el juez, lleguen a una solución de acuerdo o impuesta por ella³.

La palabra *garantía* alude a la cualidad del garante. Esta última proviene del francés *garant*, de origen germánico, de un fráncico **werēnd* ‘advertir, proteger, guarir’, probablemente contaminada por el verbo germánico *warjan*. La misma palabra francesa fue tomada por el inglés, en donde se encuentra atestiguada desde el siglo XIV con diversos significados, entre ellos ‘asegurar, proteger, defender o salvaguardar –*to warrant*– un derecho’. El concepto supone una actividad precisa para dar respaldo a los derechos de las personas, de modo tal que las garantías queden asimiladas a procedimientos específicos que tiendan a esos fines, los cuales estudiaremos a continuación.

15.3. Amparo, hábeas corpus y hábeas data

Una de las más interesantes modificaciones implementadas por la reforma parcial producida en la CN en el año 1994, en relación a su texto originario de 1853/60, consistió en la introducción expresa de varias garantías, a las que brindó albergue en el art. 43, que a continuación estudiaremos.

Como es sabido, ni el amparo ni el hábeas data estaban contemplados en el texto constitucional, y el hábeas corpus tampoco fue previsto explícitamente, si bien se infería su existencia del texto del art. 18 cuando rezaba “nadie puede ser arrestado sin orden escrita emanada de autoridad competente”.

Con sumo acierto, el art. 3 de la ley 24309, que declaró la necesidad de reforma constitucional en la Argentina, habilitó a la convención constituyente a tratar “la consagración expresa del hábeas corpus y el amparo”. Ello así, mediante la incorporación de un artículo nuevo en el capítulo segundo de la primer parte de la CN, el que quedaría redactado de la siguiente manera: “Art. 43 - 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.

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

3 Gelsi Bidart, Adolfo, *De derechos, deberes y garantías del hombre común*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1986, pág.11.

privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o 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”.

Analizaremos a continuación las implicancias y alcances de cada uno de los párrafos de este art. 43, los cuales dan rango constitucional explícito a las garantías como acciones procesales.

15.4. Amparo clásico o individual

Se ha definido usualmente el amparo como una acción individual breve y sumaria destinada a garantizar los derechos y libertades constitucionales distintos a la libertad física –pues ella se encuentra protegida por el hábeas corpus– con un ámbito de actuación diferente al de los procesos ordinarios, por cuanto estos, por su propia naturaleza, no pueden satisfacer la urgencia de la restauración de los derechos presuntamente conculcados, lo cual es un elemento esencial en el proceso de amparo⁴.

Etimológicamente, “amparar” es tutelar, o valerse del apoyo de alguien o de algo para lograr cierta protección. Además, la expresión “amparar” viene del latín *anteparare* que significa “prevenir”, lo que, considerado en conjunto, supone encontrar un remedio para el acto lesivo, y una prevención contra la amenaza.

Puede, en consecuencia, analizarse el amparo conforme una doble lectura: como derecho inalienable de las personas, que lo conservan aun en situaciones de emergencia; y como garantía procesal, destinada a dar un procedimiento para reclamar contra el perjuicio o afectación sufrida. En el primer supuesto, se habla de un “derecho de amparo” que suele llamarse *derecho a la tutela judicial efectiva*; en el otro caso, se encuentra el “proceso constitucional de amparo” con sus reglas y características⁵.

15.4.1. Génesis

El amparo apareció por primera vez en América Latina en la constitución mexicana de Yucatán de 1840, y luego fue retomado con todo su vigor por la de 1917. Esta ley fundamental, al igual que la de Brasil bajo la denominación de *mandado de segurança*, han dado

4 Ekmekdjan, Miguel Á., *Manual de la Constitución argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 227.

5 Gozalí, Osvaldo A., *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, 1^a ed., Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, pág. 222.

gran fuerza a esta institución. También es de destacar la ley orgánica de amparo de Venezuela de 1985, la que constituye un verdadero código en la materia.

En el ámbito del llamado *derecho internacional de los derechos humanos*, la Convención Americana sobre Derechos Humanos –conocida como Pacto de San José de Costa Rica– prevé, en su art. 25, la aplicación del amparo en los países signatarios. Dicha norma establece 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 judiciales”.

En la segunda parte de la disposición bajo examen, los estados firmantes se comprometen a hacer viable esta garantía en el plano legislativo y en el de su efectiva aplicación por parte de la autoridad competente. Dicho compromiso abarca el de “garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. Esto es, que el estado se obliga a poner todo su empeño para que las sentencias judiciales que hagan lugar a las pretensiones de los amparistas se vean seguidas de una observancia irrestricta.

En nuestro país, el amparo tuvo su origen en la jurisprudencia de la CSJN, en los famosos *leading cases* “Siri”⁶ y “Kot”⁷, en los que se admitió, pese a la ausencia de regulación procesal específica, la existencia de una acción destinada a la protección de los derechos no alcanzados por el *hábeas corpus*.

En la mencionada jurisprudencia se caracterizaba la acción de amparo como excepcional, considerando que ella estaba reservada a las delicadas y extremas situaciones en las que, ante la ausencia de otras vías legales, se pusiera en peligro la salvaguarda de derechos fundamentales de las personas.

15.4.2. Normativa

El 18 de octubre de 1966, firmada por los referentes de la llamada “Revolución Argentina”, la cual apenas cuatro meses antes había derrocado el gobierno constitucional de Arturo Illia, fue sancionada la ley 16986⁸. Con el pretexto de reglamentar la naciente figura del amparo, las autoridades de facto que entonces se encontraban al mando del país se decidieron por una ley sumamente restringida y denegatoria. La formidable estructura garantista levantada por la jurisprudencia de la CSJN antes mencionada fue desmontada en sus piezas fundamentales. Dicho retraso recién pudo ser superado con la reforma constitucional de 1994⁹.

6 Fallos 239:459 del 27/12/1957.

7 Fallos 241:296 del 5/9/1958.

8 Publicada en el BO el 20/10/1966.

9 Pizzolo, Calógero, “El amparo genérico”, en Manili, Pablo L. (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 1^a ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, 2005, pág. 50.

El art. 1 del citado texto legal condensa la precitada doctrina del máximo tribunal de justicia del país en la parte referida a la *actualidad e inminencia de la lesión*, además de establecer el ámbito temporal de aplicación del amparo.

En lo puntual, menciona los siguientes requisitos materiales para la procedencia de la acción: la lesión, restricción, alteración o amenaza de un derecho, en forma actual o inminente.

El perjuicio que menciona dicha norma debe ser, por lo tanto, real, efectivo, tangible, concreto e ineludible. Así, el inciso d) del art. 2 de la ley 16986 excluye el amparo cuando “la determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o prueba”.

El texto en análisis exige además que la lesión sea actual. Esto significa que el amparo no permite juzgar hechos del pasado, sino hechos presentes. El comportamiento que se analiza a través suyo debe tener vigencia al tramitarse la garantía. Los hechos acaecidos antes de su promoción solo importan en cuanto ellos, o sus efectos, persistan y se manifiesten durante el juicio.

La redacción dada por los convencionales constituyentes de 1994 al primer párrafo del art. 43 de la Constitución respeta el ámbito de aplicación temporal del amparo ya reconocido por el art. 1 de la ley 16986, pero fulmina con la *inconstitucionalidad sobreviniente* los requisitos formales y materiales limitativos que obstaculicen el acceso a la jurisdicción, reconociéndose expresamente la vigencia de un recurso breve, sencillo y eficaz.

Esto, en razón de la redacción de la propia norma constitucional, pero, además, como consecuencia de la elevación con jerarquía constitucional de un conjunto de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que hacen de aquel recurso uno de sus pilares fundamentales¹⁰.

Así, el amparo “constitucionalizado” no solo acrecienta el ámbito normativo, extendiendo la zona de protección más allá de los derechos constitucionales a los reconocidos por “un tratado o una ley”, sino que cierra definitivamente el debate sobre la posibilidad de declarar, en el marco del proceso de amparo, la inconstitucionalidad “de las normas en que se funde el acto u omisión lesiva”. A este fin, la habilitación constitucional del juez del amparo es expresa, al subrayarse que “podrá” actuar con dicho objetivo.

Sobre todo, el constituyente se ha propuesto desmontar, en gran parte, el cerco en torno al amparo que “levantó” la ley 16986, y lo hizo retomando el rumbo inaugurado por la CSJN en los casos “Siri” y “Kot”, permitiendo reencontrarnos con el amparo como *medio*, y la tutela efectiva de los derechos como *fin*.

Se lee también en el primer párrafo del art. 43, CN, que el amparo procede “siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”. Con fundamento en esta redacción debe “excluirse” ahora la necesidad de agotar las instancias o recursos administrativos pendientes y, sobre todo, *desechar* la vía judicial ordinaria cuando se ha transformado en una vía carente de idoneidad, esto es, donde, de persistir, se vería frustrada la tan ansiada tutela efectiva.

10 Pizzolo, Calógero, “La exigencia de un recurso –eficaz, sencillo y breve– en el bloque de constitucionalidad federal”, *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, N° 3, Ediar, Buenos Aires, 2001, pág. 93.

15.5. Amparo colectivo

Dado que el amparo colectivo es una modalidad del amparo clásico, corresponde aplicarle las reglas y principios generales que regulan la tutela, a tenor de la primera parte del art. 43, CN. Solamente cuando existieran especificidades –relativas a la naturaleza del amparo colectivo– que resultaren incompatibles con la prefiguración individual de la protección constitucional, no corresponderá aplicar el marco normativo general que gobierna esta garantía constitucional¹¹.

En consecuencia, la primera apreciación que puede realizarse al respecto es que, al resultar de la naturaleza de los derechos y garantías constitucionales su carácter operativo, dicha impronta no puede serle negada al amparo colectivo consagrado en la segunda parte del art. 43. De hecho, así se desprende de la numerosa jurisprudencia producida, en la que se verifica que se ha aplicado directamente dicha cláusula, sin oponerse a hacerlo invocando carácter programático a la misma.

La primera tutela de los derechos públicos, colectivos o sectoriales de la sociedad consagrada en el texto en análisis, está referida a *cualquier forma de discriminación*. Se trata de un derecho público o de sector, y no solamente de casos de discriminación de sujetos individualizados, debido a que la regla se encuentra en el párrafo relativo a los derechos colectivos y no en el primero, que regula la tutela de los derechos individuales. Recordemos que el contexto determina la interpretación del derecho.

Por otra parte, no será necesario que se discrimine todo un sector para que opere la garantía; bastará con que un solo individuo integrante sea discriminado para que todo el sector se sienta afectado.

También en este caso, cualquier individuo integrante del sector, aun cuando no estuviere afectado directamente, podrá interponer la acción para evitar que el consentimiento del afectado no implique el consentimiento de todo el sector, que en forma colectiva ha sido afectado.

El afectado que consiente, podrá renunciar a los beneficios del levantamiento de la discriminación –por ejemplo, no ingresar al establecimiento que no lo aceptó–, pero no a que la tutela colectiva no sea ejercitada por una asociación que lo represente o por un integrante del sector.

En relación a la *protección del ambiente*, el segundo párrafo del art. 43 establece que la acción tutela los derechos que lo protegen, con lo cual hace una directa referencia al art. 41 del mismo texto constitucional. En esta norma se dispone que “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”.

Este es el núcleo del bien jurídico ambiental protegido por la acción de amparo colectivo. Procederá cuando el estado o los particulares afectaren la salud o el equilibrio ambiental.

11 Quiroga Lavié, Humberto, *El amparo colectivo*, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 1998, pág. 207.

También la tutela del amparo colectivo alcanza a la *competencia, al usuario y al consumidor*. La ubicación contextual de la regla en el ámbito de protección de los derechos de incidencia colectiva determina la protección allí dispuesta en relación con los derechos públicos de la sociedad y no con el de los particulares damnificados. Estos últimos, recordemos, encuentran protección en el primer párrafo del art. 43. En este caso, también existe una referencia al artículo de la Constitución donde se define el contenido material de los derechos tutelados –art. 42, CN–.

La protección de los derechos de incidencia colectiva “en general” es tal vez una de las reglas de la reforma constitucional de 1994 que más impacto social ha tenido. Nunca se había impulsado de modo tan imperioso, a partir de la tutela jurisdiccional que provee el amparo colectivo, el fenómeno asociativo como técnica de protección de los derechos colectivos.

La legitimación procesal de las asociaciones que propendan a la finalidad de defender los derechos de incidencia colectiva cumple la trascendente función de institucionalizar el carácter colectivo del derecho tutelado.

La del defensor del pueblo pone de manifiesto de manera inequívoca que los derechos protegidos por el amparo colectivo no son derechos individuales sino grupales. Y ello tiene el sentido de definir el efecto de la legitimación de órganos que no actúan a nombre propio, sino a nombre del sector o clase grupal cuyos derechos colectivos se encuentran afectados.

En el caso del defensor del pueblo, no podría actuar si no hubiera un “pueblo” a quien él representa o defiende por imperio de la Constitución. Se corrobora dicha función con la competencia que a dicho órgano del estado le reconoce el art. 86 de la propia Constitución.

Finalmente, y en relación al afectado, que es el otro legitimado para la defensa de los derechos de incidencia colectiva, en ocasión de debatirse la cuestión de su inclusión expresa en el texto del segundo párrafo del art. 43, en el seno de la convención constituyente de 1994 se sostuvo que la legitimación del titular del derecho afectado ya se encontraba reconocida en el primer párrafo al regularse el amparo de los derechos individuales o amparo clásico.

La apreciación es correcta, pero ocurre que al estar incluida esta legitimación –la del afectado– en el segundo párrafo, debe entenderse que la regulación constitucional no está haciendo reiteración de la norma. Dicha expresión simplemente ha venido a institucionalizar la llamada “acción de clase” en nuestro texto constitucional, por estar tutelando los intereses legítimos y no solo los derechos subjetivos.

La legitimación del afectado en el amparo colectivo tiene por efecto otorgar legitimación al titular de un interés legítimo, derecho subjetivo potencial a ser futuro usuario, en razón de que “el colectivo de los usuarios” es el afectado en sus derechos.

15.6. Hábeas corpus

Etimológicamente, la expresión *hábeas corpus* proviene del latín y significa “tendrás, conservarás, eres dueño de tu cuerpo”, por lo que se desprende de esa misma frase que el ob-

jetivo de la acción no es otro que resguardar la libertad física o ambulatoria de las personas contra ataques ilegítimos, actuales o inminentes a ella. El diccionario de la Real Academia Española lo define como el “derecho del ciudadano detenido o preso, a comparecer inmediata y públicamente ante un juez o tribunal para que, oyéndole, resuelva si su arresto fue o no legal, y si debe levantarse o mantenerse”¹².

Se trata de una garantía suprema mediante la cual el particular afectado, u otra persona por él, acude ante la autoridad judicial demandando la recuperación de la libertad; si la detención no ha emanado de una autoridad competente, o no ha guardado la debida forma, o carece de causa legal, se dispone la liberación¹³.

El hábeas corpus ha configurado a través de los tiempos una garantía esencial de un derecho fundamental, cual es la libertad ambulatoria.

Tanto el derecho romano como el derecho español y el derecho anglosajón ofrecen antecedentes clave a la hora de configurar este instituto tan valioso del derecho público.

En nuestro país, la historia del hábeas corpus se remonta al reglamento de la Junta Conservadora de 1811, pasando por el derecho público provincial, hasta desembocar en su reconocimiento expreso con la reforma constitucional de 1994.

Oportunamente, la sanción de la ley 23098¹⁴ fue un gran adelanto por la calidad de la norma que consagraba legislativamente el hábeas corpus. Esto fue reforzado por la ratificación de instrumentos internacionales sobre derechos humanos por parte del estado argentino donde se le otorgaba un carácter expansivo a la figura.

La reforma practicada a nuestra Constitución en 1994 vino a recoger los vastos antecedentes normativos e históricos, y otorgó al hábeas corpus lo que se ha dado en llamar “fuerza normativa constitucional”¹⁵.

15.6.1. Génesis

El hábeas corpus reconoce como antecedentes más remotos:

- En el antiguo derecho romano, el interdicto *homine libero exhibendo* contenido en el digesto, título XXIX, libro XLIII.
- En el derecho anglosajón, el control sobre la legalidad del acto restrictivo de la libertad física que se observa en la Carta Magna inglesa de 1215.
- En el derecho español medieval, el denominado “juicio de manifestación de personas” establecido en 1428. Este último fue establecido en el reino de Aragón, donde se atribuyeron especiales facultades a la “justicia mayor” para la protección de los derechos frente a los abusos del poder gubernamental. Estas

12 Edición del tricentenario.

13 Bidart Campos, Germán, *Derecho Constitucional*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1966, pág. 509.

14 Publicada en el BO el 25/10/1984.

15 Gil Domínguez, Andrés, “El hábeas corpus”, en Manili, Pablo L. (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 1^a ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, 2005, pág. 189.

consistían en la facultad de exigir a la autoridad pública la exhibición de las personas privadas de libertad.

- También deben considerarse como valiosos antecedentes: el Fuero de Vizcaya de 1527 y la ley inglesa de hábeas corpus de 1679, ampliada luego por la ley de 1816.

En la actualidad, la garantía del hábeas corpus está contemplada por las legislaciones de todos los sistemas políticos modernos como uno de los instrumentos más eficaces para tutelar la libertad física frente al ejercicio abusivo del poder. Su expresión y formulación abarcan un concepto integral de la persona y de todo lo que conlleva su libertad física, ampliándose así, de un modo más completo, el espectro garantizador de este instituto para extenderse a todas las consecuencias que acarrea la privación de la libertad física aun cuando su imposición en sí resulte legítima¹⁶.

15.6.2. Normativa

En el marco nacional se advierte que la Constitución histórica de 1853/60, si bien consagró en forma expresa los derechos referidos a la libertad, no hizo lo propio en relación con el establecimiento de un sistema concreto que sirviese de garantía al efectivo ejercicio de sus derechos, lo que debió ser complementado por la legislación infraconstitucional.

Encontramos por primera vez dicha normativa en la ley 48, sancionada el 14/9/1863, cuyo art. 20 rezaba: “Cuando 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 instancia del preso, o de sus parientes o amigos, investigar sobre el origen de la prisión, y en caso de que esta haya sido ordenada por autoridad o persona que no esté facultada por la ley, mandarán poner al preso inmediatamente en libertad”.

A su turno, la ley 2372, la cual sancionó el Código de Procedimientos en Materia Penal para el fuero federal y los tribunales ordinarios de la Capital Federal, que rigió por más de cien años –exactamente hasta el año 1992–, dentro de los juicios especiales, estableció el título IV, denominado “Del modo de proceder en los casos de detención, arresto o prisión ilegal de las personas”, donde fijó, en el art. 617, que “Contra toda orden o procedimiento de un funcionario público tendiente a restringir sin derecho la libertad de una persona, procede un recurso de amparo de libertad por ante el juez competente. Procede también el recurso de hábeas corpus, cuando una autoridad provincial haya puesto preso a un miembro del Congreso o cualquier otro individuo que obre en comisión o como empleado del gobierno nacional”.

16 Bissierer Díaz, Pamela, “Hábeas corpus”, en Dalla Vía, Alberto R. y García Lema, Alberto M. (Dirs.), *La Constitución reformada y sus normas reglamentarias. Nuevos derechos y garantías*, 1^a ed., t. II, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, págs. 430/1.

En tanto, la institución del hábeas corpus subsistía a través de una alusión implícita y operativa que resulta de la disposición contenida en el art. 18, en cuanto establece que “nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”.

En el marco del derecho público provincial, puede señalarse que la mayoría de las provincias tienen, en sus respectivas constituciones, disposiciones vinculadas con el hábeas corpus como medio para resguardar la libertad corporal de los individuos. También a través de sus ordenamientos procesales han legislado la cuestión con alcance diverso, compartiéndose entonces hasta 1984 la regulación del instituto entre la Nación y las provincias, en sus ámbitos respectivos.

El 28/9/1984, el Congreso de la Nación sancionó la ley 23098, y a partir de su dictado el hábeas corpus adquirió en la legislación nacional una caracterización especial, no solo en cuanto a su contenido, sino también en lo que se refiere a su ámbito de aplicación.

Sin lugar a dudas, uno de los aspectos de mayor significación que presenta la ley está dado por su autonomía y la exclusión de los códigos procesales.

La ley 23098 –conocida con el nombre de “ley De La Rúa” por ser el resultado del proyecto¹⁷ que presentara el entonces senador por la Capital Federal, Fernando De La Rúa, y que reeditaba su similar ingresado a la Cámara Alta el 30/5/1973, durante su otro mandato como senador nacional– no solo deroga las disposiciones contenidas tanto en el art. 20 de la ley 48, como en el título IV, sección II del libro IV de la ley 2372, con lo que se extrae del ámbito procesal el tema, sino que además distingue claramente en capítulos separados las disposiciones generales y el procedimiento, estableciendo que el primero de ellos tendrá vigencia en todo el territorio nacional, por cuanto entiende que de ese modo se concreta “la obligación inexcusable del Congreso de la Nación de reglamentar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional, sin alterar su efectivo ejercicio...”, solucionando los problemas materiales vinculados con el alcance de la garantía, la distribución jurisdiccional de su protección, el carácter público de la libertad ambulatoria y la efectiva competencia de la CSJN para conocer la cuestión constitucional que eventualmente pueda plantearse.

Ello, por cierto, no obstará la aplicación de las constituciones de provincia o de leyes dictadas en consecuencia, cuando se considere que otorgan más eficiente protección de los derechos que la propia ley.

Los supuestos de procedencia del hábeas corpus se encuentran especificados en el art. 3 de la ley en estudio, el cual establece que “Corresponderá el procedimiento de hábeas corpus cuando se denuncie un acto de la autoridad pública que implique: 1. Limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente, o 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”.

Al margen del hábeas corpus *reparador* conocido tradicionalmente y que el legislador vincula directamente con el art. 18, CN, se verifica también, en la primer parte de la norma en análisis, la regulación de un hábeas corpus preventivo orientada a hacer cesar la amenaza actual a la libertad ambulatoria.

17 De la Rúa, Fernando, *Proceso y justicia*, Lerner, Buenos Aires, 1980, pág. 337.

Pero, sin lugar a dudas, la inclusión –en la segunda parte de la norma– del hábeas corpus *correctivo* es una de las mayores innovaciones que trae el instituto, pues procede para resguardar las condiciones de respeto a la persona en que debe cumplirse la privación de la libertad.

La intención del legislador de poner un freno al trato inapropiado –a veces infrahumano– del individuo detenido, se compadece con el criterio sostenido por la CSJN en tal sentido, cuando ha dicho que el ingreso a prisión en calidad de condenado no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución¹⁸.

Con la extensión del procedimiento sumarísimo del hábeas corpus clásico a la protección de la dignidad y respeto a la persona –con los que debe cumplirse la privación de la libertad–, el legislador ha buscado sin lugar a dudas establecer un medio adicional, rápido y eficaz para resguardar el trato digno en las prisiones y solucionar situaciones injustas que allí se planteen.

Otra innovación significativa que introdujo esta ley, está dada por la posibilidad de control judicial de la limitación de la libertad personal, durante la vigencia del estado de sitio, declarado conforme las previsiones del art. 23, CN.

Así, el art. 4 establece que el procedimiento de hábeas corpus podrá tender a comprobar en el caso concreto diversas alternativas, las cuales enuncia en cuatro incisos que a continuación estudiaremos.

En el primero de ellos, se considera la posibilidad de verificar la legitimidad de la declaración del estado de sitio, esto es que la declaración se haga dentro de lo que la Constitución establece, por la autoridad competente, por las causas que la norma fundamental admite y, en todo caso, con la limitación territorial vinculada con la causa que se invoca¹⁹.

El inciso 2 establece la posibilidad de la denuncia de hábeas corpus como vía para cuestionar la falta de correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que diera origen a la declaración del estado de sitio. En este sentido, debe distinguirse la “razonabilidad política”, relativa a la decisión de declarar el estado de sitio, que es de exclusiva incumbencia de los restantes poderes del estado, de la “razonabilidad jurídica”, en la que el Poder Judicial no solo puede sino debe mediar entre el estado de sitio y la garantía constitucional afectada, así como la proporcionalidad entre la libertad restringida y los objetivos tenidos en cuenta para adoptar esta medida de excepción.

Por su parte, el tercer inciso del artículo en análisis se refiere a la alternativa del procedimiento del hábeas corpus como medio para comprobar el agravamiento ilegítimo de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad durante el estado de sitio, que en ningún caso podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas.

El último inciso del art. 4 incluye la vía del hábeas corpus para comprobar el ejercicio efectivo del derecho de opción para salir del país que, conforme resulta del art. 23, es la alternativa al arresto. Esta es una medida de seguridad política orientada a evitar que quien

18 Fallos 318:189.

19 Diario de sesiones del Senado de la Nación, año 1984, pág. 2037.

se encuentra incluido en ella pueda contribuir de alguna manera con su accionar a mantener la situación que motivara la declaración del estado de sitio.

Por lo hasta aquí expuesto, se verifica la existencia de distintos tipos o clases de hábeas corpus²⁰, entre los que pueden mencionarse:

- **Hábeas corpus clásico o reparador:** es el que tiene por objeto rehabilitar la libertad física contra actos u omisiones que la restringen o impidan, sin orden emanada de la autoridad competente.
- **Hábeas corpus preventivo:** es el que tiene por finalidad hacer cesar un estado de amenazas ciertas e inminentes que ponen en peligro la libertad física.
- **Hábeas corpus correctivo:** es el que se dirige contra toda forma ilegítima que agrave la condición de una persona legalmente privada de su libertad.
- **Hábeas corpus restringido:** es el que puede plantearse contra toda forma de molestias que perturben o alteren la libertad física, sin llegar a su privación, como seguimientos, vigilancias, etc.

Como señalamos más arriba, antes de la reforma de 1994 se entendía que la CN había suministrado base normativa suficiente al proceso de hábeas corpus en la parte del art. 18 que dice que “nadie puede ser arrestado sin orden escrita de autoridad competente”, y que superabundantemente se lo pudo considerar como garantía implícita alojada en el art. 33 de nuestra Carta Magna²¹.

La ley 23098 constituyó un gran adelanto en torno al proceso constitucional del hábeas corpus, por lo que llegó a ser considerada como una “ley de contenido constitucional”²².

El último párrafo del art. 43 de la CN siguió los lineamientos expuestos por la ley 23098, al establecer la acción de hábeas corpus en las modalidades reparadora, preventiva, correctiva y restringida, e incluyó como novedad la incorporación de una tipología especial: el hábeas corpus contra la desaparición forzada de personas.

Esta nueva variable ofrece un carril procesal idóneo cuando se intenta localizar a las personas desaparecidas, para restituirles la libertad, o bien cuando con razonable proximidad de fechas, también se procura conseguir información conducente. En cambio, transcurrido demasiado tiempo entre la desaparición y el requerimiento de datos, parece lógico sostener que el hábeas corpus carece de objetivo actualizado por cuya razón el pedido de información para conocer lo ocurrido y ejercer el derecho a la verdad histórica ha de hallar su cauce mediante la acción de hábeas data²³.

20 Sagüés, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas corpus*, t. IV, Astrea, Buenos Aires, 1998, pág. 172.

21 Martínez Vivot, Julio (h), “La ley de hábeas corpus: tutela de la libertad ambulatoria en el marco nacional”, *Revista de Derecho Procesal*, Nº 5, Rubinzel - Culzoni Editores, Santa Fe, 2000, pág. 244.

22 Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, t. II-A, Ediar, Buenos Aires, 2003, pág. 339.

23 Gil Domínguez, Andrés, “La verdad: un derecho emergente”, LL 1999-A-219.

15.7. Hábeas data

El hábeas data es una de las garantías más modernas. En una traducción literal significaría “conserva o guarda tus datos”.

La acción de hábeas data se define como el derecho que asiste a toda persona –identificada o identificable– a solicitar judicialmente la exhibición de registros –públicos o privados– en los cuales están incluidos sus datos personales o los de su grupo familiar, para tomar conocimiento de su exactitud y, eventualmente, requerir la rectificación, la supresión de datos inexactos u obsoletos, o que impliquen discriminación.

Esta garantía ha cobrado gran importancia en la actualidad con el auge de los bancos informáticos de datos (a los cuales se puede acceder fácilmente) y de muy diversos y sofisticados modos, todo lo cual multiplica la posibilidad de propagar datos personales, cuya difusión pudiera perjudicar –de cualquier manera– a su titular, hecho que conculca su derecho a la intimidad²⁴.

15.7.1. Génesis

Corresponde al parlamento del *Land* de Hesse, en la República Federal de Alemania, el mérito de haber promulgado el primer texto legal de protección de datos personales: la *Datenschutz* del 7 de octubre de 1970. Esta ley pionera marcó el comienzo de un recorrido que culminaría en la *Datenschutz* federal alemana, promulgada el 27 de febrero de 1977.

El objeto y ámbito de esta última norma se centró –conforme su art. 1– en “la protección de datos, que tiene como fin impedir la lesión de bienes dignos de tutela de las personas interesadas, garantizando aquellos relativos a su persona, de abusos cometidos en ocasión de su almacenamiento, transmisión, modificación o cancelación”.

También corresponde a esta primera etapa la *Data Lag* sueca del 11 de mayo de 1973. En esta norma se establece el principio de publicidad de los bancos de datos personales informatizados mediante un registro abierto a la consulta de las personas en él incluidas.

Con la promulgación de la *Privacy Act* norteamericana, el 31 de diciembre de 1974, se inició un nuevo ciclo en el desarrollo de leyes de protección de los datos personales. Su origen debe ser necesariamente relacionado con la preocupación que se generó en el congreso de los EE.UU. por el escándalo del *Watergate* y el temor ante el uso que el gobierno podía hacer de los ordenadores y sistemas informatizados.

El núcleo de dicha ley federal consistió en la protección de los individuos frente al asalto a su intimidad –*assault on privacy*– por los sistemas de acopio y almacenamiento de datos derivados del uso de la tecnología informática por las agencias federales, es decir, los bancos de datos de la administración federal. Para defender a los ciudadanos ante estas posibles injerencias a su intimidad, la *Privacy Act* garantiza el derecho de información y acceso

24 Ekmedjian, Miguel Á. y Pizzolo, Calógero, *Hábeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, 1^a ed., Depalma, Buenos Aires, 1996, pág. 2.

que tiene toda persona respecto a aquellos datos que le conciernen, así como las facultades para rectificar las informaciones erróneas y cancelar las indebidamente procesadas.

En este ciclo de desarrollo de los sistemas de protección de datos personales se ubica también la ley francesa del 6 de enero de 1978, relativa a la *Informatique, aux fichiers et aux libertés*.

En 1984, Gran Bretaña promulgó su *Data Protection Act*, norma que ha optado deliberadamente por una solución de compromiso entre su finalidad de garantía de las libertades y su objeto concurrente de no obstaculizar el desarrollo del sector informático.

España, en 1992, sancionó su ley orgánica 5 denominada “Regulación del tratamiento automatizado de datos”, conocida como LORTAD, cuyo art. 1 protege a las personas físicas contra la divulgación de datos de carácter personal, incluidos en cualquier fichero automatizado. Fue reemplazada en 1999 por la ley orgánica de protección de datos de carácter personal. Ya en su constitución de 1978, se había establecido en su art. 18.4 que “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”.

Otras constituciones del mundo desde entonces han incorporado disposiciones sobre la protección de la intimidad personal con respecto al almacenamiento y la revelación de datos, como la de los Países Bajos de 1983, Hungría de 1989, y Suecia de 1990.

En Latinoamérica, la institución también se encuentra regulada en las modernas constituciones de Brasil, Venezuela, Colombia, Paraguay y Perú. Justamente, la denominación del instituto como “hábeas data” proviene de la constitución brasileña de 1988.

15.7.2. Normativa

La reforma constitucional de 1994 ha plasmado en el texto de la Carta Magna una herramienta idónea en pos del derecho a la protección de datos personales, cual es el hábeas data, aunque sin mencionarla expresamente con esta denominación.

Antes de dicha modificación, su existencia se desprendía del art. 33 de la CN, en tanto dispone que “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”²⁵.

Se ha normado así una vía procesal operativa como “subtipo” del amparo general previsto en el primer párrafo del art. 43, en resguardo de la garantía implícita subyacente, que consiste en la protección de los datos personales que se encuentren en registros o bancos de datos públicos o privados, lo que viene a complementar y vigorizar la ya antigua garantía del derecho a la intimidad contenida en el art. 19, CN.

Si bien puede afirmarse que el hábeas data reconoce un parentesco con el amparo, debe quedar absolutamente claro que presenta peculiaridades fisonómicas propias que im-

25 Ekmekdjian, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional*, t. III, Depalma, Buenos Aires, 1995, parágr. 425.

piden a su respecto la aplicación extensiva e indiscriminada de todas sus exigencias, pues acecha el peligro de la desnaturalización y consecuente esterilización de la figura²⁶.

La ley 25326 de protección de datos personales²⁷ pone fin a cualquier duda respecto a ello al crear una “acción judicial de amparo especial” que es la que toma el nombre de hábeas data. El art. 37 de dicha norma establece concretamente que “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”. De manera que es la ley la que, continuando lo dispuesto por la Constitución y la jurisprudencia, toma la garantía del hábeas data como “acción de amparo especial”.

Esta circunstancia no significa que deban automáticamente aplicársele todas las exigencias previstas en el primer párrafo del art. 43 que hemos estudiado. En efecto, no será necesario probar que el archivo de datos personales se ha realizado con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta; puede haber sido legal y no arbitraria la recolección de datos, pero si su titular quiere mantenerlos en reserva puede interponer la acción al solo efecto de pedir que se decida su confidencialidad²⁸.

Asimismo, dado que el art. 43 de la CN establece que el amparo debe proceder a través de una “acción rápida y expedita, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”, ello implica que el hábeas data –que, recordemos, es una modalidad de amparo– debe tramitar por el procedimiento más expeditivo o idóneo en términos de rapidez y celeridad.

La acción de hábeas data es una acción de protección de los datos personales específicamente ordenada a la defensa de la intimidad de los datos, el derecho a la autodeterminación informativa y a la propia imagen, aun cuando no estén dadas las condiciones de arbitrariedad o ilegalidad del acto cuestionado. Es la misma norma constitucional la que establece que podrá interponerse el hábeas data “para tomar conocimiento de los datos –a la persona– referidos”, sin supeditar la legitimación a la existencia de arbitrariedad o ilegalidad²⁹.

El hábeas data tiene cinco objetivos principales:

- a) Que la persona pueda acceder a la información que sobre ella conste en un registro o banco de datos.
- b) Que se actualicen datos atrasados.
- c) Que se rectifiquen los datos inexactos.
- d) Que se asegure la confidencialidad de cierta información legalmente obtenida para evitar su conocimiento por terceros, y

26 Bazan, Víctor, “El hábeas data y sus peculiaridades frente al amparo”, *Revista de Derecho Procesal*, Nº 4, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2000, pág. 219.

27 Publicada en el BO el 2/11/2000.

28 Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución argentina reformada*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1999, pág. 388.

29 Basterra, Marcela, “El hábeas data”, en Manili, Pablo L. (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 1^a ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, 2005, pág. 144.

- e) La supresión del registro de la llamada ‘información sensible’, esto es, vida íntima, ideas políticas, religiosas o gremiales, etc.

Va de suyo que el derecho a la protección de datos tiene la naturaleza de un derecho genérico, es decir, constituye un plexo de derechos que llamaremos “específicos”, de los cuales se nutre y recibe su contenido. Estos derechos son: el derecho a conocer –*right to know*–; el derecho a acceder –*right to access*– y el derecho a rectificar –*right to correct*–. Este trío de derechos es conocido con el nombre de “derechos del afectado”.

La finalidad del hábeas data es impedir que en bancos o registros de datos se recopile información respecto del afectado, cuando dicha información esté referida a aspectos de su personalidad que se hallan directamente vinculados con su intimidad.

Los “datos personales” son los que poseen la suficiente fuerza individualizante como para poder revelar aspectos de una determinada persona. Pero no cualquier aspecto, sino solo los vinculados con un ámbito cerrado –en principio– a la publicidad.

Son las flechas indicadoras de caminos que conducen a reductos y refugios no accesibles a todos, donde su morador tiene el derecho a disponer quién entra y quién no. Cada dato revelado es una flecha descubierta que está marcando una ruta desconocida para la mayoría, que se corta en la intimidad del afectado³⁰.

Por ello, y teniendo en cuenta el objetivo concreto planteado al promover la acción de hábeas data, este puede clasificarse en:

- 1) **Hábeas data informativo:** permite conocer: a) qué datos se tiene de mi persona –hábeas data exhibitorio–; b) cuál será la finalidad de dicha recolección de datos; para qué se los va a usar –hábeas data finalista–; c) quién recopiló esos datos –hábeas data autoral–.
- 2) **Hábeas data aditivo:** a través del cual se puede solicitar que se agregue un dato que no está en el registro o banco de datos ante quien se promueve la acción. Es la “actualización” a que se refiere el texto constitucional.
- 3) **Hábeas data rectificador:** se interpone en el caso de que se trate de un dato falso, con el fin de solicitar que se lo cambie por el dato verdadero.
- 4) **Hábeas data reservador:** previsto para los casos en que el dato sea verdadero y no haya obstáculo para su conservación. Sin embargo, el juez interviniente puede ordenar al banco de datos su “confidencialidad”, para uso estrictamente personal o específico.
- 5) **Hábeas data cancelatorio:** posibilita la “supresión” de datos para evitar que sean usados con fines discriminatorios o en forma abusiva. Son los llamados “datos sensibles”³¹.

30 Ekmedjian, Miguel Á. y Pizzolo, Calógero, *Hábeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, 1^a ed., Depalma, Buenos Aires, 1996, pág. 65.

31 Sagüés, Néstor P., “Subtipos de hábeas data en el derecho argentino”, en *Leyes reglamentarias de la reforma constitucional*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1996, pág. 206.

La ley 25326 sigue este esquema y consagra las dos versiones genéricas del hábeas data: a) el *derecho de acceso*, en su art. 14³², que es el hábeas data informativo, y abarca el hábeas data exhibitorio, el hábeas data autoral y el hábeas data finalista, y b) el derecho a actualizar, corregir, suprimir o establecer confidencialidad sobre los datos, en el art. 16³³, que comprende el hábeas data rectificador, el hábeas data aditivo y el hábeas data cancelatorio.

Con respecto a la salvaguarda del secreto de las fuentes de información periodística que establece el párrafo tercero *in fine* del art. 43, CN en análisis, es indudable que la libertad de expresión, fuertemente protegida en nuestra Carta Magna y a través de la jurisprudencia, una vez más sale fortificada en la redacción de dicha norma.

La intención del constituyente ha sido indudablemente buscar un equilibrio razonable que no vulnere la libertad de prensa. Sin una cláusula garantizadora del secreto de las fuentes de información periodística, el ejercicio de este profesión podría convertirse en algo ilusorio³⁴.

32 Art. 14, ley 25326: “Derecho de acceso. 1. El titular de los datos, previa acreditación de su identidad, tiene derecho a solicitar información de sus datos personales incluidos en los bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes. 2. El responsable o usuario 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, este se estimare insuficiente, quedará expedita la acción de protección de datos personales o de hábeas data prevista en esta ley. 3. El derecho de acceso a que se refiere este artículo sólo puede ser ejercido en forma gratuita a intervalos no inferiores a seis meses, salvo que se acredite un interés legítimo al efecto. 4. El ejercicio del derecho al cual se refiere este artículo en el caso de datos de personas fallecidas le corresponderá a sus sucesores universales”.

33 Art. 16, ley 25326: “1. Toda persona tiene derecho a que sean rectificados, actualizados y, cuando corresponda, suprimidos o sometidos a confidencialidad los datos personales de los que sea titular, que estén incluidos en un banco de datos. 2. El responsable o usuario del banco de datos, debe proceder a la rectificación, supresión o actualización de los datos personales del afectado, realizando las operaciones necesarias a tal fin en el plazo máximo de cinco días hábiles de recibido el reclamo del titular de los datos o advertido el error o falsedad. 3. El incumplimiento de esta obligación dentro del término acordado en el inciso precedente, habilitará al interesado a promover sin más la acción de protección de datos personales o hábeas data prevista en la presente ley...”.

34 Quiroga Lavié, Humberto, *Hábeas data*, Zavalía, Buenos Aires, 2001, pág. 160.

CAPÍTULO XVI

La protección internacional de los derechos y libertades

GABRIELA MARTA ALONSOPEREZ¹

El mundo reconoce y defiende los derechos humanos como derechos fundamentales de la persona. No obstante, su violación es, fue y será una constante.

En este capítulo, se abordará el tema desde la descripción de los organismos internacionales que velan por la protección de los derechos humanos, con el objetivo de conocerlos y reconocer la importante misión que cumplen para evitar dichas violaciones. Dada la amplitud del tema, me circunscribiré a explicar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la conformación y funcionamiento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

1 Procuradora y abogada (UBA). Curso especializado aprobado de Derecho Aeronáutico y Espacial (1987-1988) dictado por el Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial. Especialista en derecho, economía y administración del medio ambiente por la Facultad de Ciencias Jurídicas (Universidad del Salvador). Docente autorizado por la Facultad de Ciencias Económicas, UBA (1996). Profesora universitaria para el nivel secundario y superior en derecho por la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad FASTA (Mar del Plata, 2012). Profesora regular adjunta de “Instituciones de Derecho Público” de la Facultad de Ciencias Económicas (UBA). Exprofesora asociada de “Historia constitucional” de la Facultad de Derecho (Universidad de Flores).

16.1. Procedimientos ante organismos internacionales: Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

16.1.1. Los derechos humanos

Para comprender lo relativo al procedimiento ante los organismos internacionales, a fin de proteger los derechos humanos, es imprescindible aclarar a qué nos referimos cuando hablamos de ellos y, asimismo, hacer una referencia al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Los derechos humanos son inherentes a todos los seres humanos y constituyen el fundamento sobre el cual se basa la dignidad de la persona. Se caracterizan por ser universales, inalienables, indivisibles e interdependientes. Son universales porque corresponden a todas las personas sin diferencia de nacionalidad, ni religión y se poseen por el mero hecho de pertenecer a la especie humana. Son inalienables porque no están sujetos a la voluntad de su titular. No pueden negociarse ni renunciarse por ser propios de la naturaleza humana. Son indivisibles e interdependientes porque la base de uno facilita la base de los demás y, por otra parte, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás. Cuando se acepta la violación de uno de los derechos humanos, todos los demás se ven afectados por esta arbitrariedad.

Los principios de la no discriminación y de la igualdad se presentan como rectores en el derecho internacional de los derechos humanos en virtud del art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual manifiesta que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Los derechos humanos para el derecho internacional se aplican independientemente de la nacionalidad de la persona. Así lo ha expresado la CIDH en su opinión consultiva OC-2/82, del 24/9/1982, denominada *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana* –arts. 74 y 75, párr. 29– cuando señala que “...los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio estado como frente a los otros estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia individuos bajo su jurisdicción...”.

Los derechos humanos incluyen derechos y obligaciones. En virtud del derecho internacional, los estados asumen las obligaciones de respetar y realizar los derechos humanos. Por tanto, los estados deben impedir abusos o violaciones a ellos y adoptar medidas positivas para facilitar su ejercicio².

2 ¿Qué son los derechos humanos?, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>.

La conciencia internacional sobre la protección de los derechos humanos se fortaleció con la aprobación de la Declaración de Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/12/1948, en París –Francia– y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre emitida en la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá –Colombia– en el mismo año.

Estas dos declaraciones han sido reconocidas por nuestra CN, a partir de la reforma de 1994, junto a otros tratados internacionales de derechos humanos como tratados de “jerarquía constitucional”.

Uno de los tratados reconocidos dentro de esta categoría es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida con el nombre *Pacto de San José de Costa Rica* –por haber sido firmada en la ciudad de San José, Costa Rica– que se llevó a cabo el 22/11/1969. Argentina adhirió a ella mediante la ley 23054, sancionada el 1/3/1984, promulgada el 19/3/1984 y ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional ese mismo año. A esta convención me referiré para explicar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

16.1.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Los estados americanos, en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), adoptaron una serie de instrumentos internacionales que se han convertido en la base de un sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos, denominado Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Este reconoce derechos y obligaciones para asegurar la promoción y protección de los derechos mencionados³.

El Sistema Interamericano se inició con la aprobación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en 1948. La Convención Americana sobre Derechos Humanos es un instrumento de este sistema, fue suscripta el 22/11/1969 en la ciudad de San José, Costa Rica, y entró en vigencia el 18/7/1978.

El art. 33 de la Convención Americana –Pacto de San José de Costa Rica– establece que los órganos de protección, que son la comisión y la corte, “son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los estados partes en esta Convención...”.

Deberíamos hacernos las siguientes preguntas sobre dichos órganos: ¿qué son y cuáles son sus funciones?, ¿estos órganos internacionales sirven efectivamente para la protección de los derechos humanos?, ¿cuál es el procedimiento que utilizan para protegerlos? En las páginas siguientes se desarrollarán las respuestas a dichos interrogantes.

16.1.2.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano principal y autónomo de la OEA, con sede en Washington DC, que se encarga de la promoción y protección de los

3 “ABC de la CIDH: El qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, OISS, 2014, pág. 2. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/index.html>.

derechos humanos en el continente americano. Según el art. 36.1 de la Convención Americana, “Los miembros de la comisión serán elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los estados miembros”. Estos serán elegidos para su cargo por cuatro años y solo podrán ser reelegidos una vez. No podrá formar parte de la comisión más de un nacional de un mismo estado.

La comisión realiza su labor en base a tres pilares de trabajo:

- El Sistema de Petición Individual.
- El monitoreo de la situación de los derechos humanos en los estados miembros, y
- La atención a líneas temáticas prioritarias⁴.

16.1.2.1.1. Funciones y atribuciones

Su función principal es promover la observancia y la defensa de los derechos humanos. En cumplimiento de sus atribuciones, la comisión:

- Recibe, analiza e investiga peticiones individuales en las que se alega que alguno de los estados miembros ha violado los derechos humanos.
- Observa la situación general de los derechos humanos en los estados miembros y publica informes especiales cuando lo considere apropiado.
- Realiza visitas *in loco* a los países para analizar en profundidad la situación general, y/o para investigar una situación específica. Estas visitas generalmente dan lugar a la preparación de un informe sobre lo observado, el cual es publicado y presentado ante el Consejo Permanente y la Asamblea General de la OEA.
- Estimula la conciencia pública respecto de los derechos humanos en las Américas, para lo cual publica informes sobre temas específicos –por ejemplo, la situación de los pueblos indígenas–.
- Organiza y celebra visitas, conferencias, seminarios y reuniones con representantes de gobiernos, instituciones académicas, entidades no gubernamentales y otros, con el objetivo de divulgar información y fomentar el conocimiento del trabajo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
- Recomienda a los estados miembros de la OEA la adopción de medidas que contribuyan a la protección de los derechos en los países del continente.
- Solicita a los estados miembros que adopten medidas cautelares, de acuerdo al art. 25 del reglamento, para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto de una petición ante la CIDH. Asimismo, de conformidad con el art. 63.2 de la Convención Americana, puede solicitar que la Corte Interamericana disponga la adopción de “medidas provisionales” en caso de extrema gravedad y urgencia para evitar daños irreparables a las personas, aunque el caso no haya sido presentado ante la corte.

⁴ ¿Qué es la CIDH?, OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>.

- Presenta casos ante la Corte Interamericana y comparece ante ella durante la tramitación.
- Solicita opiniones consultivas a la Corte Interamericana –art. 64 de la Convención Americana–.
- Recibe y examina comunicaciones en las que un estado parte alegue que otro estado parte ha realizado una violación de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana⁵.

16.1.2.1.2. Legitimación

En el art. 44 de la misma Convención dispone que: “Cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más estados miembros de la organización puede presentar a la comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta convención por un estado parte”.

En vista de lo expresado en este artículo, no hace falta que el denunciante sea la propia víctima, lo cual apunta a que el procedimiento se realice incluso si esta estuviera detenida, impedida o incomunicada.

En cuanto a las personas jurídicas, se entiende que no tienen legitimación para reclamar por sí mismas, pero podrían ser denunciantes en nombre de una persona humana, como en el caso de las entidades no gubernamentales. Hay una marcada tendencia a incorporar a las personas jurídicas en el sistema de protección internacional. “Es que, al fin y al cabo, estas no son otra cosa que organizaciones de personas”⁶.

El art. 44 de la Convención Americana no se manifiesta sobre la posibilidad de que la comisión actúe de oficio si hay violación de los derechos amparados por ella; pero el art. 24 de su reglamento le permite iniciar, *motu proprio*, la tramitación de una petición que contenga, a su juicio, los requisitos para tal fin. Un estado parte puede efectuar dicha denuncia, en virtud del art. 45 de la convención, con respecto a violaciones a los derechos humanos perpetradas por otro estado parte, lo que se denomina demanda interestatal⁷.

16.1.2.1.3. Procedimiento

La Convención Americana se refiere al procedimiento ordinario de peticiones o comunicaciones individuales en los arts. 48 a 51. En este procedimiento se distinguen cinco etapas: la admisibilidad, la instrucción, la solución amistosa, el informe y, en ciertas ocasiones, el envío del caso a la Corte.

El art. 46 de la convención fija las condiciones de admisibilidad de la petición, las cuales son:

5 *Mandato y funciones de la CIDH*, OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/funciones.asp>.

6 Hitters, Juan C. y Fappiano, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, t. II, vol. 3, Ediar, Buenos Aires, 2012, págs. 1450/4.

7 Hitters, Juan C. y Fappiano, Oscar L., *ob. cit.*, págs. 1454/7.

- a) Que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna.
- b) Que sea presentada en el plazo de seis meses a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva.
- c) Que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento con arreglo internacional, y
- d) Que en el supuesto del art. 44 la petición contenga los siguientes datos del reclamante: el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

Estos son requisitos de admisibilidad tanto para las peticiones ante la comisión como ante la corte –art. 61.2 de la Convención Americana–.

La necesidad de agotar los recursos internos se basa en la subsidiariedad del derecho internacional de los derechos humanos y en el reconocimiento de la independencia y soberanía de los países. En consecuencia, para llegar a los cuerpos internacionales debe haber previamente cosa juzgada local. En estos casos, la carga de la prueba es mutua, ya que el reclamante debe demostrar que ha agotado los recursos internos y, a su vez, los gobiernos tienen que acreditar que poseen los medios aptos para estos fines y señalar cuáles son los que la víctima no ha ejercido⁸.

Cuando la comisión recibe la petición procede de la siguiente manera, de acuerdo a los arts. 48 a 51 de la Convención Americana:

- Si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación, en base a lo explicado, solicitará informes al gobierno del estado denunciado.

Es importante señalar que las peticiones deben presentarse por escrito, en nombre propio, o por medio de representante –art. 28 del reglamento de la comisión–, ante la Secretaría Ejecutiva de la Comisión, quien realiza la revisión y tramitación inicial y analiza la admisibilidad. Se dará entrada a la petición, se registrará, hará constar la fecha de la recepción y acusará con recibo al peticionario –arts. 26 y 29 del reglamento de la comisión–.

- Recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen motivos que justifiquen la petición o, en caso contrario, la archivará. La comisión se expide si lo considera oportuno, pero al no ser un ente jurisdiccional no está obligada a dictar un fallo.
- Si existen motivos que justifiquen la petición, la comisión hará un examen del asunto con el fin de comprobar los hechos y, si es necesario, realizará una investigación solicitando a los estados interesados su colaboración. Se admiten las observaciones *in loco*, es decir, la llamada “inspección ocular”, con el objeto de que el órgano que deba decidir el asunto cuente con los elementos necesarios para percibir por sí mismo el material fáctico. En este caso, el gobierno del país que se interviene debe conceder las facilidades para llevar a cabo la misión y debe comprometerse a no tomar represalias contra las personas o entidades que hayan colaborado –art. 54 del

8 Hitters, Juan C. y Fappiano, Oscar L., *ob. cit.*, pág. 1494.

reglamento de la comisión-. Además, se podrá pedir a los estados interesados cualquier información –exposiciones verbales o escritas– que se considere pertinente.

- La comisión intentará una solución amistosa entre las partes.
- Si se llega a una solución amistosa, la comisión redactará un informe con una breve exposición de los hechos y la solución lograda se enviará al peticionario y a los estados partes –art. 49 de la Convención Americana–.
- De no alcanzarse una solución, la comisión redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. El informe será transmitido a los estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo. La comisión, en ese informe, puede formular las recomendaciones que juzgue adecuadas –art. 50 de la Convención Americana–.
- Si en el plazo de tres meses contados desde que se remitieron los informes de la comisión a los interesados el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos –por la comisión o por el estado interesado–, la comisión hará las recomendaciones que considere pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el estado debe tomar las medidas tendientes a resolver la cuestión planteada. Una vez transcurrido el plazo, evaluará si el estado ha tomado o no las medidas adecuadas y si publica o no su informe –art. 51 de la convención–.

16.1.2.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH es una institución judicial autónoma cuyo fin es aplicar e interpretar la Convención Americana. Ejerce una función contenciosa, una función consultiva y la función de dictar medidas provisionales⁹.

“La Corte Interamericana pudo establecerse y organizarse cuando entró en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El 22 de mayo de 1979 los estados partes de la convención eligieron, durante el séptimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los primeros jueces que compondrían la misma”¹⁰.

La sede del tribunal se estableció en San José de Costa Rica y la ceremonia de instalación se realizó en esa ciudad el 3/9/1979.

La organización, procedimiento y función de la corte se encuentran regulados en la Convención Americana. Además, el tribunal posee un estatuto y un reglamento expedidos por la propia corte.

16.1.2.2.1. Integración

Este organismo está integrado por siete jueces nacionales de los estados miembros de la organización. Son elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral de

9 CIDH, *ob. cit.*, pág. 4.

10 CIDH, *ob. cit.*, pág. 4.

reconocida competencia en materia de derechos humanos, y deben reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales, conforme la ley del país del cual sean nacionales. Asimismo, se establece que no debe haber dos jueces de la misma nacionalidad –art. 52 de la Convención Americana–.

En el caso de Argentina, el candidato deberá estar en condiciones de ser juez de la CSJN. Conforme al art. 111, CN, se le exige ser abogado con ocho años de ejercicio y reunir los requisitos para ser senador nacional –treinta años de edad y seis años de ciudadanía en ejercicio–.

16.1.2.2.2. Mandato y quórum

La duración del mandato de los jueces del tribunal es de seis años y pueden ser reelectos una vez más por el mismo período. Los mandatos se cuentan a partir del 1 de enero del año siguiente al de su elección y se extienden hasta el 31 de diciembre del año en que se cumple el período, aunque deben seguir conociendo en los casos a los que estuviesen dedicados y que se encuentren en estado de sentencia.

El quórum para las deliberaciones de la corte es de cinco jueces –art. 14 del reglamento de la corte–.

16.1.2.2.3. Funciones

En cuanto a las funciones de la corte, podemos reconocer, en primer lugar, la función contenciosa por la cual determina si un estado ha incurrido en responsabilidad internacional por violar algún derecho consagrado en la convención o en otros tratados de derechos humanos aplicables al Sistema Interamericano. Además, realiza la supervisión del cumplimiento de sentencias.

En segundo lugar, la función consultiva por la cual el tribunal responde a consultas que formulen los estados miembros de la OEA o sus órganos acerca de la compatibilidad de las normas internas con la convención, y la interpretación de la convención o de otros tratados referidos a la protección de derechos humanos en los estados americanos¹¹.

16.1.2.2.4. Legitimación

En virtud del art. 61 de la Convención Americana, solo pueden presentar un caso los estados partes y la comisión, no los particulares. Los individuos u organizaciones que consideren que existe una situación violatoria de las disposiciones de la convención y deseen acudir al Sistema Interamericano, deben presentar sus denuncias ante la Comisión Interamericana.

Para que la corte pueda conocer el caso, deben estar agotados los procedimientos previstos en los arts. 48 a 50 de la convención, mencionados con anterioridad al tratar los pasos a seguir por la comisión.

11 CIDH, *ob. cit.*, págs. 6/7.

El art. 23 del reglamento de la corte señala que “1. Los estados que sean partes en un caso estarán representados por agentes, quienes a su vez podrán ser asistidos por cualesquiera personas de su elección. 2. Podrán acreditarse agentes alternos, quienes asistirán a los agentes en el ejercicio de sus funciones y los suplirán en sus ausencias temporales...”.

Según el art. 62 del Pacto de San José de Costa Rica, a fin de determinar la competencia contenciosa de la Corte, se establece que “1. Todo estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta convención [...] 3. La corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta convención que le sea sometido, siempre que los estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia...” tanto por declaración especial o por convención especial.

Es de destacar que la competencia contenciosa de la corte “debe ser expresamente reconocida por el estado, al momento de ratificar el tratado o posteriormente. Dicha ratificación de competencia puede efectuarse para el caso concreto, puede hacerse por un tiempo determinado o en forma incondicionada”¹².

16.1.2.2.5. Procedimiento

De acuerdo con el art. 28.1 del reglamento de la corte todos los escritos dirigidos a ella podrán presentarse personalmente *via courier*, facsímile, o correo postal o electrónico. Los documentos deben estar firmados para garantizar su autenticidad. Los escritos que se presenten en forma no electrónica deberán estar acompañados de dos copias en papel o estar digitalizados.

El art. 29.1 del mismo reglamento establece que “cuando la comisión, las víctimas o presuntas víctimas, o sus representantes, el estado demandado o, en su caso, el estado demandante, no comparecieren o se abstuvieren de actuar, la corte, de oficio, impulsará el proceso hasta su finalización”.

Durante el proceso se distingue una parte del procedimiento de carácter escrito, y otra parte del procedimiento de carácter oral. Al procedimiento escrito se refiere el reglamento en sus arts. 34 al 44.

La causa se introduce, de conformidad al art. 61.1 de la Convención, en la Secretaría del Tribunal mediante el sometimiento del caso en algunos de los idiomas del trabajo del tribunal, que son los que acuerda la corte cada año según el art. 22.2 del reglamento –art. 34 del reglamento de la corte–.

Una vez sometido el caso mediante la presentación del informe al que se refiere el art. 50 de la convención (si lo hace la comisión) o de un escrito motivado, conforme el art. 61 de la convención (si lo hace un estado), se realiza un examen del caso, y si la presidencia observare que algún requisito fundamental no se ha cumplido solicitará se subsane dentro de un plazo de veinte días –arts. 35, 36 y 38 del reglamento de la corte–.

12 Wlasic, Juan C., *Manual crítico de Derechos Humanos*, 2^a ed., LL, Buenos Aires, 2011, pág. 433.

El secretario comunicará la presentación del caso a la presidencia y los jueces, al estado demandado, a la comisión –si no es ella quien presenta el caso– y a la presunta víctima –art. 39 del reglamento de la corte–. Una vez notificada la presentación del caso a la presunta víctima o sus representantes, estos dispondrán de un plazo improrrogable de dos meses para presentar autónomamente a la corte su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas –art. 40 del reglamento de la corte–. El demandado expondrá por escrito su posición sobre el caso sometido a la corte –contestación de la demanda– dentro de un plazo improrrogable de dos meses, contado a partir de la recepción de este último escrito. En él fijará si acepta o no los hechos y pretensiones; las pruebas ofrecidas; la propuesta de los declarantes y peritos, si fuera necesario, y los fundamentos de derecho y conclusiones pertinentes –art. 41 del reglamento de la corte–. También deberán ser incluidas las excepciones preliminares –art. 42.1 del reglamento de la corte–.

Las partes podrán solicitar otros actos de procedimiento escrito a la presidencia de la corte, la cual estimará su pertinencia.

También pueden presentarse los planteamientos de *amicus curiae* –art. 44 del reglamento de la corte– que son escritos realizados por terceros ajenos a un caso, quienes ofrecen voluntariamente su opinión respecto a algún aspecto relacionado con él para colaborar con el tribunal en la resolución de la sentencia.

El art. 56.1 y 2 del reglamento de la corte hace referencia a los alegatos finales escritos que se presentarán por las presuntas víctimas o sus representantes, el estado demandado y, en su caso, el estado demandante en un plazo fijado por la presidencia de la corte. La comisión también puede presentar observaciones finales escritas si lo estima conveniente.

En cuanto al procedimiento oral, la presidencia señalará la fecha de apertura y fijará las audiencias que sean necesarias para producir la declaración de testigos y peritos –arts. 45 a 55 del reglamento de la corte–.

En la audiencia pública, la comisión expone los fundamentos de la presentación del caso ante la corte. A continuación, los jueces del tribunal escuchan a los peritos, testigos y presuntas víctimas, y les formulan preguntas si lo consideran pertinente. Luego la presidencia concede la palabra a las presuntas víctimas o a sus representantes y al estado demandado para que expongan sus alegatos, y les da la posibilidad de una réplica y una dúplica. Concluidos los alegatos, la comisión presenta sus observaciones finales y los jueces tienen la posibilidad de formular las preguntas que consideren necesarias. En los casos no presentados por la comisión, la presidencia dirigirá las audiencias –art. 51 del reglamento de la corte–.

En virtud del art. 63.1 del Pacto de San José de Costa Rica, cuando la corte decida que hubo violación a un derecho o libertad protegido por la convención, dispondrá que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad, se reparen las consecuencias de las medidas y se indemnice a la parte lesionada.

Asimismo, en cualquier etapa del procedimiento, en caso de extrema gravedad y urgencia y para evitar daños irreparables a las personas, la corte podrá tomar medidas provisionales en los asuntos que esté conociendo. Si se trata de asuntos que aún no están sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la comisión –art. 63.2 de la Convención Americana–.

16.1.2.2.6. Sentencia y cumplimiento

El fallo será motivado, y en caso que no exprese en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de estos tendrá derecho a que se agregue la opinión disidente –art. 66 de la Convención Americana–.

Además, el fallo será definitivo e inapelable, y en caso de desacuerdo sobre su sentido y alcance, la parte interesada, dentro de los noventa días contados a partir de la notificación de la sentencia, podrá pedir a la corte que lo interprete –art. 67 de la Convención Americana–.

Por su parte, los estados miembros se comprometen a cumplir la decisión de la corte y, en caso de que se fije una compensación económica, esta se podrá ejecutar en el respectivo país según el procedimiento interno para la ejecución de sentencias contra el estado –art. 68 de la Convención Americana–.

La supervisión del cumplimiento de las resoluciones de la corte supone solicitar información al estado sobre las actividades desarrolladas para su cumplimiento y recabar las observaciones de las víctimas o sus representantes. La comisión deberá presentar observaciones al informe del estado y al de las víctimas o sus representantes. Una vez que el tribunal cuente con esta información, podrá orientar las acciones del estado y notificar a la Asamblea General el estado de cumplimiento de los casos que se tramitan ante ella. Cuando lo considere pertinente, el tribunal podrá convocar al estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, en la que escuchará el parecer de la comisión¹³.

“La implementación efectiva de las decisiones de la corte es la pieza clave de la verdadera vigencia y eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos...”¹⁴.

16.1.2.2.7. Función consultiva

Por último, haré una referencia a la función consultiva de la corte. Esta función tiene como fin orientar la aplicación de la convención y favorecer la incorporación de nuevos estados.

El art. 64 de la Convención Americana expresa que “1. Los estados miembros de la organización podrán consultar a la corte acerca de la interpretación de esta convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los estados americanos. Asimismo, podrán consultarla en los que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la carta de la OEA, reformada por el protocolo de Buenos Aires.

2. La corte, a solicitud de un estado miembro de la organización podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

13 CIDH, *ob. cit.*, pág. 7.

14 CIDH, *ob. cit.*, pág. 7.

“Dicho pedido puede estar referido tanto en relación a una ley vigente como a un proyecto de ley”¹⁵.

Podemos señalar diferencias entre la función contenciosa y la función consultiva, a saber: en la contenciosa se establece que se garanticen derechos al lesionado, mientras que por la consultiva se logra una interpretación de ciertos documentos internacionales y de la legislación nacional; la contenciosa depende de la aceptación previa de los estados, la otra no –dado que impera a partir de la ratificación de la convención–; la primera culmina con un fallo, que en algunos casos puede ejecutarse, mientras que la consultiva no es coercible, aunque la práctica internacional demuestra que siempre es acatada por los países¹⁶.

El art. 70.1 del reglamento de la corte establece que “Las solicitudes de opinión consultiva previstas en el art. 64.1 de la Convención Americana deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la corte”.

En el procedimiento no hay “partes” propiamente dichas, pues no hay ni actores, ni demandados. Simplemente se busca interpretar determinados textos.

La corte tiene poder de apreciación para darle o no lugar a este tipo de solicitudes. En caso de negarse a responder a una consulta, deberá dar razones fundadas.

16.2. La Organización Internacional del Trabajo

16.2.1. Finalidad y funciones. Procedimiento de los derechos del trabajo

El derecho del trabajo ha tenido una dimensión internacional, según Arturo Bronstein, incluso antes de existir como tal. En 1788, Jackes Necker, un banquero suizo y ministro de finanzas del rey Luis XVI de Francia, sostenía que si un país abolía el reposo dominical de sus obreros gozaría de una ventaja comparativa frente a otros países, siempre que estos últimos no hicieran lo mismo. En el siglo XIX, a partir de debates sobre la “cuestión social”, algunos industriales, como el británico Robert Owen y el francés Daniel Legrand, promovieron una reglamentación internacional¹⁷.

Durante los años de guerra, se insistió sobre la necesidad de crear un sistema de legislación internacional del trabajo en varias reuniones y congresos sindicales internacionales, tales como los celebrados en Leeds (1916), Berna (1917) y Londres (1918)¹⁸.

La OIT fue fundada en 1919 y está asociada desde 1946 a la ONU como organismo especializado.

Esta organización “es una entidad internacional formada por los gobiernos y las centrales empresariales y sindicales de distintos países [...] con sede en Ginebra y delegaciones regionales”¹⁹.

15 Wlasic, Juan C., *ob. cit.*, pág. 441.

16 Hitters Juan C. y Fappiano, Oscar L., *ob. cit.*, pág. 1876.

17 Bronstein, Arturo, *Derecho internacional del trabajo*, 1^a ed., Astrea, Buenos Aires, 2013, pág. 3.

18 Bronstein, Arturo, *ob. cit.*, pág. 6.

19 Grisolía, Julio A., *Manual de derecho laboral*, 6^a ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, pág. 881.

Está consagrada a promover la justicia social y los derechos humanos reconocidos a nivel internacional en base a su misión fundadora: la paz laboral es esencial para la prosperidad.

Es la única agencia de las Naciones Unidas cuyos mandantes son representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores. Esta estructura tripartita hace de la OIT un foro en el cual los gobiernos y los interlocutores sociales de la economía de sus 186 estados miembros pueden confrontar experiencias y comparar políticas nacionales de manera libre y abierta. En dicha estructura, tanto trabajadores como empleadores tienen el mismo derecho a voto que los gobiernos en sus deliberaciones, para garantizar que las opiniones de los interlocutores sociales queden reflejadas en las normas laborales, políticas y los programas de la OIT²⁰.

16.2.1.2. Misión

La misión de la OIT “está agrupada en torno a cuatro objetivos estratégicos:

1. Promover y cumplir las normas y los principios y derechos fundamentales en el trabajo.
2. Crear mayores oportunidades para que mujeres y hombres puedan tener empleos e ingresos dignos.
3. Mejorar la cobertura y la eficacia de una seguridad social para todos.
4. Fortalecer el tripartismo y el diálogo social”²¹.

La OIT busca lograr estos objetivos de diversas maneras, entre ellas:

- Formula políticas y programas internacionales para promover los derechos humanos fundamentales.
- Elabora normas internacionales de trabajo respaldadas por un sistema singular de control de su aplicación.
- Formula e implementa programas de cooperación técnica internacional.
- Lleva a cabo actividades de formación, educación e investigación²².

Los principales fines de esta organización son establecer la justicia social como única forma de lograr una paz universal y duradera; mejorar las condiciones del trabajo en todos los países y lograr la adopción de un régimen de trabajo uniforme a nivel internacional que proteja a los trabajadores²³.

16.2.1.3. Órganos

En cuanto a su funcionamiento, la OIT realiza su trabajo a través de tres órganos fundamentales y permanentes: la Conferencia Internacional del Trabajo, el Consejo de Administración y la Oficina Internacional del Trabajo (art. 2 de la constitución de la OIT).

20 *Quiénes somos*, OIT. Disponible en: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/who-we-are/lang--es/index.htm>.

21 *Misión y objetivos*, OIT. Disponible en: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang--es/index.htm>

22 *Misión y objetivos*, OIT, *ob. cit.*

23 Grisolía, Julio Armando, *ob. cit.*, pág. 881.

16.2.1.3.1. Conferencia Internacional del Trabajo

La Conferencia Internacional del Trabajo, también llamada *parlamento internacional* del trabajo, establece las normas internacionales del trabajo, define las políticas de la organización y constituye un foro de discusión de cuestiones sociales y laborales.

Según el art. 3.1 de la constitución de la OIT: “la conferencia general de los representantes de los miembros celebrará reuniones cada vez que sea necesario y, por lo menos, una vez al año; se compondrá de cuatro representantes de cada uno de los miembros, dos de los cuales serán delegados del gobierno y los otros dos representarán, respectivamente, a los empleadores y a los trabajadores de cada uno de los miembros”.

Cada delegado podrá estar acompañado de dos consejeros técnicos y, si el tema es de especial interés para las mujeres, uno de ellos deberá ser mujer –art. 3.2 de la constitución de la OIT–.

“Cada delegado tendrá derecho a votar individualmente en todas las cuestiones sometidas a la conferencia” –art. 4.1 de la constitución de la OIT–.

16.2.1.3.2. Consejo de Administración

El Consejo de Administración es el órgano ejecutivo de la Oficina Internacional del Trabajo y toma decisiones sobre la política de la OIT. Entre otras responsabilidades, establece el programa y presupuesto, que luego es sometido a la conferencia para ser adaptado, y examina las quejas relacionadas con el incumplimiento de las normas²⁴. El programa y presupuesto de la organización fija los objetivos estratégicos y los resultados esperados de la tarea de la organización²⁵.

El consejo se compone de 56 personas: 28 representantes de los gobiernos, 14 representantes de los empleadores y 14 representantes de los trabajadores. Dentro de los 28 representantes de los gobiernos, 10 serán nombrados por los miembros de mayor importancia industrial y los 18 restantes por los miembros elegidos por los delegados gubernamentales a la conferencia –art. 7.1 y 2 de la constitución de la OIT–. El consejo se reúne tres veces por año en Ginebra.

16.2.1.3.3. Oficina Internacional del Trabajo

La Oficina Internacional del Trabajo es la secretaría permanente de la OIT con sede en Ginebra. La administración y gestión están descentralizadas en oficinas regionales, de zona y de correspondencia. Funciona como centro operativo de investigación y de publicaciones²⁶.

Según el art. 10.1 de la constitución de la OIT: “Las funciones de la Oficina Internacional del Trabajo comprenderán la compilación y distribución de todas las informaciones

24 Bronstein, Arturo, *ob. cit.*, págs. 51/2.

25 *Cómo funciona la OIT*, OIT. Disponible en: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/lang--es/index.htm>.

26 *Cómo funciona la OIT*, OIT, *ob. cit.*

concernientes a la reglamentación internacional de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y, en particular, el estudio de las cuestiones que hayan de someterse a la conferencia con miras a la adopción de convenios internacionales, así como la realización de encuestas especiales ordenadas por la conferencia o por el Consejo de Administración”.

En el art. 10.2 expresa que “a reserva de las instrucciones que pueda darle el Consejo de Administración, la Oficina:

- a) Preparará los documentos sobre los diversos puntos del orden del día de las reuniones de la conferencia.
- b) Prestará a los gobiernos, cuando estos la soliciten, toda la ayuda posible para elaborar una legislación basada en las decisiones de la conferencia y para mejorar las prácticas administrativas y los sistemas de inspección.
- c) Cumplirá de conformidad con las disposiciones de esta constitución, los deberes que le incumban en relación con la aplicación efectiva de los convenios, y
- d) Redactará y editará, en los idiomas que el Consejo de Administración considere convenientes, publicaciones sobre cuestiones relativas a la industria y al trabajo que tengan interés internacional”.

16.2.1.4. Convenios

La OIT ha generado una legislación que se manifiesta en la sanción de convenios y recomendaciones que establecen modelos para que se adapten a la legislación de los países miembros. A su vez, estos países asumen el compromiso de proponerla para su consideración al órgano político encargado de la sanción de las leyes.

Los *convenios internacionales del trabajo* “fijan directivas para facilitar la uniformidad de la legislación laboral de los países miembros. En cambio, por medio de las *recomendaciones* la OIT busca establecer mecanismos uniformes de validez internacional para llevar a cabo las medidas a ser adoptadas y orientar a los estados miembros en la preparación de la legislación laboral”²⁷.

Según el art. 19.5 de la constitución de la OIT, en el caso de un convenio: “a) el convenio se comunicará a todos los Miembros para su ratificación; b) cada uno de los miembros se obliga a someter el convenio, en el término de un año a partir de la clausura de la reunión de la conferencia [...], a la autoridad o autoridades a quienes competía el asunto, al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas; c) los miembros informarán al director general de la Oficina Internacional del Trabajo sobre las medidas adoptadas de acuerdo con este artículo [...]; d) si el miembro obtuviera el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes competía el asunto, comunicará la ratificación formal del convenio al director general y adoptará las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio; e) si el miembro no obtuviera el consentimiento [...], no recaerá sobre dicho miembro ninguna otra obligación a excepción de la de informar al director general de la Oficina Internacional del Trabajo [...] sobre el estado de su legislación y la práctica en lo

27 Grisolía, Julio A., *ob. cit.*, pág. 883.

que respecta a los asuntos tratados en el convenio, precisando en qué medida se ha puesto o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones del convenio, por vía legislativa o administrativa, por medio de contratos colectivos, o de otro modo, e indicando las dificultades que impiden o retrasan la ratificación de dicho convenio”.

16.2.1.5. Recomendaciones

Según el art. 19.6 de la constitución de la OIT, en el caso de una recomendación: “a) la recomendación se comunicará a todos los miembros para su examen, a fin de ponerla en ejecución por medio de la legislación nacional o de otro modo; b) cada uno de los miembros se obliga a someter la recomendación, en el término de un año a partir de la clausura de la reunión de la conferencia [...], a la autoridad o autoridades a quienes competa el asunto, al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas; c) los miembros informarán al director general de la Oficina Internacional del Trabajo sobre las medidas adoptadas [...], comunicándole, al mismo tiempo, los datos relativos a la autoridad o autoridades consideradas competentes y las medidas por ellas adoptadas; d) salvo la obligación de someter la recomendación a la autoridad o autoridades competentes, no recaerá sobre los miembros ninguna otra obligación, a excepción de la de informar al director general de la Oficina Internacional del Trabajo [...] sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en la recomendación, precisando en qué medida se han puesto o se propone poner en ejecución las disposiciones de la recomendación, y las modificaciones que se considere o pueda considerarse necesario hacer a estas disposiciones para adoptarlas o aplicarlas”.

En síntesis, el convenio internacional establece el compromiso de aplicar normas y, por tanto, de ratificarlo o señalar las causas que impiden su ratificación. En el caso de las recomendaciones, no se imponen obligaciones a los gobiernos nacionales y solo establecen principios orientadores de la legislación.

16.2.1.6. Aplicación en los estados firmantes

Según lo establecido por las normas de la organización, los estados miembros están obligados a someter los convenios de la OIT a consideración de sus autoridades ejecutivas o legislativas para que se adopten medidas o se redacten proyectos de ley. Asimismo, deben informar al director general de la Oficina Internacional del Trabajo las medidas adoptadas o los motivos que impidieron su tratamiento legislativo o implementación.

Para aplicar los convenios en el derecho interno de los países miembros de la OIT, existen dos vías: una por la cual los países incorporan los convenios a su derecho interno con su sola ratificación. Esta es la llamada “teoría monista”.

Por la otra vía, los países requieren la ratificación del poder legislativo para que las directivas de los convenios sean incorporadas al derecho interno. Esta teoría es denominada “dualista”.

A partir de la reforma de 1994, la Argentina se adhirió a la teoría “monista” y se le otorgó a los convenios de la OIT rango superior a las leyes por ser tratados internacionales.

Todas las cuestiones o dificultades relativas a la interpretación de la constitución de la OIT y de los convenios concluidos por los miembros, en virtud de las disposiciones de esta constitución, son sometidas a la Corte Internacional de Justicia, con sede en la ciudad de La Haya –art. 37.1 de la constitución de la OIT–.

16.2.2. Seguridad social

El preámbulo de la constitución de la OIT expresa que “la paz universal y permanente solo puede basarse en la justicia social”. En la declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT –párr. III–, que forma parte del anexo de esta constitución, se señala que la conferencia: “reconoce la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan [...] (f) extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa; (g) proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones; (h) proteger a la infancia y a la maternidad...”.

De esta manera, se reafirma la necesidad de proteger las condiciones de trabajo, atento a las situaciones de injusticia y privaciones que sufre gran parte de la humanidad.

La OIT firmó el primer convenio sobre seguridad social, denominado C102, convenio relativo a la norma mínima de la seguridad social en 1952, el cual entró en vigor en 1955.

El convenio 102 establece los siguientes derechos: asistencia médica de carácter preventivo o curativo, prestaciones monetarias de enfermedad, de desempleo, de vejez, en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional, prestaciones familiares, de maternidad, de invalidez y de sobrevivientes. Por último, señala que los residentes no nacionales deberán tener los mismos derechos que los residentes nacionales.

La OIT ha establecido principios sobre temas de seguridad social en convenios y recomendaciones, a saber:

- 1) Que haya una protección total y coordinada contra las contingencias que pueda sufrir un trabajador –sin culpa–. Las contingencias son circunstancias de la vida que disminuyen en forma parcial o total el ingreso de la persona. Las contingencias cubiertas pueden ser clasificadas en biológicas –maternidad, vejez y muerte–, patológicas –enfermedades y accidentes inculpables; accidentes de trabajo y riesgos laborales e invalidez– y sociales –cargas de familia y desempleo–.
- 2) La extensión de esta protección debe abarcar todas las personas de la comunidad: los que no trabajan en relación de dependencia buscan la protección como si lo hicieran –por ejemplo, consejos profesionales o colegas de cualquier profesión en los cuales se busca proteger a sus afiliados en forma conjunta–.
- 3) Seguridad de recibir prestaciones sobre la base de un derecho legal establecido.
- 4) Protección del financiamiento: apunta a asegurar el financiamiento basado en el principio de solidaridad²⁸.

28 Grisolía, Julio A., *ob. cit.*, págs. 985/7.

16.2.2.1. Organismos

Para finalizar, mencionaré dos organismos internacionales que se ocupan de la seguridad social.

La Asociación Internacional de Seguridad Social (AISS) es la organización internacional que reúne organismos e instituciones de seguridad social. Creada en 1927 bajo los auspicios de la OIT, la AISS agrupa alrededor de 330 organizaciones de más de 160 países, incluyendo la Argentina. La asociación facilita información, investigación, asesoramiento y plataformas para que los miembros construyan y promuevan sistemas de seguridad social dinámicos. Estos sistemas se caracterizan por ser accesibles, sostenibles, adecuados, socialmente inclusivos y económicamente productivos, y se basan en instituciones de seguridad social innovadoras y con un elevado rendimiento.

La AISS analiza y difunde a través de su portal web información sobre programas de seguridad social nacionales. También facilita el intercambio de buenas prácticas y la mejora de la seguridad social mediante la transferencia y el apoyo de conocimientos. La asociación mantiene relaciones de cooperación con la OIT y otros organismos internacionales activos en el ámbito de la seguridad social²⁹.

La Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) es “un organismo internacional, de carácter técnico y especializado, que tiene como finalidad promover el bienestar económico y social de los países iberoamericanos y de todos aquellos que se vinculan por el idioma español y portugués mediante la coordinación, intercambio y aprovechamiento de sus experiencias mutuas en seguridad social y, en general, en el ámbito de la protección social”³⁰. Entre los países iberoamericanos que forman parte de dicho organismo incluimos a la Argentina.

La OISS encuentra sus antecedentes en 1950 en el I Congreso Iberoamericano de Seguridad Social celebrado en Barcelona. En 1954, en el II Congreso Iberoamericano de Seguridad Social celebrado en Lima –Perú–, con la presencia de la mayoría de los países integrantes de la región, junto con representantes de la OIT, OEA y AISS, quedó aprobada la carta constitucional de la OISS.

16.3. Conclusión final

En esta síntesis, sin ser exhaustiva, he querido reunir las características, conformación, funcionamiento y procedimiento de algunos de los organismos internacionales que velan por la protección de los derechos humanos.

En vista a lo expresado en este capítulo, se evidencia la relevancia del sistema jurídico como medio de tutela de los derechos y como instrumento para evitar abusos, incumplimientos y violaciones que afectan la dignidad de la persona.

29 *Mandato*, Asociación Internacional de la Seguridad Social. Disponible en: <https://www.issa.int/the-issa/mandate>.

30 *Qué es la OISS*, OISS. Disponible en: <http://www.oiss.org/Que-es-la-OISS.html>.

