

ROBERTO GARGARELLA
SEBASTIÁN GUIDI
Directores

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA COMENTADA

TOMO II

 INCLUYE
VERSIÓN *eBook*

THOMSON REUTERS
LA LEY

ROBERTO GARGARELLA

SEBASTIÁN GUIDI

Directores

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA COMENTADA

TOMO II

Constitución de la Nación Argentina comentada / comentarios
de Roberto Gargarella ; Sebastián Guidi. - 1a ed. - Ciudad
Autónoma de Buenos Aires : La Ley, 2019.

Libro digital, Book "app" for Android

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-03-3832-1

1. Derecho. I. Gargarella, Roberto, com. II. Guidi, Sebastián, com.
CDD 342.8202

© Gargarella, Roberto, 2019
© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2019

Portada	Pág: 1
Constitución de la Nación Argentina comentada. Tomo II	
Segunda parte - Autoridades de la Nación	Pág: 4

El "nuevo" constitucionalismo latinoamericano y la "sala de máquinas" de la Constitución (o, las tensiones que se generan entre las nuevas declaraciones de derechos y la vieja organización del poder)	Pág: 4

Título primero - Gobierno Federal	
Sección primera - Del Poder Legislativo	Pág: 19
Sección segunda - Del Poder Ejecutivo	Pág: 510
Sección tercera - Del Poder Judicial	Pág: 693
Sección cuarta - Del ministerio público	Pág: 864

Título segundo - Gobiernos de provincia	Pág: 882

SEGUNDA PARTE - AUTORIDADES DE LA NACIÓN

EL "NUEVO" CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO Y LA "SALA DE MÁQUINAS" DE LA CONSTITUCIÓN (O, LAS TENSIONES QUE SE GENERAN ENTRE LAS NUEVAS DECLARACIONES DE DERECHOS Y LA VIEJA ORGANIZACIÓN DEL PODER)

Comentario por Roberto Gargarella

Permítanme comenzar examinando, a continuación, a los que representan, en mi opinión, los dos rasgos fundamentales del constitucionalismo latinoamericano, en sus dos siglos de historia¹.

I. UN SISTEMA DE "FRENOS Y CONTRAPESOS" DESBALANCEADO HACIA EL EJECUTIVO: LA PRIMERA "MARCA DE IDENTIDAD" DEL CONSTITUCIONALISMO REGIONAL

A mediados del siglo XIX se produjo en América Latina un movimiento político crucial, a partir del paulatino pero decidido acercamiento entre las fuerzas liberales y conservadores que, hasta ese momento, y en una mayoría de países, se habían enfrentado en combates sangrientos². En algunos países, como la Argentina, Brasil o México, dicho acercamiento se manifestó con las fuerzas opositoras negociando juntas, sentadas en torno a la misma mesa de discusión constitucional. En Chile, el pacto adquirió formas "diferidas", cuando el "duro" conservadurismo constitucional consagrado por la Constitución de 1833 comenzó a "deshelarse", a partir de su gradual liberalización. En Colombia, en cambio, el proceso siguió el camino inverso al de Chile, cuando el "duro" liberalismo constitucional impuesto por las sucesivas Constituciones de 1853, 1858 y 1863, comenzó a perder fuerza para abrir paso a su gradual conservadurización, que se consolidara en la Constitución de 1886.

Este período es especialmente importante, por un lado, porque fue allí donde se dictaron muchas de las Constituciones más trascendentes de la historia latinoamericana. De hecho, muchos de los textos aprobados entonces (los de Argentina 1853, Colombia 1886, México 1857, entre otros), siguen siendo puntos de referencia ineludibles para entender el actual constitucionalismo de la región. En particular, fue entonces cuando tomó su forma (en buena medida) definitiva la estructura de organización de poderes, que sigue distinguiendo hoy, a una mayoría de las Constituciones de la región. Para sostener lo anterior, conviene reconocer

que en el período previo —el período post-independentista— la disputa constitucional tendía a enfrentar a liberales y conservadores, que se alternaban en el poder, y buscaban imponer, unos sobre los otros, sus propios proyectos constitucionales: la Constitución conservadora de Chile, de 1823, fue sucedida por la más liberal de 1828, que fue reemplazada por la más conservadora de 1833; el constitucionalismo conservador colombiano de 1843 fue sucedido por el ultra-liberal, desde 1853; el liberalismo de la Constitución mexicana de 1824 fue seguido por el dictado de las Leyes Constitucionales de 1836, y las Bases Orgánicas de 1843, que reaccionaron frente a aquella; y así. Esta sucesión violenta de gobiernos, políticas y Constituciones se tradujo en ordenamientos constitucionales que oscilaron fuertemente entre extremos —típicamente, de las fórmulas del poder concentrado en nombre del orden, a las "respuestas del miedo" y la búsqueda de la limitación del poder— dentro de moldes muy variados y abiertos a la experimentación. En cambio, desde la consolidación del pacto liberal-conservador, buena parte de esa experimentación inicial se terminó: se acabaron las búsquedas decididamente corporatistas; decayeron las exploraciones monárquicas; se terminaron los Ejecutivos de "tres cabezas"; desaparecieron del mapa del constitucionalismo instituciones como el "Poder Moral", el "Poder Moderador", o los "Senadores Visitadores".

Desde mediados del siglo XIX comenzamos a encontrarnos con esquemas constitucionales más definidos, menos abiertos a la experimentación, y que desde entonces admitieron sólo unas pocas variaciones dentro de márgenes más bien estrechos. La estructura general del poder se estabilizó así en los rasgos definidos por el pacto liberal-conservador: un esquema de "frenos y contrapesos" o "balances y contrabalances", finalmente "desbalanceado" hacia el Ejecutivo, que implicaba —un producto del pacto— una parcial superposición entre las demandas de los liberales (un sistema de *checks and balances* al estilo norteamericano) y, los conservadores (un sistema organizado en torno al Poder Ejecutivo).

Algo similar podía verse en materia de organización territorial (en la tensión centralismo-federalismo) y, muy especialmente también, en materia de derechos: la pregunta era (al menos, en la gran mayoría de los casos) cómo integrar las demandas de liberales y conservadores, en un área en donde las diferencias entre ellos eran particularmente significativas, debido a la presencia, aquí, de la cuestión religiosa por la cual habían recurrido a las armas durante décadas. Las fórmulas de integración por las que optaron entonces fueron diversas, y dejaron mucho que desear en la mayoría de los casos. Ellas incluyeron desde el *silencio* en la materia, por el que se inclinaron los constituyentes mexicanos de 1857 —omitir las demandas de ambos grupos— a la doble invocación y directa superposición de ambas demandas, por las que se

inclinaron los constituyentes argentinos de 1853 (tolerancia de cultos en el art. 14, y estatus especial para la religión católica en el art. 2º).

Tres cuestiones, entre varias otras, destacan como derivadas del análisis anterior. En primer lugar, resalta la curiosa fórmula de organización del poder por la que optaron los artífices del pacto liberal-conservador: un modelo de "frenos y contrapesos" finalmente "desbalanceado". El punto es interesante porque el esquema escogido implicó abrir una herida profunda, y desde un comienzo, a un modelo —el de los *checks and balances*— que tenía como principio organizador, justamente, al del equilibrio. Alguien puede encontrar muchas razones para objetar el esquema de organización del poder propuesto en su momento por James Madison, pero en todo caso, este ofrecía como virtud distintiva el equilibrio de poderes, basado en el igual poder relativo que se asignaba a cada una de las distintas ramas del poder. Al romper ese equilibrio, desbalanceando a la organización de poderes en dirección al Ejecutivo (esto es, lo que proponía Alberdi, al señalar la necesidad de combinar al modelo norteamericano con el modelo chileno), toda la lógica del sistema de *checks and balances* —la que le daba sentido y atractivo— resultaba, desde el primer instante, puesta en directo riesgo. Muchos de los sobrevivientes problemas, que afectaron a la vida institucional latinoamericana, tienen que ver con esa dudosa, difícilmente justificable, opción inicial.

La segunda cuestión que me interesa resaltar es que el acuerdo liberal-conservador nos refiere también a la presencia de un "tercero excluido", esto es, las fuerzas radical-republicanas que habían ejercido una importante presión dentro de la discusión constitucional, desde comienzos del siglo XIX. Esta fundamental exclusión, que tendería a ser parcialmente reparada en el siglo XX, resulta determinante para explicar el tipo de fórmulas constitucionales finalmente aprobadas en el período fundacional. En otros términos, las Constituciones entonces moldeadas pueden entenderse tanto a partir de las fuerzas que le dieron forma, como a partir de las iniciativas que resultaron dejadas de lado: las que proponían —digámoslo así— "derechos políticos ampliados, y derechos de propiedad limitados"; gobiernos más descentralizados y democráticos; un énfasis marcado sobre la "cuestión social".

II. DECLARACIONES DE DERECHOS (SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES) ROBUSTAS: LA SEGUNDA "MARCA DE IDENTIDAD" DEL CONSTITUCIONALISMO REGIONAL

Conforme señalara en la sección anterior, resulta esencial para comprender lo ocurrido en materia constitucional, en América Latina (1850-1890), prestarle atención a la exclusión o relegamiento de la "cuestión social". Fue explícita, durante el primer siglo del constitucionalismo regional, la pretensión de mantener limitados los

derechos políticos. Se mantuvo al margen, por lo tanto, la atención de los problemas sociales ya presentes —problemas vinculados, sobre todo, con las desigualdades económicas y políticas que el período colonial había alimentado, y que el período post-colonial no había sabido resolver. El notable historiador argentino Tulio Halperín Donghi definió al programa que comenzó a primar a mediados del siglo XIX (y que él identifica con políticas como las promovidas por Alberdi), como un modelo de "autoritarismo progresista" —una "mezcla de rigor político y activismo económico"—. En palabras de Halperín Donghi,

"Alberdi permanecerá sordo a los motivos 'sociales' que estarán presentes en el progresismo económico —como lo están ya en el autoritarismo— de Luis Napoleón. Para este, en efecto, el bienestar que el avance de la economía hace posible, no sólo está destinado a compensar las limitaciones impuestas a la libertad política, sino también, a atenuar las tensiones sociales dramáticamente reveladas en 1848"³.

El hecho es que dicha "resistencia constitucional" frente a lo social, vino de la mano de crecientes niveles de coerción y represión políticas que comenzaron a caracterizar a la región, a finales del siglo XIX. El "estallido" de tales tensiones comenzaría a producirse a comienzos del siglo siguiente —un estallido que obligaría a la elite dirigente a dar inmediatas respuestas a las postergadas demandas sociales. Dichas respuestas, como sabemos, tomaron formas distintas y muy significativas, que fueron desde el pasaje del "Estado Regulador" al "Estado de Bienestar", a la adopción de sistemas políticos más abiertos. A nivel constitucional, la gran respuesta fue la aparición del *constitucionalismo social*, esto es, básicamente, la introducción de amplias listas de derechos sociales, políticos, culturales y económicos en la Constitución.

La gran ilustración de lo ocurrido entonces, a nivel constitucional, nos la ofrece otra vez México, en donde la crisis adquirió niveles dramáticos, que se expresaron primero, en un exitoso movimiento revolucionario, y poco después, en una muy relevante reforma constitucional que tuvo como producto, la Constitución de 1917. Se trató de la primer Constitución en el mundo que incluyó una larga lista de derechos sociales y económicos dentro de su cuerpo de artículos.

En todo caso, lo cierto es que, en estos años, aparece la segunda gran "marca de identidad" del constitucionalismo regional: las declaraciones de derechos robustas, extensas y generosas. Poco a poco, distintos países de la región fueron alumbrando declaraciones de derechos inspiradas en el ejemplo mexicano: Brasil en 1937, Bolivia en 1938, Cuba en 1940, Ecuador en 1945, Argentina en 1949, y Costa Rica en 1949, fueron algunos de ellas⁴.

La afirmación de largas listas de derechos sociales, económicos y culturales (de mediados del siglo XX), vino a dejar atrás, también, el modelo de organización de los derechos que fuera dominante hasta entonces. El modelo que había prevalecido hasta el momento se caracterizaba por la incorporación de listas de derechos espartanas, breves, y concentradas sobre lo que hoy denominamos "derechos liberales clásicos": hablamos de los derechos relacionados con la propiedad, los contratos, y algunas libertades básicas, como —típicamente— las de expresión, asociación, debido proceso y, ocasionalmente, la tolerancia religiosa. Se trataba de "libertades negativas", en la medida en que ellas requerían de parte del Estado un "no-hacer", relacionado con protecciones que se establecían en torno a los individuos: nadie interferiría con ninguno de ellos, afectándolos en su integridad física, sus libertades fundamentales, su propiedad. Desde México 1917, Latinoamérica (y buena parte de Occidente) cambió, en términos constitucionales al menos. Las nuevas Constituciones creadas desde entonces vinieron a consagrar como propias las listas de derechos más complejas, que rompían con el viejo molde, y anexaban al esquema de derechos liberales vigentes, los nuevos derechos sociales, económicos y culturales.

Llegados aquí, destacaría tres cuestiones más, relacionadas con lo señalado. En primer lugar, remarcaría que, desde la aparición del constitucionalismo social mexicano, las declaraciones de derechos propias del constitucionalismo occidental mostraron una complejidad semejante. Salvo excepciones, todas ellas comenzaron a incluir, dentro de su listado de derechos, y junto con los acostumbrados derechos liberales clásicos, los nuevos derechos sociales, económicos y culturales que trajo la Revolución mexicana. Ello así, salvo unas pocas excepciones: en los Estados Unidos, p. ej., la Constitución se mantuvo aferrada al viejo esquema de "derechos negativos" —derechos liberales clásicos, exclusivamente (y a pesar de los intentos por interpretarla de otro modo, y leer en el corazón de esta "derechos de bienestar")—. En otros países —aun latinoamericanos, como en el caso de Chile— se prefirió, excepcionalmente, seguir afirmando una lista de derechos modesta, austera.

En segundo lugar, mencionaría también otro hecho notable: salvo los casos vinculados con golpes militares, desde 1917 América Latina sólo tendió a *expandir* más sus listas de derechos, agregando a los ya incorporados, nuevos derechos sociales, económicos y culturales. Esto, es decir, a pesar del alto número de reformas constitucionales producidas en el siglo XX (alrededor de un centenar); y a pesar de las críticas suscitadas por la "inflación de derechos" existente, por la falta de aplicación de los nuevos derechos, o por el carácter "poético", "utópico", o "meramente declamativo" de las Constituciones, lo cierto es que Latinoamérica no quiso, o no pudo dar, marcha atrás al proceso de

expansión de derechos constitucionales, iniciado a comienzos del siglo XX. Las largas y generosas listas de derechos incorporadas entonces, como (segunda) "marca de identidad" de este nuevo constitucionalismo, sólo se reafirmaron, confirmaron y extendieron una y otra vez más, desde entonces.

En tercer lugar, llamaría la atención sobre la peculiaridad de lo que se hiciera en esta etapa "social" del constitucionalismo regional. Resumidamente, desde comienzos del siglo XX, la "clase obrera" pasó a ocupar un lugar central no sólo en la vida laboral-económica de la región, sino también en términos jurídicos: de ese modo, ella comenzó a ingresar en esferas de la vida pública que antes le aparecían cerradas, incluyendo a la Constitución. Ahora bien, es importante reconocer que el ingreso de la clase trabajadora a la Constitución no se hizo por la puerta grande, de entrada —la sala en donde se ubican las "palancas del poder"— sino que ocurrió, a través de un "salón lateral", como lo es la declaración de derechos. Y no se trata, además, de que la clase obrera pudo ingresar desde allí —desde la declaración de derechos— hasta el resto de la Constitución: aún entonces siguió impedida de ingresar a la "sala de máquinas" de la Constitución.

El "último" período del constitucionalismo regional, o el "nuevo constitucionalismo latinoamericano"

A la luz de lo que hemos examinado hasta aquí, debiera resultar más sencillo reconocer por qué es que no corresponde hablar de la llegada de un "nuevo" tipo de constitucionalismo latinoamericano, a partir de las últimas reformas aparecidas en la región. Sostendría, más bien, que el llamado "nuevo constitucionalismo", simplemente, refuerza algunos de los rasgos *ya bien presentes* en el marco constitucional de América Latina. Luego de la última oleada de reformas, nos encontramos con que i) la parte orgánica de las nuevas Constituciones sigue estando caracterizada por una estructura de poder concentrada políticamente y centralizada territorialmente; mientras, que ii) la parte dogmática de las nuevas Constituciones sigue distinguiéndose por la presencia de declaraciones de derechos robustas, generosas y extensas, que combinan derechos individuales y sociales, de diverso tipo. En otros términos, la "doble marca" que comenzara a definir al constitucionalismo latinoamericano desde comienzos del siglo XX, sigue tan vigente como entonces.

Decir lo anterior no implica afirmar, en todo caso, que el "último" constitucionalismo latinoamericano ha hecho poco, o que no ha innovado suficientemente, o que no ha hecho nada importante. Simplemente señalo que las viejas estructuras se mantienen indemnes, lo cual es muy relevante, según entiendo, para reconocer el lugar en el que nos encontramos, y el tipo de problemas constitucionales que enfrentamos. Hago a continuación un breve repaso de lo que hoy nos ofrece el

constitucionalismo latinoamericano, antes de detenerme en su análisis crítico.

2.1. Declaraciones de Derechos

Según entiendo, una característica fundamental de las "últimas" reformas estuvo dada por ciertas novedades que se introdujeron en las declaraciones de derechos. Tales novedades se dirigieron, al menos, a tres grandes objetivos, tendientes a reparar tres grandes tipos de "faltas" históricas del constitucionalismo regional: i) su desatención a los derechos de "los postergados entre los postergados" (típicamente, comunidades indígenas); ii) su persistente desdén frente a los derechos humanos; y iii) su incapacidad para garantizar y hacer efectivos los derechos políticos de la mayoría de la participación, incentivando así una "ciudadanía activa". Veamos con algún detalle mayor, lo señalado.

i) En primer lugar, en esta última etapa se expandieron los compromisos de tipo social asumidos por el constitucionalismo desde comienzos del siglo XX, para llegar así a sectores —fundamentalmente, los grupos indígenas, las mujeres— y cuestiones —los derechos de "tercera generación"— que no habían sido incluidas, o reconocidas, en aquella primera "oleada social" del constitucionalismo regional. De este modo, se le dio "ingreso" constitucional a los "excluidos entre los excluidos" —a los que no habían sido reconocidos por la Constitución, cuando se abrieron las puertas de esta a la clase trabajadora. Las Constituciones adquirieron así un perfil más "multicultural", y comenzaron a reconocer el valor de medidas, tales como, las acciones afirmativas. Al mismo tiempo, los constituyentes procuraron "actualizar" los viejos textos a partir de la "nueva conciencia de los derechos" (ambientales, de consumidores y usuarios, etc.) prevaleciente⁵.

ii) En segundo lugar, las nuevas Constituciones abrazaron de modo muy decisivo un compromiso con los derechos humanos. La causa constitucional de los derechos humanos es de enorme importancia porque expresa la reconciliación de partes significativas de la intelectualidad latinoamericana con las "listas de derechos" que habían despreciado durante décadas —muchas veces, por razones ideológicas vinculadas con resabios del viejo marxismo—. Fundamentalmente, luego de la crudalísima oleada de dictaduras que azolaron a la región en los años 70, comenzó a reconocerse en los ámbitos más diversos la necesidad de dar una protección amplia y efectiva a derechos humanos básicos. Se advirtió entonces, que en figuras jurídicas tales como el debido proceso o la libertad de conciencia estaban en juego directamente la vida —y no "meras cuestiones super-estructurales". Los modos en que los países latinoamericanos dieron cabida en sus Constituciones a los derechos humanos fueron diversos, sobre todo, a partir de la existencia de numerosos tratados de derechos humanos firmados por los distintos

países de la región, a lo largo de décadas. Habitualmente, se buscaron entonces fórmulas para reconocer el valor especial de aquellos tratados, a los que se dio estatus legal o supralegal. En la actualidad, otorgan estatus constitucional o supralegal a los tratados de derechos humanos: Argentina art. 75, inc. 22; Bolivia art. 256; Brasil art. 5º; Colombia art. 93; Costa Rica art. 7º; Ecuador art. 417; El Salvador art. 144; Guatemala art. 46; Honduras art. 18; Paraguay art. 141; Perú art. 56; República Dominicana art. 74; Venezuela art. 23⁶.

iii) En tercer lugar, el último constitucionalismo latinoamericano procuró subsanar el grave déficit democrático que, desde hace décadas, parece afectar gravemente a la región. Estas reformas, entonces, se basaron en el generalizado reconocimiento de que las instituciones políticas funcionaban mal, y no eran favorables a la intervención política de la ciudadanía. Dado el carácter generalizado de tales reclamos de queja frente a la política, el constitucionalismo latinoamericano propuso fórmulas diversas, destinadas a abrir mayores oportunidades y espacios de control y decisión, populares.

2.2. Organización del Poder

Sin mayor duda, podría decirse que la expansión de la lista de derechos operada por la última oleada de reformas en América Latina vino generalmente de la mano —si no fue producto directo— de la voluntad de facilitar procesos de reelección presidencial. Es decir, la voluntad reeleccionista de algunos presidentes motivó su disposición a intercambiar, en algunos casos, "más derechos" (ofrecidos como prenda a la oposición o a la ciudadanía) por "reelecciones". Casos como, el de Carlos Menem, en la Argentina (y la Constitución de 1994); o el de Alberto Fujimori en Perú (y la Constitución de 1993) testimonian dichos acuerdos. Lamentablemente, de este modo, las reformas tendieron a quedar demasiado apegadas a cuestiones coyunturales, de momento. Ello, contra la idea alberdiana, más tradicional —y más venerable— de dedicar las escasas energías constitucionales a atender alguno de los "grandes dramas" sociales del momento (la lucha por la independencia, o la lucha contra el atraso económico, en su momento; como hoy podríamos pensar en la lucha contra la desigualdad⁷).

De todos modos, dada la extensión e importancia del período, tal vez convenga distinguir, entre al menos dos etapas de este, vinculados con dos conjuntos de eventos de enorme importancia en toda la región. El primero, y ya mencionado, tiene que ver con la aparición de sangrientas dictaduras, en los años 70. Y el segundo, referido a las crisis sociales que siguieron a la aplicación de "programas de ajuste estructural" ("neoliberales") en los años 90. A muy grandes rasgos, podríamos decir que luego del grave período dictatorial, siguieron algunos intentos reformistas destinados a moderar, de alguna manera, los fuertes poderes

remanentes en el Ejecutivo, y a confrontar, algunos de los peores legados de la dictadura. Mientras tanto, luego del segundo período (el de la crisis social que siguió a los "ajustes económicos"), volvió a insistirse sobre la necesidad de concentrar el poder, a la vez que se buscó atender constitucionalmente algunas de las llagas abiertas por el desempleo y la desigualdad reinantes.

Sobre la primera etapa diría que, durante algo más de una década (principalmente en los años 80), varios países se orientaron a establecer límites en las reglas relativas a la reelección presidencial. Entre ellos, Ecuador en 1978, Guatemala en 1985, Honduras en 1982, Colombia en 1991, y Paraguay en 1992. Aunque la tendencia a la moderación de los poderes presidenciales respondió a razones diversas, lo cierto es que la misma adquirió una dirección más definida (aunque en definitiva breve), a partir de la citada sucesión de violentas dictaduras en los años 70.

En efecto, y del mismo modo en que —en el área de los derechos— el pasaje de dictaduras a democracias favoreció reformas constitucionales que incorporaron fuertes compromisos en materia de derechos humanos; en el área vinculada con la organización del poder, dicho período de oscurantismo político promovió la aparición de un inesperado consenso teórico, orientado a limitar los poderes presidenciales. Por entonces, fueron muchos los juristas y cientistas sociales que comenzaron a cuestionar no sólo al poder presidencial concentrado (que se había padecido de modo extremo en los años de dictaduras), sino también a asociar —razonablemente— al llamado híper-presidencialismo latinoamericano, con la *inestabilidad política*, y la recurrente práctica regional de los *golpes de estado*. Al menos por un tiempo, la academia jurídica y política, comenzó a sostener que la estabilidad podía tener muchas causas, pero que una de ellas, al menos, era endógena al constitucionalismo, y se vinculaba con los niveles de concentración de poder, autorizados por las Constituciones locales, que eran acompañados por una radical ausencia de "válvulas de escape" frente a las habituales crisis que afectaban a los regímenes de la región. El híper-presidencialismo latinoamericano, entonces, comenzó a ser identificado como factor clave en la explicación de los niveles de inestabilidad política que se habían registrado durante todo el siglo, en la región⁸.

Para Carlos Nino, p. ej., "el diagnóstico que se hizo es que un factor importante, aunque por cierto, no el único, de la labilidad institucional argentina, es que estuvo constituido por la formación de un presidencialismo hipertrofiado" a lo largo de la historia⁹. El híper-presidencialismo implicaba concentrar poder, y también responsabilidades y expectativas, en una sola persona, con mandato fijo durante años. Cualquier súbito desencanto con el presidente —cualquier crisis política o económica, cualquier quiebre en su salud, cualquier caída en su popularidad— tendía a traducirse entonces, en una crisis del sistema

político, que carecía de válvulas de escape con las que remediar los desajustes, impidiendo la puesta en crisis de toda la estructura constitucional. Hubo un extendido acuerdo, entonces, según el cual la fuerte moderación, o directa eliminación del sistema hiper-presidencialista iba a permitir amortiguar la crisis, evitar su conversión en crisis sistémicas, y atajar de ese modo la inestabilidad recurrente¹⁰. Sin embargo, lo cierto es que estos impulsos reformistas, que apuntaban a moderar de algún modo al tradicional hiper-presidencialismo latinoamericano, sólo fueron trasladados ocasional, y muy parcialmente, a la Constitución. Ocasionalmente, hubo limitaciones que se incluyeron en materia de poder presidencial, y controles que se agregaron.

Conforme anticipáramos, lo cierto es que, por razones diversas — especialmente, la mencionada crisis social desatada por los "programas de ajuste" que recorrieron a la región en los años 90— el viejo temor al "caos" y la "anarquía", volvieron a hacer un llamado a la "necesidad" de un poder concentrado y una "autoridad fuerte", y derribaron de un momento a otro, años de reflexión crítica y un creciente acuerdo sobre los males derivados del presidencialismo. Este tipo de cambios, ayudan a explicar, por caso, por qué, en materia de reelecciones presidenciales, la tendencia anti-reeleccionista que se había registrado en los años 80 volvió a cambiar. Desde comienzos de los 90, en particular, nueve casos, sobre dieciséis de reformas constitucionales, nos refieren a países que reformaron sus textos fundamentales para facilitar la reelección presidencial¹¹. De este modo, las reformas comenzaron a orientarse, más directamente, a beneficiar a los actores que las promovían, favoreciendo la extensión de su mandato, o la posibilidad pronta de su reingreso al poder.

Según un estudio reciente, los últimos cambios en materia reeleccionista pueden resumirse del siguiente modo: Argentina, en 1994, pasó de no reelección inmediata a reelección inmediata; Brasil, en 1997, hizo lo propio; Colombia, en 1991 prohibió la reelección inmediata, pero en el 2005, volvió a permitirla; en la República Dominicana, en 1994, se prohibió la reelección inmediata, pero en el 2002 se la permitió; en Ecuador, en 1996, se pasó de la prohibición de la reelección a la permisión de la reelección no inmediata; en Nicaragua, en 1995, se pasó de la reelección inmediata a la no inmediata; en Panamá, en 1994, se determinó que la reelección sólo era permisible luego de dos (en lugar de uno) términos presidenciales; en Paraguay, en 1992, la reelección quedó prohibida; en Perú, en 1993, se pasó de no inmediata a inmediata, pero en el 2000 volvió a prohibirse la reelección inmediata; en Venezuela, en 1998, se pasó de la prohibición de reelección inmediata a su permisión¹².

Dejemos de lado, por el momento, la cuestión relacionada con la permisión, o limitación de las posibilidades de la reelección presidencial, para prestar atención —de modo más general— a las diversas reformas introducidas, en estas últimas décadas, en materia de organización del

poder. Ellas muestran facetas diversas, que en parte responden a la misma lógica reeleccionista (concesión de controles, a cambio de afirmación de los poderes presidenciales y/u obtención de derechos de reelección), y en parte a cansancios viejos con los modos tradicionales de ejercicio del poder. Resaltan, en tal sentido, varias reformas que habilitaron la elección popular de los alcaldes —Bolivia en 1994; Colombia en 1991; Paraguay en 1992; Venezuela en 1989—. De modo similar, en la Argentina, la reforma de 1994 consagró la elección popular del alcalde de la poderosa Ciudad de Buenos Aires, antes designado por el Ejecutivo Nacional. Por otro lado, hubo reformas electorales que tendieron a abrir la competición partidaria, y a favorecer la aparición o el dominio de los sistemas de representación proporcional¹³. En algunos casos, como el de México, las modificaciones electorales introducidas ayudaron a replantear de modo significativo las condiciones del juego político. Las modificaciones destinadas a moderar los poderes legislativos del Ejecutivo tuvieron alguna importancia (Brasil en 1988, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, etc.); como aquellas que se dirigieron a fortalecer los poderes del Congreso, en relación con el Ejecutivo (el original mecanismo de "muerte cruzada", incorporada en Ecuador). Importa mencionar, también, aquellas modificaciones dirigidas a fortalecer la independencia judicial, y que pueden ser, asimismo, leídas como moderando los poderes del Ejecutivo, y ayudando a incrementar los controles sobre el poder¹⁴. Se fortaleció, o renovó, la institución del Ministerio Público; aparecieron Consejos de la Magistratura destinados a transparentar el proceso de elección de jueces; se crearon cargos como el de Defensor del Pueblo; se favoreció, en los casos más extremos, la diversidad en la composición de los tribunales, y en algunos se dejó la elección de jueces librada, en última instancia, a la decisión popular. En particular, destacaría aquellas reformas judiciales destinadas a favorecer el acceso del ciudadano común al litigio judicial —reformas, en el *standing*, o la legitimidad para accionar— como las de la tutela en Colombia (renovada de modo sustantivo a partir de la aparición de una nueva Corte Constitucional), o Costa Rica (en donde se incorporara la afamada "Sala IV" en su tribunal superior, para atender cuestiones constitucionales¹⁵), que implicaron modificaciones relevantes en el funcionamiento de la justicia.

Aun cuando —en la mejor lectura— puede decirse que el constitucionalismo latinoamericano tomó ciertas medidas destinadas a limitar el poder presidencial, debe señalarse también, y por un lado, que dichas medidas fueron en general muy modestas; y que habitualmente quedaron cerca de la supervisión del propio Ejecutivo teóricamente afectado por las mismas. Más aún, tales tendencias contrastan, no sólo con las medidas en general tomadas en favor de las reelecciones presidenciales, sino también con otras que directamente vinieron a consagrar, o expandir aún más, la autoridad del Ejecutivo. En efecto, en algunas situaciones —fue la de la Argentina en 1994, por ejemplo— las

reformas certificaron constitucionalmente poderes que el Ejecutivo había ido acumulando de hecho, y que la jurisprudencia le había ido reconociendo (p. ej., expandiendo sus capacidades legislativas; o su poder para actuar en situaciones de emergencia). En otras ocasiones, directamente, se asignaron al presidente capacidades para definir el presupuesto, o involucrarse más directamente en la decisión de cuestiones económicas; para someter propuestas a la aprobación popular; etc. El punto más importante, de todos modos, tiene que ver con *el modo* en que se agregaron aquellas reformas, dentro de la estructura existente, y *el lugar constitucional* que se reservó para ellas, dentro de una práctica (hiper-presidencialista) ya consolidada (volveré sobre esta cuestión enseguida).

Según entiendo, en balance, estas reformas sobre la organización del poder han insistido con una matriz de poder político concentrado, que se ha consolidado como un elemento distintivo y definitorio del constitucionalismo regional¹⁶. Esta conclusión, por lo demás, es consistente con los datos que reporta el importante trabajo comparativo *Comparative Constitutions Project*, y una serie de autores que han estado trabajando en el análisis comparativo de Constituciones¹⁷. En estos estudios, se afirma que el desarrollo más destacado que ha mostrado el constitucionalismo regional se relaciona con el "incremento de cláusulas que conceden poderes legislativos a la rama Ejecutiva"¹⁸, una evolución notable en torno a la cual todas las Constituciones de la región han tendido a convergir¹⁹. Más fuertemente aún, dichos estudios afirman la existencia de un "modelo de poder presidencial propiamente latinoamericano, que incluye un poderoso papel del presidente en el área legislativa, y a la vez amplios poderes de emergencia"²⁰.

"La sala de máquinas" de la Constitución: modelos de democracia superpuestos, y un constitucionalismo que no termina de irse.

Entiendo que el análisis anterior nos ayuda a ir bastante más lejos de la primera idea que parece derivarse de lo dicho, según la cual *lo nuevo es demasiado parecido a lo viejo*. Por ello mismo, en esta sección, me adentraré algo más en la evaluación de lo acontecido, para apoyar mejor la idea según la cual *la estructura que existe, deja mucho que desear, respecto de lo que ella misma proclama*.

Constituciones de "mezcla". Ante todo, destacaré que las Constituciones latinoamericanas superponen modelos de democracia más bien opuestos, que se correlacionan con aspiraciones económicas, ideales políticos, compromisos legales —finalmente, modelos constitucionales— en tensión entre sí. Esta idea de "mezclar" pretensiones opuestas, superponiendo unas con otras, cuenta ya con buen arraigo en la tradición constitucional latinoamericana. Esa fue, en definitiva, la manera principal en que se consolidó el acuerdo liberal-conservador. Fue muy habitual que

las aspiraciones propias del liberalismo se sumaran, sin mucho más, a las del conservadurismo. Entonces, se pudo agregar al esquema liberal de los "frenos y contrapesos" —y sin mayores reparos— un Ejecutivo sobre-poderoso; como se pudo sumar, junto a las liberales declaraciones de tolerancia religiosa, otras que proclamaban el sesgo estatal a favor de la religión católica. Se escogió entonces, un sistema de *integración entre modelos* —una *mezcla constitucional*— muy deficitaria, pudiendo haberse optado por otros sistemas de combinación más virtuosos.

Para decirlo en otros términos más precisos, tratando de integrar las pretensiones opuestas propias de cualquier sociedad caracterizada por el "hecho del pluralismo" y el desacuerdo razonable, el sistema institucional puede reaccionar de formas diversas. Puede, por un lado, optar por propuestas de *síntesis*, tomando parte o, lo mejor de cada propuesta, puede hacer un esfuerzo por combinar esas distintas pretensiones encontradas. Es lo que ocurre cuando —frente a demandas religiosas contradictorias— se afirma la imposibilidad de que cualquier religión sea impuesta por sobre las otras, permitiendo la coexistencia de todas. O se puede optar, en cambio, por —lo que consideraría indeseables— propuestas de *acumulación*, superponiendo sin más, esas pretensiones encontradas. Es lo que hizo la Constitución argentina de 1853 (en buena medida todavía vigente) al afirmar, al mismo tiempo, la tolerancia de cultos (art. 14, CN) y el estatus especial de la religión católica (art. 2º, CN). O es lo que hicieron la mayoría de las Constituciones latinoamericanas, al acumular simplemente las demandas de los conservadores a favor de un Ejecutivo fuerte, y las del liberalismo a favor de un sistema de equilibrios —dando lugar a un problemático híbrido latinoamericano, que combina los *checks and balances* con un Ejecutivo super-poderoso, capaz de desafiar ese equilibrio.

Las reformas que se sucedieron en la vida constitucional de la región, desde aquellos años fundacionales, parecen responder exactamente a la misma lógica de sus primeros años. La principal de las tensiones en conflicto aparecidas a partir de allí tiene que ver con la presencia de (con la acumulación de) al menos modelos de democracia diferentes, orientados en direcciones opuestas. En efecto, en esa "doble marca" propia del constitucionalismo regional —poderes arreglados conforme a la regla dominante en el siglo XIX; derechos arreglados conforme a la regla dominante en el siglo XX— el constitucionalismo regional muestra su doble e inusual compromiso en materia democrática. Así, la estructura de poderes respondió —como responde aún— a valores democráticos propios del siglo XIX: baja participación popular; sectores excluidos; derechos políticos limitados —los mecanismos propios de la democracia censitaria. Mientras tanto, las nuevas declaraciones de derechos aparecen vinculadas con discursos y principios democráticos de "última generación". Se pretende una participación popular amplia, que se busca apoyar de

diversas maneras: se abren oportunidades institucionales para que la ciudadanía gane capacidad de decisión y control (revocatorias de mandatos, etc.); se expanden los derechos políticos; y a la vez, se comprometen derechos sociales destinados a fortalecer todavía más el ingreso de las mayorías a la política (todo esto, según voy a insistir, sujeto a limitaciones varias)²¹. En términos democráticos, en definitiva, se afirma con una mano de la Constitución, lo que se niega con la otra.

Esa misma mezcla/acumulación problemática se da con otras cuestiones y en otros ámbitos de la Constitución: muchas de las nuevas Constituciones (como las de Colombia o Perú, claramente) aparecen a la vez afirmando formulaciones económicas "neoliberales" y proclamas de fuerte contenido social, que parecen indicar su vocación por formas económicas diferentes. Es muy común, también, en todas las Constituciones "nuevas" comprometidas con los derechos indígenas, que se afirme simultáneamente el valor de la propiedad privada, y el valor de la propiedad comunitaria (u otras similares); o que se afirme el valor de la economía privada, mixta, y pública, al mismo tiempo.

Para algunos, este tipo de combinaciones resultan virtuosas: se trata, sobre todo, de un modo de comprometer en el mismo proyecto constitucional a formaciones políticas, o grupos de interés en conflicto. Sin embargo, en términos constitucionales, este tipo de decisiones resultan cuestionables, por muchas razones, y nos retrotraen a problemas a los que aludiéramos más arriba, al hablar del *impacto intra-seccional* de las reformas. Corresponde preguntarse, entonces: ¿cómo es que —por caso— los nuevos derechos incorporados (p. ej., derechos sociales, multiculturales, etc.) quedan vinculados, con los derechos ya existentes? ¿Cómo se relaciona lo "nuevo" que incorporamos, con lo "viejo" que ya teníamos? Los problemas que se advierten son numerosos. Ante todo, a través de este tipo de decisiones el texto de la Constitución se torna confuso, menos claro: ¿De qué se trata, finalmente, la Constitución, cuando ella afirma al mismo tiempo pretensiones opuestas? Por lo demás, de ese modo se abre la Constitución a interpretaciones contradictorias: ella pasa a decir mucho, nada, o todo a la vez, en cuestiones fundamentales. ¿Cuál es el sentido, en tales casos, de tener una Constitución? Peor aún, así organizada, la Constitución induce a comportamientos equívocos y genera expectativas engañosas: tiene razón quien pasa a litigar en nombre de su propiedad, como quien pasa a impugnar dicha posesión en nombre de valores ancestrales. Por tomar un caso relevante: la introducción de "derechos de la naturaleza" ("*suma kausay*") en Constituciones como las de Ecuador o Bolivia, no solo nos refiere a problemas más o menos evidentes (p. ej., no es claro que se trate, como se alegara al adoptarse tales declaraciones, de "derechos ancestrales" de las comunidades indígenas —¿cuáles?—; ni es claro que tenga sentido hablar de "derechos de la naturaleza"). Uno puede valorar la intención de incorporar "principios

interpretativos" nuevos, diferentes a los tradicionales²²; sin embargo, es difícil no preguntarse cómo entender a tales principios cuando la Constitución no reniega de otros principios e instituciones contrarias (p. ej., vinculadas con tradicionales derechos de propiedad).

Encontramos problemas similares a los que reconocemos en relación con los "viejos" y "nuevos" derechos en la Constitución, en el vínculo que se da entre las "viejas" estructuras de poder, y las "nuevas" instituciones que se incorporan. Una buena ilustración de lo dicho puede encontrarse, por caso, en el ejemplo del llamado "choque de trenes", en Colombia, que enfrentó a la vieja Corte Suprema Colombiana, con la nueva Corte Constitucional introducida por la Constitución de 1991. Ambas instituciones mantienen desde hace años una relación de rivalidad y tensión, que comenzó con el mismo nacimiento de la última, y que implica persistentes disputas de poder, y una nociva competencia entre las dos Cortes²³. Otro ejemplo relevante en la materia es el que puede encontrarse en la Argentina, cuando examinamos las relaciones que se dan entre la Corte Suprema (presente desde la primera Constitución, de 1853), y el Consejo de la Magistratura, que fuera introducido por la reforma constitucional de 1994. Otra vez, en este caso, vemos relaciones de fuerte tensión entre los dos organismos (tensiones que podían anticiparse al momento de la creación del Consejo), relacionadas con la dificultad de definir con exactitud el área de la competencia exclusiva de cada una de las instituciones; pero también (y a partir de allí) con un cierto hostigamiento de la Corte sobre el Consejo, en donde la primera aparece celosa de perder facultades que considera propias²⁴. En situaciones como las descritas, lo que encontramos es una actitud de falta de reflexión, o reflexión impropia por parte de los constituyentes latinoamericanos. Por hipocresía, demagogia, descuido o algún malentendido, el constituyente actúa mal cuando no toma cuidados en los modos en que "el pasado" va a relacionarse con "el presente" —la "vieja Constitución" va a recibir a los aspectos "nuevos" que se le incorporen.

Las viejas estructuras contra los nuevos derechos. Lo dicho hasta aquí está vinculado, de modo especial, con lo que llamáramos el *impacto intra-seccional* de las reformas. Pero los problemas en cuestión se extienden también —y se agravan, además— en lo que se relaciona con lo que denomináramos el *impacto inter-seccional* de las reformas. Me refiero a los modos en que la incorporación de nuevos derechos afecta la organización del poder, o los modos en que lo que hagamos o dejemos de hacer en la organización del poder afecta a las declaraciones de derechos.

Los problemas que aparecen entonces se producen en diferentes niveles, y quisiera mencionar a algunos de ellos, aun cuando no pueda detenerme tanto como desearía en el análisis de estos. Ante todo, aparece la cuestión acerca de cómo "transferimos poder", dentro de la Constitución, a través de cada modificación que le incorporamos. Como ejemplo al

respecto podemos citar, típicamente (y junto con Carlos Nino²⁵) el siguiente hecho: la deseada incorporación de derechos sociales (promovida, de modo habitual, por reformistas democráticos) importe la transferencia de poderes adicionales al Poder Judicial (esto es, la rama menos democrática del poder). Cabe señalar que problemas como el citado resultan de especial relevancia en el constitucionalismo contemporáneo, dado que muchos de los defensores de los derechos sociales tienen como propósito reforzar el "poder popular", antes que el poder de las jerarquías legales existentes y, sin embargo, al actuar como actúan, generan un "impacto constitucional" en parte opuesto al que dicen buscar.

Finalmente, llegamos a la cuestión que aquí más me interesa y preocupa, que es la relacionada con los modos en que las "viejas estructuras" bloquean las "nuevas propuestas", o tornan difícil la implementación de las mismas —típicamente, en este caso, el modo en que la vieja organización del poder obstaculiza la realización de los nuevos derechos sociales y multiculturales—.

El problema en juego no nos refiere, meramente, a una cuestión de "simple descuido" en la redacción constitucional (digamos, introducimos nuevos derechos, sin prestarle atención a los modos en que reacciona, o va a reaccionar la vieja organización del poder). Se trata, ante todo, de que no reconocemos el *peculiar lugar* que ocupa la parte "orgánica" no reformada: lo que está en juego es el núcleo básico de la organización de poderes, esto es, la *sala de máquinas de la Constitución*. Por supuesto, uno puede entender que existan dificultades para reconocer todos los cambios que es necesario agregar, para "darle vida efectiva" a la modificación constitucional que estamos más interesados en incorporar. Sin embargo, dejar de lado, directamente, la pregunta acerca de cómo va a responder la "sala de máquinas" constitucional, frente a los demás cambios constitucionales que introduzcamos ("más derechos"), es dejar de lado lo más importante. En aquella "sala de máquinas" se ubica —allí reside— justamente, el corazón de la Constitución: no puede operarse sobre la Constitución dándole la espalda al modo en que la organización del poder reacciona (o, previsiblemente, va a reaccionar) frente a las modificaciones que le introducimos.

* * *

TÍTULO PRIMERO - GOBIERNO FEDERAL

SECCIÓN PRIMERA - DEL PODER LEGISLATIVO

Art. 44.—

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.

Comentario por Sebastián Guidi

I. EL PODER LEGISLATIVO

El artículo instituye el Congreso argentino, el cual queda investido del Poder Legislativo de la Nación. El Poder Legislativo, entonces, es la función legislativa del poder, mientras que el Congreso es el órgano llamado a ejecutarla. Sin embargo, ambos términos se han utilizado como sinónimos en nuestra práctica constitucional²⁶, e incluso el constituyente de 1994 cae en esta metonimia al disponer, en el art. 85, que "[e]l 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". Así los usaremos en esta obra.

Las funciones del Poder Legislativo, en las democracias modernas, son dos: orientación y control²⁷. La primera consiste en "definir el marco más amplio dentro del que se debe realizar la acción de gobierno, determinando el alcance y equilibrio entre diversos derechos individuales que pueden estar en conflicto, y los medios y mecanismos generales para satisfacer y promover esos derechos de acuerdo con el alcance que se les ha fijado, y al balance que se ha definido"²⁸. En los sistemas parlamentarios, esta función de orientación comprende incluso la conformación del gobierno, de acuerdo con el equilibrio político alcanzado en el parlamento, mientras que en los sistemas presidenciales, el principal mecanismo con el que cuenta el Congreso para ejercer esta orientación es la facultad de legislar. En efecto, esta facultad es la que tradicionalmente le fue asignada en los esquemas clásicos de división de poderes como los de Locke²⁹, Montesquieu³⁰ y Madison³¹. La Constitución argentina reconoce esta función en varios de los incisos del art. 75, que delimita las facultades del Congreso, así como en los distintos artículos que requieren de la existencia de *ley*, en sentido formal, para regular derechos individuales³²,

expropiar propiedad privada³³, establecer impuestos³⁴, crear delitos penales³⁵, etcétera.

En las últimas décadas, los poderes ejecutivos han concentrado buena parte de las facultades regulatorias que en el esquema tradicional correspondían al Poder Legislativo. Por una parte, se ha observado una tendencia a concentrar la centralidad política en el Poder Ejecutivo, tanto en sistemas parlamentarios (de los que suele decirse que se están "presidencializando"³⁶) como presidenciales. Las causas de esta tendencia han sido localizadas en la dinámica de los medios de comunicación, la internacionalización de la política, el crecimiento de las funciones del Estado, y la erosión de los clivajes políticos tradicionales asociada a la "muerte de las ideologías"³⁷. Esta tendencia ha sido fuertemente criticada (en el contexto estadounidense, p. ej., se la ha señalado como la una amenaza al sistema constitucional³⁸), pero también, defendida por autores asociados tanto a posiciones conservadoras³⁹, como progresistas⁴⁰.

En la Argentina, la exacerbación de la autoridad del Poder Ejecutivo (que desde Carlos Nino se suele llamar "hiperpresidencialismo"⁴¹) no es una degeneración histórica, sino que se puede rastrear al pacto liberal-conservador que dio lugar a la Constitución de 1853⁴² y que buscó, en las palabras que Alberdi tomó de Bolívar, "reyes con el nombre de presidentes". En efecto, el presidente argentino gozó desde su origen de poderes formales desconocidos para su contraparte estadounidense (como la facultad de intervención federal de las provincias) al igual que un mandato de seis años. De todos modos, aun este hiperpresidencialismo por diseño fue exacerbándose, incluso mediante el reconocimiento de facultades legislativas por parte del presidente⁴³.

La otra función primordial de las legislaturas a nivel comparado es la de control del poder, particularmente del Poder Ejecutivo. En la Argentina, el Congreso realiza esta función a través de mecanismos institucionales tales como el juicio político⁴⁴, la creación de comisiones investigadoras⁴⁵, la interpelación a los ministros del gobierno⁴⁶, y la concurrencia mensual del jefe de Gabinete de Ministros⁴⁷. Por otra parte, no es casualidad que la constitución de 1994 haya colocado al Defensor del Pueblo y a la Auditoría General de la Nación bajo la órbita del Poder Legislativo. Por último, el propio espacio legislativo es propicio para la canalización y reverberación del debate público, el que es protegido mediante un instrumento tan excepcional como las inmunidades parlamentarias⁴⁸.

II. EL BICAMERALISMO ARGENTINO

En nuestro sistema constitucional, el Poder Legislativo está en cabeza de un Congreso Nacional compuesto de dos órganos: la Cámara de Diputados y el Senado. En la clasificación politológica de Arend Liphart⁴⁹,

nuestro Congreso es fuertemente bicameral, ya que es simétrico⁵⁰ e incongruente⁵¹.

El bicameralismo argentino se explica por dos razones complementarias. Por una parte, la estructura federal del Estado sugiere la existencia de una Cámara para representar al pueblo de la Nación, y de otra, para representar a las provincias que componen la federación. En el sistema anterior a la reforma de 1994, la elección de los senadores por parte de las legislaturas provinciales revelaba esta dicotomía más claramente, aunque el diseño del sistema conserva algunos elementos que preservan el rol del Senado como guardián de los intereses de las provincias: así, p. ej., el hecho de que todas las provincias envíen tres senadores al Congreso a pesar de las enormes diferencias de población, o que deba ser Cámara de origen en los proyectos que tengan que ver con el desarrollo territorial armónico (art. 75, inc. 19). Sin embargo, con pocas excepciones, las competencias de ambas Cámaras son idénticas. Esto contrasta con otros sistemas en los que la Cámara Alta tiene menores facultades en asuntos específicos, como en Alemania, o el Reino Unido⁵².

Por otra parte, un poder legislativo bicameral —y particularmente, el Senado— fue pensado como una estructura más de "frenos y contrapesos" que impedirían la concentración del poder y las decisiones intempestivas de mayorías circunstanciales. Esta función atemperadora de una segunda cámara no depende necesariamente de una selección particularmente virtuosa de los senadores: el solo hecho de que un proyecto deba atravesar exitosamente dos cuerpos colegiados para ser convertido en ley, ha sido señalado como una virtud⁵³. De hecho, existen sistemas bicamerales en los cuales la asamblea es elegida como un solo cuerpo, pero se divide en dos cámaras para propósitos legislativos⁵⁴.

Sin embargo, tanto en los Estados Unidos como en la Argentina, la función del Senado no residía únicamente en la lentitud. El Senado fue diseñado intencionalmente como una cámara aristocrática y conservadora, destinada a contener los desbordes democráticos temidos por los Padres Fundadores⁵⁵. Esto puede apreciarse no solo en su menor número sino también en los requisitos para su elección, como una mayor edad y una renta mínima⁵⁶, además de la elección originalmente indirecta por parte de las legislaturas estatales⁵⁷. La función conservadora del bicameralismo fue célebremente denunciada por Siéyès, inspirado en Rousseau: la voluntad popular es una sola; si coincide con la asamblea, el Senado es redundante, y si discrepa, es ilegítimo⁵⁸.

En la actualidad, el esquema bicameral como se lo concibió originalmente recibe cuestionamientos. La función "conservadora" del Senado como una cámara más ilustrada, e intencionalmente antidemocrática, no suele ser ensalzada hoy, como era públicamente defendida en las Convenciones constituyentes de los Estados Unidos y la

Argentina. En la actualidad, las apologías del Senado suelen apuntar a su carácter federal y a la representación igualitaria de las provincias, que impediría abusos por parte de las provincias más pobladas. Sin embargo, las aspiraciones democráticas del Congreso como institución suelen darse por descontadas. Esto ha llevado, p. ej., a que el Consejo para la Consolidación de la Democracia propusiera reducir las competencias del Senado a cuestiones relativas a las autonomías provinciales, como el presupuesto, la coparticipación tributaria, o la intervención federal, solo conservando cierto poder de veto con respecto a otras cuestiones⁵⁹.

III. PERTENENCIA DE LAS BANCAS

La doctrina constitucional ha tratado bajo el título de "pertenencia de las bancas" la cuestión de qué respuesta debe dar el derecho al legislador que, durante su mandato, se aparta del partido político por el que fue electo. Una parte de la doctrina afirma que las bancas pertenecen al partido. Así, p. ej., Bidart Campos, que sostiene que si un diputado o senador se separa del partido político por el que fue electo, debe ser expulsado de la Cámara correspondiente⁶⁰. Algunas constituciones provinciales⁶¹, así como constituciones extranjeras⁶², adoptan esta solución explícitamente.

Otros autores, mayoritariamente, han resuelto que el legislador es libre para cambiar de partido político, o bloque parlamentario. Esta postura suele sostener que la banca pertenece "al pueblo"⁶³.

La jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral avala esta última postura, al menos para el caso de los diputados nacionales. En su fallo en la causa "Pagani", la Cámara decidió sobre la incorporación del diputado electo Eduardo Lorenzo "Borocotó", quien, a poco tiempo de su elección por un partido opositor y antes aun de asumir su banca, anunció públicamente junto al Jefe de Gabinete de Ministros, que pasaría a colaborar con el Gobierno nacional. La Cámara afirmó que "en relación con la elección de diputados nacionales, no existe disposición alguna que admita la prevalencia de los partidos por sobre los candidatos"⁶⁴. Así, fue el candidato, y no la agrupación por la que se postuló, quien fue elegido diputado⁶⁵. Al mismo tiempo, la Cámara sostuvo que esta conclusión es consistente con el "principio de representación libre que invisten los diputados nacionales", ya que no están atados por mandatos rígidos dados por el electorado⁶⁶. Coincidimos en este punto: la representación libre es la más compatible con una concepción deliberativa de la democracia, ya que un mandato rígido no permitiría que los representantes cambien de opinión mediante la deliberación⁶⁷. No es obvio que de este principio se derive la pertenencia de la banca al legislador: podría sostenerse que el principio de la representación libre se respeta si son los partidos quienes la ejercen. Sin embargo, creemos que es más factible que sean los legisladores individuales quienes cambien de opinión siguiendo los

resultados de la deliberación a que sean los partidos quienes lo hagan orgánicamente. Al mismo tiempo, la posibilidad de que los diputados cambien de opinión individualmente puede resultar un incentivo para que las estructuras partidarias se muestren más abiertas a aceptar cambiar de postura como resultado de la deliberación.

No existe en la jurisprudencia un fallo análogo para el caso de los senadores nacionales. La redacción del [art. 54](#), CN, al afirmar que corresponden dos bancas al partido que obtiene la mayor cantidad de votos, y una banca al que le sigue, podría permitir una interpretación diferente. Sin embargo, consideramos que dicho artículo sólo rige la asignación de bancas luego de los comicios, y no el ejercicio del mandato. La práctica parlamentaria posterior la reforma de 1994 ha seguido tal interpretación, existiendo numerosos casos en los últimos años de senadores que se separan de sus partidos, sin que se exija su separación del cuerpo. Por otra parte, no parece que los argumentos de la Cámara Electoral en "Pagani" puedan distinguir la situación de los senadores de la de los diputados. Por último, existiría un problema práctico en adoptar una solución diversa: en los últimos años. Rara vez los partidos se presentan como tales a elecciones, sino que lo hacen en alianzas electorales que se disuelven tras los comicios, muchas veces llevando incluso candidatos extrapartidarios. Así, en muchos casos, es imposible saber efectivamente si un legislador abandonó el partido a través del cual fue electo, ya que fue electo a través de varios, o de ninguno.

* * *

CAPÍTULO PRIMERO - DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS

Art. 45.—

La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios. El número de representantes será de uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos. Después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado.

Comentario por Sebastián Guidi

I. LA CANTIDAD DE DIPUTADOS

El tamaño de las asambleas parlamentarias no es un asunto baladí, como podría parecer a simple vista⁶⁸, sino que en él se cifra una tensión política que recorre la historia del pensamiento republicano contemporáneo. Por una parte, el diseño republicano de inspiración norteamericana desconfía de las asambleas numerosas. En los textos de *El Federalista*, James Madison daba como uno de los argumentos para la existencia del Senado que "las asambleas únicas y numerosas [son propensas] a ceder a los impulsos de pasiones repentinas y violentas, y a ser seducidas por líderes facciosos hacia resoluciones imprudentes y perniciosas"⁶⁹. Aun sin suscribir esta afirmación, producto de temores conservadores, se puede observar que la función deliberativa requiere un número relativamente reducido de participantes, que permita a cada uno, expresar su posición de manera de ser tenido en cuenta, en la decisión final. Una asamblea excesivamente populosa, probablemente se debata entre la anarquía y el cacicazgo.

Sin embargo, la propia función representativa exige un tamaño mínimo que permita representar adecuadamente a los distintos grupos que componen una sociedad plural. Una asamblea excesivamente pequeña, pierde contacto con sus representados, y corre el riesgo de convertirse en un cuerpo oligárquico. Esta tensión fue notada por la temprana doctrina constitucional: Montes de Oca recomendaba "buscar que las cámaras legislativas se compongan de un número de miembros suficientemente grande para poder representar los diversos intereses sociales, pero no tanto que dé margen a disturbios en su recinto"⁷⁰. En general, la cantidad de integrantes de la Cámara baja de un país, tiende a ser la raíz cubica de su población⁷¹, lo que deja a la Cámara de Diputados argentina con una composición comparativamente reducida⁷².

En la Constitución de 1853/60, el número de diputados se había fijado en uno cada veinte mil habitantes, sin la posibilidad de que el Congreso reajustara la base de cálculo, lo que se habilitó en la reforma constitucional de 1898, que además de fijar la base para cada diputado en treinta y tres mil habitantes, permitió "aumentar, pero no disminuir, la base expresada para cada diputado". Así, en línea con los temores de Madison, la Constitución continúa estableciendo una proporción máxima para la Cámara, pero no una mínima, ya que la base para cada diputado puede aumentarse, en principio, indefinidamente.

En la actualidad el número de diputados es fijado por la llamada "Ley Bignone", promulgada por dicho presidente *de facto* bajo el número 22.487 "de tres diputados, no pudiendo en ningún caso ser, menor de cinco diputados, ni inferior a la que cada distrito tenía al 23 de marzo de 1976". Así, todas las provincias argentinas cuentan con un doble piso: no pueden tener menos de cinco diputados, o menos de los que tenían el 23 de marzo de 1976. Además, el plus de tres diputados por sobre los que corresponden por proporcionalidad también constituye un factor de distorsión que acrecienta la representación de las provincias más despobladas, aunque superen el piso. Sin embargo, ni siquiera ha sido necesaria hasta ahora la invocación de estas cláusulas (salvo para la provincia de Tierra del Fuego, que a la fecha de la promulgación de la ley era aún un territorio nacional y contaba con tres diputados) ya que la cantidad de diputados nunca se reajustó por los nuevos censos: siguen calculados según el censo de 1980. Un fallo de la Cámara Nacional Electoral de 2018 exhortó al Congreso Nacional a ajustar el número de diputados de cada distrito a los resultados del último censo, aunque sin dar coordenadas precisas para este reajuste, ni ordenar una proporcionalidad estricta⁷³.

La implicancia aritmética de la distorsión de la proporcionalidad representada por el piso mínimo de cinco diputados es evidente: las provincias más despobladas se encuentran groseramente sobrerrepresentadas en la Cámara de Diputados en perjuicio de las más pobladas —notoriamente, de la Provincia de Buenos Aires⁷⁴—. Los incentivos políticos que se han propuesto como explicaciones del mantenimiento de este esquema van desde el sesgo conservador que tendrían las provincias más despobladas, a la obtención de más diputados a un menor costo en eventuales negociaciones políticas —p. ej., en intercambios de obra pública, o beneficios impositivos para determinada provincia a cambio de votos en leyes generales⁷⁵. Existe consenso en la doctrina constitucional en que este esquema es inconstitucional por violar la proporcionalidad entre cantidad de habitantes, y de diputados que exige el art. 45⁷⁶, aunque ni la Cámara Nacional Electoral⁷⁷, ni la Corte Suprema, han tratado el fondo de la cuestión.

II. LA ELECCIÓN DE LOS DIPUTADOS

El art. 45 dispone que los diputados sean elegidos "directamente por el pueblo de las provincias, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Capital en caso de traslado, que se consideran a este fin, distritos electorales de un solo Estado". La Constitución no establece un sistema electoral preciso, sino que ha permitido que la legislación electoral defina el sistema electoral, siempre y cuando los diputados sean elegidos "a simple pluralidad de sufragios". Esta cláusula ha sido considerada compatible con varios sistemas electorales a lo largo de la historia argentina. Así, desde las primeras elecciones de diputados nacionales

hasta la sanción de la ley 8871 llamada Ley Sáenz Peña en 1912, se aplicó el sistema de lista completa, por el que el partido que obtenía la mayoría relativa se quedaba con todas las bancas del distrito. Desde 1912 hasta 1963 se utilizó el sistema llamado de "lista incompleta", por el cual se reservaban dos tercios de las bancas para el partido que obtenía la mayor cantidad de votos, y el tercio restante para el partido que lo seguía⁷⁸. Desde 1963 se utiliza en las elecciones de diputados el sistema de representación proporcional. Durante algunos interregnos (1902-1905 y 1951-1955), se utilizó un sistema de circunscripciones uninominales.

La compatibilidad de estos sistemas con la Constitución Nacional se fue imponiendo a medida, que los distintos sistemas eran sancionados. A principio de siglo, Montes de Oca sostenía que la cláusula "a simple pluralidad de sufragios" excluía la posibilidad de cualquier sistema que no fuera el de lista completa a simple mayoría, como el de la Ley Sáenz Peña, la representación proporcional, o las circunscripciones uninominales⁷⁹. Sin embargo, al discutir la Ley Sáenz Peña como diputado, reconocía su error, y admitía que "todos los sistemas electorales que hoy debaten su primacía en el mundo de la ciencia, caben dentro del recaudo constitucional" que solo tendría por objeto excluir un sistema que exija mayoría absoluta⁸⁰. En la actualidad, la doctrina unánimemente admite la compatibilidad de la cláusula con los sistemas de representación proporcional, aunque algunos señalan, que no es compatible con sistemas de circunscripciones sub-provinciales⁸¹, o con sistemas como los llamados de "ley de lemas", según los cuales el elector puede votar por varios candidatos al mismo cargo, resultando elegido el más votado *dentro del lema* más votado⁸².

El sistema de representación proporcional que se utiliza actualmente fue ideado por el belga Víctor D'Hondt y se encuentra definido por el [art. 161](#) del Código Electoral Nacional. En el sistema vigente, cada partido o alianza presenta una lista de candidatos. Luego de los comicios, se divide la cantidad de votos obtenido por cada lista por uno, por dos, por tres... sucesivamente hasta llegar a la cantidad de bancas a repartir. Finalmente, se ordenan los cocientes así obtenidos hasta llegar al número de bancas: las listas de las que salgan esos cocientes ocuparán las respectivas bancas⁸³.

El [art. 160](#) del Código Electoral nacional exige un piso del 3% del padrón —no de los votos emitidos— para entrar en la repartición de bancas de diputados descripta en el párrafo anterior. Este piso ha sido reiteradamente impugnado por candidatos que quedan por debajo de él con argumentos fundados en la representación de las minorías, y el principio de que un hombre es igual a un voto contenido en el [art. 37](#), CN: si un partido al que proporcionalmente le corresponde un diputado no se le asigna por aplicación del piso, ese diputado se asignará a otro partido que se verá sobrerrepresentado. Por otra parte, el piso también implica una diferencia irrazonable entre los diferentes distritos: en términos

absolutos, el 3% del padrón es abismalmente más alto en Buenos Aires, que en Tierra del Fuego. Si bien consideramos que estos planteos son correctos, han sido sistemáticamente rechazados por la Cámara Nacional Electoral, ya que "en un sistema de listas como el vigente en nuestro ordenamiento jurídico electoral, no se votan los candidatos singularmente, sino la lista en su conjunto"⁸⁴. Además, la Cámara ha sostenido que "la validez constitucional de este tipo de regulación se justifica en la necesidad de procurar que la representación en las Cámaras legislativas no sea en exceso fragmentaria"⁸⁵. La CS, por su parte, no se ha expedido sobre la cuestión. Al igual que lo que ocurre con la cuestión de la sobrerrepresentación de las provincias menos pobladas, esta es una cuestión sobre la cual los mismos legisladores, que se ven beneficiados por el sistema electoral, son los que tienen poder de veto sobre su modificación, por lo que corresponde que el Poder Judicial controle de modo especialmente riguroso, este tipo de normas⁸⁶.

* * *

Art. 46.—

Los diputados para la primera Legislatura se nombrarán en la proporción siguiente: por la provincia de Buenos Aires doce: por la de Córdoba seis: por la de Catamarca tres: por la de Corrientes cuatro: por la de Entre Ríos dos: por la de Jujuy dos: por la de Mendoza tres: por la de La Rioja dos: por la de Salta tres: por la de Santiago cuatro: por la de San Juan dos: por la de Santa Fe dos: por la de San Luis dos: y por la de Tucumán tres.

Comentario por Sebastián Guidi

Esta cláusula tiene su origen en el art. 11 de la Constitución de 1826⁸⁷, cuya redacción, con algunas variaciones en las cantidades, se mantuvo en el art. 34 de la Constitución de 1853⁸⁸, y luego en el artículo en comentario, que conserva su redacción de 1860. Esta norma es esencialmente transitoria, ya que la integración de la Cámara para las posteriores legislaturas se encuentra regulada por los arts. 45 y 47. No hay motivos para otorgarle a esta norma ninguna ultraactividad, y nada se perdería si fuera eliminada en una futura reforma.

Existe, sin embargo, una posición doctrinal inaugurada por Germán Bidart Campos según la cual el art. 46 conserva una consecuencia

normativa: dado que los convencionales no asignaron menos de dos diputados a ninguna provincia de aquel entonces, sería inconstitucional aún hoy que una provincia contara con sólo un diputado⁸⁹. A pesar de las adhesiones que ha recibido esta postura en la doctrina constitucional argentina⁹⁰, no coincidimos con ella.

En primer lugar, no hay motivo para pensar que una norma explícitamente transitoria, como el art. 46, derogue el principio general de proporcionalidad establecido por el art. 45 —y aún más cuando otra norma transitoria, el art. 47, ordena volver inmediatamente al principio general—. Con la misma libertad con la que se interpreta que la norma transitoria del art. 46 implica un mínimo de dos diputados por provincia, podrían enunciarse varias otras: ninguna provincia podría tener más de doce diputados, o ninguna provincia podría tener más del séxtuple de diputados que otra, etcétera.

En segundo lugar, no hay motivos históricos para creer que los convencionales asignaron alguna significación al mínimo de dos diputados. Por el contrario, todo parece indicar que la elección de la cantidad de diputados por provincia fue hecha con arreglo al rústico conocimiento que se poseía de la población de cada provincia. De hecho, al diseñar este artículo, los convencionales de 1853 decidieron seguir los lineamientos de la Constitución de 1826 "por no haber un censo que suministrara datos exactos sobre la respectiva población de las Provincias, y en el interés de no proceder arbitrariamente"⁹¹. De hecho, la Constitución de 1826 asignaba a la provincia de Tucumán un solo diputado, y el convencional Zavallía solicitó elevar el número sólo para empardar el reclamo que había hecho el convencional Zuviría por la provincia de Salta, ya que ambas tenían, según estos convencionales, ochenta mil habitantes. Zuviría, incluso confesó, que hubiera estado dispuesto a dejar la cuestión para no "embarazar" a la Asamblea⁹². Según deja traslucir esta discusión, los convencionales parecían creer justo asignar a cada provincia, una cantidad de diputados de acuerdo con su población. En definitiva, más allá de las desventajas que suelen observarse para los distritos uninominales⁹³, no parece que exista remedio constitucional para la situación en la que a una provincia le corresponda, sólo un diputado —además, claro, de establecer la base pensando en asignarle dos diputados a la provincia menos poblada y calcular el resto a partir de ella, lo que a los valores del censo de 2010 arrojaría una Cámara de Diputados compuesta por casi quinientos diputados⁹⁴—.

* * *

Art. 47.—

Para la segunda Legislatura deberá realizarse el censo general, y arreglarse a él el número de diputados; pero este censo sólo podrá renovarse cada diez años.

Comentario por Sebastián Guidi

Dado el carácter transitorio del art. 46, el art. 47 establece una regla para determinar la cantidad de diputados de la "segunda Legislatura". Finalmente, el primer censo nacional se realizaría en 1869, bajo la presidencia de Domingo Faustino Sarmiento. Luego, la ley 580, de 1872 realizó el reajuste de diputados correspondiente, que elevó de 50 a 86 la cantidad de miembros de la Cámara a ser electos el año siguiente.

En cuanto al arreglo del número de diputados a los datos poblacionales del censo, el art. 47 no agrega nada a la regla general establecida al final del art. 45.

Hay cierta discusión acerca de la última cláusula del art. 47: ¿qué significa que el censo "sólo podrá renovarse cada diez años"? La lectura más inmediata sugiere que la obligación constitucional se agota con la realización del censo para la segunda Legislatura ("*deberá* realizarse el censo"), mientras que los censos subsiguientes no serían obligatorios ("*este censo podrá* renovarse"). Esta es la lectura de, p. ej., Sagüés y Gelli⁹⁵. Luego, el artículo conservaría vigencia únicamente al prohibir realizar censos a una distancia menor a diez años.

Sin embargo, alguna doctrina constitucional clásica leyó en esta cláusula una obligación de realizar el censo, y realizar el reajuste de diputados correspondiente, cada diez años. Juan González Calderón, p. ej., afirma que el sentido de esta cláusula "no es facultativo, sino imperativo, es decir, que obliga al Congreso a ordenar el levantamiento del censo cada diez años [...]. Otra interpretación sería exageradamente literal, y llevaría a esta absurda conclusión a la que ha llegado el Congreso desgraciadamente: el censo se renovará cuando a los legisladores se les ocurra. Este no puede haber sido el propósito de los constituyentes"⁹⁶. Esta lectura, además, es abonada por el hecho de que la fuente de esta cláusula es el art. I, Segunda Sección, Párrafo 3º de la Constitución de los Estados Unidos, que dispone que "[e]l recuento [de población a los efectos de distribuir los miembros de la Cámara de Representantes], deberá

hacerse efectivamente dentro de los tres años siguientes a la primera sesión del Congreso de los Estados Unidos, y en lo sucesivo cada 10 años, en la forma que dicho cuerpo disponga por medio de una ley"⁹⁷.

Coincidimos con esta opinión. Como se discutió al comentar el art. 45, la proporcionalidad entre la cantidad de habitantes de un distrito, y la cantidad de diputados a los que estos eligen, es fundamental para preservar el principio de "una persona, un voto". Al igual que el mínimo de cinco diputados por provincia, la desactualización del censo es un modo de violar esta proporcionalidad, requerida constitucionalmente. De este modo, la renovación en un tiempo razonable de las cantidades de diputados por distrito (y por lo tanto del censo que es su condición necesaria), es un imperativo constitucional y no, una mera facultad del legislador. Si esto es cierto, la cláusula del art. 47 adquiere un nuevo matiz sin violencia sobre su lenguaje: "sólo" significa "de un solo modo"⁹⁸. Así, que el censo "sólo podrá renovarse cada diez años", ya no significa únicamente que no puede hacerse con mayor frecuencia, sino que tampoco con una menor. "Sólo cada diez años" significa que no puede hacerse cada cinco, pero tampoco cada veinte.

* * *

Art. 48.—

Para ser diputado se requiere haber cumplido la edad de veinticinco años, 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.

Comentario por Sebastián Guidi

El art. 48 enumera taxativamente las condiciones que debe cumplir un ciudadano para ser diputado, al igual que el art. 55 lo hace para el cargo de senador. Las revisamos a continuación.

I. LA EDAD

La Constitución exige 25 años de edad para ser diputado y 30 para ser elegido senador. Este requisito permanece desde la redacción constitucional de 1853, en lo que se siguió a la Constitución de los Estados Unidos (no así al proyecto de Juan Bautista Alberdi, que proponía una

edad mínima de 35 años para los senadores). Estos cinco años de diferencia, más apreciables en el contexto de la esperanza de vida decimonónica, se explican por la intención explícita de hacer del Senado, la "Cámara Alta", una Cámara más selecta y conservadora⁹⁹. Esta diferenciación en la edad de los miembros de una y otra Cámara es idéntica en los Estados Unidos, y similar en otros sistemas bicamerales latinoamericanos como Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, México y Paraguay¹⁰⁰. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en otros países latinoamericanos, la edad promedio de ambas Cámaras en la Argentina es casi la misma¹⁰¹.

II. LA CIUDADANÍA

La Constitución exige tener cuatro años de "ciudadanía en ejercicio" para ser diputado, y "haber sido seis años ciudadano de la Nación" para ser elegido senador¹⁰². Este plazo es algo más exigente que el proyecto de Alberdi (dos y cuatro años, respectivamente), aunque más generoso que la constitución estadounidense (que exige siete y nueve años, respectivamente). La diferencia textual entre ambos artículos — el "haber sido" ciudadano que se exige para ser senador, tomado tanto del proyecto de Alberdi, como de la constitución estadounidense, contra el tener "ciudadanía en ejercicio" exigido para ser diputado— nunca ha sido problematizada por la doctrina, o la jurisprudencia. La Cámara Nacional Electoral ha dejado abierta la posibilidad de que un ciudadano nativo que haya estado ejerciendo una segunda nacionalidad, pueda ser excluido de sus derechos políticos, aunque no ha delimitado el alcance de esta posible exclusión¹⁰³.

En 1912, el Senado aceptó el diploma de un senador nacido en Chile, pero de madre argentina, y que se había naturalizado argentino el año anterior. Según el miembro informante de la comisión respectiva, en el caso se debía considerar que la declaración de ciudadanía era retroactiva, ya que el senador electo había "ejercido actos de ciudadanía", como servir en el gobierno provincial y en la guardia nacional. El diploma fue aceptado por doce votos contra siete. Si bien este tipo de casos hoy es resuelto por la Justicia Electoral antes de llegar al recinto, este ejemplo da la pauta de la flexibilidad con la cual las Cámaras han considerado los requisitos de los arts. 48 y 55¹⁰⁴.

III. NACIMIENTO O RESIDENCIA

La reforma constitucional de 1860 incorporó, tanto para diputados, como para senadores, el requisito de ser natural de la provincia que lo elige o, alternativamente, haber residido en ella los dos años inmediatamente anteriores. Este requisito no se encontraba en el proyecto de Alberdi, ni en la Constitución de 1853, y la constitución estadounidense sólo exige para ambos cargos, ser habitante del estado correspondiente al

momento de la elección. En palabras de los convencionales Mitre y Sarmiento, en 1860, se buscaba evitar la proliferación de *alquilones*, que podían servir de legisladores por una u otra provincia, sin nexo alguno con aquélla por la que eran elegidos. Si bien esta exigencia fue criticada por la doctrina constitucional clásica para el caso de los diputados, por representar estos a la Nación como un todo, y no a sus provincias como los senadores¹⁰⁵, actualmente suele considerarse deseable el vínculo entre los legisladores y sus distritos.

La jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral es consistente en que lo que se requiere es la *residencia* efectiva, que no es equiparable al domicilio —el que, a lo sumo, constituye una presunción *iuris tantum* de residencia—. Sin embargo, el [art. 34](#) de la [ley 23.298](#) dispone que la residencia "podrá ser acreditada por cualquier medio de prueba, excepto la testimonial, siempre que figuren inscriptos en el registro de electores del distrito que corresponda". La Cámara Electoral considera que esto no es un requisito adicional, sino que se trata de una "condición *sine qua non* para admitir la acreditación de la residencia"¹⁰⁶. Sin embargo, esta "condición" no se aplica a quienes son naturales de la provincia, por lo que la Cámara ha admitido que una persona sea candidata por su distrito natal, aunque esté inscripta para votar en uno diferente¹⁰⁷.

La única circunstancia en la que, según la doctrina mayoritaria, la residencia efectiva no se computa a los efectos del cálculo es la del [art. 34](#), CN: el servicio federal, civil o militar, no da residencia en la provincia en que se ejerce salvo, que sea la del domicilio habitual del empleado. Así, p. ej., la residencia en la Quinta Presidencial no da residencia en la Provincia de Buenos Aires, mientras se es presidente de la Nación, pero sí, si se reside en ella por otro motivo¹⁰⁸.

IV. ¿VOLUNTAD DE ASUMIR?

A lo largo de la historia electoral argentina se ha repetido el fenómeno de candidatos que son electos para un puesto que finalmente no asumen, o al que renuncian tempranamente, por permanecer en su cargo anterior, o por haber sido designados simultáneamente para otro cargo incompatible. Sin embargo, en 2009 se dio una curiosa radicalización de este fenómeno: el gobernador de la provincia de Buenos Aires y el Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación se presentaron como candidatos a diputados nacionales anunciando, casi explícitamente, que no asumirían sus bancas, sino que permanecerían en sus cargos, ya que sus candidaturas sólo daban testimonio de su apoyo al partido de gobierno. La prensa las denominó "candidaturas testimoniales".

Ante la impugnación de estas candidaturas, la mayoría de la Cámara Electoral afirmó que "obvio es decirlo, si se configurase un supuesto de lo que vulgarmente se ha dado en llamar candidatura testimonial, esta no

podría ser oficializada", ya que "habría candidatos que no pretenden ser representantes, y por lo tanto no podrían ser oficializados por defraudar al elector"¹⁰⁹. Sin embargo, la mayoría de la Cámara también afirmó que "ninguna declaración... por más actualizada y explícita que fuera... alcanzaría a satisfacer una pretensión de certeza... respecto de las conductas futuras de los candidatos"¹¹⁰. De la lectura del voto de mayoría no queda claro, si existiría algún caso, en el que la testimonialidad de las candidaturas sea tan evidente como para impedir su oficialización.

El juez Dalla Vía, en disidencia, declaró inválidas las candidaturas testimoniales, aplicando un estándar menos exigente que el de la mayoría: mientras que para esta, no parece existir un grado de certidumbre tal que permita invalidar las candidaturas con base en que los cargos no serán asumidos, la disidencia considera suficiente la incertidumbre provocada por las ambiguas declaraciones públicas de los candidatos acerca de su voluntad de asumir, que denotaban su falta de compromiso en hacerlo¹¹¹.

V. ¿CUÁNDO DEBEN REUNIRSE ESTAS CONDICIONES?

Existe una diferencia en el texto de los arts. 48 y 55: mientras que los requisitos que enumera el art. 48 son para "ser diputado", los del art. 55 son para "ser elegido senador". Una interpretación literal de estas normas implica que los requisitos para ser senador deben cumplirse al momento de la elección, mientras aquéllos para ser diputado, deben serlo al momento de la asunción del cargo. Esta interpretación es la que suele hacer la doctrina, aunque ciertos autores consideran irrazonable la distinción, y sostienen que los requisitos para ambos cargos deben reunirse al momento de la aceptación del cargo y no antes¹¹². Sin embargo, no existen precedentes de senadores electos sin contar con los requisitos del art. 55, por lo que carecemos de decisiones judiciales, o parlamentarias que hayan resuelto la cuestión.

En cambio, a lo largo de la historia, la Cámara de Diputados ha resuelto la cuestión de los diputados electos sin contar con la edad de 25 años de modos disímiles: se ha retrasado la aprobación del diploma hasta pasado el vigésimoquinto cumpleaños (caso de Emilio Hardoy, en 1938), se lo ha rechazado (caso de Federico Pinedo, 1919) o incluso, se lo ha admitido a pesar de carecer aún de la edad mínima (caso de Joaquín V. González, en 1886). La jurisprudencia tradicional de la Cámara Electoral exige que los requisitos sean reunidos al momento de la aceptación del diploma por parte de la Cámara, lo que ocurre durante las sesiones preparatorias que tienen lugar, algunos días antes del inicio del respectivo mandato¹¹³. Sin embargo, en el caso de la candidatura del expresidente Néstor Kirchner a diputado por la Provincia de Buenos Aires, la Cámara aceptó que los dos años de residencia en el distrito se cumplieran el preciso día en el que se iniciaría el mandato como diputado¹¹⁴.

Si bien esto no presenta problemas para el caso de la edad mínima, cuya previsibilidad es prácticamente absoluta, sí podría hacerlo para los requisitos de ciudadanía, o residencia (ya que un candidato podría perder la ciudadanía, o cambiar su residencia después de la oficialización de la candidatura, pero antes de la aceptación del diploma). La Cámara Electoral, en estos casos, valida la candidatura, y considera que la Cámara de Diputados puede rechazar el diploma del candidato electo en su rol de juez de la validez de los títulos de sus miembros¹¹⁵.

VI. ¿PUEDEN AGREGARSE NUEVOS REQUISITOS A LOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN?

La Corte Suprema, en el fallo "Bianchi", debió decidir una recusación planteada contra dos de sus miembros por ser parientes entre sí, fundada en que el dec.-[ley 1285/1958](#) establece que los integrantes de un tribunal colegiado no pueden serlo. La Corte entendió que este requisito podría aplicarse a los tribunales inferiores, pero no a la propia Corte, ya que "los requisitos exigidos en los [actuales arts. 55 y 111] no pueden ser alterados por el legislador"¹¹⁶. Sin embargo, parte de la doctrina ha entendido que el Congreso puede agregar nuevos requisitos a los de los arts. 48 y 55 como regulación del requisito genérico de idoneidad como acceso al empleo público¹¹⁷.

La Corte Suprema parecería haber clausurado esta opción, al decidir sobre el caso de la incorporación del represor Antonio Domingo Bussi como diputado. Allí la Corte sostuvo que "[l]a Cámara, como juez, no puede agregar nuevos requerimientos que la Constitución no contempla. Pero aun, cuando se sostuviera que la idoneidad es un requisito para los cargos electivos, no sería la Cámara, sino el Pueblo de la Nación el juez de esa calidad"¹¹⁸. Esta consideración refiere a la Cámara como juez del título de uno de sus miembros, y no al Congreso como órgano encargado de dictar normas de carácter legislativo con carácter general, lo que plantea una cuestión diferente. En el caso de Bussi, la Corte estaba decidiendo sobre un diputado que ya había sido electo de acuerdo con las normas vigentes, y rechazado por la Cámara al momento de su incorporación. En el hipotético caso de una norma que agregara nuevos requisitos para la elección, como diputado o senador, el Congreso estaría excluyendo la posibilidad de la elección de determinados ciudadanos antes de que el pueblo pueda expresarse sobre ellos. Sin embargo, aun en este caso, el Congreso estaría remplazando al pueblo en la evaluación de qué es lo que vuelve a un candidato idóneo para ocupar el cargo de diputado o senador, lo que parecería contrariar esta consideración de la Corte¹¹⁹.

El Código Electoral y otras normas de rango legal establecen ciertas inhabilidades para ser candidato a legislador nacional, tales como las condenas de inhabilitación para ejercer cargos públicos, el ser sordomudo

sin saber expresarse por escrito, etc. La validez de estas disposiciones, como de toda restricción de un derecho constitucional, está sujeta a su razonabilidad, pero no despierta cuestionamientos a la luz de los arts. 48 y 55. En cualquier caso, estas inhabilidades deben cumplir con lo dispuesto por el art. 23, apart. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece taxativamente los criterios que pueden ser utilizados para restringir el derecho a ser elegido¹²⁰.

* * *

Art. 49.—

Por esta vez las Legislaturas de las provincias reglarán los medios de hacer efectiva la elección directa de los diputados de la Nación: para lo sucesivo el Congreso expedirá una ley general.

Comentario por Sebastián Guidi

Este artículo establece que la competencia en materia electoral para la Cámara de Diputados pertenece al Congreso Nacional. En este punto, la Constitución argentina se apartó de su par estadounidense, para la cual cada Estado decide sobre los modos de elección de los representantes que envía al Congreso. En la actualidad, la "ley general" del art. 49 está representada por el Código Electoral nacional.

Según lo dispuesto por el art. 77, la normativa electoral debe ser aprobada por la mayoría absoluta de los miembros totales de cada Cámara del Congreso. A los efectos de esta mayoría, lo relevante no es la ubicación de la norma en el Código Electoral, sino su carácter materialmente electoral: el Código Electoral puede contener normas no electorales en sentido estricto (como, p. ej., los delitos electorales, que constituyen materia penal), así como existen numerosas normas de carácter electoral en leyes especiales (como, p. ej., la ley 26.571, conocida como "Ley de Democratización de la Representación Política, la Transparencia y la Equidad Electoral").

El art. 49 posee, asimismo, una cláusula transitoria que permitía a las provincias disponer los mecanismos de elección para la primera legislatura, ante la ausencia de una norma federal y de un Congreso que la dictara.

Art. 50.—

Los diputados durarán en su representación por 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.

Comentario por Sebastián Guidi

Este artículo fija la duración del mandato y modo de renovación de la Cámara de Diputados. En este punto, la Constitución nacional se apartó de su par estadounidense, en la que los representantes duran dos años en sus bancas, que se renuevan de modo total al fin del mandato. Se siguió, en cambio, el modelo establecido en los precedentes de la Constitución de 1819 (art. VI), y de la Constitución de 1826 (art. 16)¹²¹.

La renovación parcial de la Cámara Baja es un mecanismo más bien inusual en el derecho constitucional comparado, ya que las cámaras de representantes suelen renovarse de manera total después de cada elección, sea que estas sean frecuentes (como en los Estados Unidos, en las que el mandato de todos los diputados dura dos años), o más espaciadas (como en Bolivia, Paraguay y Uruguay, países en los que la totalidad de la Cámara se elige conjuntamente por un período de cinco años). De hecho, la Argentina es el único país del continente con renovación parcial de su Cámara Baja¹²², y es difícil encontrar ejemplos a nivel mundial¹²³.

Se ha observado que la renovación parcial presenta la ventaja de sustraer a la mitad de la Cámara de la contienda electoral durante cuatro años, lo que permite a sus miembros despegarse de la coyuntura en la persecución de su agenda de más largo plazo¹²⁴. Sin embargo, también presenta complicaciones políticas. El presidente entrante debe convivir durante dos años con una Cámara cuya mitad fue elegida antes que él, muchas veces en un contexto político diferente¹²⁵. Al mismo tiempo, los ganadores de la elección parlamentaria de medio término pueden ver diluida su victoria al entrar a la Cámara junto con la mitad que permanece de la elección anterior, amortiguando los efectos de la victoria, y llevando a disputas acerca de la legitimidad popular de distintos bloques.

Por último, es plausible que la renovación parcial tenga consecuencias sobre el sistema de partidos políticos: cuantos más cargos se eligen por distrito, más fiel resulta la proporcionalidad entre cantidad de votos y bancas¹²⁶. Con el sistema vigente, cada provincia elige solo la mitad de los diputados que le corresponden en cada elección. Así, provincias que eligen dos o tres diputados por turno, tienden a estar representadas por solo uno o dos partidos políticos. Con una renovación total de la Cámara, estos distritos pasarían a elegir el mínimo legal de cinco diputados, permitiendo a partidos minoritarios competir de manera realista por una banca — y a sus electores votarlos con la expectativa de que sean electos—.

* * *

Art. 51.—

En caso de vacante, el Gobierno de provincia, o de la Capital, hace proceder a elección legal de un nuevo miembro.

Comentario por Sebastián Guidi

Para el caso en el que se produzca una vacante en el cargo de diputado nacional, el [art. 51](#), CN prevé que "el Gobierno de provincia, o de la Capital, hace proceder a elección legal de un nuevo miembro". Similar terminología utiliza el art. 62 para el caso de vacante del cargo de senador nacional, agregando el adverbio "inmediatamente". Ambos artículos permanecen como se los redactó en 1853/60. De hecho, la adición de que la elección debe ser realizada "inmediatamente" en el caso de los senadores, presumiblemente responda a que era más fácil que la legislatura provincial eligiera a un nuevo senador, a que se organizaran comicios en toda la provincia.

Sin embargo, esta disposición nunca se aplicó en la práctica: desde 1854 se dispuso la elección de suplentes para cubrir las bancas vacantes de diputados. Actualmente, ambas categorías de legisladores se eligen junto con determinada cantidad de suplentes, que son llamados para cubrir las vacantes que se vayan produciendo por el orden de su aparición en la lista¹²⁷. De hecho, incluso la cláusula transitoria cuarta, que rigió la elección del tercer senador hasta 2001, año en el que se renovaba totalmente el

Senado por el voto popular, preveía la elección de un suplente por parte de las legislaturas provinciales.

Es una pregunta recurrente la de la constitucionalidad de este régimen de suplentes. La doctrina constitucional se ha dividido, entre quienes consideran al régimen de suplentes inevitablemente inconstitucional, y quienes tratan de salvar su constitucionalidad de algún modo.

Entre los primeros se cuenta Bidart Campos, quien considera inconstitucional "todo sistema legal (...) que obliga a elegir suplentes para remplazar a los titulares"¹²⁸. Esta opinión goza de cierta extensión en la doctrina¹²⁹.

En cambio, los argumentos usualmente utilizados para fundar la validez del sistema de los suplentes suelen acudir al originalismo, fundado en que algunos de los propios constituyentes de 1853 fueron los que sancionaron en 1854 la ley 7 de la Confederación Argentina, que fue la primera en establecer un régimen de senadores suplentes¹³⁰. Otra línea de argumentación es la de Gelli, quien a pesar de reconocer que el sistema de suplentes, sin duda, contraría la norma constitucional, afirma que "extremando la hermenéutica" podría interpretarse que estas disposiciones constitucionales deben leerse como obligando la realización de la nueva elección, cuando se agoten tanto los titulares como los suplentes¹³¹. Esta parece ser la interpretación del Código Electoral, que dispone que los arts. 51 y 62 serán de aplicación una vez agotada la lista de suplentes del sexo que produjo la vacante¹³².

Por nuestra parte, creemos que las propias elecciones producidas por la vacancia serían, paradójicamente, difíciles de conciliar con el propio sistema constitucional. Piénsese en la elección de senadores. Como se analizó, el art. 54 dispone que correspondan "dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante, al partido político que le siga en número de votos". La elección especial para cubrir la banca vacante no podría garantizar la composición del Senado de acuerdo con este esquema. Por ejemplo, ante la ausencia del senador por la minoría, una nueva elección podría verosímilmente arrojar como tercer senador a un miembro del partido de la mayoría, quedando la provincia en cuestión, con tres senadores del mismo partido político.

En el caso de los diputados, en cambio, la nueva elección podría violar la proporcionalidad que creemos que es exigida por el principio de voto igual: p. ej., ante la muerte de un diputado por un partido minoritario, la nueva elección probablemente arrojaría como resultado que un nuevo diputado engrosara la bancada de la mayoría, dejando a los votantes del partido minoritario sin la representación parlamentaria que, incluso aritméticamente, les corresponde.

Esto no implica que los arts. 51 y 62 sean inconstitucionales, o estén obsoletos, sino que debe privilegiarse una interpretación que haga su aplicación verdaderamente excepcional, como lo hace el Código Electoral.

En ambos casos, la explicación de la elección por vacancia puede estar dada por circunstancias históricas. En el caso de los senadores, todos ellos, salvo los de la Capital, eran elegidos por las legislaturas provinciales, por lo que tenía sentido que la propia legislatura eligiera el reemplazo para la banca vacante. En el caso de los diputados, sólo puede explicarse la elección de las elecciones especiales por la inspiración norteamericana de nuestro diseño constitucional: sólo en un sistema de circunscripciones uninominales, tiene sentido que el cuerpo electoral elija cubrir las vacantes en el momento que ellas se producen.

* * *

Art. 52.—

A la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas.

Comentario por Sebastián Guidi

Al igual que lo hacía el art. 44 de la Constitución de 1853/60, el actual art. 52 establece que "a la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas". Esta cláusula se inspiró en la llamada "Origination Clause" de la Constitución de los Estados Unidos, que dispone que todo proyecto que genere ingresos (*revenue*) debe originarse en la Cámara de Representantes¹³³. El sentido original de esta cláusula se vincula con la distinta naturaleza de la representación de ambas Cámaras: mientras los senadores representaban a las provincias, y eran elegidos por las legislaturas provinciales, los diputados representaban globalmente al pueblo de la Nación. Así, tenía sentido dar a estos últimos, una potestad superior sobre las exacciones que la sociedad exigiría a sus miembros. En la redacción de la Constitución de 1949 esta cláusula fue eliminada, ya aquella reforma dispuso, como la de 1994, la elección directa de los senadores. Sin embargo, en 1994 se optó explícitamente por mantener la cláusula, considerando que, a pesar de la elección popular de los

senadores, la de diputados continúa siendo la Cámara con una mayor representatividad popular.

Esta cláusula ha sido generalmente interpretada en el sentido de que la Cámara de Diputados, debe ser la cámara de inicio en estas cuestiones¹³⁴ (lo que, según el art. 81, tiene consecuencias en caso de desacuerdo entre ambas Cámaras). La práctica constitucional argentina lo ha entendido así. De hecho, una buena parte de las leyes tributarias argentinas han tenido origen en proyectos del Poder Ejecutivo enviados a la Cámara de Diputados, sin que haya habido ninguna objeción durante los debates parlamentarios¹³⁵.

Se han suscitado conflictos en casos, en que una misma ley, presenta sólo algunas cláusulas en alguna de las materias que tienen origen obligado en una de las Cámaras. El caso más frecuente es el de leyes que regulan una materia específica, y contienen entre sus cláusulas, alguna previsión tributaria¹³⁶. Así, p. ej., en el precedente "Petrus" de 1948, se discutía la consideración de un impuesto que había sido incluido en una reforma al Código de Minería, que había tenido por cámara de origen el Senado. La CS, si bien rechazó en general entender en el proceso de formación y sanción de leyes (doctrina que ha sido atemperada luego), agregó que "la citada ley no puede definirse como de carácter impositivo desde que, por ser modificatorias del Cód. de Minería, forma parte del mismo"¹³⁷. La Corte Suprema de los Estados Unidos sostiene un criterio similar, distinguiendo en cada ocasión, si la ley en cuestión tiene por objeto proveer ingresos al Estado, o ello, es una consecuencia incidental¹³⁸.

* * *

Art. 53.—

Sólo ella 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 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 dos terceras partes de sus miembros presentes.

El juicio público es un procedimiento excepcional para destituir a funcionarios públicos o magistrados por las causales de mal desempeño, comisión de delitos en ejercicio de sus funciones o delitos comunes. El objetivo es la protección del interés público ante el abuso de poder o la carencia de idoneidad de aquellos empleados con trascendentes misiones de gobierno.

Es un mecanismo de control por parte de los órganos políticos. En términos de Guillermo O'Donnell¹³⁹, es un mecanismo de *accountability horizontal*, es decir, acciones estatales para prevenir, reparar y castigar actos inapropiados de un funcionario o una institución estatal.

Es un juicio de responsabilidad, por lo tanto, su fundamento se encuentra en el sistema republicano de gobierno.

A su vez, es un mecanismo de rendición de cuentas, puesto que existe un requerimiento al funcionario acusado para que informe a los representados sobre el uso que ha hecho del poder. De este modo, fortalece la relación entre mandato y responsabilidad otorgando la posibilidad de conocer las decisiones adoptadas e incluso supervisar el manejo de los recursos públicos por los representantes. Y permite una depuración con la exclusión de los funcionarios no aptos para ejercer su mandato. La eficacia de este juicio permitirá aumentar la legitimidad de los gobernantes por un mayor consenso en la población, y así poder superar el desprestigio y la falta de credibilidad hacia los mandatarios en el ejercicio de la gestión pública.

Asimismo, en concordancia con el principio de publicidad de los actos de gobierno, permite el control ciudadano, su acercamiento y la efectividad de los derechos. Este resorte institucional da un marco de transparencia que permite el conocimiento, el disenso, el debate y la valoración ciudadana que favorecen el desarrollo de una sociedad democrática.

La característica de ser un juicio público refuerza la participación de la sociedad en el control político, tanto en el desempeño del funcionario como en la regularidad del proceso de destitución y de la oportunidad de defensa del acusado.

Es decir, el juicio político permite al pueblo realizar un doble control sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el funcionario o magistrado en virtud de su cargo y, a su vez, evaluar la responsabilidad del órgano de control en relación con la eficiencia en su deber de fiscalización.

Varios son los aspectos a considerar al realizar un abordaje del juicio público: sus antecedentes, el procedimiento, sus causales y efectos, la

distinción entre el juicio político y el desafuero, el caso de renuncia del funcionario previa a la sentencia y la revisión judicial.

I. ANTECEDENTES

El instituto del *impeachment*, de origen inglés, operaba como una suerte de jurisdicción parlamentaria. La Cámara de los Comunes tenía la facultad de acusar a los ministros y funcionarios del reino ante la Cámara de los Lores, que podía destituir al funcionario. El Parlamento tenía una amplia jurisdicción para acusar, juzgar y sentenciar. La facultad de los Lores era muy extensa, sin penas fijas realizaban una interpretación amplia del delito de alta traición y hasta llegaron a considerar reprochable la reunión tumultuosa de más de doce personas. Podían aplicar la pena de prisión, el destierro, la confiscación de bienes y hasta imponer la pena de muerte. Este procedimiento judicial no se limitaba a las personas de la administración pública, sino que también se condenaba a cualquier súbdito del reino.

El Parlamento británico ejerce el poder constituyente. Por ello, se dice que *"el poder y la jurisdicción del Parlamento son tan grandes y tan trascendentales y absolutos, que no se considera tener límites en cuanto a causa alguna ni persona"*¹⁴⁰.

Nuestra legislación tiene su antecedente en la Constitución de los Estados Unidos de América, la cual realizó una adaptación del *impeachment* inglés.

El artículo II, sección IV de su texto sostiene: "El presidente, el vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos serán destituidos de sus cargos por traición, cohecho y otros delitos graves y menores". Los legisladores, luego, fueron excluidos por contar con su propio régimen para separar a sus miembros. Se interpretó que los jueces federales se encontraron comprendidos en la cláusula constitucional.

La acusación la realiza la Cámara de Representantes que nombra una Comisión a fin de determinar los cargos. El Senado posee el derecho exclusivo de juzgar sobre acusaciones por responsabilidades oficiales. Las causales para este juicio están determinadas: soborno, comisión de delitos, traición e inconductas o faltas graves. Es un procedimiento político circunscripto a delitos e infracciones políticas.

El alcance de la sentencia se limita a la destitución del acusado y su inhabilitación para desempeñar otros cargos públicos. El condenado, ante la comisión de delitos, queda sujeto a ser juzgado por los órganos judiciales ordinarios.

Al comparar los dos sistemas, en un sistema parlamentario como el de Inglaterra, ningún órgano político podía evaluar la responsabilidad del rey ("*El rey jamás puede obrar mal*"). En cambio, en el sistema presidencialista de Estados Unidos no existe inmunidad presidencial.

Nuestro país adopta el modelo estadounidense. La responsabilidad del presidente es categórica: es jefe supremo de la nación, jefe de gobierno y responsable político de la administración. En nuestra regulación, el juicio político, como señala José Manuel Estrada, es un juicio que "versa sobre la capacidad del funcionario", con el solo objetivo de "averiguar si un empleado es o no hábil para continuar en el desempeño de sus funciones", y destaca que "no es un fuero especial: es solo una garantía de buen gobierno, establecida para defender el principio de autoridad" (cfr. *Curso de derecho constitucional*, Ecyla, 1927, t. III, ps. 252, 256, 257).

Uno de los motivos por los cuales se limita el alcance del fallo del Congreso de la Nación es que la aplicación de penas por parte del Senado, en caso de ilícito penal, podía provocar situaciones de impunidad al impedir la intervención judicial ante una absolución política a causa del principio *non bis in idem*¹⁴¹.

En el mismo sentido, Eduardo Laboulaye, comparando la Constitución estadounidense con la francesa, considera acertada la decisión de la primera al separar las funciones del Senado como juez del juicio político, limitado a destituir al funcionario, y la de los tribunales ordinarios al juzgar delitos¹⁴².

Es decir, los estadounidenses crean un sistema mixto. A la destitución administrativa se le otorga garantías del juicio político y no incorpora los grandes rigores. Un acto administrativo al que se le dio la solemnidad de una sentencia. Este modelo es el adoptado en nuestra legislación. El fallo del Senado es judicial por su forma y administrativo por su objeto¹⁴³.

II. PROCEDIMIENTO

El juicio político se encuentra regulado en los arts. 53, 59 y 60 de nuestra CN.

El procedimiento para determinar la responsabilidad de los funcionarios de más alta jerarquía (presidente, vicepresidente, jefe de gabinete de ministros, ministros del Poder Ejecutivo y miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) se desarrolla ante los órganos legislativos.

El Reglamento de la Comisión de Juicio político de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación dispone que la Comisión analiza las condiciones objetivas y subjetivas de la denuncia o solicitud de juicio político. Si en ella surgen indicios ciertos y semiplena prueba, se procede

a sustanciar el sumario durante la instancia de prueba. Finalizada la investigación, si se hace lugar al pedido, se votará en el plenario de la Cámara. Rechazada la acusación, no puede por los mismos hechos iniciar otro procedimiento acusatorio respetando el principio *non bis in idem*.

La segunda etapa es el procedimiento ante la Honorable Cámara de Senadores constituido en tribunal y con la Cámara de Diputados constituida en fiscal. La prueba se sustancia en audiencias públicas diarias. Luego de los alegatos, el tribunal delibera en forma secreta para determinar si los cargos que se le imputan al funcionario son ciertos o no. En sesión pública solo se limitarán a contestar por la afirmativa o negativa.

III. CAUSALES

Las causas que generan el procedimiento de juicio político son taxativas:

Delito en el ejercicio de sus funciones (por ejemplo, delitos contra la administración pública), crímenes comunes y mal desempeño. Al ser un procedimiento de carácter político, un delito puede ser causal de remoción, a pesar de que la acción penal se encuentre prescripta.

Mal desempeño:

Entendida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Nicosia"¹⁴⁴, como la ausencia de las condiciones necesarias para desempeñar el cargo en las circunstancias que los poderes públicos lo exigen.

En otro fallo, nuestro Máximo Tribunal determinó como mal desempeño los actos de funcionarios que perjudiquen el servicio público, deshonren al país o la investidura pública e impidan el ejercicio de derechos y garantías constitucionales¹⁴⁵.

Vale destacar que las causales de destitución por mala conducta no requieren la comisión de un delito, basta la falta de condiciones para ocupar un cargo o el incumplimiento de los deberes a su cargo.

Asimismo, en el Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del 13 de marzo de 1991 se describen como supuestos de mal desempeño los actos que violan la Constitución y las leyes de la nación, el abuso de las facultades que se poseen para lograr fines indebidos y los actos irregulares que causan perjuicio. Con una salvedad muy importante: los actos deben ser habituales y reiterados.

Por lo tanto, el mal desempeño es un concepto jurídico amplio. No obstante, las causales de remoción deben ser conductas determinadas,

probadas y deben evidenciar la afectación de la comunidad, es decir, la gravedad institucional.

Para Gelli y Sancinetti¹⁴⁶, el mal desempeño posee una diferente especificidad según sea un magistrado judicial o un funcionario político.

El presidente, el vicepresidente, el jefe de gabinete y los ministros del Poder Ejecutivo son objeto de una valoración político-institucional apartidaria, en virtud de la trascendencia de sus actos en la confianza pública o en el bienestar general.

En cambio, los miembros de la Corte Suprema, por el principio de independencia e imparcialidad en la administración de justicia —y también por la causal autónoma de remoción de jueces por mala conducta (art. 110, CN)—, exigen un criterio más estricto de interpretación de mal desempeño. No constituiría una causa de juicio político la interpretación del derecho que realizan al dictar sus sentencias, salvo que demuestren un patrón de ineptitud moral e intelectual para ocupar su cargo¹⁴⁷.

IV. EFECTOS

Las consecuencias de la declaración de culpabilidad por parte del Senado son la destitución del funcionario o magistrado, quien también puede ser inhabilitado para ocupar cargos públicos. Si los hechos configuran un delito, será juzgado por los tribunales competentes.

4.1. Inhabilitación

En el análisis realizado por el Dr. Zaffaroni, en el citado fallo "Maza" critica la facultad del Senado de imponer la pena de inhabilitación al destituido por juicio político. Al analizar el derecho estadounidense que ha sido fuente de nuestra regulación, destaca que el fallo del Senado consistirá en la remoción del empleo y en la inhabilitación para ocupar puestos de honor, confianza o provecho en los Estados Unidos; la parte convicta será, no obstante, responsable y sujeta a acusación, juicio y castigo, según la ley. Considera la inhabilitación impuesta por el Senado un vestigio del poder monárquico británico, al debilitar la separación entre la competencia política del Senado y la jurisdiccional del Poder Judicial.

Zaffaroni resalta que Juan Bautista Alberdi, en el art. 59 de su proyecto, no incluía la pena de inhabilitación y consideró que su fallo no tenía más efecto que la remoción del acusado. La justicia ordinaria conoce del resto.

En el mismo orden, agrega que las penas infamantes —como la muerte civil— han desaparecido por completo del derecho contemporáneo y son incompatibles con los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional.

Afirma que la inhabilitación es una pena que puede generar efectos más graves que las previstas en una ley penal. Por ejemplo, no puede ser conmutada ni indultada por el Poder Ejecutivo y, por su extensión y perpetuidad, impide ocupar cualquier empleo público. Puede, además, afectar los beneficios previsionales ya que es una sanción económica próxima a la muerte civil y cercana a la confiscación de bienes.

Destaca que la Constitución Nacional incurre en una contradicción al permitir imponer esta pena por conductas que no constituyen delito, ya sea porque son casos de mal desempeño o actos que serán delitos cuando un juez lo determine.

Desde la inclusión de los tratados internacionales de derechos humanos, el juicio debe mantenerse como puro juicio político y la pena de inhabilitación no puede ser ya impuesta por el Senado.

Esta opinión del Dr. Zaffaroni no ha sido adoptada por la mayoría de la Corte, que ha sostenido que la inhabilitación por tiempo determinado es una medida adecuada a las exigencias de buen funcionamiento de los poderes públicos y acorde a las responsabilidades que el cargo supone¹⁴⁸.

La defensa del interés público es el objetivo del juicio político. Así pues, conforme la gravedad del hecho, si un funcionario o magistrado demuestra la falta de idoneidad moral o técnica para desempeñar su función, imposibilitarlo en ejercer cargos públicos temporalmente es una medida razonable. Siempre conserva la posibilidad de ejercer su profesión en el ámbito privado. De una evaluación sobre la aptitud del empleado para la gestión pública surge la necesidad de inhabilitarlo para proteger los intereses públicos y afianzar las instituciones democráticas.

V. DISTINCIÓN ENTRE EL JUICIO POLÍTICO Y EL DESAFUERO

Mientras se desarrolle el juicio político no podrá iniciarse ningún proceso penal sobre los hechos materia de acusación hasta que el Senado ordene la destitución. La imposibilidad de someter al funcionario a una acción penal no debe interpretarse como un privilegio o inmunidad penal del funcionario sino que consiste en un resguardo para el procedimiento.

En cambio, el desafuero es una inmunidad que impide la afectación de la libertad personal del legislador por una orden de arresto o prisión, no obstante los magistrados pueden investigar los hechos iniciando acciones penales. El arresto solo podrá realizarse con el allanamiento del privilegio mediante la suspensión ordenada por la cámara del legislador acusado puesto a disposición del juez competente¹⁴⁹.

VI. RENUNCIA DEL FUNCIONARIO PREVIA A LA SENTENCIA DEL SENADO

Existen dos posturas alrededor de esta cuestión. Quienes consideran que el objetivo del juicio político es sanear al Estado al separar a los funcionarios no aptos para cumplir sus deberes y, en consecuencia, la renuncia torna abstracta la declaración del Senado. En otras palabras, carecería de sentido continuar con un proceso de remoción si el funcionario o magistrado se ha alejado del cargo voluntariamente y no imposibilita la investigación de delitos en sede judicial.

Sin embargo, la posición contraria considera que no es oponible la renuncia del acusado para obstruir el desarrollo del juicio político.

La Corte Suprema tuvo la oportunidad de expedirse sobre este tema en el caso "Lona"¹⁵⁰. Describe la denuncia como un acto complejo, con dos extremos convergentes: la voluntad de quien renuncia y la manifestación del aceptante. Para la perfección del acto de renuncia es necesaria la aceptación en tiempo prudente o su rechazo. La renuncia no produce el cese en el cargo.

Bidart Campos afirma que aceptar la renuncia del funcionario o magistrado significa la decisión de bloquear un procedimiento constitucional que posee el objetivo de una declaración expresa sobre la responsabilidad de un representante en el ejercicio de sus deberes¹⁵¹.

En este sentido, dar validez a la renuncia para obstruir el juicio político restringe el derecho a la verdad de la población, a la cual se le impide conocer los actos contrarios al interés público que haya realizado el juez o funcionario.

VII. REVISIÓN JUDICIAL

La revisión judicial del procedimiento ha sido interpretada por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Nicosia"¹⁵². Allí sostuvo que no son materia de revisión judicial las causales de destitución o la apreciación de los hechos investigados por ser competencia exclusiva del Senado. En cambio, el cumplimiento de las formas y condiciones del enjuiciamiento de acuerdo con las normas constitucionales puede ser materia de intervención judicial.

Es decir, el Senado debe respetar los estándares de procedimiento: los principios de debido proceso e inviolabilidad del derecho de defensa en juicio sin exigir un apego estricto a las formas, porque por su naturaleza política no se identifica a un tribunal judicial.

El principio es el carácter no justiciable de la decisión sobre el fondo del juicio político, por lo tanto, los jueces intervendrán en los casos que, de forma inequívoca, violen gravemente las reglas del debido proceso y sean relevantes para modificar la suerte de la causa.

Un alcance más amplio desvirtúa el control del Congreso para fiscalizar el accionar de la Corte Suprema si ella tiene la facultad de tomar la última decisión. El Senado es el *último* juez del juicio político y no se encuentra autorizado para delegar esta competencia en otro poder mediante una interpretación extensiva del control de constitucionalidad.

En conclusión, en el tercer considerando de la causa "Nicosia", el Máximo Tribunal sostuvo: "se trata de un juicio de responsabilidad política con sujeción a las reglas del debido proceso legal, lo que equivale a decir que en lo sustancial el juicio es político, pero en lo formal se trata de un proceso orientado a administrar justicia, es decir, a dar a cada uno su derecho, sea a la acusación en cuanto le asista el de obtener la remoción del magistrado, sea a este, en cuanto le asista el de permanecer en sus funciones". Es un juicio de responsabilidad sujeto a garantías judiciales.

Vale aclarar que la Corte adopta la doctrina de la Corte Interamericana¹⁵³ al expedirse en un caso de juicio político en el cual determina que el debido proceso exige una decisión realmente fundada en derecho y no aparente. En relación con la revisión judicial, destacó que el respeto de división de poderes no implica infringir la supremacía constitucional en todo acto de gobierno¹⁵⁴.

VIII. CONCLUSIÓN

No se debe evaluar la eficiencia del juicio político de manera aislada al resquebrajamiento de las instituciones. En un contexto de descrédito de los gobernantes que conlleve una apatía política generalizada, se deben ponderar los mecanismos de control.

Con el objeto de afianzar la relación entre representantes y representados, la participación de la ciudadanía es fundamental. Una deliberación pública debe remplazar el monólogo o silencio de las cámaras del Congreso en todas las instancias del proceso de juicio político.

La opinión pública como expresión de un consenso social y político que emana de diversos actores y espacios tiene la potencialidad de encauzar o desterrar gobiernos. Tanto a los funcionarios que defraudaron la confianza ciudadana en el ejercicio de sus funciones como a quienes deciden proteger a los funcionarios omitiendo su deber de fiscalizar.

La ciudadanía tiene el derecho a conocer la veracidad de los hechos y la determinación de la responsabilidad de los gobernantes, así como la eventual condena a los autores de delitos en el ejercicio de sus funciones, para consolidar el orden democrático.

Vicente Gallo, en el año 1897, luego de realizar un análisis sobre los antecedentes estadounidenses, consideró al juicio político una

herramienta útil. Las exigencias partidistas ceden ante el deber público y el sentimiento de responsabilidad, no es un instrumento de odios ni lucha sino una garantía de buena y honrada administración. Y sostiene:¹⁵⁵"El juicio político ha fallado (...) porque no hemos tenido parlamentos como los de Inglaterra, sustraídos por completo a la acción y al predominio del poder ejecutivo, investidos con la genuina representación popular, e influenciados por las fecundas energías moralizadoras de una opinión nacional altiva, vigilante, celosa de sus derechos y del cumplimiento fiel de los deberes de sus gobernantes. Ni el congreso se ha movido, como debiera, por acción propia y espontanea, buscando la regularización, más la moralización administrativa (...); ni la opinión pública ha provocado esa misma acción con el eco vigoroso de sus quejas y la expresión concreta de sus agravios. Apenas murmuraciones, protestas, una que otra voz más alta; pero nunca un movimiento de opinión prestigiado por la prensa, autorizado por nombres respetables y fundado en hechos concretamente expuestos, ha llevado ante el congreso su solicitud de acusación y juicio contra un funcionario culpable o contra un juez prevaricador".

* * *

CAPÍTULO SEGUNDO - DEL SENADO

Art. 54.—

El Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos. Cada senador tendrá un voto.

Comentario por Sebastián Guidi

I. REPRESENTACIÓN DE LOS SENADORES

A diferencia de los diputados, que representan globalmente al pueblo de la Nación, los senadores representan a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires, como entidades políticas preexistentes a la Nación¹⁵⁶. La doctrina suele observar que esta diferente representación se evidencia en el hecho de que, los veinticuatro distritos tienen una representación igualitaria en el Senado, a diferencia de lo que ocurre en la Cámara de Diputados¹⁵⁷. Sin embargo, la representación igualitaria no es necesaria en un régimen federal: en Alemania, p. ej., los *Länder* tienen una representación que guarda cierta proporcionalidad con su población. Resulta más elocuente, el hecho de que, en caso de traslado de la Capital Federal, la Ciudad de Buenos Aires conservaría sus senadores, mientras que el nuevo territorio declarado como capital, no adquiriría representación en el Senado. De hecho, dado que el territorio de la Capital Federal no se encontraría dentro de ninguna provincia, ya que sería territorio cedido al Estado nacional (art. 3º, CN), los habitantes de la nueva Capital Federal no elegirían senadores¹⁵⁸. Este hecho, además de ilustrar la naturaleza de la representación senatorial, muestra que el Senado no está pensado como una institución democrática: la Constitución misma dispone que los habitantes de una hipotética capital federal trasladada no tengan ninguna representación en el Senado.

Sin embargo, esta representación de los entes políticos como tales, en lugar de sus habitantes, no posee mayores implicancias prácticas, especialmente dada la elección directa de los senadores. Cada senador vota individualmente, en lugar de agruparse los votos por distrito para producir un voto por provincia. Si bien, algunas constituciones provinciales conservan cláusulas que habilitan sus legislaturas a conferir instrucciones a sus senadores¹⁵⁹, o establecen requisitos de elegibilidad no incluidos en la Constitución Nacional¹⁶⁰, estas instrucciones, o requisitos son constitucionalmente inválidos, más allá de su valor político¹⁶¹.

II. ELECCIÓN DE LOS SENADORES

Salvo durante la breve vigencia de la Constitución de 1949, y de la llamada reforma provisoria promulgada por el presidente *de facto* Lanusse en 1972, antes de la última reforma constitucional, los senadores eran elegidos "a simple pluralidad de sufragios" por la legislatura de cada provincia —con excepción de la Capital Federal, en la que se elegían por el voto popular.

En 1994 se estableció la elección directa para los senadores, la que comenzó a practicarse en 2001, tras la vigencia de un régimen transitorio establecido por la cuarta cláusula transitoria. Actualmente, el [art. 54](#), CN establece el régimen de elección de los senadores del siguiente modo: "se compondrá de tres senadores por cada provincia, y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor

número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos".

La elección por los "partidos" que obtienen más votos, y no por los candidatos que lo hacen, dio lugar a un notable conflicto en la elección a senadores nacionales de 2001 en la Ciudad de Buenos Aires. En aquella oportunidad, el candidato Alfredo Bravo había obtenido el segundo lugar en cantidad de votos, pero lo había hecho a través de dos listas patrocinadas por partidos diferentes. El candidato Gustavo Béliz había obtenido menos votos que Bravo, pero más que cualquiera de sus dos listas individualmente consideradas. La alianza que postuló a Béliz, impugnó la proclamación de Bravo como senador electo. La Corte Suprema, integrada por conjueces y en una decisión de cinco contra cuatro, confirmó la decisión de la Cámara Electoral y proclamó a Béliz como senador electo¹⁶². Para esto, ambos tribunales realizaron una interpretación literal de la norma y ponderaron la importancia asignada a los partidos políticos por la Constitución Nacional reformada en 1994. Por nuestra parte, consideramos que la solución dada por la Corte ni siquiera puede justificarse mediante una interpretación literal del art. 54 —ya que Béliz mismo no fue electo por un "partido", sino por una "alianza"¹⁶³—. Es decir, la Corte consideró que las "alianzas" presentadas como tales en las elecciones son "partidos" en los términos del [art. 54](#), CN, pero las listas idénticas (a pesar de revelar la voluntad de distintos partidos de confluir en determinada candidatura), no lo serían.

En la actualidad, las listas idénticas están prohibidas por el art. 60 del Código Nacional Electoral, por lo que esta discusión pierde valor práctico¹⁶⁴.

* * *

Art. 55.—

Son requisitos para ser elegido senador: tener la edad de treinta años, haber sido seis años ciudadano de la Nación, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella.

Comentario por Sebastián Guidi

El art. 55 establece los requisitos para ser senador nacional. Los requisitos relativos a la edad, nacionalidad y residencia son similares a aquellos para ser elegido diputado nacional, por lo que se remite al comentario al art. 49, en el que también se tratan las cuestiones relativas a la constitucionalidad de requisitos adicionales impuestos por la ley, y el momento en el que estos requisitos deben cumplirse.

La particularidad de los requisitos para ser senador consiste en la exigencia de una renta anual de "dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente", sin que haya análogo requisito para la elección de diputados. El proyecto de Alberdi exigía también el goce de cierta renta anual a los diputados (la mitad que para los senadores), mientras que la Constitución de los Estados Unidos no lo exige para ningún cargo.

Al igual que la diferencia en la edad mínima para ambos cargos, el requisito de una renta anual para el cargo de senador responde a una intención aristocratizante sobre el Senado. Esto es claro, en el debate de la Convención de 1853, en la cual, ante las objeciones de otros convencionales, el convencional Gorostiaga explicó que "en el sistema representativo el Senado [es] un cuerpo moderador de las exigencias ardorosas del Pueblo que [están] representadas en la Cámara de Diputados"¹⁶⁵. Este artículo fue aprobado por una estrecha mayoría. Mientras algunos convencionales votaron en contra por no incluirse el requisito de profesar el culto católico, otros manifestaron que la renta exigida era excesiva, o que no debía exigirse una renta sino, el haber prestado servicios a la Patria. De todos modos, todas las intervenciones reconocían que los senadores debían contar con algún tipo de calificación distintiva de los diputados¹⁶⁶. Aun durante el siglo XX, algunos de quienes criticaban el requisito no lo hacían por su sesgo abiertamente elitista, sino por su redundancia: "la cámara baja argentina ha estado organizada sin el recaudo de la renta, y ningún mal ha producido, ningún proletario se ha sentado en sus bancas. Ni se concibe que se sienten, porque no es posible imaginar un partido político de ideas tan anómalas que se haga a sí mismo, el daño de designar un proletario para que se convierta en eco de sus aspiraciones"¹⁶⁷.

Este requisito, que fue brevemente eliminado durante la vigencia de la Constitución de 1949, fue repudiado, incluso por doctrina constitucional del siglo XIX¹⁶⁸ y hoy, a pesar de que cierta doctrina minoritaria lo exige¹⁶⁹, no se verifica su cumplimiento y suele considerárselo derogado por *desuetudo*¹⁷⁰. Además, es el único requisito de los enumerados por los arts. 48 y 55 contrario al art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece taxativamente los criterios por los que pueden restringirse los derechos políticos¹⁷¹. Sin embargo, más allá de consideraciones en *obiter dictum* de los jueces Zaffaroni¹⁷² y Rosatti¹⁷³, no existe un repudio jurisdiccional del requisito¹⁷⁴.

Art. 56.—

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.

Comentario por Sebastián Guidi

El mandato de los senadores antes de la reforma de 1994 era de nueve años, también con renovación por tercios, aunque cada trienio. Este período era normalmente considerado excesivo (González Calderón lo había considerado como una "desviación de los principios republicanos"¹⁷⁵), y en 1994 se consideró adecuado reducirlo a seis años. Además, la renovación paso a ser bienal, lo que la hace coincidir con la elección de diputados nacionales. El mandato de seis años con renovación bienal por tercios coincide con el modelo de la Constitución de los Estados Unidos, y con el proyecto de Alberdi.

La duración de seis años del mandato da al Senado un carácter atenuador de los cambios de preferencias del electorado. Así, un presidente entrante, debe convivir dos años con los senadores electos el mismo año que él, pero también con los electos con el presidente anterior, y durante la elección de medio término anterior. Este desacople temporal, sumado a la distorsión de la representación resultante del número fijo de tres senadores por distrito, y del hecho de que solo un tercio de los distritos elija senadores al mismo tiempo, resulta en un Senado escasamente representativo de las preferencias del electorado.

El actual art. 56, por otra parte, contiene un vicio de origen. Al tratar el proyecto de lo que sería la ley declarativa de necesidad de reforma constitucional, la Cámara de Diputados aprobó la reducción del mandato senatorial a cuatro años. El Senado, actuando como cámara revisora, modificó este punto, simplemente proponiendo la reducción del mandato, sin especificar en cuánto. La Corte Suprema rechazó un planteo en este sentido por la falta de legitimación del actor¹⁷⁶, aunque defectos similares en el trámite legislativo de otras normas, han conllevado su declaración de nulidad¹⁷⁷.

Art. 57.—

El vicepresidente de la Nación será presidente del Senado; pero no tendrá voto sino en el caso que haya empate en la votación.

Comentario por Matías A. Sucunza

La vicepresidencia es una institución adoptada de la Constitución norteamericana (art. I, Sección 3º, 4). Alberdi no la preveía en su proyecto. Esto no constituye un simple dato histórico. Por el contrario, la identificación de ese linaje nos permite pensar las distancias existentes entre nuestra práctica constitucional y la norteamericana, y las consiguientes limitaciones que la institución experimentaría en su desarrollo, tanto en términos de regulación como en su ejercicio.

De distintas maneras, su "trasplante" quedó condicionado por la estructura de poder dispuesta en la Constitución Nacional. El hecho de que el Poder Ejecutivo sea desempeñado en forma exclusiva por un presidente fuerte, la construcción social e institucional de ciertas prácticas, e incentivos que reafirmaron esa centralidad, la particular forma federal adoptada, y la composición del Senado, constituyen algunos datos que nos ayudan a entender la intrascendencia, y el rol secundario que la figura vicepresidencial ha tenido.

Como es sabido, el Poder Ejecutivo nacional es ejercido en forma unipersonal por el presidente de la Nación. El vicepresidente no integra dicho órgano. Sólo desempeña esa función cuando se constata alguna de las causales de acefalía constitucionalmente prevista. Para un desarrollo más amplio de las características de la institución vicepresidencial, su vinculación con la jefatura presidencial, las causales de acefalía y funciones, remitimos a los comentarios de los arts. 88, 87 y 99.

En consecuencia, la función principal del vicepresidente es ejercer la presidencia del Senado y, en forma ocasional, limitada y excepcional (salvo la existencia de causal de acefalía permanente), desempeñar el cargo presidencial.

Siendo que no compone el Ejecutivo nacional, algunos sostienen que la inclusión del vicepresidente entre las normas referidas al Senado de la Nación, indicarían que el funcionario integra esa Cámara legislativa¹⁷⁸. En parte, las distintas facultades reconocidas reglamentariamente en razón de su condición de presidente, o su participación en el plenario de labor parlamentaria, pareciesen ratificar esa tesitura¹⁷⁹.

Sin embargo, el art. 54 claramente determina que quienes conforman dicha Cámara son los representantes de las Provincias y la CABA. El vicepresidente sólo preside dicho órgano. Como en Estados Unidos, fue instituido para preservar la igualdad federativa en el Senado¹⁸⁰. No reviste calidad de Senador, no inviste ni representa intereses de los Estados intermedios, y es un funcionario nacional proveniente de la fórmula política ejecutiva. Inclusive, más allá de las potestades que en ejercicio de esa función detenta, y la incidencia que pueda desarrollar para lograr los cometidos e intereses del programa de gobierno del que participa, lo cierto es que no cuenta con voto, salvo caso de empate. Ello relativiza drásticamente la posibilidad de injerencia que el vicepresidente puede tener en la toma de decisiones del órgano. Similares limitaciones se reproducen a lo largo del Reglamento de la Cámara de Senadores de la Nación¹⁸¹.

En cuanto al voto en caso de paridad, el actual art. 213 del citado reglamento prevé que si una votación se empata se abrirá una nueva discusión, repitiéndose inmediatamente la votación y, si esta vuelve a resultar empatada, decidirá el voto del presidente. Es decir, que la cláusula reglamentaria procura limitar la intervención del (vice) presidente al exigir la realización de otra discusión y votación en caso de un primer empate. Además, sólo pueden participar en la segunda votación los Senadores que han estado presentes en la nueva discusión.

En línea con lo precisado, el rol del (vice) presidente del Senado se circunscribe a coordinar las discusiones parlamentarias o jurisdiccionales entre los mencionados representantes (durante el debate el presidente no discute, ni opina sobre el asunto que se delibera¹⁸²), representar institucionalmente a la Cámara¹⁸³, y llevar adelante la organización administrativa, burocrática y materialmente reglamentaria del órgano en todas sus facetas¹⁸⁴.

El art. 32 del Reglamento del Senado detalla y sistematiza muchas de esas facultades-deberes. Entre otras, reconoce la potestad de llamar a los Senadores al recinto y abrir las sesiones desde su sitio; girar los asuntos ingresados previa asignación de destino, y dar cuenta de los mismos en la primera sesión que se realice; mantener el orden en la Cámara, dirigir las discusiones, llamar a la cuestión y al orden y proponer se pase a cuarto intermedio; plantear las votaciones y proclamar su resultado; hacer citar a sesiones ordinarias, especiales y extraordinarias; proveer lo conveniente

al mejor funcionamiento de las Secretarías; presentar a la aprobación de la Cámara los presupuestos de gastos y sueldos de la misma; nombrar a todos los empleados y removerlos; autenticar, o hacer testar con su firma el Diario de Sesiones que servirá de acta y, cuando sea necesario, todos los actos, órdenes y procedimientos de la Cámara; someter a consideración de la Cámara la aprobación de los diarios de sesiones; distribuir las funciones entre los secretarios; proveer lo necesario para garantizar el registro de las sesiones y la política comunicacional de la Cámara; y, dictar normas de uso de internet y de la red interna en el ámbito de la Cámara, los contenidos mínimos a ser dados a publicidad a través del sitio oficial del Senado en las redes abiertas, y de las páginas correspondientes a las áreas que integran su estructura. Residualmente, se le reconoce la facultad de hacer observar el reglamento en todas sus partes, y ejercer las demás funciones que en él se le asignan.

A ello cabe sumar el resto de las potestades que el Reglamento en forma diseminada le reconoce, tales como la recepción de comunicaciones acerca de los asuntos dictaminados (art. 106), o de ausencia del recinto (art. 193), la comunicación de vacantes (art. 13), el requerimiento de expedición a las Comisiones que se encuentren en retardo (art. 107), el llamamiento para votación (art. 190), o la imposición de orden en el uso de la palabra (arts. 197 y 198).

Desde el plano formal, como presidente del Senado, el vicepresidente no detenta un poder significativo. Por más que las tareas que tiene a su cargo puedan aparecer como importantes, no están asociadas a la función principal del Senado: sancionar normas. La doble imposibilidad de ofrecer argumentos en el recinto (discutir) y votar, reduce su función a una suerte de coordinador ejecutivo. Es cierto que cuando le toca desempatar pasa a tener un rol trascendente. Sin embargo, por el juego de relaciones políticas que los bloques suelen desenvolver para el logro de sus objetivos, ello es verdaderamente excepcional¹⁸⁵.

Lo dicho supone que el poder real del cargo se procure ejercer en la materialidad de su ejercicio. Si bien el presidente cuenta con suficientes herramientas económicas o políticas para *moldear* las voluntades de los legisladores a los intereses que propicia como parte de su agenda de gobierno, también encuentra en el vicepresidente un resorte adicional para ejercer esa presión. De ese modo, sea para administrar el orden de asuntos, hacer *lobby*, o condicionar el juego de fuerzas en el recinto, el vicepresidente puede resultarle de utilidad¹⁸⁶.

En la tradición norteamericana, el vicepresidente ha logrado consolidarse como una autoridad política destacada, que participa en el Senado negociando y velando por los intereses del Ejecutivo. Al mismo tiempo, no aparece en la escena política como un competidor del presidente, sino como un aliado que habrá de proseguir las políticas de

gobierno. Frecuentemente, suele ser la primera opción del partido gobernante al término del segundo mandato del presidente.

En nuestro país ha sido diferente. El carácter central del presidente, sus innumerables facultades, la posibilidad de incidir por su intermedio en las políticas provinciales y en los senadores, la endeblez de los binomios que han compuesto las fórmulas ejecutivas en búsqueda de alianzas o cogobiernos electorales sin un pacto o compromiso sólido de base, la falta de cooperación y desconfianza que la competencia del vicepresidente podía generar, o el rol degradado que ha desenvuelto el Senado, son algunos de los datos que explican su relegamiento a un segundo plano de la escena político-institucional.

Si bien es cierto que la Constitución no establece qué procedimiento corresponde seguir en caso de vacancia absoluta del cargo de vicepresidente (lo cual supone un inconveniente para su sustitución)¹⁸⁷, las referencias señaladas también coadyuvan a explicar por qué, cuando cesaba en sus funciones por cualquiera de las causales previstas, generalmente no se lo reemplazaba¹⁸⁸.

Esto generó déficits adicionales en el funcionamiento del propio Senado. La ausencia del vicepresidente implica que un senador deba ejercer el cargo de presidente provisional, otorgándole a la provincia que represente, o a la CABA, la posibilidad de decidir cualquier empate¹⁸⁹. Ello rompe el equilibrio al dotar a un Estado de un peso específico mayor. Asimismo, si la ausencia fuese definitiva, y no se reemplazase al vicepresidente, el presidente provisional debería ejercer el cargo de presidente de la Nación ante alguna de las causales de acefalía. En ese caso la provincia, o CABA, reafirmarían esa posición de privilegio en el manejo de los asuntos de la Cámara, y de sus decisiones. El correcto desenvolvimiento de las instituciones y la necesidad de preservar la igualdad federativa en el Senado justifican el deber de cubrir la vacancia del vicepresidente.

* * *

Art. 58.—

El Senado nombrará un presidente provisorio que lo presida en caso de ausencia del vicepresidente, o cuando este ejerce las funciones de presidente de la Nación.

Comentario por Matías A. Sucunza

Siendo que el vicepresidente puede ausentarse en el ejercicio de sus funciones, o tener el deber de reemplazar al presidente de la Nación, la norma en comentario prevé la obligación del Senado de nombrar un presidente provisorio que lo subroga, o sustituya, en sus cometidos institucionales¹⁹⁰.

Fuera del desempeño de la primera jefatura, la ausencia del vicepresidente puede deberse a cualquiera de las causales previstas en el art. 88 de la CN (esto es, enfermedad, ausencia del país, muerte, dimisión, inhabilidad o destitución) o, inclusive, a la representación que debe ejercer en nombre de la Cámara de Senadores (art. 37 del Reglamento). Como mencionásemos en el artículo precedente, la Presidencia del Senado involucra un conjunto de tareas ejecutivas vinculadas a la organización y desarrollo de la actividad parlamentaria y burocrática de la Cámara. La posibilidad de que se superpongan labores es otra de las razones que justifican la necesidad del nombramiento de autoridades provisionales. Como apunta Quiroga Lavié, la creación reglamentaria de los cargos de vicepresidente primero y segundo, facilitan la conducción y el desenvolvimiento del cuerpo, además de permitir la presencia de diversos bloques partidarios en su conducción¹⁹¹.

El 24 de febrero de cada año o el día inmediato hábil anterior en caso de que sea feriado, el Senado se reúne en sesiones preparatorias a fin de designar sus autoridades, y fijar los días y horas de sesiones ordinarias, los que pueden ser alterados por decisión de la Cámara. Durante dichas sesiones deberá elegirse no sólo un presidente provisional, sino también un vicepresidente, un vicepresidente 1º, y un vicepresidente 2º¹⁹². Estos funcionarios podrán suplantar al presidente provisional por su ausencia por cualquier motivo, como p. ej., que deba ejercer la Presidencia de la Nación ante la ausencia del presidente y vicepresidente.

La elección de estos funcionarios se hará por mayoría absoluta de los miembros del Senado¹⁹³. Cuando no exista mayoría, se votará por los candidatos que hayan obtenido mayor número de sufragios y, en caso de empate, decidirá el presidente¹⁹⁴. No obstante ello, existe una suerte de tradición por la cual el presidente provisional suele provenir del partido oficialista¹⁹⁵. Ese consenso político partidario responde a que será este quien deba reemplazar al presidente o vicepresidente en caso de ausencia temporal, o permanente. Cuando se renueva la conformación de la Cámara y cambian las mayorías, suelen existir dificultades para lograr esos acuerdos por el trastrocamiento en el juego de fuerzas políticas, las debilidades en que generalmente se haya el gobierno de turno, y la construcción de poder en pos de la disputa del sillón presidencial.

Duran en sus funciones hasta el último día del mes de febrero del año siguiente al de su elección. Vencido dicho término, cuando no se hayan elegido nuevas autoridades, continuarán en el desempeño de sus funciones hasta que ello acontezca. En caso de que el presidente provisional, el vicepresidente y los vicepresidentes 1º y 2º cesen en su calidad de Senador, serán sustituidos en el desempeño de sus funciones por los presidentes de las comisiones. Estos también actuarán en caso de ausencia o impedimento del presidente del Senado, o cualquiera de sus sustitutos¹⁹⁶.

Siendo que estos funcionarios potencialmente ejercerán la Presidencia del Senado o, inclusive, la máxima jefatura del país, los nombramientos deben ser comunicados al Poder Ejecutivo, a la Cámara de Diputados y a la Corte Suprema de Justicia (art. 6º).

El presidente provisional y las restantes autoridades pueden ser miembros de las comisiones de la Cámara. Cuando reemplacen al presidente del Senado, tendrán a su cargo todas las facultades-deberes que constitucional, y reglamentariamente, le han sido reconocidas a aquel. Esto supone el ejercicio de una cuota de poder interesante para quien, en principio, es sólo un senador más entre sus pares, poder que se acrecienta si consideramos que no sólo preserva su derecho a votar, sino que dirime en caso de paridad.

El interrogante acerca de si el presidente provisional cuenta con derecho a voto, y de qué tipo, no ha sido una cuestión pacífica en la doctrina.

Sánchez Maríncolo argumenta que "la CN no dice nada, salvo que el presidente del Senado vota en caso de desempate. El provisional, si cumple esa función, debería votar en caso de desempate. Pero, ¿antes? Una posición podría ser interpretar que no puede votar, porque a pesar de ser senador, cumple otro rol, o función que lo inhabilita. Ello, supondría suprimir una potestad que tiene en representación del distrito que lo eligió. Otra posición dirá que puede votar. Primero, porque es una función propia, representativa; no hay prohibición; sentido instrumental (su voto puede ser indiferente, tanto para perder o ganar); el problema es el empate. Pero si la elección del vicepresidente es previa y participan todas las fuerzas políticas, cuál es el problema de que vote y después, ejerza ese voto de desempate. No hay función de imparcialidad allí, sino poder político. Cuándo está más sobre representada, ¿cuándo vota dos veces, o cuándo ejerce su voto de desempate? Y cuando no puede votar porque ejerce la presidencia, ¿no está sub-representada?" De allí, que este autor sostenga que "el voto de desempate es una facultad exclusiva y excluyente del vicepresidente de la Nación, que no podría ejercer el presidente provisional del Senado y que, únicamente, resultaría viable el voto del

senador a cargo de la presidencia provisional del Senado, cuando existiendo empate, el mismo anteriormente no hubiere votado"¹⁹⁷.

Gelli entiende que esta cuestión es problemática y requiere una solución que armonice las funciones y prerrogativas del vicepresidente de la Nación con el equilibrio de poderes intra órganos, la igualdad federal, y el ordenamiento de las sesiones del Senado. En efecto, arguye que constituye un atributo propio del vicepresidente de la Nación el voto de desempate cuando preside las sesiones del Senado, y que cuando el presidente provisorio del Cuerpo debe ejercer las funciones de aquel funcionario, no vota en la sesión respectiva, salvo empate, pues si bien es cierto que al no hacerlo el Estado local por él representado pierde un voto, también ocurre lo propio cuando esté ausente en la reunión de que se trate. Destaca como una hipótesis diferente la ausencia definitiva del vicepresidente, en cuyo caso para no desequilibrar la representación de los Estados locales en forma permanente debiera elegirse al sucesor de aquel. Asimismo, cree que, si el presidente provisorio del Senado emite su voto como legislador, en caso de producirse un empate, no debería votar a fin de evitar la sobre representación de la provincia, o Ciudad Autónoma de Buenos Aires a la que pertenezca¹⁹⁸.

Teniendo en consideración esos cuestionamientos, el Reglamento de la Cámara prevé específicamente la cuestión. En ese sentido, el art. 33 dispone que en los casos en que la Presidencia del Cuerpo sea ejercida por un senador, corresponde que este vote en las cuestiones sometidas a resolución de la Cámara, ejerciendo, en caso de empate de la votación, el derecho de decidir la misma conforme a lo dispuesto por el art. 213¹⁹⁹. No obstante ello, en los casos en que por la Constitución, o este reglamento, se requiera su voto para hacer resolución, este votará en último término (art. 211). Asimismo, cuando este desee tomar parte en alguna discusión, cederá la Presidencia a quien corresponda según reglamento, y no volverá a ocuparla hasta que se haya votado el punto en discusión (art. 35).

* * *

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.

Ver comentario al artículo 53, por Daniela Pearce.

* * *

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.

Ver comentario al artículo 53, por Daniela Pearce.

* * *

Art. 61.—

Corresponde también al Senado autorizar al presidente de la Nación para que declare en estado de sitio, uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior.

Comentario por Nicolás Gabriel Tauber Sanz

I. AUTORIDAD HABILITADA PARA DECLARAR EL ESTADO DE SITIO ANTE ATAQUE EXTERIOR

El constituyente estableció que la declaración de estado de sitio en caso de ataque exterior sea un acto federal complejo en donde deben intervenir necesariamente el Senado y el Poder Ejecutivo.

Solo se declaró el estado de sitio por esta causa en una oportunidad. Fue en 1865 durante la guerra con el Paraguay. Fue declarado por decreto del 16/4/1865 por el presidente Mitre "(...) hasta tanto que reunido el Congreso resuelva lo conveniente". El Senado prestó su acuerdo en los siguientes términos: "(...) para que el estado de sitio se mantenga mientras dure la guerra a la que la Nación ha sido provocada por la invasión

extranjera, si antes de ese término el Poder Ejecutivo no juzgase necesario restringirlo o hacerlo cesar".

El estado de sitio se prolongó durante 3 años, 1 mes y 24 días, habiendo sido suspendido en varias oportunidades para la celebración de elecciones nacionales²⁰⁰.

Dos son los artículos que la Constitución dedica a la autoridad habilitada para declarar el estado de sitio (siempre "en uno o varios puntos de la República"): los arts. 61 y 99, inc. 16.

El art. 61 establece que el Senado "autoriza" al presidente de la Nación a que declare el estado de sitio en caso de ataque exterior. Por su parte, el art. 99, inc. 16 de la CN establece que el presidente de la Nación declara el estado de sitio, "con acuerdo del Senado".

Resulta claro que la autorización es un acto previo a la declaración por parte del presidente. Quien autoriza lo hace en forma previa a que el "autorizado" ejecute el acto.

Al mismo tiempo, el art. 99, inc. 16 de la CN habla de que el presidente lo declara con "acuerdo" del Senado, lo que haría referencia a que la intervención del Senado sería posterior a la declaración.

Siempre que la Constitución refiere a que la decisión del presidente se completa "con acuerdo del Senado" este siempre es posterior a tal decisión. Por ejemplo, en el procedimiento de nombramiento de magistrados de la Corte Suprema (art. 99, inc. 4º), embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios (art. 99, inc. 7º), y empleos militares (art. 99, inc. 13).

Así, la Constitución prevé que el mismo acto debe ser autorizado por el Senado (previamente) y que debe contar con el acuerdo del Senado (posteriormente), lo cual puede parecer a primera vista contradictorio.

Una posible solución sería entender que, estando en sesiones el Congreso, el presidente debe ser autorizado previamente por el Senado y, por el contrario, si el Congreso está en receso, puede declararlo por sí y convocar inmediatamente al Senado para que preste el acuerdo correspondiente.

El problema de esta interpretación es que desconoce la literalidad del texto constitucional, el que establece en la segunda oración del art. 99, inc. 16 de la CN, que establece que "[e]n caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo".

El constituyente expresamente indicó, en el caso de conmoción interior, que el presidente solo tiene la facultad de declarar el estado de sitio cuando el Congreso está en receso.

De la letra del art. 99, inc. 16 de la CN se desprende que el constituyente otorgó al Poder Ejecutivo la atribución en caso de ataque exterior. Si no fuese así, no tendría sentido consagrar expresamente que no tiene la atribución en caso de conmoción interior.

Entiendo que la interpretación correcta de los arts. 61 y 99, inc. 16 de la CN es que le corresponde al Senado autorizar previamente al presidente; este puede declararlo, aun sin estar previamente autorizado, pero tal declaración solo será efectiva a partir del acuerdo posterior del Senado. Antes del acuerdo del Senado, el estado de sitio meramente declarado por el Poder Ejecutivo no tendrá vigencia, ya que para declararlo la Constitución requiere ambas voluntades (del presidente y el Senado) en sentido coincidente.

Parte de la doctrina (Zarini)²⁰¹ sostiene que el estado de sitio puede tener vigencia efectiva, aunque no exista acuerdo del Senado, si este está en receso, debiendo el presidente convocarlo inmediatamente a sesiones extraordinarias, quedando la medida sujeta a aprobación posterior.

Esta doctrina tiene al menos dos problemas: 1) desconoce la literalidad de la Constitución, la que utiliza la palabra "acuerdo", la cual establece como condición para la existencia del estado de sitio el dictado de un acto complejo formado por dos voluntades (de ahí el acuerdo); 2) el constituyente expresamente previó la posibilidad de que el presidente declare el estado de sitio durante el receso del Congreso para el caso de conmoción interior, mas no para el caso de ataque exterior; y 3) desequilibra el sistema republicano, permitiendo que el presidente por su sola voluntad suspenda garantías constitucionales, convirtiéndose en parte, juez y ejecutor de la decisión.

La literalidad y el espíritu de la Constitución imponen que en caso de ataque exterior deben concurrir las voluntades del presidente y del Senado. Sin esta concurrencia el estado de sitio no puede ser impuesto válidamente.

II. CONTENIDO DE LA AUTORIZACIÓN Y/O ACUERDO DEL SENADO

El art. 61 refiere expresamente que la autorización del Senado debe establecer expresamente el ámbito espacial del estado de sitio que nunca podrá abarcar a todo el territorio nacional, ya que el constituyente lo restringió expresamente a "uno o varios puntos de la República".

Esta previsión es absolutamente congruente con la limitación territorial impuesta por el art. 23 "provincia o territorio donde exista la perturbación del orden", por el art. 75, inc. 29 "uno o varios puntos de la Nación", por el art. 99, inc. 16 "uno o varios puntos de la Nación", por el art. 4º del PIDCP, por el art. 27, Pacto de San José de Costa Rica, y la jurisprudencia internacional existente al respecto (tratada en el comentario del art. 23).

También debe establecer un plazo determinado, expresar concretamente cuál es el fin que motiva el estado de sitio y declarar qué garantías se verán afectadas, siempre respetando la vigencia efectiva de los derechos y garantías, cuya vigencia y efectividad no pueden ser afectadas por ninguna razón, de conformidad con los arts. 27, inc. 2º de la Convención Americana y 4º, inc. 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En caso de que el Senado actúe en forma posterior a la declaración del presidente, tiene la potestad de aprobar o rechazar el establecimiento del estado de sitio dispuesto (este tema será tratado al comentar el art. 99, inc. 16 de la CN).

III. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión y resumen podemos referir:

1. La declaración del estado de sitio en caso de ataque exterior es un acto federal complejo.

2. El Senado no declara el estado de sitio en caso de ataque exterior. Autoriza al presidente a declararlo, fijando límites que deben ser respetados por el presidente, o aprueba o rechaza el estado de sitio dispuesto por el presidente (lo cual es analizado en el comentario al art. 99, inc. 16).

3. Los arts. 61 y 99, inc. 16 de la CN son susceptibles de dos interpretaciones plausibles: a) que le corresponde al Senado autorizar previamente al presidente, b) el presidente puede declararlo, aun sin estar previamente autorizado, pero para aplicarlo requiere el acuerdo del Senado. Sin este acuerdo no existe estado de sitio. No existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la interpretación del art. 61 de la CN.

4. En todos los supuestos tanto el presidente como el Senado deben cumplir con todos los requisitos impuestos por el bloque federal de constitucionalidad aplicados e interpretados a la luz de las directivas emitidas por los organismos y tribunales internacionales (ver comentario al art. 23 de la CN).

Art. 62.—

Cuando vacase alguna plaza de senador por muerte, renuncia u otra causa, el Gobierno a que corresponda la vacante hace proceder inmediatamente a la elección de un nuevo miembro.

Comentario por Sebastián Guidi

Este artículo, original de 1853, reproduce con ligeras variaciones el texto del art. 51, referente a las vacantes en el cargo de diputado. La primera diferencia textual es que el art. 62 enumera algunas de las causales de vacancia del cargo. Sin embargo, dado que la enumeración queda abierta al prever "otra causa", esta diferencia carece de valor práctico.

La otra diferencia textual es la orden de que la elección debe ser realizada "inmediatamente" después de producida la vacante. Esta diferencia es normalmente explicada por la distinta representación de ambas Cámaras. La Cámara de Diputados representa al pueblo de la Nación como un todo, por lo que en teoría las vacantes no perjudican a los distritos que las producen. En cambio, la vacante senatorial coloca al distrito en cuestión en una posición desventajosa frente a sus pares que conservan a tres senadores quebrando el equilibrio federal²⁰². Sin embargo, la explicación de esta orden también encuentra explicaciones más prácticas. Por una parte, la elección de los senadores por las legislaturas provinciales facilitaba la elección *inmediata*, ya que no hacía falta organizar comicios como para los diputados. Por otra parte, la elección bianual de diputados establecía un límite temporal a la vacancia sin necesidad de mayor intervención, mientras que el mandato de nueve años facilitaba al gobierno provincial especular con futuras mayorías legislativas para designar candidatos más próximos. Por este motivo, González Calderón favorecía el establecimiento de un plazo obligatorio para la designación por parte de las legislaturas²⁰³.

En cualquier caso, al igual que ocurre con las vacantes de diputados, el Código Electoral establece que, junto con los senadores, se elige igual número de suplentes que remplazan a aquellos en caso de vacancia. Este sistema fue incluso incorporado en la Disposición Transitoria Cuarta de la

reforma de 1994 para los senadores que terminarían su mandato en 2001, aunque no de manera permanente²⁰⁴. Sin embargo, Humberto Quiroga Lavié considera que "[n]o obstante estar inserta esta cláusula en las disposiciones transitorias, debe considerarse de aplicación permanente"²⁰⁵. Remitimos al comentario al art. 51 para el tratamiento de la constitucionalidad de este régimen.

* * *

CAPÍTULO TERCERO - DISPOSICIONES COMUNES A AMBAS CÁMARAS

Art. 63.—

Ambas Cámaras se reunirán por sí mismas en sesiones ordinarias todos los años desde el primero de marzo hasta el treinta de noviembre. Pueden también ser convocadas extraordinariamente por el presidente de la Nación o prorrogadas sus sesiones.

Comentario por Sebastián Guidi

Ambas Cámaras del Congreso funcionan en "sesiones", que son reuniones de sus miembros en las cuales la Cámara actúa como órgano colegiado. Cuando la Constitución u otra norma indican que "el Senado" o "la Cámara de Diputados" realizan determinado acto (como otorgar acuerdo para determinado nombramiento, acusar a un funcionario ante el Senado en juicio político, aprobar un proyecto de ley, etc.), se entiende que es la Cámara funcionando como órgano, lo que tiene lugar necesariamente en una sesión.

El art. 63 menciona los tres tipos de sesiones que la Constitución prevé para las Cámaras: ordinarias, extraordinarias y de prórroga. A estas hay que sumar las llamadas sesiones preparatorias, previstas en los reglamentos de las Cámaras.

I. SESIONES PREPARATORIAS

Estas sesiones no están previstas en la Constitución sino en los reglamentos de cada una de las Cámaras. El reglamento de la Cámara de Diputados prevé sesiones preparatorias dentro de los primeros diez días de diciembre a los efectos de elegir autoridades y durante los últimos diez días de febrero a los efectos de fijar horas y días de sesión para el período ordinario (art. 1º). El reglamento del Senado prevé ambas tareas para la sesión preparatoria del 24 de febrero o el día hábil inmediatamente anterior (art. 1º). Además, durante las sesiones preparatorias se toma juramento a los miembros entrantes y se resuelven las impugnaciones que pesen sobre sus títulos.

Dado que no se encuentran mencionadas en la Constitución Nacional, durante las sesiones preparatorias las Cámaras no pueden ejercer sus funciones constitucionales, salvo las relacionadas con su funcionamiento interno y que estén previstas en el reglamento. Esto explica algunos caracteres particulares de las sesiones preparatorias. Por ejemplo, que no exista ninguna objeción a que se reúnan fuera del período de sesiones ordinarias sin ser convocadas por el presidente de la Nación, o que no requieran ser simultáneas, de acuerdo con el art. 65. De hecho, algunas de estas sesiones se celebran algunos días antes del comienzo del mandato de los legisladores entrantes, por lo que ni siquiera son miembros de las Cámaras al momento de participar e, incluso, votar en la sesión preparatoria, aunque se los tiene en cuenta al efecto del cómputo del quórum (art. 2º RHCDN y art. 8º RHSN).

II. SESIONES ORDINARIAS

La propia Constitución establece el período de sesiones ordinarias entre el primero de marzo y el 30 de noviembre de cada año. La reforma de 1994, además de extender el período de sesiones ordinarias²⁰⁶, añadió que las Cámaras se reúnen "por sí mismas", acabando con una discusión doctrinal acerca de si podían reunirse si el presidente no realizaba la apertura de sesiones ordinarias ante la Asamblea Legislativa (art. 99, inc. 8º).

Durante las sesiones ordinarias de las Cámaras, estas pueden ejercer todas sus facultades.

III. SESIONES DE PRÓRROGA

Las sesiones de prórroga son justamente las que extienden el período de sesiones ordinarias más allá del 30 de noviembre, conservando todas sus facultades. El art. 63 ha dado lugar a una disputa acerca de si puede el propio Congreso disponer la prórroga de sus sesiones ordinarias, o si esta debe siempre ser dispuesta por el presidente de la Nación, quien tiene la facultad de hacerlo según el art. 99, inc. 9º, CN.

Por algún motivo, el texto ordenado de la Constitución de 1994 omitió una coma presente en el texto de 1853/60 que disponía que "[p]ueden [las Cámaras] también ser convocadas extraordinariamente por el presidente de la Nación, o prorrogadas sus sesiones". La presencia de esta coma parecía indicar que la participación del presidente de la Nación se limitaba a la convocatoria a sesiones extraordinarias, sin especificar quién estaba a cargo de prorrogar las sesiones ordinarias. Sin embargo, la eliminación de esta coma no da ninguna pauta interpretativa. En primer lugar y, fundamentalmente, porque la separación que proveía la coma era más psicológica que gramatical. No hay ninguna regla en el español que mande a incluir comas antes de las conjunciones, ni que les otorgue una consecuencia lógica cuando aparecen²⁰⁷. Así, por ejemplo, la famosa coma ausente en el art. 86, inc. 2º del Cód. Penal no ha impedido a la Corte Suprema entender que son dos los supuestos cubiertos por el inciso²⁰⁸. Por otro lado, todo parece indicar que la eliminación de la coma del artículo fue completamente accidental: no era un punto habilitado por la ley de declaración de necesidad de reforma, ni hubo discusión o mención alguna al respecto en el seno de la Convención²⁰⁹.

Actualmente, la mayoría de la doctrina coincide en admitir la posibilidad de que el Congreso prorrogue sus sesiones sin necesidad de que el Poder Ejecutivo lo solicite²¹⁰. Coincidimos con esta postura. La Constitución no limita expresamente la facultad del Congreso de prorrogar sus sesiones, y esta es una derivación razonable de su facultad de establecer su propio reglamento. Además, a diferencia del Poder Ejecutivo (que puede prorrogar las sesiones del Congreso solo "cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera"), la facultad del Legislativo de prorrogar sus sesiones no se encuentra calificada de ningún modo y puede realizarla a su propio arbitrio.

En nuestra historia democrática reciente, ha sido el Poder Ejecutivo el que consuetudinariamente ha solicitado la prórroga de sesiones ordinarias: así ha sucedido en 1986, 1991, 1993, 1994, 1995, 1997, 1998, 2003, 2004, 2006, 2007, 2008, 2009, 2013, 2014 y 2015. Hasta la reforma de 1994, estas prórrogas se solicitaban por unos meses, ya que el receso del Congreso duraba siete meses. A partir de la vigencia de la Constitución reformada, las prórrogas no suelen disponerse por más de diez o veinte días. Solo una vez intentaron miembros del Congreso prorrogar sus sesiones con alguna probabilidad de éxito: durante la crisis de 2001. En esta ocasión, el Senado llegó a aprobar una resolución prorrogando las sesiones del Congreso, aunque el pleno de la Cámara de Diputados no llegó a aprobar el dictamen de su Comisión de Asuntos Constitucionales en el mismo sentido. Dado que, debido al principio de simultaneidad de sesiones contenido en el art. 65, una Cámara no puede prorrogar sus sesiones por sí misma, no puede considerarse que el Senado haya logrado

prorrogar sus sesiones. Sin embargo, vale la pena leer el debate durante la sesión del Senado²¹¹.

Un hecho interesante acerca de la prórroga intentada por el Senado en esta oportunidad, criticado por el entonces oficialismo, es que se realizó durante diciembre, cuando el período de sesiones ordinarias ya había fenecido. El senador Baglini, citando a María Angélica Gelli²¹² y a Carlos María Bidegain²¹³, afirmó que la finalización de las sesiones ordinarias precluye la posibilidad de prorrogar las sesiones ordinarias, lo que sería como "resucitar a un muerto"²¹⁴.

Creemos que no hay nada de contradictorio en una prórroga retroactiva, ya sea que sea dispuesta por el Poder Ejecutivo o por el propio Legislativo. Sin embargo, para que una Cámara pueda materialmente dictar esta prórroga necesita estar reunida, lo cual plantea problemas en sí mismo. En el texto de Roberto Gargarella que acompaña este comentario hay un argumento acerca de la facultad de autoconvocatoria del Congreso. En el caso de 2001, el Congreso se encontraba en sesiones extraordinarias, por lo que no debió autoconvocarse para intentar la prórroga de sus sesiones ya durante diciembre.

IV. SESIONES EXTRAORDINARIAS

A diferencia de lo que ocurre con las sesiones de prórroga, el texto de la Constitución y el consenso de la doctrina indican que es solo el Poder Ejecutivo el que tiene la facultad de convocar a sesiones extraordinarias. Así, el art. 63 indica que las Cámaras "[p]ueden también ser convocadas extraordinariamente por el presidente de la Nación", y el art. 99, inc. 9º reconoce la facultad del Poder Ejecutivo de convocar a sesiones extraordinarias "cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera".

Hay cierto consenso, tanto en la doctrina como en la práctica constitucional, en que el Congreso solo puede tratar en sesiones extraordinarias los temas para los cuales fue convocado por el presidente de la Nación²¹⁵. El argumento, en la formulación de Bidart Campos, es que si el presidente solo puede convocar a sesiones extraordinarias por cuestiones de emergencia, las convoca a los solos efectos del tratamiento de esa cuestión. Creemos que esta limitación es una restricción artificial de las facultades del Congreso que no surge directamente del texto de la Constitución.

Sin embargo, aun la doctrina restrictiva ha observado que esta limitación solo rige a los efectos de la agenda legislativa del Congreso, y no a las actividades de organización parlamentaria²¹⁶. Así, nada impide que durante sesiones extraordinarias las Cámaras dicten resoluciones,

incluyendo, por ejemplo, la prórroga de sus sesiones ordinarias, como ocurrió en 2001.

Hay cierta discusión acerca de si el Congreso puede autoconvocarse a sesiones extraordinarias durante el período de receso²¹⁷. Más allá de nuestra posición general afirmativa al respecto, creemos que resulta claro que las Cámaras pueden autoconvocarse, al menos, a los efectos de tratar los dictámenes de la Comisión Bicameral Permanente del art. 99, inc. 3º, CN, que dispone que las Cámaras los considerarán "de inmediato", sin hacer distinción entre los períodos de sesiones ordinarias y el receso legislativo.

¿PUEDE EL CONGRESO AUTOCONVOCARSE?

Comentario por Roberto Gargarella

¿Tiene el Congreso capacidad para «autoconvocarse»? El (aparente) problema surge cuando el Congreso se encuentra en «receso». Según algunos, él sólo puede volver a sesionar si el Poder Ejecutivo lo convoca al efecto (en "sesiones extraordinarias"). Como sostuviera en su momento el diputado Agustín Rossi, "sólo el Ejecutivo puede interrumpir el receso" del Congreso, por lo cual "sería una tropelía legislativa" que él quisiera autoconvocarse. Lo mismo mantuvo en su momento el senador Pichetto, al declarar que los senadores oficialistas iban a concurrir al recinto si, y solo si, la entonces presidenta los convocaba de modo explícito.

Convengamos, desde ya, que planteos como los citados resultan algo extraños. ¿Cómo es eso de que el máximo órgano representativo de la soberanía popular no puede reunirse para trabajar, durante el verano, si es que advierte —como en este caso— que el país enfrenta un problema significativo? ¿Cómo es eso de que nuestros principales representantes no pueden juntarse a discutir y resolver una crisis de urgencia si no son llamados para que lo hagan?

Dado lo extraño de la posición hoy dominante, tratemos de dar un paso atrás y reconstruir del mejor modo posible su postura. ¿Qué es lo mejor que los defensores de la postura dominante pueden decirnos, para mantener un criterio a primera vista tan exótico? Vayamos paso por paso.

Ante todo: ¿es que la Constitución, acaso, le prohíbe al Congreso autoconvocarse y seguir sesionando? No, en absoluto. El art. 63, que es el que más puede interesarle invocar a quienes sostienen esta curiosa postura, dice que el presidente de la Nación "puede" convocar al Congreso

a sesiones extraordinarias, pero de ningún modo le niega dicha facultad al Congreso. La Constitución establece de modo explícito cuál es el período durante el cual el Congreso está obligado a sesionar (desde marzo hasta noviembre), y en absoluto niega su facultad de seguir sesionando fuera de dicho período.

¿Es que la autoconvocatoria del Congreso puede ser negativa, dada nuestra pretensión de respetar el sistema de controles republicanos? No, y más bien todo lo contrario: la decisión del Congreso de seguir trabajando luego de terminadas sus sesiones ordinarias solo refuerza, en lugar de debilitar, los controles republicanos que nos interesa afirmar.

¿Suced, acaso, que una autoconvocatoria como la que aquí se defiende vendría a desafiar la división de poderes? No, de ninguna manera. La autoconvocatoria resulta, más bien, una buena manera de preservar la división de poderes, particularmente cuando el Poder Ejecutivo se muestra deseoso de utilizar la vía de los decretos para tomar decisiones que no está capacitado para tomar. Adviértase que si el Congreso no pudiera autoconvocarse, cualquier presidente esperaría ansioso el receso legislativo para quedar librado inmediatamente de toda supervisión legislativa durante tres meses.

¿Se trata, quizás, de que a través de una autoconvocatoria del Congreso ponemos en riesgo la deliberación pública? No, todo lo contrario: la autoconvocatoria viene a asegurar que no se nos prive de ella.

¿Será, tal vez, que al reconocerle esta facultad al Congreso ponemos en riesgo la soberanía popular? Otra vez no: se trata de lo contrario, es decir, de evitar que la soberanía popular resulte socavada.

Lo que necesitamos hacer es dejar de leer la Constitución de modo fragmentado, perdiendo de vista que la misión de los poderes constituidos es la de defender los derechos fundamentales de la población (establecidos en la primera parte de la Constitución). De lo que se trata, finalmente, es de que los representantes se hagan cargo de la defensa de la Constitución.

* * *

Art. 64.—

Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez. Ninguna de ellas entrará en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros; pero un número menor podrá compeler a los miembros ausentes a que concurran a las sesiones, en los términos y bajo las penas que cada Cámara establecerá.

Comentario por Ramiro Álvarez Ugarte y Sebastián Guidi²¹⁸

I. QUÓRUM

Al ser un cuerpo colegiado, el Congreso de la Nación funciona necesariamente sobre la base de la existencia o no de quórum para sesionar, es decir, la presencia del mínimo indispensable de legisladores para que cada una de las Cámaras pueda ejercer el poder que le confiere la Constitución.

El principio general lo establece el art. 64, cuando dice que ninguna de las Cámaras «entrará en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros; pero un número menor podrá compeler a los miembros ausentes a que concurran a las sesiones, en los términos y bajo las penas que cada Cámara establecerá». La doctrina nacional se ha ocupado de definir de qué se trata esa *mayoría absoluta*: mientras algunos sostienen que debe leerse como *más de la mitad* otros sostienen que es *la mitad más uno*. La mayoría parece inclinarse por la primera opción²¹⁹.

La diferencia es significativa si la suma de los miembros de la Cámara da un número impar: mientras más de la mitad de —por ejemplo— 187 es 94, la mitad más uno de 187 es 95²²⁰. Explica Bidegain:

"Aplicada a reuniones de personas que totalizan un número par, la 'mitad más uno' da el mismo resultado que 'más de la mitad'. Pero cuando ese total da un número impar, aquella fórmula se torna de imposible aplicación porque, por ejemplo, la mitad más uno de 51 es 26 y medio. Como no hay 'medias personas', la mitad más uno debe transformarse en 'la mitad más medio' o 'la mitad más uno y medio', aplicándose en la práctica esta última solución, lo que hace que el quórum de 51 sea 27 y no 26 como resulta por aplicación de la fórmula 'más de la mitad'"²²¹.

Cabe señalar que sobre el punto los reglamentos de las Cámaras también difieren: mientras el art. 15 del reglamento de Diputados establece que la mayoría absoluta es "cuando los miembros presentes superen a los miembros ausentes"; el art. 16 del reglamento del Senado habla de la "mayoría absoluta del número constitucional de senadores". De todas formas, como la composición del Senado es un número par (72) en la práctica no hay diferencias entre las Cámaras.

El quórum es indispensable para declarar abierta la sesión y debe mantenerse durante el curso de esta, pero en la práctica solo es importante que haya quórum al momento de la votación²²².

El quórum que exige la constitución para sesionar es usualmente utilizado como una herramienta política de la minoría para obtener concesiones de la mayoría o primera minoría: en muchas ocasiones, sin la presencia de la oposición política el Congreso no puede funcionar, ya que el oficialismo carece del número suficiente de legisladores para conformar lo que usualmente se conoce como quórum *propio*. El art. 64 parece establecer un remedio para el uso abusivo de ese poder de las minorías: la posibilidad de que los legisladores sean *compelidos* a concurrir por un número menor de legisladores. El reglamento del Senado autoriza a aplicar multas a los inasistentes en su art. 29; el de Diputados permite a la minoría acordar qué medios se utilizarán para la compulsión (art. 26).

Sin embargo, estos mecanismos de compulsión no son usualmente utilizados en la práctica contemporánea²²³: dar o no dar quórum es una herramienta de *negociación política*: permite a las minorías cierto margen de maniobra para bloquear el funcionamiento del Congreso y obtener — gracias al ejercicio de ese poder o la amenaza de ejercerlo — ciertas concesiones por parte de los bloques mayoritarios que controlan las Cámaras. Ello explica por qué la facultad de forzar la presencia de legisladores prevista en el art. 64, y reflejada por los reglamentos de cada Cámara, no se utiliza en la práctica: ello implicaría afectar las dinámicas políticas de negociación internas de cada cuerpo.

Las Cámaras también pueden reunirse en *minoría*, pero estas no son técnicamente sesiones del Congreso, ya que por definición se trata de reuniones sin quórum. Como explica Bidegain, "las reuniones en minoría no tienen (...) relevancia jurídica alguna. Habitualmente se prolongan por corto tiempo, levantándose las actas correspondientes, con contenido, frecuentemente, sólo político"²²⁴.

II. JUICIO DE ELECCIÓN

El art. 64, CN dispone que "(c)ada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez", disposición que toma textualmente del proyecto de Alberdi y que a su vez este tomó de la Constitución estadounidense, aunque con una diferencia textual importante²²⁵. La facultad de juzgar la validez de los diplomas de los legisladores electos está regulada en el reglamento de cada Cámara: se ejerce durante las sesiones preparatorias, antes del comienzo del mandato de los nuevos legisladores. Las impugnaciones solo pueden ser presentadas por otros miembros de la respectiva Cámara o por autoridades de partidos políticos, y solo pueden consistir en la negación

de alguno de los requisitos exigidos para ocupar el cargo o en irregularidades en el proceso electoral²²⁶.

La doctrina constitucional clásica consideró durante más de cien años que este llamado "juicio de elección" era privativo de cada Cámara y no revisable judicialmente²²⁷. La propia Corte Suprema sostuvo este criterio desde 1866, en un fallo unánime sobre la exclusión de un senador nacional. En este caso, la Corte remitió al dictamen del procurador general, que afirmó que "la Corte Suprema no tiene competencia para intervenir en este asunto, que la Constitución atribuye exclusivamente al Senado"²²⁸. Este criterio se mantuvo sin ser problematizado durante más de un siglo y llegó a su cénit en 1998. En dicho año regía para la elección de senadores la cláusula transitoria cuarta de la reforma de 1994. Así, en 1998 las provincias cuyos senadores concluían su mandato debían elegir tres senadores, cuidando que "en lo posible (...) correspondan dos bancas al partido político o alianza electoral que tenga el mayor número de miembros en la legislatura, y la restante al partido político o alianza electoral que le siga en número de miembros de ella". Al considerar el ingreso de los senadores elegidos por la Legislatura chaqueña, la mayoría del Senado hizo uso de la facultad conferida por el [art. 64](#), CN, argumentando que la Legislatura chaqueña había burlado los requisitos de pertenencia partidaria exigidos por la cláusula transitoria cuarta, y denegando así el diploma del senador titular y del senador suplente —pertenecientes a la Unión Cívica Radical— y designando en su lugar a otros dos para esos cargos —pertenecientes al Partido Justicialista—. La decisión del Senado fue impugnada judicialmente por el gobernador de Chaco argumentando que el Senado se había excedido en su competencia, ya que del art. 64 no puede deducirse que la Cámara pueda nombrar senadores en remplazo de aquellos que rechaza. Ante la solicitud de una medida cautelar para impedir asumir a los senadores así nombrados, la mayoría de la Corte Suprema resolvió que el ejercicio de la facultad contenida en el art. 64, tal como es reglamentada por el propio Senado, es una de "sus facultades constitucionales privativas, ámbito pacíficamente excluido del control jurisdiccional", por lo que "no hay en esa limitación desmedro alguno del orden constitucional sino, por el contrario, preservación del principio de separación de poderes, base de su subsistencia"²²⁹. Los votos disidentes en este fallo dejaron la puerta abierta a una revisión judicial del juicio de elección: "el Poder Judicial siempre estaría habilitado para juzgar, en los casos que lo planteen, si el acto impugnado ha sido expedido por el órgano competente, dentro del marco de su competencia y con arreglo a las formalidades a las que está sujeto"²³⁰. Los votos disidentes otorgan la cautelar, sin resolver sobre el fondo.

De todos modos, esta doctrina jurisprudencial varió sustancialmente a partir del caso del represor Antonio Domingo Bussi, quien había sido electo diputado por la provincia de Tucumán en 1999 sin que su candidatura

hubiera sido objeto de impugnaciones ante la Justicia Electoral. La Cámara de Diputados juzgó que no podía asumir su banca por carecer de idoneidad moral, resolución que Bussi impugnó y llegó a la Corte Suprema en tres oportunidades sucesivas. En la primera de ellas, la Corte revocó el fallo de la Cámara Electoral, y admitió, por lo tanto, el carácter justiciable de la cuestión²³¹. El segundo fallo de la Corte también revocó una segunda sentencia de la Cámara Electoral, esta vez para declarar que la cuestión no se había tornado abstracta por la asunción del diputado suplente²³². El tercer y último fallo, si bien declaró abstracta la cuestión, ya que el mandato de Bussi había caducado, decidió sobre el fondo ante la posibilidad de repetición de los hechos y concluyó que la decisión de la Cámara de Diputados de impedir la asunción de Bussi había sido inconstitucional por excederse de la competencia que le confiere el [art. 64](#), CN.

Por un lado, entonces, la Corte concluyó que "cuando la Constitución, en su art. 48, regula los requisitos necesarios para ser diputado de la Nación no requiere la idoneidad ni calidades morales. La Cámara, como juez, no puede agregar nuevos requerimientos que la Constitución no contempla". Aun suponiendo que la idoneidad del art. 16, CN, sea uno de los requisitos exigidos para ser diputado, el único juez de esta idoneidad, afirma la Corte, es el pueblo en elecciones²³³. Sin embargo, luego va más allá y, contra lo dispuesto por los reglamentos de ambas Cámaras legislativas, la Corte concluye que "los conflictos vinculados a la etapa previa a la elección, así como los que tienen relación con el acto eleccionario en sí mismo, son materias sometidas a la Justicia (...) De tal modo, es claro que la facultad de la Excma. Cámara de Diputados sólo puede referirse a la revisión de la legalidad de los títulos de los diputados electos y la autenticidad de los diplomas, esto es, si fueron regularmente electos por la autoridad competente"²³⁴. Por último, la Corte advirtió que la decisión de la Cámara de Diputados estaba violando el principio de inocencia, ya que Bussi no se encontraba condenado en ese momento. En el caso de Luis Abelardo Patti, electo diputado en 2005 y cuyo ingreso fue impedido por la Cámara de Diputados al igual que el de Bussi, la Corte remitió a estos mismos razonamientos²³⁵.

* * *

Art. 65.—

Ambas Cámaras empiezan y concluyen sus sesiones simultáneamente. Ninguna de ellas, mientras se hallen reunidas, podrá suspender sus sesiones más de tres días, sin el consentimiento de la otra.

Comentario por Sebastián Guidi

El art. 65 consagra la simultaneidad de las sesiones en ambas Cámaras del Congreso. Al establecer que "las sesiones" no pueden ser suspendidas por más de tres días, el texto constitucional se refiere al "período de sesiones", durante el cual el Congreso se encuentra en actividad, tanto en sesiones plenarias como en sus comisiones. Las sesiones en sí mismas no son simultáneas, ya que cada Cámara goza de libertad para establecer su agenda, y de hecho suelen estar espaciadas por considerablemente más tiempo que tres días²³⁶.

Sin embargo, hecha esta aclaración algo obvia, cuesta encontrarle valor práctico al art. 65: el período de sesiones ordinarias se encuentra establecido por la propia Constitución en el art. 63, que lo define entre el primero de marzo hasta el treinta de noviembre de cada año. Así, el art. 65 parece irrelevante salvo en dos aspectos: qué ocurre si este plazo es suspendido o extendido.

En cuanto al primer caso, la Constitución no prevé la posibilidad de la suspensión de las sesiones más que en este artículo. Sin embargo, la doctrina constitucional clásica entendía que esta era la posibilidad que este artículo preveía, para casos como el de guerra²³⁷. La consecuencia práctica de esta suspensión sería que el Congreso entraría en receso, con las consecuencias que esto acarrea en términos de declaración de estado de sitio (art. 99, inc. 16), intervención federal (art. 99, inc. 18) y de nombramientos en comisión (art. 99, inc. 19).

Otra interpretación posible del artículo es que no se refiere a un acto formal de suspensión del período de sesiones, sino a la mera negligencia de una de las Cámaras a realizar su trabajo²³⁸. Si interpretamos esto, cada Cámara tendría la facultad de exigir a la otra retomar su actividad. Según Ekmedjian, ante la "paralización de hecho" de una de las Cámaras, la otra podría aplicar analógicamente el segundo párrafo del art. 64, "compeliendo" a sus miembros a sesionar²³⁹.

La otra cara del artículo es la de la extensión del período de sesiones, ya que la disposición no hace distinción entre las sesiones ordinarias, extraordinarias o de prórroga. Existe cierto debate en la doctrina acerca de si el Poder Ejecutivo puede convocar a sesiones extraordinarias a una sola de las Cámaras. Observa Eduardo Menem que nunca en nuestra práctica constitucional ha ocurrido que el Poder Ejecutivo convocara a una sola de

las Cámaras a sesiones extraordinarias, concluyendo que el "principio de simultaneidad no admite este tipo de excepciones"²⁴⁰. Sin embargo, ha ocurrido que el Poder Ejecutivo convocara al "Honorable Congreso de la Nación a Sesiones Extraordinarias", aunque al solo efecto del tratamiento de "acuerdos para designaciones y promociones"²⁴¹. La consecuencia práctica de esta convocatoria es que solo el Senado procede a reunirse, ya que la Cámara de Diputados no tendría nada que tratar²⁴².

La situación de las sesiones de prórroga es similar, por lo que el Poder Ejecutivo no puede prorrogar las sesiones de una sola de las Cámaras. Como se observó en el comentario al art. 63, el Congreso puede prorrogar sus propias sesiones y no depende exclusivamente del Poder Ejecutivo para hacerlo. Sin embargo, el art. 65 parecería impedir que sea una sola de las Cámaras la que prorrogue sus sesiones, necesitándose el consentimiento de ambas²⁴³. De hecho, durante la crisis de 2001, legisladores de ambas Cámaras intentaron prorrogar sus sesiones conjuntamente, aunque el intento fracasó, ya que el texto, que proponía prorrogar las sesiones "del Congreso", fue aprobado solo por el Senado²⁴⁴. Sin embargo, dado que el consentimiento de una de las Cámaras es suficiente para que la otra suspenda sus sesiones, es razonable inferir que se necesita el consentimiento de la otra Cámara para prorrogar las propias sesiones, pero no que la otra Cámara a su vez prorrogue sus propias sesiones.

* * *

Art. 66.—

Cada Cámara hará su reglamento y 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; pero bastará la mayoría de uno sobre la mitad de los presentes para decidir en las renunciaciones que voluntariamente hicieren de sus cargos.

Comentario por Sebastián Guidi

I. FACULTAD REGLAMENTARIA

El art. 66 confiere a las Cámaras la facultad para dictar su propio reglamento interno. La Constitución no especifica ninguna mayoría para la sanción del reglamento, por lo que son aprobados y modificados con mayoría absoluta sobre los miembros presentes.

La Constitución deja a las Cámaras una amplia libertad para organizar sus reglamentos, los que cubren todos los aspectos del funcionamiento parlamentario. En ocasiones, los propios reglamentos interpretan cláusulas constitucionales. Por ejemplo, el art. 81, CN prescribe que, en caso de que la Cámara revisora realice adiciones o correcciones sobre el proyecto de ley enviado por la Cámara de origen, esta solo puede "aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria". Sin embargo, del texto del art. 81 no surge explícitamente si la Cámara de origen puede aceptar algunos cambios y rechazar otros, o si esta opción debe realizarse en bloque. Esta cuestión es resuelta por el art. 177 del Reglamento del Senado, que opta por la primera alternativa²⁴⁵. Nuestra Corte Suprema nunca ha entendido de un planteo de inconstitucionalidad de un reglamento parlamentario. Si bien los legisladores son los primeros intérpretes de la Constitución Nacional en materia de procedimiento parlamentario, la Corte ha interpretado las facultades del Congreso por sí misma, por ejemplo, declarado la inconstitucionalidad de la interpretación dada por la Cámara de Diputados del art. 64, CN, al rechazar el diploma de un diputado electo²⁴⁶. En otra causa, la Corte no solo interpretó el reglamento del Senado, sino que expresamente se reservó la facultad de controlar el control de constitucionalidad sobre los reglamentos parlamentarios²⁴⁷.

II. FACULTAD DISCIPLINARIA

El art. 66 concede a las Cámaras poder disciplinario sobre sus miembros. Así, las Cámaras pueden aplicar sanciones sobre ellos ("corregirlos") o hasta excluirlos de su seno.

Si bien los reglamentos de las Cámaras no prevén la cuestión de manera expresa, la mayoría de la doctrina coincide en describir que la mayoría de dos tercios debe computarse sobre los miembros presentes y no sobre los totales²⁴⁸. Coincidimos con esta postura. La expresión "dos tercios de votos" parece indicar que se tienen en cuenta solo los miembros presentes, ya que los ausentes no están votando al momento del cómputo. Una interpretación armónica de las distintas mayorías constitucionales lleva a la misma conclusión. La mayoría de dos tercios de los miembros totales de cada Cámara está prevista de manera expresa únicamente para el otorgamiento de jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos (art. 75, inc. 22), lo que conlleva que se interprete que también la declaración de necesidad de reforma constitucional requiere esta mayoría (art. 30). Por otra parte, la acusación y la destitución de funcionarios mediante juicio político requieren una mayoría de dos tercios

sobre los miembros presentes (arts. 53 y 59, CN). La sanción o exclusión de un legislador parece guardar más analogía con el juicio político que con la reforma constitucional.

La facultad de "corregir... por desorden de conducta" se traduce en la facultad sancionatoria de las Cámaras, prevista en sendos reglamentos²⁴⁹. Esta facultad no suele utilizarse²⁵⁰. La sanción más grave que se ha utilizado como "corrección" es la de suspensión sin percepción de dieta, a pesar de no estar prevista en los reglamentos. Así, por ejemplo, el senador Ochoa fue suspendido en 2005 por el desorden de conducta que consistía en haber sido condenado por haber votado dos veces en los comicios de 2001 en los que había sido electo. La suspensión fue dictada "hasta tanto pas[ara] en autoridad de cosa juzgada la sentencia judicial", aunque dado que el mandato del senador terminó antes de dicho evento el Senado no revisó la cuestión²⁵¹.

Tanto la "remoción" como la "exclusión" implican que el legislador es separado definitivamente de la Cámara, aunque por causas diferentes. La "remoción" procede por "inhabilidad física o moral" sobreviniente. La "inhabilidad moral" no se refiere a la indignidad en la que pueda haber incurrido el legislador sino, de acuerdo con la usanza de la época de la sanción de la Constitución, a enfermedades mentales que impidan al legislador ejercer sus funciones. Así lo ha entendido tradicionalmente la doctrina²⁵² y algún voto en concurrencia de la Corte Suprema²⁵³. De hecho, en los únicos dos casos en los que se ha separado a legisladores del cuerpo legislativo se hizo constar que se estaba aplicando la "exclusión" por "desorden de conducta" en lugar de la "remoción" por "inhabilidad moral"²⁵⁴. Sin embargo, en otras ocasiones se han promovido solicitudes de exclusión por "inhabilidad moral" refiriendo a supuestos delitos cometidos por el legislador en cuestión²⁵⁵. Estos pedidos no han prosperado.

La posición de la "exclusión" en la oración del art. 66 es más dudosa, y la doctrina ha entendido que no tiene ninguna condición más que la mayoría de dos tercios²⁵⁶. Sin embargo, las únicas dos solicitudes exitosas de exclusión de legisladores nacionales desde el retorno democrático fueron fundadas en "desórdenes de conducta". El diputado Ángel Luque fue expulsado de la Cámara en 1991, en el contexto del caso del abuso y asesinato de la joven catamarqueña María Soledad Morales. Luque era el padre del principal imputado por el caso, y había declarado públicamente que si su hijo hubiera sido el asesino jamás se habría encontrado el cuerpo. La diputada Norma Ancarani de Godoy fue expulsada en 2002 por sus amenazas a los periodistas del ciclo televisivo *Puntodoc*.²⁵⁷

* * *

Art. 67.—

Los senadores y diputados prestarán, en el acto de su incorporación, juramento de desempeñar debidamente el cargo, y de obrar en todo en conformidad a lo que prescribe esta Constitución.

Comentario por Nahuel Maisley²⁵⁸

Los arts. 67, 93 y 112 de la CN establecen la obligación de los senadores, diputados, presidente, vicepresidente y ministros de la Corte Suprema, respectivamente, de prestar juramento de que desempeñarán debidamente su cargo al momento de asumirlo.

Los arts. 67 y 112 no hacen mención al tipo de juramento que deberán realizar los legisladores y los jueces, pero el art. 93 sí menciona que el presidente y vicepresidente deben hacerlo "según sus creencias religiosas". Esta frase fue incluida en la reforma constitucional de 1994, en reemplazo del antiguo art. 80, que sostenía que "[a]l tomar posesión de su cargo el presidente y vicepresidente prestarán juramento (...), 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'". Si bien el espíritu general en la convención fue el de eliminar cualquier vestigio de confesionalidad del cargo, un convencional expresaba entonces su preocupación de que se interprete la inclusión del término "creencias religiosas" en el art. 93 como un nuevo requisito de confesionalidad del presidente y vicepresidente, pese a la reforma del antiguo art. 76: "ya no se exige la pertenencia a la Iglesia Católica Apostólica Romana, pero sí el juramento por sus creencias religiosas. Esto quiere decir que alguna persona que no las tuviera, no podría aspirar a ocupar el cargo o debería mentir en su juramento"²⁵⁹.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha tenido ocasión de pronunciarse aún respecto de la interpretación de estas cláusulas constitucionales. El precedente más cercano en la materia es el fallo "Agüero"²⁶⁰, de junio de 1949. En esa ocasión, la Universidad Nacional de Córdoba le había negado a un graduado la posibilidad de recibir su título sin prestar el juramento de práctica, que él, Sergio Agüero, consideraba contrario a sus convicciones religiosas. La Corte sostuvo que este requisito no violentaba la libertad religiosa de Agüero, por dos razones. Por un lado,

porque el problema de Agüero no era con el contenido de la promesa en sí, sino con la formalidad requerida, y "no es admisible que se haga cuestión de la solemnidad con que la autoridad entiende que debe requerirla"²⁶¹. Y, por otro lado, porque "en este caso, la solemnidad está en estricta congruencia con el orden institucional de la comunidad en que el actor es miembro"²⁶², en particular, con las reglas de juramento establecidas en la Constitución.

No obstante, la decisión de la Corte en el caso "Agüero" no puede ser entendida hoy en día como un precedente válido, y cualquier interpretación que pretenda imponer requisitos de confesionalidad para cualquier cargo público debe ser rechazada de plano, por al menos tres motivos. En primer lugar, en el caso "Agüero", la Corte estaba interpretando una Constitución distinta a la que está actualmente en vigor, dado que en marzo de ese año se había aprobado la reforma constitucional que fue finalmente derogada en 1955. Si bien la reforma mantenía algunos de los preceptos centrales de la Constitución de 1853, el espíritu de esa norma no era totalmente consonante con el de la Constitución actual²⁶³. En todo caso, además, la reforma constitucional de 1994 modificó las pautas de juramento que constituyeron un argumento central de la Corte para admitir la constitucionalidad del requisito impuesto a Agüero.

En segundo lugar, y sin perjuicio del texto constitucional vigente, el fallo "Agüero" constituye una verdadera anomalía en la tradición jurisprudencial de la Corte²⁶⁴. En efecto, el tribunal ha puesto el énfasis en numerosas ocasiones y de modo contundente en "el reconocimiento para todos los habitantes de la Nación de la libertad religiosa, la que conlleva la facultad de no profesar religión alguna"²⁶⁵, y en la vigencia del "principio de neutralidad religiosa", según el cual "ningún culto reviste el carácter de religión oficial del Estado argentino"²⁶⁶. Además, la Corte ha reconocido el "derecho que tiene toda persona de no revelar un aspecto de su esfera personal —tales como los pensamientos o la adhesión o no a una religión o creencia— en tanto obliga a divulgar una faceta de la personalidad espiritual destinada a la dimensión propia de cada individuo"²⁶⁷. Una exigencia de profesión de fe como la que se le exigía a Agüero es incompatible con estos principios. Además, la combinación de estas ideas con el texto del art. 16, que establece que todos los "habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad" hace imposible una interpretación que exija un juramento religioso como requisito para acceder a cualquier tipo de cargo público.

Por último, tanto la doctrina²⁶⁸, como la práctica²⁶⁹, como la jurisprudencia posterior²⁷⁰ han entendido que la Constitución permite hoy en día que los funcionarios prometan cumplir sus tareas del modo en que lo consideren apropiado, resolviendo en los hechos cualquier controversia interpretativa que pudiera quedar pendiente.

Art. 68.—

Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador.

Comentario por Juan Nieto

El texto del art. 68 —y del 69— de la CN, además de encadenarse en la tradición del funcionamiento de los parlamentos que es rastreable, como mínimo, hasta 1689²⁷¹, reproduce —en parte— el art. 41 de las *Bases* de Juan Bautista Alberdi.

Aunque nuestro constituyente abandonó la formulación poética según la cual "el orador es inviolable" y "la tribuna es libre", mantuvo intacto el resto de la propuesta alberdiana que se montaba, a su vez, sobre la corta y fracasada tradición constitucional local y sobre la —también corta e igualmente fracasada— experiencia francesa.

La ingeniería constitucional doméstica ya antes de 1853 había ensayado formulaciones que referían a: i) la imposibilidad de que el legislador fuese "molestado por opiniones, discurso o debates (...) en el ejercicio de su Comisión" (Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata del 27 de enero de 1813); ii) que los legisladores, "por sus opiniones discursos o debates en una u otra sala no [puedan] ser molestados" (art. 27 de la Constitución de 1819); y iii) que "los senadores y representantes, jamás serán responsables por sus opiniones, discursos, o debates" (art. 35 de la Constitución de 1826).

El art. 7º, sección V, capítulo primero de la Constitución francesa de 1791, disponía la "inviolabilidad" de los legisladores y que estos no podrían nunca "ser requeridos, acusados, o juzgados por lo que hayan dicho, escrito, o hecho en el ejercicio de sus funciones"²⁷². El art. 43 de la Constitución francesa de 1793, por su parte, disponía que los diputados no pudiesen ser "requeridos, acusados, o juzgados por la opiniones expresadas en el seno del cuerpo legislativo"²⁷³.

La estructura de la propuesta de Alberdi se asemeja más a la fuente francesa que a la estadounidense, aunque sin dudas tiene elementos propios. La Constitución de los Estados Unidos de América dispone en la sección sexta de su art. I, que los legisladores "no podrán ser objeto en ningún otro sitio de inquisición con motivo de cualquier discusión o debate en una de las Cámaras"²⁷⁴.

Como se puede advertir en un análisis superficial, la referencia a "opiniones" no está presente en el texto estadounidense —y sí en el francés—, al igual que la referencia al "ejercicio de sus funciones", traducido al lenguaje local en la fórmula que circunstancia la prerrogativa mientras los legisladores se encuentren "desempeñando sus mandatos".

En el mismo sentido se puede destacar que la estructura de nuestro texto es triádica, es decir, identifica el "interrogatorio judicial", la "acusación" y la "molestia", como diferentes fuentes de perturbación para la actividad de los legisladores, y en esto se aproxima —también— a la estructura del texto francés. Mientras que las constituciones francesas preservan una enumeración de tres formas de afectación, "recherchés", "accusés" y "jugés", el texto estadounidense se limita a la referencia general de la imposibilidad de que los legisladores sean "inquiridos" (*questioned*).

Lo dicho hasta aquí vale, en realidad, de bastante poco. El recorrido de los constituyentes como copistas de Alberdi, y de Alberdi como copista de textos extranjeros, no es para nada gravitante al momento de interpretar el texto constitucional²⁷⁵. Si bien no es posible descartar que Alberdi haya buscado una protección de la actividad legislativa más robusta que la dada por el texto constitucional estadounidense, y que por eso haya recurrido a la fuente francesa (especialmente a la Constitución de 1791); tampoco podría descartarse, por el contrario, que la fuente francesa le haya parecido algo exagerada, pues el texto de la Constitución de 1793 también protegía los *hechos* de los legisladores, supuesto claramente excluido de las *Bases*.

En definitiva, el recurso de la identificación de las fuentes del texto nos sirve únicamente para dos o tres propósitos: *i*) comprender que nuestro texto constitucional efectivamente se apartó del estadounidense y que, en consecuencia, la doctrina de la Corte Suprema estadounidense como herramienta para la interpretación textual, o en clave *textualista*, nos es escasamente útil; *ii*) relevar que dado que en esto el constituyente pareció seguir al constituyente francés, y que las constituciones francesas de 1946²⁷⁶ y 1958²⁷⁷ mantienen una fórmula estructuralmente semejante a la argentina, cabría tomarse el trabajo (que aquí tampoco hacemos) de observar los desarrollos interpretativos franceses; y, quizás, *iii*) reconocer que en el análisis del texto y las fuentes lo que sale a la superficie son los *problemas materiales* que se pretendieron capturar, incluir, excluir y

tramitar bajo *ciertas* condiciones y con *ciertas* herramientas, por medio de la elaboración de un texto.

Estos últimos problemas materiales, después de más de doscientos años de constitucionalismo, no han variado prácticamente en lo más mínimo y se hacen presentes en los diferentes ordenamientos jurídicos más allá de las fórmulas textuales elegidas por los constituyentes. En todos los ordenamientos posibles (con división de poderes y actividad legislativa como la conocemos) siempre terminaremos interrogándonos acerca del alcance de la libertad de los legisladores para desplegar sus funciones y los riesgos de que la actividad de otros poderes, pero también de grupos de presión, "contaminen" o "coaccionen" la actividad legislativa²⁷⁸. El primero de los problemas que aparece con la lectura y el análisis del texto es *quiénes son los titulares de la inmunidad de opinión y desde cuándo y hasta cuándo son titulares de esa inmunidad*.

El texto del [art. 68CN](#) parece relativamente inequívoco al indicar que la inmunidad de opinión alcanza a los "miembros del Congreso" mientras se encuentren "desempeñando su mandato de legislador[es]". La definición de la letra del texto indica con relativa precisión que la inmunidad es oponible únicamente desde el momento en que se es legislador, circunstancia que aparece recién con la jura.

En esto la fórmula de la norma se distingue de la del art. 69 de la Constitución, que dispone que la inmunidad de arresto será operativa desde el momento en que el legislador es "electo", circunstancia que solamente podrá generar alguna controversia acerca de si su operatividad depende del escrutinio provisorio o del definitivo²⁷⁹.

A pesar de su aparente precisión, la norma constitucional no está exenta de problemas y nuevamente pone de manifiesto la necesidad de contar con una orientación teleológica y una hermenéutica lo suficientemente potente como para comprender consistentemente su alcance.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Varela Cid"²⁸⁰, tuvo que determinar si la investigación del delito de falsa denuncia²⁸¹ hipotéticamente cometido por un legislador nacional era de competencia federal o local. Lo conflictivo y peculiar de la contienda era que las expresiones del imputado que habían dado lugar a la querella habían sido varias, y algunas correspondían a un período anterior a que jurara como diputado nacional. En un pronunciamiento algo confuso²⁸², la CS señaló que las expresiones de Varela Cid que formaban parte de su actividad legislativa tenían una protección absoluta y no podían ser sometidas a juicio. A su vez, sostuvo que sobre las expresiones vertidas *durante* su mandato como legislador, pero que se invocaban como "extralimitaciones ajenas a su mandato", existía un déficit probatorio

y se trataba de "meras conjeturas". Finalmente, sobre las afirmaciones de Varela Cid que fueron vertidas *antes* de "asumir cargo de legislador de la Nación", correspondía —según la CS— que instruyera la justicia ordinaria.

Si bien se trató de un conflicto de competencia en el que no se buscaba evaluar qué clase manifestaciones estaban cubiertas por la inmunidad de opinión, la resolución de la CS dejó claro que las opiniones de un legislador, vertidas *antes* de asumir en su función, no tienen interés federal, lo que en definitiva equivale a sostener que no están protegidas por la inmunidad del [art. 68CN](#).

La tutela constitucional alcanza sin dudas al legislador hasta el final de su mandato, y lo hace por todas aquellas expresiones —de determinada clase— que sean vertidas *durante* el mandato. El texto permite dudas, en cambio, acerca de si la inmunidad protege a los legisladores *luego* de la conclusión de sus mandatos, pero por expresiones vertidas *durante* sus mandatos.

Por un lado, el art. 68 refiere a una inmunidad que protege a "los miembros del Congreso", por las "opiniones o discursos" emitidos "durante su mandato", lo que permite una confusión, pues los exlegisladores no son, en sentido estricto, miembros del Congreso, pudiendo quedar excluidos de la especial protección constitucional. Al mismo tiempo, el *objeto* de la protección son las opiniones vertidas *durante* el ejercicio de su mandato, naturaleza que las opiniones o discursos conservan en el tiempo más allá de la conclusión de los mandatos legislativos. En definitiva, lo que se ve es que el *objeto* de la protección permanece invariable y sugiere la vigencia de la inmunidad en los casos que involucran a exlegisladores, mientras que, por el contrario, las calidades del *sujeto* de la protección son variables en el tiempo y podrán sugerir que la protección cesa con el fin del mandato.

La ambivalencia del texto constitucional fue abordada de manera elíptica en el caso "Righi c. Garrido"²⁸³. Si bien la CS —por mayoría— se esforzó en señalar que no se estaba pronunciando acerca del fondo del asunto, sostuvo que el exlegislador tenía razón en que su invocación de la inmunidad del [art. 68CN](#) debía ser tratada como excepción de previo y especial pronunciamiento. Aunque la Corte se ocupó de establecer que no debía resolver sobre la cuestión del alcance temporal de las inmunidades, señaló que la controversia debía resolverse por vía de excepción más allá de que el mandato legislativo estuviese concluido. Según la CS, la invocación de las inmunidades por parte de un exlegislador exige el tratamiento por vía de excepción a partir del cual habrá de determinarse el alcance preciso de la inmunidad invocada.

Otro precedente, relativamente análogo, es el de caso "Virgolini"²⁸⁴, en el que si bien la CS no hizo una sola referencia a la inmunidad del

actual [art. 68CN](#)²⁸⁵ aseveró, sin embargo, la existencia de una suerte de inmunidad que alcanzaría a los fiscales y que cubriría todos sus actos funcionales, protegiéndolos de la eventual responsabilidad que ellos pudiesen causar, incluso cuando los funcionarios ya hubiesen cesado en su función.

A modo de *obiter*, como veremos, la Corte siguió el mismo criterio en "Cavallo"²⁸⁶, en donde expresamente señaló que la inmunidad alcanzaba a los exlegisladores por las manifestaciones hechas durante el ejercicio de sus mandatos²⁸⁷.

La cuestión, pese a la apariencia, no resulta sencilla y exige una distinción importante que nos mostrará —por medio de enunciados relativamente sutiles— la posición adoptada por la mayoría de la CS.

La inmunidad de opinión es, según la CS, una garantía de cada una de las cámaras, y viene a asegurar su independencia funcional y la integridad del Legislativo como poder del Estado. Así, en el caso "Alem"²⁸⁸, si bien se trataba de un caso de inmunidad de arresto, la CS señaló que la Constitución no había buscado "(...) garantizar á los miembros del Congreso con una inmunidad que tenga objetos personales; ni por razones del individuo mismo a quien hace inmune. Son altos fines políticos 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 los poderes creados por la Constitución". En el caso "Castro"²⁸⁹, también de inmunidad de arresto, pero esta vez de un legislador provincial, la CS volvió a insistir en que la inmunidad no era personal, sino del cuerpo que integraba el legislador. Idéntico criterio siguió en "Botto"²⁹⁰, donde si bien —nuevamente— lo que estaba en juego era la inmunidad —provincial— de arresto, la CS se refirió a la "inmunidad contra proceso o arresto", señalando que era un privilegio "de las instituciones" que hacía al "libre ejercicio de los poderes". Lo dicho resultaba consistente con la doctrina de "Martínez Casas"²⁹¹, en donde la CS interpretó que la norma del [art. 68CN](#) está destinada a "garantizar la inmunidad de las Cámaras legislativas" y no la de los legisladores como personas.

Más recientemente, en el ya citado caso "Cavallo"²⁹², la Corte tuvo oportunidad de afirmar, continuando con esta línea argumentativa, que la Constitución Nacional otorga inmunidades "(...) de carácter funcional, pues lo que en verdad se halla fuera del alcance de la ley penal son los actos y no el actor por su calidad de tal, pues aun cuando el legislador cesare en su mandato sigue amparado por la indemnidad del acto".

En "Cavallo", la CS se refirió específicamente al alcance de la ley penal, y eso parece quedar enfatizado mediante la referencia a la *atipicidad* de la conducta expresiva de los legisladores; un lenguaje propio del derecho

penal e inaplicable al régimen de la responsabilidad civil. En consecuencia, si bien no es posible sostener que la Corte extienda la doctrina del caso "Cavallo" a los casos de reclamos civiles, no se puede dejar de ver que la inmunidad constitucional no reconoce ninguna clase de distinción entre *molestias*, *acusaciones* e *interrogatorios*; sean estos civiles o penales, lo que parecería sugerir que la doctrina sobre inmunidad de expresión en casos penales podría ser enteramente aplicable a controversias de naturaleza civil.

La Corte parece haber interpretado que el sistema de inmunidades parlamentarias venía a tutelar a la división de poderes y al sistema republicano, así como al funcionamiento e integridad del Congreso. Así lo estableció expresamente en los casos "Castro"²⁹³ y "Cossio"²⁹⁴ sosteniendo en este último precedente que "las previsiones del art. 68 de la Constitución Nacional, destinadas a garantizar la independencia funcional de las cámaras legislativas, tienen una elevada significación, al extremo de que resulta lícito afirmar que integran el sistema republicano"²⁹⁵.

Estableciendo que la inmunidad de opinión existe en beneficio del cuerpo legislativo y no en beneficio de los legisladores en particular, cabe preguntarse, entonces, cómo es que el reclamo, por vía judicial, contra quien ya no reviste calidad de legislador por hechos (opiniones) ocurridos durante su mandato, afectaría al funcionamiento e independencia de las cámaras.

En rigor de verdad, las "molestias", "interrogatorios judiciales" y "acusaciones" contra los legisladores con mandato cumplido, no podrían, al menos no *directamente*, perturbar el buen funcionamiento del Poder Legislativo. Si la garantía es funcional —y no personal— entonces, ¿por qué razón se protegería a la persona del exlegislador incluso cuando ya perdió el *status* en función del cual se lo tutelaba especialmente?

Lo que corresponde distinguir aquí es la persona del legislador, por un lado, y los dichos u opiniones volcadas por el legislador en el ejercicio de sus funciones, por otro. El objeto de tutela constitucional, como bien lo expresa la Corte, es la independencia del Legislativo y —en especial— del debate, o, mejor dicho, de las condiciones necesarias para el libre desarrollo del debate.

Lo que goza de protección, a la luz de esta identificación de distintas esferas de tutela, es la *opinión* del legislador y no la *persona* del legislador, y es por eso que la opinión vertida por los legisladores se mantiene protegida incluso después de que estos hayan concluido su mandato. La protección de los legisladores es, en realidad, el instrumento a través del que se asegura la tutela de las opiniones.

Ahora bien, el modo en el que *procesalmente* aparece la tutela del art. 68 en las contiendas judiciales es, en general, la excepción de previo y especial pronunciamiento. Si bien, constitucionalmente hablando, este tipo de excepción es una contingencia legal y es imaginable un mundo en el que no exista, lo relevante es que la vía de la excepción es el mecanismo *legal* que otorga eficacia al precepto constitucional del art. 68. Es por medio de la excepción que en nuestro sistema los legisladores se aseguran no ser *molestados*, bajo el entendimiento de que la continuidad y el despliegue del proceso equivalen, al menos para la Corte, a una "molestia" que constitucionalmente debe ser evitada²⁹⁶. Lo que debe observarse, en conclusión, es que si bien las opiniones de los legisladores no pueden dar lugar a ninguna forma de responsabilidad, civil o penal, los legisladores —incluso antes de que se valore la naturaleza de sus opiniones— tienen la potestad de evitar ser molestados judicialmente. El mero impulso de alguna clase de proceso en su contra, se entiende, podría perturbar la eficacia e independencia de su función. Vemos entonces cómo se disocia en el proceso la tutela de la opinión —cuyo contenido no puede dar lugar a ninguna forma de responsabilidad en sede judicial—, de la tutela del legislador, que ni siquiera podría ser molestado con la existencia o continuidad de un proceso. Pero, nuevamente, corresponde insistir en la pregunta de si el exlegislador debe ser protegido personalmente, como mecanismo para cuidar sus opiniones. Dicho de otra manera, el texto del art. 68 abonaría una interpretación según la cual únicamente los legisladores en actividad pueden interponer la defensa del [art. 68CN](#) por vía de excepción, pues solamente en relación a un legislador en actividad se puede invocar que el proceso perturba el funcionamiento de las cámaras. Los legisladores con mandato cumplido podrían, sin embargo, defender luego —y en el contexto de un juicio— la pertenencia de sus expresiones al ámbito de lo tutelado constitucionalmente, pues respecto de ellos no puede reconocerse que la mera continuidad del proceso afecte a la independencia o al normal funcionamiento del Poder Legislativo.

Aunque razonable, este no ha sido el criterio de nuestra CS. La Corte prefirió no afincar la procedencia de la vía de la excepción en el argumento de que la molestia al legislador redunda en una molestia sobre la actividad legislativa. Si bien —como señalamos— este tipo de argumentación tendría anclaje textual en el [art. 68CN](#), cuando refiere a la imposibilidad de que los aforados fuesen "molestados", dejaría privados de cobertura a los legisladores con mandato cumplido, y aforados que hayan cesado en sus funciones, asunto que ameritó la intervención de la CS en los citados "Virgolini" y "Righi c. Garrido".

Específicamente en el caso "Righi", la Corte entendió que la vía de excepción era la adecuada para el tratamiento de las inmunidades invocadas por exaforados²⁹⁷ y que el hecho de que los exfuncionarios no tuviesen fueros al momento de la invocación de la inmunidad, resultaba

irrelevante²⁹⁸. El argumento de la Corte parece ser, según vimos que se desprende del caso "Cavallo", que las opiniones de los legisladores son *atípicas* por imperio constitucional, y en tanto atípicas no pueden ser sometidas a proceso²⁹⁹.

A través de esta forma de argumentación, volcada en un caso en el que lo que en realidad se discutía era la extensión de la inmunidad del art. 68CN³⁰⁰ a un ministro del PEN, la Corte encuentra que la razón constitucional para no "molestar" a los legisladores —o exlegisladores— por sus opiniones, se apoya en que esas opiniones serían —como señalamos— necesariamente *atípicas*, y no en que las "molestias" judiciales estén prohibidas por los *efectos* concretos que producen o pueden producir en el funcionamiento de las cámaras.

Sin embargo, no puede descartarse del todo que la Corte haya tenido en cuenta el posible efecto inhibitorio que la continuación de los procesos contra exlegisladores tendría sobre los legisladores en ejercicio.

En el caso "Rivas"³⁰¹, la Corte, refiriéndose al alcance de la inmunidad de opinión, apeló a la consideración de que el privilegio del art. 68 perseguía "el aseguramiento del más amplio debate respecto de las cuestiones que involucran a personalidades públicas o materias de interés público"³⁰², permitiendo —de manera más o menos abierta— la lectura según la cual la tutela sobre los exlegisladores responde, también, a la necesidad de tutelar el debate y evitar que los diputados y senadores en ejercicio se inhiban en sus manifestaciones por el temor a posibles reclamos indemnizatorios futuros.

Otro aspecto especialmente controvertido, es el del alcance *subjetivo* de la inmunidad de opinión. El texto del art. 68 no deja dudas acerca de que incluye a los legisladores y, como explica la CS, a los exlegisladores, por las manifestaciones volcadas durante sus mandatos. Sin embargo, la Corte se ha interrogado acerca de la posibilidad de que la tutela del 68 alcance, también, a miembros del PEN o a magistrados.

En el citado caso "Cavallo", la Corte sostuvo que las palabras de un ministro que informa al Congreso en virtud de las disposiciones de los arts. 71 y 106 de la Constitución son tan atípicas como las opiniones de los legisladores protegidas por el art. 68. Sin embargo, señaló que "la indemnidad del discurso de los ministros no se deriva del texto literal del art. 68, sino, de la Constitución Nacional en tanto unidad sistemática (...)"³⁰³, esto, en virtud de una suerte de disposición *implícita* contenida en los citados arts. 71 y 106 que ubican a los ministros del PEN en una relación de estrecha colaboración con el Poder Legislativo, tanto cuando son convocados por las cámaras a informar como cuando, ejerciendo las facultades del art. 106, acuden a las cámaras a debatir, aunque sin votar.

Según la CS, estas dos facultades ponen a los ministros en una situación de paridad con los legisladores, en tanto "(...) resulta inadmisibles una interpretación que obste o limite el ejercicio de funciones otorgadas directamente por el texto constitucional, ya que no parece posible que la Constitución le haya impuesto [a los ministros] deberes y concedido facultades sin la respectiva protección de las opiniones que emite cuando hace uso de la facultad prevista (...)"³⁰⁴.

El razonamiento de la Corte podría sintetizarse de la siguiente manera: por un lado, advierte que la Constitución prevé de manera específica la cooperación entre el PEN y el Legislativo a través de las normas de los arts. 71 y 106CN. Luego reconoce que el texto del art. 106 equipara a los ministros con los legisladores en la deliberación, privándolos únicamente del derecho al voto, lo que haría inferir (a la Corte) que tienen *todas* sus otras prerrogativas. Finalmente, advierte que la función colaborativa e informativa asignada constitucionalmente a los ministros solamente se puede ejercer de manera adecuada, esto es, de manera *desinhibida*, si la opinión de los ministros tiene la tutela que le da la indemnidad.

Hasta aquí, el argumento de la Corte podría asemejarse a un argumento de tutela de las condiciones de igualdad que exige la deliberación³⁰⁵. Dicho de otro modo, podría sostenerse que, dado que la propia Constitución Nacional prevé que los ministros del PEN participen de las deliberaciones del Congreso, resultaría inequitativo permitir que en el debate los ministros tengan restricciones en su libertad de opinión que los legisladores, por imperio del art. 68, no tienen. Sin embargo, este no es el argumento de la Corte.

Las consecuencias de una mirada especialmente atenta a las condiciones de igualdad del debate arrojarían dificultades que la CS, con gran prudencia, quiso evitar en el fallo "Cavallo".

Si se tratara de una tutela pura de las condiciones de la deliberación, la inmunidad de opinión debería extenderse no solamente a los ministros del PEN que intervienen en virtud de los arts. 71 y 106 en el proceso legislativo, sino también a toda otra persona que intervenga en el debate legislativo. Podríamos pensar, por ejemplo, en los expertos e invitados, en general, que son convocados por las comisiones legislativas a informar y volcar su opinión sobre determinados tópicos³⁰⁶. Lo mismo podría pensarse de la intervención de distintas personas en la actividad de las comisiones investigadoras³⁰⁷ o, incluso, de las discusiones sobre asuntos relacionados con la función legislativa pero que se dan fuera del parlamento y de las que habitualmente participan personas que no integran el Poder Legislativo. También podríamos pensar en la inmunidad de los miembros del Consejo de la Magistratura que no son legisladores³⁰⁸ o de cualquier otro órgano creado por ley que tenga una

integración que incluya legisladores junto con representantes que no sean legisladores.

Según veremos, nuestra Corte Suprema ha entendido que la función legislativa no se ejerce únicamente en el recinto del Congreso ni se agota en él. Por el contrario, la función legislativa se puede ejercer en los medios de comunicación y, por ejemplo, en debates públicos. Si la deliberación en un programa de televisión efectivamente integrara lo que entendemos por *función legislativa*, sería inconsistente expresar preocupación por la igualdad como condición necesaria de la deliberación democrática y, al mismo tiempo, excluir a los no aforados del privilegio de la inmunidad de opinión (*indemnidad* en el lenguaje de la Corte) en ese tipo de debate. Dicho de otro modo, si fuese la igualdad de armas en la discusión lo que explicara la extensión de la inmunidad a los ministros, tendríamos problemas en explicar por qué esa misma igualdad de armas en el debate no permitiría extender la inmunidad de opinión a cualquier ciudadano que traba un debate con un legislador sobre asuntos relativos a la función legislativa.

Probablemente para salir del callejón, la mayoría de la Corte no defendió —al menos no en el caso "Cavallo"— el argumento de la igualdad como condición necesaria para la deliberación democrática. Lejos de un argumento deliberativista democrático, la Corte afirmó que la tutela de la expresión de los ministros gravita únicamente en que de manera expresa, la Constitución les asignó a los ministros del PEN un rol que contribuye a "una labor específicamente legislativa". Tratándose de una función *expresamente* asignada por el constituyente, la jurisprudencia de la Corte advierte que esa función no podría cumplirse fielmente sin una tutela de las opiniones. De esta manera, la CS se permite asegurar que la inmunidad ministerial provendría en realidad, implícitamente, de los arts. 71 y 106 y no del art. 68.

Pese a todo, el argumento de la mayoría en "Cavallo" deja algunas cuestiones sin responder. En primer lugar, todo el razonamiento depende de una falacia y de una circularidad inaceptable. Sostener que la indemnidad ministerial es una tutela implícita de los arts. 71 y 106 y no una aplicación extensiva del art. 68 a los ministros del PEN, únicamente tendría sentido si pudiésemos argumentar que la indemnidad ministerial existe de manera *independiente* de la inmunidad de opinión del Legislativo. Es decir, es un razonamiento que solamente funciona el caso de poder imaginar que la inmunidad de los ministros existiría incluso en un mundo en el que no existiese la inmunidad de los legisladores. Pero como se desprende del propio razonamiento de la Corte, el contenido de la inmunidad implícita de los arts. 71 y 106 existe únicamente porque la inmunidad del 68 también existe, de modo que no se las puede, jamás, considerar independientes. En la práctica, entre la propuesta de la CS y la afirmación de que la

inmunidad de los legisladores se les *extiende* a los ministros al momento de concurrir al Congreso, no hay ninguna diferencia.

Por otra parte, el razonamiento supuestamente textualista que descansa en que del texto del art. 106 surgiría, de manera directa, que los ministros se encuentran equiparados a los legisladores, no parece tener mayor apoyatura. En primer lugar, si este fuese el argumento gravitante, deberíamos reconocer que es la equiparación, y en consecuencia la inmunidad del art. 68, la que extiende la inmunidad legislativa a los ministros. En segundo lugar, la descripción que hace la Corte no parece ajustada a la realidad. Los ministros del PEN, durante sus intervenciones, no pueden ejercer facultades de los legisladores como la promoción de mociones de orden o de preferencia, por poner solamente dos ejemplos. Lo que se advierte es que no solamente están privados de la facultad de votar, conservando todo el resto de las facultades de los legisladores, como sugiere la Corte, sino que están privados —por lo menos— de varias de las facultades de los legisladores.

Pero además, como reconoce la propia Corte³⁰⁹, la intervención de los ministros en virtud de lo regulado en los arts. 71 y 106 no son los únicos supuestos de colaboración entre el PEN y el Poder Legislativo. Por lo pronto podríamos mencionar el informe relativo al estado de la Nación del art. 99, inc. 8º y la iniciativa legislativa de los arts. 77 y 100, inc. 6º. ¿Podríamos predicar de estos dos supuestos que estén amparados, de manera implícita, por alguna clase de indemnidad? Es decir, bajo el razonamiento utilizado por la Corte en "Cavallo", ¿correspondería sostener, también, que el mensaje del PEN que acompaña sus proyectos de ley, así como los propios proyectos de ley, son necesariamente *atípicos*? ¿Son también *indemnes*, en el lenguaje de la Corte, las palabras de los presidentes de la Nación en la apertura de sesiones?

La Corte no se ha pronunciado acerca de estas cuestiones, pero sí cabe señalar que, si consideráramos que la actividad colegislativa del PEN fuese *indemne*, lo mismo deberíamos afirmar de la actividad colegislativa del pueblo prevista en el art. 39, siempre respetando el principio argumentativo rector del caso "Cavallo", según el cual es inadmisibles considerar que la Constitución asigna funciones sin las garantías necesarias para ejercerlas. Dicho de otra manera, si asumimos que los ministros necesitan garantías para exponer ante el Congreso, y de esto podemos derivar que el PEN necesita garantías para abrir las sesiones, comunicar el estado de la Nación y enviar y fundamentar proyectos de ley; también podríamos presumir que el pueblo necesita garantías para impulsar y promover la iniciativa popular.

Finalmente resta establecer cuál es el objeto de la tutela de la inmunidad del art. 68, es decir, qué contenidos —y bajo qué formas— son

los que están protegidos con la llamada indemnidad parlamentaria; y, por otra parte, aún falta determinar qué comportamientos, de las agencias estatales —y de los individuos particulares— pueden tener aptitud para constituir *acusación, interrogatorio judicial o molestias*.

El texto del art. 68 individualiza con relativa claridad *opiniones* o *discursos* como el sustrato material, o plataforma de aquello que se viene a proteger siempre y cuando sean volcados en ejercicio de la actividad legislativa. Sin embargo, como observa la propia CS en el caso "Martínez Casas"³¹⁰, "puede resultar difícil decidir judicialmente si un acto determinado se encuentra o no comprendido dentro de la esfera que la inmunidad abarca", a lo que se agrega que también pueden aparecer complejidades en la determinación no solo de la naturaleza funcional del acto, sino incluso en su identificación como *opinión* o *discurso*.

Sin caer en un textualismo desorientado, es posible afirmar que la expresión *discursos* utilizada por el constituyente tiene dos significados igualmente útiles para la comprensión del texto. Por un lado, *discursos* remite al modo específico en el que los legisladores se expresan en el recinto de los cuerpos que integran. Es decir, los discursos de los legisladores, en este sentido, serían sus intervenciones verbales en las sesiones de cada una de las cámaras.

Pero *discurso* tiene otra acepción que remite, esta vez, a cualquier acto ilocucionario, es decir, refiere al lenguaje *puesto en acto* o a todo *hecho* realizado con palabras. En esta segunda acepción cualquier manifestación de los legisladores, incluso por escrito, pertenecería al orden del *discurso*.

Respecto de la expresión *opiniones*, es difícil no emparentarla con lo que la propia CS, recogiendo la doctrina del caso "Lingens v. Austria"³¹¹ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha dicho sobre libertad de opinión en los casos "Amarilla"³¹² y "Quantín"³¹³, entre otros. Allí la Corte sostuvo que la *opinión* es un enunciado proposicional sin valor veritativo y no puede dar lugar a ninguna forma de responsabilidad en la medida en que no se trate de un insulto cuyo único objeto sea la ofensa misma o la "vejación gratuita injustificada" de las personas.

Bajo las coordenadas de esta primera aproximación podríamos afirmar que la Constitución Nacional protege las manifestaciones de los legisladores vertidas en el recinto del Congreso —tengan o no tengan valor veritativo—, las opiniones de los legisladores y todas las manifestaciones discursivas, de los legisladores, es decir, todo lo que hagan con palabras.

Por supuesto, esta tutela solamente abarcará *discursos* y *opiniones* de los legisladores desplegados en ocasión de su función y no a cualquier

opinión o discurso, lo que ha obligado a la Corte a intentar distinguir con algún grado de precisión el alcance de la actividad legislativa.

Según la CS, no ofrecen mayores dificultades los hechos ocurridos en circunstancias en las que el ejercicio de la función legislativa es más o menos evidente. Así, por ejemplo, en el citado "Martínez Casas" entendió que los agravios personales desplegados mientras se pronuncia un discurso en una sesión de cualquiera de las cámaras se encuentran cubiertos por la inmunidad del art. 68³¹⁴.

En "Varela Cid", la Corte también incluyó dentro de las actividades evidentemente legislativas la elaboración de informes y resoluciones, los votos y, en general, "la ejecución de los deberes y responsabilidades del empleo para el que ha recibido el mandato popular"³¹⁵, incluyendo de esta manera la actividad en el pleno de cada una de las cámaras pero también, lógicamente, la actividad en el seno de las comisiones.

Si bien la Corte no lo desarrolló con precisión, es en este tipo de constelación de casos en la que el argumento republicano de división de poderes debería resultar más fértil. Los agravios personales volcados durante las sesiones, informes y actividades parlamentarias en general, después de todo, pueden ser sancionados por los propios cuerpos legislativos, mientras que, al mismo tiempo, la judicialización de los términos del debate podría equivaler a un modo de interferencia de un poder sobre el otro.

Hasta aquí el argumento parece indicar que acerca de las actividades típica o evidentemente legislativas, los jueces no pueden ejercer un control que comprometa la inmunidad de opinión. Se trata como se ve, de un abordaje más bien formal, es decir, que califica los dichos de los legisladores como manifestaciones en ejercicio de los mandatos, no según su sustancia, sino según su marco funcional-formal de referencia (sesiones, reuniones de comisión, informes, dictámenes, proyectos de ley, etc.). Por supuesto, la CS no se ha expedido acerca de casos en los que podría aparecer un ejercicio evidente de una actividad funcional realizada por medio de un acto ilocucionario, que, al mismo tiempo, reviste una naturaleza ilícita. ¿Es indemne el pedido de un soborno para sancionar una ley? ¿Y si en lugar de un soborno lo que se solicita es alguna clase de intervención del Estado Nacional en una provincia? ¿Y si lo que se pide a cambio es la sanción de otra ley? ¿Es indemne el diputado que amenaza de muerte a otro para lograr que se calle en una discusión parlamentaria? ¿Y si en lugar de amenazarlo de muerte lo amenaza con quitarle el contrato de un empleado cedido por el bloque al que pertenece? Ninguno de esos casos tiene respuesta sencilla, en todos nos encontramos con actividades relacionadas con la función legislativa pero que se despliegan a través de medios ilícitos o de dudosa licitud. Consecuentemente, cuesta aceptar la posibilidad de que, tratándose de intervenciones que desde lo

formal se realizan en el cuerpo legislativo, se encuentren —solamente por esa razón— cubiertas por el manto de la indemnidad.

A la Corte no le han llegado casos de semejante naturaleza, pero estos casos hipotéticos nos permiten problematizar los límites de la supuesta eficacia del razonamiento formalista de la CS en casos como "Varela Cid", demostrando cómo, aunque se oculte, siempre se encuentra supuesto un criterio sustantivo para la determinación de lo que pertenece, y lo que no, al ámbito de lo funcional y propio del ejercicio de la representación.

De manera bastante consistente con el criterio formalista de identificación de las funciones legislativas, la Corte descartó explícitamente, en el caso "Conte Grand"³¹⁶, que las manifestaciones de un diputado en un diario fuesen parte de su actividad funcional y estuviesen protegidas por el art. 68. Años después, la CS modificó ese criterio, al punto en que en el caso "Cossio", sin desarrollar el problema, asumió que la distinción entre expresiones vertidas dentro y fuera del recinto era constitucionalmente irrelevante.

El pasaje de "Conte Grand" a "Cossio" condujo a que el criterio formalista permaneciera vigente en relación a los conflictos suscitados "dentro" del Congreso, y a que apareciera algún lineamiento explícitamente sustantivo para dirimir los conflictos suscitados "fuera" del Congreso.

Al ampliar la noción de lo funcional a ámbitos no reglados, como el de los medios masivos de comunicación, el control sobre la naturaleza funcional de las intervenciones de los legisladores pasa a ser, de manera necesaria, sustantivo. Es decir, una consecuencia de entender a las apariciones de los legisladores en los medios masivos de difusión como parte del ejercicio de su mandato, es que los jueces quedan obligados a sopesar si el *contenido* de sus intervenciones efectivamente guarda relación, o no, con la función legislativa. Aunque no desarrollaremos de manera específica este argumento, sí creemos necesario enfatizar que resulta obvio que *nunca* podría aceptarse que *cualquier cosa* que diga un legislador en un medio masivo de comunicación tenga la tutela del art. 68. Ni la independencia del Poder Legislativo ni las condiciones para la deliberación exigidas en una sociedad democrática podrían justificar o explicar una absoluta impunidad verbal en medios masivos de comunicación, y así lo entendió, como veremos, la propia CS.

Las dificultades que se evitaban mediante el abordaje de corte formalista reaparecen ahora al considerar a las expresiones vertidas en medios masivos de comunicación como parte integrante de las facultades propias de un legislador. Dicho de otro modo: lo que antes se evitaba, ahora se impone y reclama una definición relativamente precisa acerca de

qué intervenciones se encuentran efectivamente tuteladas cuando son volcadas en medios masivos de comunicación.

La CS ha dado escasas señales y prácticamente ninguna precisión sobre el tema. Sabemos, gracias al caso "Luque"³¹⁷, que a criterio de la Corte debe existir alguna "relación" entre las declaraciones de los legisladores y "el ejercicio (del) mandato como legislador nacional" y que esa relación no existe cuando un diputado habla en su residencia "ante una requisitoria periodística suscitada a raíz de la situación judicial de su hijo". Más concretamente, lo que la Corte entiende es que un diputado no puede, bajo el amparo de la indemnidad, afirmar que si su hijo hubiese matado una adolescente, el cadáver no hubiese aparecido nunca³¹⁸. El caso, por lo inusual, tiende a ser más bien inútil como predictor o instrumento de orientación que nos permita posicionarnos y localizar los límites y contornos de la llamada inmunidad de opinión.

Por supuesto, parte de la posible confusión se apoya en que tampoco sabemos —a ciencia cierta— cómo identificar la relación entre las expresiones de los legisladores y el ejercicio de sus mandatos. Más aún, la idea misma de relación es algo confusa, pues, en sentido estricto, los objetos no se relacionan con sí mismos sino que establecen relaciones con otros objetos, de manera tal que las expresiones solamente podrían tener "relación" con el ejercicio de los mandatos únicamente cuando ellas mismas no formen parte de ese ejercicio, con la contradicción que implicaría considerar parte del ejercicio funcional algo que analíticamente lo excede y se ubica fuera de él.

Dejando de lado la objeción formal, lo cierto es que solamente excluyendo de la tutela del art. 68 comentarios tan grotescos como los del entonces diputado Luque, nos queda muy poco material para identificar de manera adecuada el ámbito de protección constitucional.

En el caso "Rivas", la Corte remarcó algo que ya había señalado en otros casos y que, si bien no ha sido abordado de manera sistemática y ordenada por el Tribunal, sí mantiene una presencia espectral en buena parte de su jurisprudencia sobre la materia. En este sentido, la CS señaló en "Rivas" que la inmunidad de opinión viene a asegurar la posibilidad de un amplio debate acerca de "las cuestiones que involucran a personalidades públicas o materias de interés público, como garantía esencial del sistema republicano", lo que permite inferir que cuando una expresión refiere a estas cuestiones debería estar alcanzada por la inmunidad del art. 68.

Propiamente en los hechos del caso, la Corte identificó, además, la existencia de un "nexo directo" entre las afirmaciones del diputado Rivas y su actividad legislativa, pues las mismas afirmaciones supuestamente

agravantes que se le querían reprochar, las había manifestado en proyectos de resolución y denuncias penales.

También en "Cossio" la Corte pareció anclar la función legislativa y el ejercicio del mandato en el interés público, al sostener que las "opiniones críticas vinculadas con el manejo de fondos públicos, emitidas por quienes forman parte de la minoría parlamentaria" exigen una mayor atención y aseguramiento de la "fiel observancia" de la inmunidad.

Hasta aquí podríamos decir —con algún fundamento— que las afirmaciones y opiniones desplegadas en el estricto ámbito funcional, sesiones, reuniones de comisión, redacción de proyectos, informes, etc. ("Varela Cid" y "Martínez Casas") están inequívocamente alcanzadas por la garantía del art. 68. También se encuentran tuteladas por la inmunidad de opinión las expresiones que tengan un "nexo directo" ("Rivas") con la actividad legislativa o que evidencien una "adecuada relación de conexidad con la función legislativa" ("Cossio") o, aunque sea, guarden "relación" con el ejercicio del mandato ("Luque", *contrario sensu*), con independencia de que sean vertidas por fuera del ámbito propiamente legislativo, como podría ser —por ejemplo— el caso de declaraciones ante un medio masivo de comunicación.

Al momento de precisar el alcance de la tutela del art. 68, la Corte ha reiterado en varias ocasiones que la inmunidad "debe interpretarse en el sentido más amplio y absoluto; porque si hubiera un medio de violarla impunemente, él se emplearía con frecuencia por los que intentasen coartar la libertad de los legisladores" ("Calvete"). La idea de protección absoluta importa, evidentemente, una forma de definir el límite de lo constitucionalmente protegido; si la tutela fuese realmente absoluta, absolutamente todos los contenidos estarían protegidos. Se trata, como mínimo, de un potente punto de partida para reconocer el alcance de la protección.

Si bien, en su origen la referencia de la Corte en "Calvete" al carácter "absoluto" de la tutela constitucional tenía que ver con la imposibilidad de hacer distinciones acerca de los modos en los que podía considerarse que un legislador era "molestado" por sus opiniones (en "Calvete", con la excusa del art. 68, se intentaba perseguir a quien por medio de la prensa había hecho severas críticas a un diputado, evitando así los límites que imponía el [art. 32CN](#)), no se puede desconocer que la evolución jurisprudencial terminó indicando que la naturaleza absoluta refería, en realidad, a la imposibilidad de dejar contenidos por fuera del ámbito de lo protegido, cuando esos contenidos específicos no habían sido excluidos de la tutela por el propio texto constitucional.

A tal punto esta afirmación sobre los contenidos de las expresiones de los legisladores tomó sentido, que la propia CJSN se ocupó de indicar

como única exclusión de la inmunidad del art. 68, a las expresiones que estuviesen sancionadas según lo dispuesto en el [art. 29](#) de la CN. Es decir, los legisladores podrían expresarse con impunidad acerca de todos los tópicos, siempre que sus expresiones no estuviesen conducidas, de alguna manera, al otorgamiento de la suma del poder público.

Así se entendió en el citado caso "Leloir"³¹⁹, en el que la Corte sostuvo que "la tremenda responsabilidad" que el art. 29 arroja sobre los legisladores "no puede quedar simultáneamente desvirtuada por otro texto de la misma Constitución". Dicho de otra manera, las prohibiciones constitucionales ponen un límite pretendidamente claro a los "permisos" constitucionales, pues en virtud del valor de la consistencia, la norma no puede prohibir y permitir un mismo comportamiento al mismo tiempo.

La dificultad estriba en que no es sencillo establecer, como casuísticamente parece haber hecho la CS hasta el momento, que la del art. 29 sea la única prohibición relevante y limitativa de la inmunidad del art. 68.

Así como la Constitución Nacional tiene un tipo penal específico para el otorgamiento de la suma del poder público, también lo tiene —en el art. 119— para la traición a la patria o en el 22, para la sedición. La mención no es azarosa, una expresidente fue perseguida penalmente por traición a la patria por una acción cuyo modo comisivo concreto implicó la celebración de un tratado que fue aprobado por el Congreso. Los legisladores que aprobaron ese tratado, ¿participaron del delito de traición³²⁰?

No puede caber duda alguna que la aprobación de tratados es una de las actividades evidentemente funcionales que, siguiendo la doctrina clásica de la Corte, no podría ser criminalizada. Sin embargo, si a través de esa actividad se cometiera el delito de traición, esta traición no podría estar constitucionalmente amparada. Esto, claro, siguiendo la doctrina del caso "Leloir". En el citado caso "Timerman", sin embargo, la respuesta debería variar si la imputación en lugar del delito de traición se correspondiera con el de encubrimiento. En este segundo supuesto, siguiendo nuevamente a "Leloir", deberíamos concluir que se trata de un delito no tipificado por la propia Constitución y que por lo tanto, no está excluido de la tutela de la indemnidad³²¹.

A su vez, el problema nos conduce a reevaluar la indemnidad del Poder Ejecutivo a la luz del caso "Cavallo", esta vez combinado con la regla de "Leloir". Si los legisladores no pueden ser perseguidos por su actividad legislativa, salvo en los casos en los que esta implique el otorgamiento de la suma del poder público, o en la realización de cualquier otro delito directamente sancionado por la Constitución, debemos preguntarnos si esta tutela también la tiene el PEN en ejercicio de la actividad colegislativa.

Si entendemos que no puede ser perseguido el legislador que promueve o aprueba una norma cuya sola sanción podría constituir un delito, en virtud de la indemnidad de los actos propios de la función legislativa que surge del art. 68, la pregunta es si cometería un delito el PEN que promulga esa norma o que, enviándola al Congreso para su aprobación, la impulsa. El fallo "Cavallo", como vimos, podría sugerirnos que la ingeniería constitucional no podría poner en cabeza del PEN una función sin las garantías necesarias para su ejercicio, de modo que tanto la promulgación como la iniciativa legislativa deberían estar implícitamente abarcadas por una indemnidad idéntica a la del art. 68 y que la excepción solamente podría reducirse a aquellos casos en los que aparezca un delito de la propia Constitución.

Sin embargo, a partir de la jerarquización constitucional de los tratados de derechos humanos del art. 75, inc. 22, la extensión de la regla del caso "Leloir" puede leerse como considerablemente ampliada. El Estado, por imperio de las convenciones internacionales, actualmente se encuentra comprometido de una manera peculiar con la persecución, incluso penal, de comportamientos como la propaganda racista³²² o la propaganda de guerra³²³, con lo que aplicando la doctrina de "Leloir", podríamos afirmar que los discursos discriminatorios, incluso si fuesen manifestados en el recinto legislativo, no podrían gozar de la indemnidad del art. 68³²⁴.

Admitiendo que el carácter absoluto de la inmunidad de opinión está limitado únicamente por los tipos penales de la Constitución y, eventualmente, por las prohibiciones emanadas de las convenciones con jerarquía constitucional en función del art. 75, inc. 22³²⁵, corresponde extraer, al menos, tres conclusiones. Por un lado, es evidente que la afirmación de que la tutela del art. 68 es absoluta, como la Corte viene repitiendo desde "Calvete", tiene escasísimo sentido. No hay razones para sostener, en un plano analítico, que la protección de la genéricamente llamada *inmunidad de opinión* sea absoluta si luego vamos a sostener que esa tutela no cubre supuestos como los de la incitación al odio racial o religioso, el otorgamiento de la suma del poder público o la traición a la patria. La tutela será absoluta únicamente en el caso de no admitir excepciones. Afirmar, como parece que hace la Corte, que la tutela es absoluta únicamente en aquellos casos en los que procede, equivale a no decir absolutamente nada, dado que, justamente, lo que queremos poder determinar es cuándo es que procede.

En segundo orden, cabe recordar que las excepciones a la tutela absoluta no son únicamente, para la CS, las que surgen de los mandatos de prohibición incluidos en la propia Constitución. Como se vio en "Luque", también están exceptuadas las manifestaciones que, luego de una valoración por parte de los tribunales, nos permiten establecer que no son desplegadas como parte integrante de la actividad funcional legislativa, con lo que de lo absoluto ya ha quedado bastante poco.

En tercer lugar, cabe preguntarse si la indemnidad, con las pocas coordenadas que ha ofrecido la Corte para la determinación de su alcance, protege o debe proteger algo más allá del derecho general de la libertad de expresión. Es decir, si el carácter absoluto en realidad lo que viene a decirnos es que la indemnidad o inmunidad de opinión es una forma de tutela superior, más robusta, intensa y abarcativa de las posibilidades expresivas de (algunas de) las personas.

Pensemos, desde luego, en una libertad de expresión fuertemente protegida a través de dispositivos como el de la doctrina de la *real malicia*. Pensemos en qué razones nos llevarían a imaginar un nivel de tutela privilegiada que alcanzara incluso más allá de los límites de la *real malicia*, es decir, que incluyera, acerca de asuntos de interés público, el derecho o la posibilidad de mentir deliberadamente o comunicar información de interés público sin la más mínima seguridad acerca de su veracidad. ¿Habría alguna razón democrática para defender un régimen semejante?

Pensemos ahora en la doctrina de la Corte en materia de opiniones. El límite fijado por la CS en el caso "Quantín" es que no existe un derecho al insulto, de manera que las expresiones que no tienen valor veritativo no pueden ser judicializadas a menos que impliquen un insulto, un intento deliberado por vejar de manera gratuita e injustificada a una persona. ¿Cuál sería el sentido de que los legisladores gozaran de un derecho a insultar?

Estos inconvenientes pueden ser ignorados por completo despejando la pregunta de raíz. Después de todo, puede no tener sentido preguntarse por la teleología constitucional. Quizás la Constitución le otorgó una tutela especial a los legisladores, una que supera a las posibilidades expresivas del resto de la ciudadanía. Quizás los legisladores sí tienen el derecho a insultar, quizás sí tienen el derecho a ser negligentes en sus afirmaciones de hecho. Quizás sí tienen el derecho a mentir deliberadamente y, finalmente, quizás nuestro debate público está y debe estar atravesado por esta asimetría entre aforados y ciudadanos.

El punto problemático es que en la tímida descripción que los tribunales vienen haciendo de las expresiones alcanzadas por la función legislativa, el insulto y la afirmación deliberada de hechos y circunstancias falsas, no gozarían de la protección del art. 68. Es decir, según la propia doctrina jurisprudencial no logra advertirse que las inmunidades protejan más allá de lo que ya lo hace, y con alcance general, el régimen constitucional de la libertad de expresión. De ser así, el problema es que la tutela de la inmunidad no agregaría, sustantivamente³²⁶, nada.

Podría afirmarse, claro, que se trata de dos institutos diferentes que tutelan un objeto semejante —expresiones sobre asuntos de interés público— de modo idéntico, pero que simplemente se distinguen en que

responden a normas diferentes. Una afirmación semejante le quita bastante de sistema a nuestro diseño constitucional, y generaría una importante inquietud interpretativa en todos aquellos que intenten encontrar en el texto un sentido prolija y ordenadamente mentado.

Esta inquietud, a su vez, se agrava considerablemente al advertir que el único propósito posible de tutelar con dos normas diferentes una misma práctica —la expresión acerca de asuntos de interés público— es el de atribuir intensidades distintas en las protecciones correspondientes.

Esto último es lo que ha dado lugar a la idea más o menos trabajada por la CS según la cual debe responderse al argumento igualitario que nos interpela acerca de la imposibilidad de que el sistema de la Constitución proteja, en el ejercicio de una práctica inherente a cualquier democracia como lo es la actividad expresiva, con mayor fuerza a los aforados que al resto de la ciudadanía.

En "Virgolini", la Corte afirmó un reiterado criterio según el cual no puede predicarse que los llamados privilegios parlamentarios afecten al principio de igualdad, pues existen, tanto en el ámbito del Congreso como del Ministerio Público Fiscal, mecanismos específicos de sanción de sus miembros. La inmunidad no sería, entonces, la consagración de la impunidad sino, por el contrario, la salvaguarda de la independencia, permitiendo que los excesos y las faltas de conducta sean sancionados por el propio cuerpo al que pertenece el infractor. El argumento de "Virgolini" apenas si tiene peso formal. En primer lugar, el funcionario involucrado en el caso ya no podía ser sancionado por el Ministerio Público porque ya no ejercía funciones allí, de modo que el argumento tenaz poco sentido práctico. Pero inclusive en el plano puramente normativo, puede advertirse que las inmunidades impiden a las personas agraviadas perseguir un mecanismo reparatorio del daño sufrido por las posibles infracciones de los funcionarios. Es decir, si fuese cierto lo que dice la Corte, que después de todo no puede advertirse un problema de igualdad porque los aforados están sometidos a un régimen sancionatorio propio y no sustraídos de todo sistema de responsabilidad, de todas maneras no podría desconocerse que esos procedimientos no tienen naturaleza reparadora y, además, no pueden ser instados ni impulsados por los afectados.

A esto se agrega que, respecto de los legisladores, según la propia doctrina de la Corte, nos encontraríamos ante un supuesto de indemnidad, es decir, de imposibilidad de sanción, con lo que difícilmente pueda sostenerse coherentemente el valor del remedio del control interno propio del Legislativo, cuando al mismo tiempo se insiste en que la tribuna es absolutamente libre.

El problema de la igualdad, como se ve, lejos de resolverse con una fórmula lacónica que es, además, inconsistente con la propia doctrina de la CS, representa el corazón del conflicto en materia de inmunidades. Un abordaje igualitario del problema que ponga atención en los fundamentos democráticos y deliberativos del régimen de la inmunidad de opinión, encontrará interrogantes sin resolver y prácticas inconsistentes con una democracia abierta y participativa. Al mismo tiempo, un abordaje únicamente anclado en el texto de la norma y en la tradición jurisprudencial de nuestra Corte, pronto advertirá que los límites son demasiado difusos, que todavía no sabemos bien cómo es que pueden materializarse las molestias e interrogatorios a las que se refiere el art. 68³²⁷, ni bajo qué condiciones procede la tutela "absoluta" de la inmunidad.

* * *

Art. 69.—

Ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado; excepto el caso de ser sorprendido in fraganti en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante, u otra afflictiva; de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho.

Comentario por Juan Nieto

El constituyente elaboró una construcción propia en la que la fuente de las constituciones francesas de 1791 y 1793 aparece con cierta claridad junto con los antecedentes constitucionales del Río de la Plata. El texto argentino conservó, del antecedente francés, la referencia a la flagrancia como supuesto de admisión del arresto de los legisladores. Sin embargo, respecto de la fuente de 1793, pareció precisar mejor la naturaleza del trámite que debería operar en las respectivas cámaras para lograr que un miembro fuese detenido: el desafuero.

Aquí el texto argentino se separó claramente de la matriz estadounidense al extender la inmunidad a todo el mandato de los legisladores comenzando desde el día de la elección y no limitándola al período de sesiones, como ocurría en la tradición anglosajona y fue consagrado en la Constitución de Filadelfia.

Este apartamiento devela, en alguna medida, que el fantasma que la Constitución de los Estados Unidos de América —y la tradición anglosajona en general— venía a conjurar era el de la posibilidad de que la representación se viese directamente afectada por la restricción —aunque fuese momentánea— de la libertad ambulatoria de los legisladores.

La tradición alberdiana, en cambio, estaba formada al calor de una experiencia política relativamente diferente —el rosismo— y, alimentada por el fantasma de la persecución política, intentaba plasmar en el texto constitucional las normas que hubiese deseado tener a su amparo durante el gobierno recientemente caído. El fantasma de la persecución a los opositores reclamaba, entonces, un nivel de protección de la actividad legislativa que no aparecía en el modelo anglosajón y cuya intensidad también era menor en el modelo francés.

El espectro de la tiranía caló tan profundamente en la tradición alberdiana que la propia CS en el caso "Castro"³²⁸ llegó a identificar que la inmunidad de arresto emanaba del principio republicano de gobierno y que si bien el texto constitucional no la había dispuesto de manera expresa para los regímenes provinciales, su tutela —en los casos en los que las constituciones provinciales lo preveían— era una derivación directa de la garantía del art. 5º de la CN.

La consecuencia de la doctrina de "Castro" es que si bien la Constitución Nacional no establece —ni podría hacerlo— la inmunidad de arresto en los ordenamientos provinciales, cuando estos ordenamientos sí la prevén, la tutela adquiere, además, raigambre federal y debe ser respetada en el territorio de la provincia por las autoridades provinciales e incluso por las nacionales.

En el caso "Tabernera"³²⁹, sin embargo, la Corte había identificado —con algo de razón— que la afirmación según la cual la inmunidad de arresto es inherente al sistema representativo y republicano es, como mínimo, temeraria. La Corte señaló como ejemplo demostrativo de su posición que en los Estados Unidos no existía una inmunidad de arresto con el alcance que el legislador provincial invocaba en el caso, sin que se pudiese predicar, acerca de ese país, la ausencia de república o de régimen representativo.

Si bien en este punto el razonamiento es convincente, la Corte utilizó el argumento en un caso en el que quizás era innecesario un pronunciamiento tan contundente. Tabernera, legislador provincial de Mendoza, estaba sometido a proceso por autoridades jurisdiccionales de la Capital Federal, de modo que el asunto no estribaba en la naturaleza republicana de la inmunidad de arresto provincial, sino en si esta era oponible en una provincia distinta a la que la había concedido. La Corte

bien podría haber afirmado, como luego lo haría en "Castro" y en "Botto"³³⁰, que las inmunidades provinciales son oponibles únicamente en el territorio de la provincia en la que el legislador ejerce la representación, sin necesidad de afirmar, como hizo, que la república no depende de las inmunidades para poder existir³³¹.

En cualquier caso, el razonamiento de la Corte falló también en otro aspecto de mucha mayor relevancia que el de la utilización ligera del epíteto de "republicano". Según la CS, una vez que la inmunidad de arresto es consagrada constitucionalmente a nivel provincial, debe ser respetada por todas las autoridades, incluidas las nacionales, dentro del territorio de esa provincia. No cabe duda alguna de que, en principio, las autoridades provinciales deben respetar las disposiciones de sus constituciones locales. Sin embargo, el argumento según el cual una provincia no debe someterse a las inmunidades conferidas en otra, cuando se trata de procesos por hechos ocurridos en su territorio, no permite explicar, normativamente, por qué las autoridades federales, especialmente las jurisdiccionales, deberían acatar las disposiciones de una constitución local.

El argumento según el cual las provincias no deben someterse a las constituciones de otras provincias se apoya, principalmente, en que las provincias son soberanas dentro de su esfera de competencia, y en que la tutela de la representación y la división de poderes opera únicamente dentro de la provincia concedente de la inmunidad porque es frente a los poderes y la gestión política provincial que se vuelve necesario garantizar la calidad de la representación legislativa.

Desde esta óptica no podría comprenderse las razones que llevarían a las autoridades federales, que desde un plano formal no están involucradas en las contiendas políticas provinciales, a someterse a los ordenamientos provinciales. Tampoco podemos dejar de advertir que —en sentido estricto— la jurisdicción federal es tan ajena a las autoridades y al derecho provincial, como lo son las jurisdicciones, las autoridades y el derecho del resto de las provincias. El derecho y la jurisdicción federal es único, y la ubicación de los jueces federales dentro del territorio hace únicamente a la competencia y no a la jurisdicción, de modo que la circunstancia contingente del asiento territorial de un juzgado de la Nación, debería resultar absolutamente irrelevante al momento de determinar cuál es el marco normativo que debe aplicar a las causas que tramita. La consecuencia deberá ser, entendemos, que si se considera que la Constitución Nacional no impone o garantiza —en virtud del principio republicano de gobierno— la inmunidad provincial de arresto, esta solamente podrá vincular a las autoridades de la provincia que la otorgó, sin poder vincular nunca a las autoridades de la Nación o del resto de las provincias.

Como vimos, la inmunidad de arresto protege a los legisladores desde el momento en que son elegidos, y su alcance se encuentra restringido únicamente por la hipótesis de la flagrancia. La cuestión de la determinación de la elección podrá, eventualmente, dar lugar a alguna disputa, pero se trata de una cuestión sencilla. Si bien los primeros resultados de una elección se conocen a través del escrutinio provisorio, e incluso esos resultados pueden variar en el escrutinio definitivo, lo innegable es que los legisladores son electos en el momento de ser popularmente votados, esto es, una vez que se cierra el comicio. El escrutinio es solamente la operación por medio de la que conocemos el resultado de la votación, pero no es él, sino la votación popular, la que consagra a un candidato como legislador electo. Consecuentemente, se es legislador electo desde el momento en que concluye el comicio y se conoce el escrutinio provisorio.

Un caso peculiar es el de los legisladores que acceden a sus bancas por vacancia de sus compañeros de lista. Este supuesto nos permite pensar en dos lecturas igualmente válidas. En primer lugar podría interpretarse que se trata de personas que no fueron popularmente electas y que se limitan a suplantar a los que sí lo fueron, y por lo tanto no tienen fueros hasta el momento de su jura. En segundo orden podríamos entender que sí fueron electos, pero que se los eligió en calidad de "legisladores suplentes". Esta lectura se apoyaría en que no puede desconocerse que su legitimidad es democrática y emanada, como en el caso de cualquier otro legislador, del voto popular, de manera que si viésemos las cosas de esta forma, todos los candidatos de todas las listas por las que haya ingresado al Congreso al menos un legislador, gozarían, de la tutela del art. 69 hasta el momento en que concluya su mandato de "suplir" a los legisladores en actividad. Por supuesto, nadie ha seguido jamás esta segunda interpretación y su mención únicamente viene a ilustrar el tipo de problemas que se generan a partir del apartamiento que nuestro régimen electoral tuvo de lo dispuesto en el [art. 62CN](#)³³².

En cualquier caso, la amplia tutela del art. 69 reconoce el límite de la ejecución de delitos *in fraganti*, lo que en ocasiones la doctrina ha entendido como equivalente —con más o menos precisión— a la noción procesal de *flagrancia*³³³. Sobre esta cuestión corresponde señalar que no es razonable afirmar que el concepto constitucional de flagrancia, a los efectos del art. 69, surja de una ley del Congreso. Si la Constitución y el control de constitucionalidad, como se ejerce en nuestro país, tienen algún sentido, las nociones constitucionales deben ser independientes y lógicamente previas a las reglamentaciones legislativas. De otro modo no tendría ningún propósito instituir una garantía que luego puede resignificarse caprichosamente por vía legislativa. Si la Constitución tiene un significado, justamente es para que este significado ofrezca límites a las normas infraconstitucionales y no a la inversa.

En segundo lugar, la referencia textual del art. 69 no es estrictamente equiparable a la noción de *flagrancia* de los arts. 285 del Cód. Proc. Penal de la Nación, y 217 del Cód. Proc. Penal Federal. El constituyente señaló que no se encuentra tutelado quien es sorprendido *in fraganti* en la *ejecución* de un delito, es decir, no se trata, como se define procesalmente la flagrancia, por ejemplo, de que la persona tenga restos u objetos que permitan presumir razonablemente³³⁴ que ha cometido un delito. Por el contrario, la norma únicamente excluye de la tutela a quien es descubierto durante la *ejecución* del delito, de manera que lo que ocurra después de la ejecución, si esta no fue descubierta en el momento oportuno, debería resultar irrelevante. A su vez, la exclusión de la tutela en los casos de delito *in fraganti* tampoco vuelve prescindible al desafuero. Del caso "Rufino Ortega"³³⁵ surge que la flagrancia únicamente habilita la detención, pero que aun así es necesario que la autoridad jurisdiccional solicite el desafuero a la cámara a la que pertenezca el legislador imputado. Lo que se ve es que la detención fundada en la flagrancia, y por lo tanto permitida por el art. 69, no implica una habilitación a la prisión preventiva o a la imposición posterior de una pena de prisión sin un previo desafuero. El propósito del permiso de detención en casos de flagrancia parece ser únicamente el ejercicio de la razonable posibilidad de interrumpir un curso lesivo en ejecución, y no la pérdida definitiva de la inmunidad por la sola comisión del delito.

La aclaración importa porque la CS ha utilizado en un lenguaje elocuente el criterio, amplio, según el cual la inmunidad de arresto no puede ser limitada ni siquiera durante el estado de sitio. Así, en el caso "Alem"³³⁶ sostuvo que el estado de sitio es un dispositivo excepcional para defender la Constitución y defender a las autoridades constitucionales surgidas de la soberanía popular, de modo que no puede interpretarse que la suspensión de garantías que habilita incluya la suspensión de las garantías previstas para el ejercicio de la función representativa que surge de la propia Constitución y de la propia soberanía popular. A su vez, y esto es lo más importante, la Corte entendió que el único supuesto excepcional en el régimen de la inmunidad de arresto del art. 68 era el de la flagrancia, y que este era un supuesto que "no [cae], en caso alguno, bajo la acción política del presidente de la República, que durante el estado de sitio 'no puede condenar por sí ni aplicar penas', sino bajo acción de los tribunales, que son los depositarios del poder judicial de la nación, y, por tanto, los únicos competentes para entender en caso de delito"; a lo que se le agregaría, además, que incluso con la intervención de la administración de justicia sería necesario, para mantener detenido a una legislador "dar cuenta a la Cámara respectiva, con la información sumaria del hecho", que a su vez "necesita el concurso de las dos terceras partes de los votos de sus miembros para ponerlo a disposición del Juez competente para su juzgamiento"³³⁷.

La prosa ilustrada, democrática y garantista de la Corte en el caso "Alem" se ve empañada notablemente en la jurisprudencia del caso "Leloir"³³⁸, en el que el máximo tribunal sostuvo que la primera condición necesaria para la invocación efectiva de las inmunidades parlamentarias es la de ser parlamentario. Si bien el caso era de inmunidad de opinión, lo relevante es que la Corte omitió por completo las razones que había hecho que "Leloir" hubiese dejado de ser parlamentario, esto es, el golpe de Estado de 1955 y la posterior clausura del Congreso y de cuanta institución democrática existiera. Lo curioso, entendemos, es que la Corte haya entendido que por vía de estado de sitio no se pudo hacer cesar ni suspender las inmunidades, pero que por vía de golpe de Estado ello sea completamente factible. El descalabro absoluto de este modo de razonar intentó ser evitado en la reforma de 1994 por vía de la incorporación del art. 36, por lo que es de suponer que en la actualidad la inmunidad de arresto no reconoce excepciones más allá de la flagrancia, de modo ni el estado de sitio ni los golpes de Estado podrían eliminarla.

Finalmente, el régimen de la inmunidad de arresto puede generar alguna controversia acerca de su alcance subjetivo, es decir, si abarca únicamente a los legisladores o sí, por el contrario el sistema constitucional extiende la protección a otros funcionarios.

En el caso del Defensor del Pueblo, la situación es bastante clara. El art. 86 afirma de manera explícita que el Defensor del Pueblo se encuentra amparado por las inmunidades y privilegios de los legisladores, lo que comprende, evidentemente, la inmunidad de arresto del art. 69.

Por su parte, el art. 120 también incorporado en la reforma de 1994, no refiere a las inmunidades y los privilegios de los legisladores, sino que se limita a invocar que los miembros del Ministerio Público gozan de "inmunidades funcionales", lo que difiere notablemente de la norma del art. 86³³⁹.

El PEN y el Poder Judicial no tienen ninguna norma constitucional que permita inferir que están amparados con alguna clase de inmunidad o que tienen, específicamente, inmunidad de arresto.

Partiendo de este marco general, el legislador sancionó la [ley 25.320](#), extendiendo la inmunidad de arresto a todos los "funcionario[s] o magistrado[s] sujeto[s] a desafuero, remoción o juicio político". La llamada "ley de fueros" vino a regular, en el marco de una urgencia política, la posibilidad de continuidad del proceso penal contra los aforados. Hasta entonces, según el régimen procesal vigente, era imposible continuar el proceso contra un aforado sin el desafuero previo. La [ley 25.320](#) vino a resolver esta cuestión disponiendo que el único límite de la autoridad jurisdiccional —en el marco de una investigación penal contra un legislador o aforado— era el de la restricción a la libertad ambulatoria, pudiendo

darse todos los pasos del proceso sin que eso fuese considerado violatorio de la inmunidad del [art. 69CN](#).

La ley de fueros tiene al menos dos problemas notables. En primer lugar, extiende el ámbito objetivo y subjetivo de la tutela sin que exista una autorización constitucional clara para hacerlo. Lo hace, puede interpretarse, cuando protege de manera especial las comunicaciones, los papeles privados y las oficinas de los legisladores³⁴⁰. Pero también lo hace cuando otorga inmunidad de arresto a funcionarios que, en la letra del texto constitucional, no la tienen.

El Ministerio Público, podría decirse, goza de la inmunidad de arresto en virtud de lo dispuesto por el art. 120 y no por el régimen de la [ley 25.320](#) como ley reglamentaria del art. 69. En algún sentido es posible afirmar que la ley, en este punto particular, reglamenta la norma del 120. Sin embargo, ya vimos que el texto del art. 120 no es inequívoco en este sentido, lo que debería conducirnos a preguntarnos cuál podría ser el propósito de extender, en un sistema en el que las inmunidades deben tener carácter excepcional, la inmunidad del 69 a, por ejemplo, defensores oficiales.

El texto del art. 120, combinado con el de la [ley 25.320](#) y con las leyes orgánicas de los ministerios públicos, arroja consecuencias aún más absurdas. Según el 120, la inmunidad protege a los "miembros del Ministerio Público". La noción legal de "miembro" según la ley 27.149 y la ley 27.148 parece alcanzar a todos los que tienen una relación de subordinación jerárquica con los titulares del Ministerio Público de la Defensa y el Ministerio Público Fiscal, respectivamente. Esta lectura, a su vez, guarda relativa consistencia con la que corresponde hacer de la [ley 25.320](#), que extiende la inmunidad a los funcionarios y magistrados, incluyendo, de esta manera, sin dudas, a los funcionarios de los Ministerios Públicos que no son magistrados, con lo que deberíamos advertir —bajo esta interpretación— que la norma no extiende la inmunidad solamente a los defensores —y a los fiscales— sino incluso a los secretarios de las fiscalías y defensorías³⁴¹.

Al momento de sancionar la [ley 25.320](#), el Congreso recogió una interpretación, tan posible como equivocada, según la cual los funcionarios pasibles de juicio político estaban amparados por algún tipo de inmunidad, que o bien impedía el proceso mismo, o según se estableció en la *ley de fueros*, el arresto.

Esta lectura es una consecuencia de entender que lo dispuesto en los [arts. 53 y 60](#) de la Constitución Nacional, implica que solamente luego de una remoción por medio de un juicio político puede ser posible someter a un funcionario a la competencia de los tribunales³⁴². Esta idea, mala pero posible, fue notablemente desmejorado con la agregación legislativa del

requisito de "remoción", extendiendo el universo de la inmunidad de arresto más allá de lo permitido por el art. 53. A partir de la [ley 25.320](#), entonces, gozarían de la inmunidad de arresto no solamente aquellos funcionarios que en virtud del art. 60 podía interpretarse que tenían esa inmunidad de manera implícita, sino que se alcanza, también, aquellos cuya destitución no se encuentra regulada por las normas de juicio político.

La razón que motivó esta extraordinaria extensión de las inmunidades por medio de la incorporación de la noción de "remoción" fue que, con la reforma de 1994, los jueces inferiores pasaron a someterse al mecanismo de remoción del jurado de enjuiciamiento, saliéndose de lo que estrictamente conocemos como "juicio político". La dificultad estribó en que, en el apuro dominado por la vocación de incluir a los jueces dentro del universo de los amparados por la inmunidad de arresto, los legisladores extendieron de un modo absurdo el alcance de la inmunidad.

En sentido estricto atraviesan también una "remoción", todos los empleados públicos que son exonerados de la administración en virtud de un proceso disciplinario. A su vez, estos empleados, que además gozan de la garantía de estabilidad en el empleo, son considerados por buena parte de la jurisprudencia como "funcionarios" a la luz de la Convención Americana contra la Corrupción y la ley 25.188 de Ética Pública, privándoselos, por ejemplo, de la posibilidad de que los hechos que se les imputan en un proceso penal prescriban mientras conserven el empleo público.

Los empleados públicos, ¿tienen inmunidad de arresto? La respuesta negativa debería asomar con la misma velocidad que cuando nos preguntamos por la inmunidad de jueces y funcionarios del PEN, pues el fundamento normativo de esa posibilidad no difiere mucho en uno y otro caso.

La doctrina, sin embargo, ha ensayado la inmunidad de arresto de los jueces como una derivación de la inamovilidad del art. 110³⁴³ y no del juicio político de los arts. 53 y 60. Según este argumento, la inamovilidad es una garantía del justiciable que asegura la independencia e imparcialidad del juzgador; si no existiera, si los jueces pudiesen ser trasladados con libertad afectando así la transparencia y equidad de los procesos en trámite, el rol del Poder Judicial quedaría completamente desvirtuado y las garantías de los justiciables quedarían al arbitrio del poder. En este mismo sentido, si un juez no puede ser trasladado, suspendido, o removido —sin condiciones muy específicas que lo permitan— tampoco, entonces, podría ser arrestado, pues el arresto no sería más que un modo extremo de obtener el mismo resultado de apartamiento, aunque por medios más radicales.

Más allá de que es claro que este argumento únicamente operaría en favor de los jueces, y nunca de los fiscales —que no son ni naturales ni imparciales—³⁴⁴ y mucho menos de los defensores, que ejercen exactamente la misma actividad que los abogados particulares —quienes no tienen ninguna inmunidad—³⁴⁵, lo cierto es que el arresto afectaría tanto la garantía de inamovilidad de los jueces como la de estabilidad de los empleados públicos del art. 14 bis. Ni la interpretación más expansiva de los derechos laborales de los empleados públicos ha llegado a este extremo; cabría preguntarse por qué la lectura expansiva de las prerrogativas de los jueces sí lo ha hecho.

Además de las razones de inconsistencia, la demostración de la irrazonabilidad por vía del absurdo y de los argumentos dogmáticos expresados hasta aquí, existen otras razones —de principios e históricas— que permiten sostener que la inmunidad de arresto de los legisladores solamente alcanza a los legisladores.

En primer lugar, es destacable que más allá de la potencia que el constituyente estadounidense le haya dado a la inmunidad de arresto de los legisladores, nunca la extendió a autoridades distintas a las legislativas. Aunque Scotus no tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de la inmunidad de arresto del presidente, es útil recordar que ya desde el comienzo del constitucionalismo estadounidense el sistema convivió con la posibilidad de detención de los jueces. James Wilson, mientras ejerció la magistratura en la Suprema Corte de los Estados Unidos, fue arrestado y permaneció detenido en dos oportunidades³⁴⁶, sin que, por cierto, eso lo invalidara para continuar integrando la Suprema Corte. Más tarde, otros magistrados invocaron la inmunidad de proceso penal, afirmando que no podían ser sometidos a juicio criminal o condenados luego de un juicio criminal, sin antes ser removidos por medio de un juicio político. Tales fueron los casos de los jueces Kerner, Claiborne, Nixon y Hastings, todos ellos condenados antes de ser removidos mediante el juicio político.

A la razón histórica se suma otra, deficientemente desarrollada por la CS en el caso "Sala"³⁴⁷. Según la Corte en "Sala", "la inmunidad de arresto se erige en una clara excepción al principio republicano según el cual todos los ciudadanos son iguales ante la ley", excepción que sería admisible "únicamente en razón de la necesidad de garantizar el funcionamiento de los poderes del Estado que emanan de la segunda parte de la Ley Fundamental". La Corte lleva la razón, sin dudas, en que la adjudicación de privilegios vulnera, en principio, el derecho a la igualdad y altera una precondition del sistema democrático entendido como una relación de necesaria equidistancia del poder, e igual sometimiento a las leyes surgidas de la soberanía popular. En este sentido es que, por razones de principios, no deberíamos admitir pacíficamente la existencia de privilegios que no respondan a una finalidad democrática orientada a asegurar la calidad o las condiciones de la representación. De hecho, es de esta forma

que se ha justificado, desde sus orígenes, la existencia de la inmunidad de arresto de los legisladores, bajo el entendimiento de que la posibilidad de que autoridades jurisdiccionales o administrativas detuvieran a los representantes del pueblo y de las provincias, ocasionaría un perjuicio en la calidad de la representación y, en consecuencia, en la democracia toda, que debe ser evitado incluso mediante el otorgamiento de privilegios que de otra manera serían repugnantes al principio de igualdad. No ha sido menor, en este entendimiento, el factor de que los legisladores no puedan, por sí, detener a los miembros de los otros dos poderes, mientras que son estos (el Judicial y el Ejecutivo) los que en su arsenal de recursos cuentan con la posibilidad material y jurídica de restringir e impedir la libertad ambulatoria. Es en esta lectura, de corte típicamente madisoniana de control recíproco de los poderes, que no podría advertirse sentido alguno a que quien controla a las fuerzas de seguridad y quien se encuentra constitucionalmente facultado para disponer de las libertades de las personas, estén inmunizados contra el poder que ellos mismos ejercen³⁴⁸.

La inmunidad de arresto, entonces, no se ha erigido para asegurar a los poderes del Estado, como entendió la Corte en "Sala", sino que se ha erigido únicamente para asegurar la independencia y la calidad de la representación del Poder Legislativo. Sin embargo, la Corte lleva razón en el axioma según el cual el legislador no puede conferir inmunidades que el constituyente no otorgó. Este razonamiento, que en principio es válido cuando se trata de la inmunidad extendida a los parlamentarios del Mercosur, reclamaría que con la misma potencia que se declarara la inconstitucionalidad de la [ley 25.320](#), que de manera expresa otorga inmunidades que el constituyente no previó y que no cumplen ningún propósito para el ejercicio de la representación y de las funciones constitucionales asignadas.

* * *

Art. 70.—

Cuando se forme querrela 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.

Comentario por Juan Nieto

Según el régimen legislativo vigente y la interpretación dominante³⁴⁹, el instituto del desafuero está orientado exclusivamente como contratara de la inmunidad de arresto. Es decir, el desafuero sería únicamente el mecanismo mediante el cual se permitiría y operaría la restricción a la libertad ambulatoria de los legisladores.

Si bien el texto constitucional no lo establece con precisión, la [ley 25.320](#) dispuso que en materia de procesos penales los fueros parlamentarios no impliquen un obstáculo a la continuidad de la investigación, y solamente impidan las restricciones a la libertad. Esa interpretación, sin embargo, no es la única posible.

La norma del art. 70, en la medida en la que afirma que recién luego de un trámite parlamentario especial, la cámara pondrá al legislador "a disposición del juez competente para su juzgamiento", perfectamente habilita el entendimiento de que el *juzgamiento* mismo, y no solamente la detención, es imposible sin un previo desafuero.

Si es la cámara, a través del desafuero, la que pone al legislador a disposición del juez, eso solamente puede significar que el legislador no estaba, previamente, a disposición de la administración de justicia. La obviedad del razonamiento es tal que avergüenza ponerlo por escrito.

Sin embargo, el Poder Legislativo pretendió, con la sanción de la [ley 25.320](#), eliminar esta interpretación del universo de lecturas posibles, especificando, a su vez, que tanto la continuidad del proceso, como incluso la citación a prestar declaración indagatoria, pueden desplegarse normalmente sin que puedan ser calificadas como invasiones de un poder por sobre otro o que vulneren alguno de los privilegios de los que gozan los legisladores.

El gesto del legislador, determinado entonces por el impulso de un escándalo en el que se le atribuía a algunos senadores haber recibido pagos ilegales para que votaran a favor de la flexibilización laboral³⁵⁰, no resuelve el legítimo interrogante acerca de cuál es el alcance de la norma constitucional. De hecho, la [ley 25.320](#) vino a modificar el régimen legal del Código Procesal Penal de la Nación, que reconocía —interpretando el texto del [art. 70CN](#)— la existencia de una verdadera *inmunidad de proceso*.

Podría entenderse, como en alguna medida hace Quiroga Lavié³⁵¹, que el Poder Legislativo está facultado para autorestringirse, limitando, a través de leyes, el alcance de las inmunidades de las que goza. Bajo este prisma, así como el Congreso en determinado momento, al amparo del texto del art. 70, interpretó que los legisladores estaban cubiertos por una

inmunidad de proceso, más tarde limitó el alcance de esa tutela ampliando las formas de responsabilización de los representantes del pueblo y de las provincias. En este sentido, si bien ambas interpretaciones serían dogmáticamente válidas, la segunda —que surge de la [ley 25.320](#)— sería la apropiada por deferencia al Legislativo en un asunto que, además, le es propio y exclusivo.

El argumento no resulta del todo aceptable. Incluso asumiendo que el Poder Legislativo ejerce, a través de la sanción de leyes, una actividad interpretativa de la Constitución que no puede ser soslayada, no es para nada claro que pueda autorestringirse en el uso de sus facultades y prerrogativas funcionales. Si las inmunidades y los privilegios del Legislativo están efectivamente orientados a asegurar el funcionamiento del sistema de frenos y contrapesos del régimen republicano, el Congreso no podría, bajo la gramática de la autorestricción, limitar legalmente su alcance. El poder cedido por el Congreso, al relajar sus protecciones constitucionalmente previstas, se convertiría —necesariamente— en la asunción de potestades por parte de otra de las ramas del poder en formas no solamente no previstas, sino vedadas por la Constitución.

Dicho de otro modo, afirmar que los legisladores tienen inmunidad de proceso, importa, al mismo tiempo, afirmar que los jueces no pueden someterlos a juicio; de modo que el Legislativo al autorestringirse no solamente se restringe a sí mismo, sino que expande el poder de los jueces, a quienes permite someter a juicio a los legisladores sin el previo desafuero constitucionalmente exigido.

Aunque la autorestricción de un poder fuese permisible, cuestión tampoco para nada clara, la administración de esteroides a otro de los poderes debería ser severamente censurada, pues el Congreso, al "autolimitarse", en realidad estaría violando la Constitución y estropeando un diseño cuidadosamente orientado a asegurar el equilibrio entre las ramas del poder.

Del mismo modo que consideraríamos absurdo que el Congreso se "restringiera", por ejemplo, sancionando una delimitación legislativa de la noción de "mal desempeño" a los fines del juicio político porque la consecuencia sería la expansión del ámbito de actuación del PEN, deberíamos considerar que la autorestricción en materia de inmunidades importa, también, una expansión prohibida de las potestades de otra trama del poder, en este caso, la judicial.

Este razonamiento opera de modo análogo al juicio que debe hacerse sobre la disponibilidad personal de los fueros por parte de los legisladores. Los fueros y las inmunidades parlamentarias no son disponibles individualmente por parte de los legisladores, porque pertenecen al cuerpo legislativo y son una garantía para la calidad de la representación

democrática. Por esta razón los legisladores no pueden renunciar a ellos ni negarse a ejercerlos. El cuerpo legislativo, por su parte, goza de las inmunidades y fueros parlamentarios más allá de su vocación y preferencias colectivas. La Constitución es la que instituyó estos dispositivos para garantizar la división de poderes y la calidad de la representación democrática, de modo que se trata de privilegios que no obran solamente en beneficio del cuerpo legislativo sino, además, de la relación entre representantes y representados, sin que los representantes puedan afectar —por vía interpretativa— las salvaguardas de esa representación de manera discrecional.

En consecuencia, no parece sensato afirmar que la extensión de los fueros abarca la inmunidad de proceso pero que esta inmunidad se vio recortada o restringida por medio de la ley. La inmunidad de proceso —constitucionalmente hablando— existe o no existe, y en caso de existir, deberá ser respetada y observada sin cortapisas incluso más allá de las preferencias colectivas de los legisladores.

Por supuesto que tampoco es claro que el art. 70 consagre, como se entendía previamente a la reforma introducida por la [ley 25.320](#), la inmunidad de proceso de los legisladores.

En apoyo de la interpretación que supone la [ley 25.320](#) podría decirse que los únicos privilegios —ejercidos individualmente por los legisladores— que la Constitución concede al Congreso son los de la inmunidad de arresto y de inmunidad de opinión.

El art. 70, por la redacción empleada, no parece establecer una nueva inmunidad, llamémosla de *proceso penal*, sino que regula el trámite específico de la "relajación" de las inmunidades previstas. Esta observación, sumada a una regla general y razonable según la cual por el imperio del principio de igualdad, las inmunidades y los privilegios deben ser explícitos, permitiría concluir razonablemente que en nuestro sistema el art. 70 no establece una inmunidad legislativa contra el proceso penal.

Varias razones, gravitantes en el texto, hacen pensar en sentido contrario.

El art. 70 no hace ninguna referencia al arresto y, en cambio, refiere al *juzgamiento* de los legisladores, cuya condición de posibilidad sería el desafuero previo. Si bien podría pensarse en el trámite de la instrucción penal como una etapa previa y diferente de la del *juzgamiento*, la noción de juzgamiento que se desprende del propio art. 70 parece indicar que refiere a todo el trámite en el que una persona se encuentra sometido a la autoridad de un juez —en este caso— penal.

Además, la inmunidad de arresto, a diferencia de lo que se dispone en el art. 70, es oponible a restricciones a la libertad dispuestas por autoridades judiciales o administrativas indistintamente, mientras que del desafuero del art. 70 remite únicamente a trámites judiciales. Esto, obviamente, porque se trata de institutos de naturaleza y alcance diferente y porque constitucionalmente no se podría desaforar —nunca— a un legislador, ante un requerimiento administrativo, dado que el desafuero procede únicamente por requerimiento de un juez y a los fines de un juicio.

Este argumento se fortalece aún más si tenemos en cuenta que la inmunidad de arresto del art. 69 protege a los legisladores electos, mientras el desafuero procede únicamente contra diputados y senadores, es decir, legisladores que han jurado, por lo que al menos no todos los aforados con la inmunidad de arresto podrían, en sentido estricto, ser desaforados según el art. 70. La razón de esto es que, si bien los jueces no pueden detener a legisladores electos, el art. 70 no les impediría desplegar o continuar procesos penales en su contra, pues no están amparados con la inmunidad de proceso o cual sea el trámite que exige y regula el art. 70.

Tampoco puede prosperar el argumento según el cual las inmunidades y los privilegios deben establecerse de manera expresa por su carácter excepcional. Si bien esto es absolutamente cierto, en el caso de una posible inmunidad de proceso estaríamos ante un régimen previsto de manera abiertamente explícita en el texto constitucional. Que la estructura sintáctica del art. 70 se aparte de la de los arts. 68 y 69 no cambia en nada el alcance claro del texto, que sin dudas exige el desafuero previo como condición de procedencia del *juzgamiento* de los legisladores.

Finalmente, ya en un plano atento a los fines y propósitos de la norma constitucional, tiene sentido que los legisladores tengan una tutela especial frente a la actividad de los jueces. De las ramas de poder, el Legislativo tiene un mayor nivel de rendición de cuentas ante la ciudadanía a través de las elecciones periódicas y encuentra menos dificultades para excluir a sus miembros (art. 66) o relajar su protección (art. 70), que las que existen para la remoción del PEN, de los miembros del gabinete o de los integrantes de la Corte Suprema. Mientras que el Poder Ejecutivo, los jueces de Corte y los integrantes del gabinete solamente pueden ser removidos por juicio político con la intervención de mayorías calificadas de *ambas* cámaras, los legisladores pueden ser excluidos o desaforados con la mayoría, también calificada, de una sola de ellas, lo que, como se puede ver incluso en la estadística, los hace más vulnerables a los procesos de remoción o relajación de su tutela.

Finalmente, también desde un punto de vista teleológico, la sola sujeción de los legisladores a proceso penal importa que orienten parte de su actividad al ejercicio de su defensa y que incluso su agenda pública

quede condicionada por las circunstancias concretas de su sujeción a proceso. Probablemente esta posibilidad de que los jueces intervengan en la discusión democrática por medio de la persecución penal de los legisladores sea el peligro que justamente la Constitución estuvo llamada a evitar.

Nada de esto implica la consagración de la impunidad de los legisladores. En primer lugar, los legisladores podrán ser investigados y juzgados como cualquier ciudadano una vez que concluyan sus mandatos. Pero, además, si por las circunstancias concretas de un hecho existieran condiciones de gravedad suficiente para que un legislador sea investigado y juzgado por otro poder del Estado, entonces su desafuero debería proceder naturalmente. Si esto no ocurriese, sería esperable que más tarde o más temprano, ese legislador fuese sancionado por los partidos políticos en la formación de las listas o por electorado en las urnas y quedara desprovisto de la protección de su investidura. Si nada de eso ocurriera, es posible pensar que en realidad no nos encontremos ante elementos de la contundencia y gravedad que razonablemente permitan la continuidad del proceso contra un legislador durante su mandato, o que al menos la duda sobre su procedencia sea fuerte. Una concepción robusta de la democracia no erige a los jueces en guardianes de la pureza y calidad del voto popular y, por el contrario, nutre a la Constitución de dispositivos —como la inmunidad de proceso— suficientemente aptos para tutelar la relación entre representantes y representados.

En cualquier caso, tanto en la doctrina como legislativamente por medio de la [ley 25.320](#), se ha entendido que la inmunidad de proceso no existe en nuestra Constitución y que el desafuero únicamente levanta la protección contra el arresto, permitiendo la detención preventiva y las condenas de prisión sobre los legisladores en ejercicio.

A partir de esta interpretación dominante corresponderá preguntarse, entonces, por qué clases de medidas se considera que afectan la inmunidad de arresto, cuál es el escrutinio que corresponde hacer a la cámara sobre un sumario en el marco de un pedido de desafuero y cuáles son los alcances y efectos del desafuero.

Si bien es obvio, la libertad ambulatoria se encuentra comprometida por la detención preventiva y por la ejecución de una pena de prisión, con independencia de si se ejecuta domiciliariamente. Sin embargo, existen otros modos de compromiso de la libertad ambulatoria, como el impedimento de las salidas del país, por ejemplo, que sin dudas pueden comprometer y limitar el adecuado ejercicio de la función legislativa. En el caso "Ramos", la Corte llegó a entender que el auto de prisión preventiva, aun cuando su ejecución estuviese sujeta a un futuro desafuero, comprometía la libertad del legislador y violaba su inmunidad de arresto³⁵²,

lo que haría pensar que también las condenas de prisión deberían ser valoradas de la misma forma.

El precedente "Ramos", sin embargo, actualmente sería difícilmente aplicable, pues la [ley 25.320](#) expresamente refiere a que la inmunidad de arresto no impedirá la tramitación del procedimiento judicial *hasta su total conclusión*, lo que ha implicado que los aforados pueden incluso ser condenados por los tribunales de juicio.

En relación con el alcance y la naturaleza de la evaluación que le corresponde a las cámaras sobre el mérito del sumario nuevamente la interpretación adecuada dependerá de si se entiende que el desafuero implica la privación de la inmunidad de arresto, o por el contrario, importa la relajación de una supuesta inmunidad de proceso. Evaluar el mérito del sumario, en sentido estricto, es ponderar si de las actuaciones surgen elementos suficientes para sostener, como hipótesis, una imputación criminal. Dicho de otra manera, equivale a expedirse acerca de la oportunidad del proceso y pronunciarse acerca de la necesidad de su continuación. En cambio, si entendiésemos que la inmunidad de proceso no existe, y que el desafuero existe únicamente para que los jueces puedan disponer de la libertad ambulatoria de los legisladores, entonces las cámaras no deberían evaluar el mérito del sumario —al menos no en el caso de la prisión preventiva— sino el mérito de la orden de detención, lo que evidentemente incluye una evaluación sobre la fuerza de la hipótesis incriminatoria, pero también de la existencia de los riesgos procesales en los que se funda la orden de prisión.

El Senado, frente a distintas condenas de uno de sus miembros³⁵³ parece haber suspendido la posibilidad del desafuero a la espera de la existencia de una certeza sobre la atribución de los hechos criminales imputados que aparecería con la condena firme. La Cámara de Diputados, por su parte, parece haber apoyado su apreciación en alguna forma de firmeza del auto de prisión preventiva sin esperar un pronunciamiento condenatorio, firme o recurrido. Cualquiera de los dos criterios luce empobrecido por la pereza del Legislativo. En el caso del Senado, el cuerpo parece obrar de manera absolutamente deferente al Poder Judicial, asumiendo que, si una condena está firme, el integrante del cuerpo *debe* ser desaforado. Tal interpretación es una verdadera renuncia a la evaluación propia e independiente que las Cámaras deben hacer de las circunstancias que han motivado a la autoridad jurisdiccional a pedir el desafuero. Otro tanto ocurre con el criterio puesto en acto por la Cámara de Diputados, aunque en este caso la apreciación de las circunstancias conceptuales aparece con mayor claridad en el caso del desafuero del diputado De Vido.

Por nuestra parte, creemos que en todos los casos corresponde que las cámaras consideren y se pronuncien acerca de los motivos que conducen

a la autoridad jurisdiccional a pedir el desafuero de un legislador. Esta evaluación no es solamente una evaluación sobre todas las circunstancias relevantes para la procedencia de la acción penal y de la restricción de la libertad del legislador afectado, sino también que corresponde valorar, en términos políticos, que el pedido del Poder Judicial no implique una invasión de poderes. Es decir, incluso cuando formal y sustancialmente, en el marco de un proceso, pueda entenderse que un pedido de detención es procedente, por razones políticas y de orden democrático las cámaras se encuentran constitucionalmente facultadas para rechazar la solicitud de desafuero. Sin embargo, lo que a nuestro criterio las cámaras no pueden hacer, aunque no haya mecanismos de *enforcement* de los plazos previstos en la [ley 25.320](#), es omitir el pronunciamiento una vez que fue formulado por la autoridad jurisdiccional.

Finalmente, el efecto del desafuero ha sido interpretado únicamente como el de permitir la restricción de la libertad ambulatoria por parte del Poder Judicial, pero no resulta claro si se trata de una verdadera relajación —en el sentido de la pérdida total de la inmunidad de arresto— o de un permiso para el arresto en una causa concreta y limitada a esa causa concreta, debiendo requerirse un nuevo desafuero cada vez que una autoridad jurisdiccional disponga una medida restrictiva de la libertad ambulatoria. En el caso "Balbín"³⁵⁴, la Corte entendió que el desafuero resuelto por la cámara en el marco de una causa volvía innecesario el pedido de desafuero en otras. En detenciones preventivas, si bien la práctica de los tribunales es ordenar detenciones preventivas sobre personas que ya se encuentran privadas de la libertad cuando estas encuentran sustento en procesos diferentes, lo cierto es que no pueden predicarse peligros procesales de quien ya se encuentra detenido y son solamente razones de economía procesal las que explican y justifican, eventualmente, esta práctica. En este sentido podría afirmarse que el pedido de desafuero del legislador que ya se encuentra detenido no tendría razón de ser y, por lo tanto, resultaría inútil expedirse sobre su procedencia. Distinto es el caso de la hipótesis de la imposición de una condena del legislador ya condenado, pues en este caso, a los fines de la unificación de penas y de la ejecución consecuente, sí podría corresponder, eventualmente, un nuevo desafuero. A pesar del pronunciamiento de la Corte en "Balbín", el art. 70, una evaluación del mérito del sumario por parte de las cámaras, y en tanto que el desafuero es solamente una suspensión del legislador, parece indicar que es necesaria la evaluación del mérito y el correspondiente pronunciamiento cada vez que se ordene una medida restrictiva de la libertad. No obstante, esta interpretación implica asumir que los legisladores conservan inmunidades incluso una vez desaforados.

* * *

Art. 71.—

Cada una de las Cámaras puede hacer venir a su sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes.

Comentario por Sebastián Guidi

Las Cámaras tienen la facultad de convocar a los ministros del Poder Ejecutivo a brindar explicaciones e informes. Esta facultad no tiene antecedente en la Constitución de los Estados Unidos ni en el proyecto de Alberdi, aunque sí en los antecedentes patrios (art. XXX de la Constitución de 1819 y art. 39 de la de 1826). Durante la breve vigencia de la Constitución de 1949, se remplazó esta facultad de las Cámaras por las solicitudes de informes al Poder Ejecutivo, que podían ser satisfechas por escrito, o personalmente, por el presidente o sus ministros (art. 64).

Esta facultad se ha denominado tradicionalmente "interpelación"³⁵⁵, denominación que permanece en los reglamentos de ambas Cámaras³⁵⁶. Sin embargo, esta denominación ha sido constantemente criticada desde principios de siglo XX³⁵⁷, por ser propia de los sistemas parlamentarios, en los cuales la "interpelación" es la facultad del Parlamento mediante la cual evalúa el desempeño del gobierno, que puede derivar incluso en un "voto de censura" que lo disuelve³⁵⁸. Sin embargo, el término "interpelación" ha sido utilizado también en otros sistemas presidencialistas como Chile³⁵⁹ y Perú³⁶⁰, por lo que más útil que preguntarse por la adecuación del término es indagar sobre los alcances de esta facultad.

La crítica al término "interpelación" para referirse a la facultad del art. 71 supone una radicalización de la división de poderes. La crítica, esencialmente, sería que en el sistema presidencial argentino los ministros no son responsables ante el Congreso sino directamente ante el presidente, por lo que no tendría sentido que las Cámaras pudieran solicitarles explicaciones más que para el ejercicio de la función legislativa. Así, González Calderón, por ejemplo, afirmaba a principio del siglo XX: "con la más honda convicción, apoyándome en la teoría de la ley suprema sobre la división de los poderes y teniendo en cuenta la naturaleza del poder ejecutivo que ella ha instituido, así como el carácter de la función de los ministros: el llamado de las cámaras tiene por objeto tan solo facilitar la labor legislativa del Congreso y el desempeño de sus atribuciones constitucionales"³⁶¹.

Esta visión restrictiva, propia de la visión decimonónica de la división de poderes, fue promovida por los Poderes Ejecutivos durante las primeras presidencias constitucionales. Sarmiento, por ejemplo, llegó a sostener que la concurrencia de los ministros al seno de las Cámaras era opcional: "Los ministros pueden concurrir a las sesiones, a diferencia de lo que pueden las cámaras, que es tan solo llamar a los ministros a su sala para recibir informes, no para exigirlos ni obtenerlos forzosamente"³⁶². Ni el texto constitucional ni la práctica posterior parecen posibilitar esta interpretación: el texto no dice que las Cámaras "pueden llamar" a los ministros, como dice Sarmiento, sino que puede "hacerlos venir". La obligatoriedad de la concurrencia es indudable, al punto de que ciertos autores incluso afirman que la falta de comparecencia del ministro es causal de juicio político³⁶³ e, incluso, que las Cámaras están facultadas a hacerlos comparecer por la fuerza pública³⁶⁴.

Los ministros que comparecían ante las Cámaras también concebían la facultad del art. 71 en términos igualmente estrechos. Por ejemplo, Vélez Sarsfield contaba que como ministro había concurrido a una sesión de interpelación en el Senado y reproducía el siguiente diálogo:

"Senador Portela: ¿Por qué no se han comprado más buques de guerra?

"Vélez Sarsfield: No vengo aquí a que me tome cuenta ningún senador.

"Portela: Que puedo interpelar.

"Vélez Sarsfield: Sí, señor, puede pedir informes, nada más".

En otra oportunidad, Vélez Sarsfield aclaró que "la dignidad del gobierno exige que no se pidan sino informes, sobre un hecho dado"³⁶⁵. Vélez Sarsfield parece estar haciendo una distinción nítida entre "informes sobre un hecho dado" y explicaciones más generales sobre las políticas del gobierno. Sin embargo, esta limitación resulta poco conducente para limitar las facultades de las Cámaras. Si bien podría concebirse, en abstracto, que un legislador solicite la interpelación de un ministro para que brinde explicaciones sobre políticas enteramente futuras, la discusión política suele darse a partir de las inferencias de hechos o planes ya pasados, sobre los cuales pueden brindarse "informes" sin ninguna violencia sobre el lenguaje.

Si la división temporal entre hechos y planes no es útil, tampoco lo es la de hechos y políticas. En efecto, incluso el "mal desempeño" que es causal de juicio político de los ministros del Poder Ejecutivo es, en todo caso, deducido a partir de decisiones políticas. Si el límite entre el mero desacuerdo político y el mal desempeño no es claro³⁶⁶, mucho menos lo es el límite entre las materias sobre las que las Cámaras pueden solicitar informes sin invadir las competencias del Ejecutivo y las que sí.

Esta visión restrictiva acerca de la extensión de la facultad de interpelación perduró también durante el siglo XX. En 1917, el presidente Yrigoyen negó así la concurrencia de uno de sus ministros a la Cámara de Diputados: "Las Cámaras están autorizadas a requerir los informes o explicaciones destinadas a ilustrar sus deliberaciones o que les sirvan de antecedente para llenar y cumplir su misión de poder legislador; *pero carecen de facultades para emplazar al Poder Ejecutivo a que responda de juicios que le son absolutamente privativos*"³⁶⁷. Germán Bidart Campos, incluso, afirmaba antes de la reforma de 1994 que "la interpelación ha de recaer exclusivamente en asuntos o materias que guarden conexidad funcional con una o más competencias del Congreso, detrayéndose ante la zona de reserva del Poder Ejecutivo"³⁶⁸.

Mas en general, puede decirse que esta visión decimonónica acerca de las limitadas facultades de "interpelación" devino estrecha en relación con la función de control propia de los Congresos en las democracias contemporáneas. El Congreso argentino tiene una función de control que se materializa en la aprobación del presupuesto y la cuenta de inversión, el funcionamiento del Defensor del Pueblo y la Auditoría General de la Nación, e, incluso, en el juicio político.

* * *

Art. 72.—

Ningún miembro del Congreso podrá recibir empleo o comisión del Poder Ejecutivo, sin previo consentimiento de la Cámara respectiva, excepto los empleos de escala.

Comentario por Sebastián Guidi

Esta prohibición aparece doblemente expresada en el texto de la Constitución. Por una parte, el art. 72 prohíbe a los miembros del Congreso "recibir empleo o comisión del Poder Ejecutivo, sin previo consentimiento de la Cámara respectiva, excepto los empleos de escala". El art. 105 prohíbe a los ministros del Poder Ejecutivo "ser diputados o senadores sin hacer dimisión de su empleo de ministros". Ambas prohibiciones se superponen parcialmente. Por una parte, la prohibición a los legisladores rige para todo "empleo o comisión", y no solamente para el cargo de ministro. Por otra parte, parece haber una divergencia temporal: si es el

legislador quien pasa a ejercer el cargo de ministro, podría pedir licencia para ello, mientras que si es el ministro quien pasa a ser legislador debe renunciar a su cargo en el Poder Ejecutivo³⁶⁹.

El reglamento de ambas Cámaras prescribe que la autorización que da la Cámara para ejercer empleo o comisión del Poder Ejecutivo dura solo por el año legislativo en el que son otorgados e implica la incompatibilidad con el ejercicio simultáneo del mandato³⁷⁰. Ninguno de los reglamentos diferencia el caso de los ministros de otros empleos. Sin embargo, existen casos de comisiones del Poder Ejecutivo, tales como el acompañamiento a viajes oficiales o, incluso, la redacción de un anteproyecto de Cód. Penal³⁷¹, que no han sido acompañadas de la correspondiente autorización.

* * *

Art. 73.—

Los eclesiásticos regulares no pueden ser miembros del Congreso, ni los gobernadores de provincia por la de su mando.

Comentario por Sebastián Guidi

Este artículo dispone dos incompatibilidades funcionales para el cargo de legislador nacional: el de los gobernadores de provincia y el de los eclesiásticos regulares.

En primer lugar, el art. 73, CN, veda a los "eclesiásticos regulares" la posibilidad de ser miembros del Congreso. El argumento rescatado de la Convención de 1853 es que el voto de obediencia debido por ellos no permitiría el ejercicio libre de su mandato. Esta prohibición es frecuentemente considerada anacrónica por la doctrina, e incluso se ha afirmado que para no vulnerar la igualdad constitucional debe interpretarse comprensiva de los miembros de otros cultos que hayan profesado también votos de obediencia³⁷².

En segundo lugar, el art. 73 prescribe que no pueden ser miembros del Congreso "los gobernadores de provincia por las de su mando". Esta disposición ha sido tradicional y mayoritariamente interpretada como una incompatibilidad funcional³⁷³ y no como una causal de inelegibilidad. De

hecho, a lo largo de la historia casi no ha sido controvertida la práctica de los gobernadores de ser electos diputados o senadores por las provincias que gobernaban. La mayoría de la Cámara Electoral confirmó este criterio en la causa "Novello" resuelta en 2009³⁷⁴. El juez Dalla Via sostuvo en disidencia que se trataba, por lo contrario, de una causal de "inelegibilidad". Basándose en la explicación dada por el convencional Seguí en 1853³⁷⁵ y citando doctrina clásica, sostuvo que aquélla era la interpretación auténtica de la norma. Este criterio continúa siendo abiertamente minoritario en la jurisprudencia³⁷⁶.

* * *

Art. 74.—

Los servicios de los senadores y diputados son remunerados por el Tesoro de la Nación, con una dotación que señalará la ley.

Comentario por Sebastián Guidi

Al igual que ocurre con el presidente y vicepresidente, los ministros del Poder Ejecutivo, los jueces de la Nación y los miembros del Ministerio Público, la Constitución regula la remuneración de los legisladores nacionales. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con aquellos, la regulación de la remuneración parlamentaria es extremadamente modesta.

El art. 92 dispone que el "sueldo" del presidente y vicepresidente no podrá ser alterado durante sus mandatos, del mismo modo que el art. 107 lo hace con los ministros. Según el art. 110, la "compensación" de los jueces será determinada por ley y no podrá ser disminuida en manera alguna mientras permaneciesen en sus funciones. El art. 120 dispone que los miembros del Ministerio Público gozan de "intangibilidad de remuneraciones".

En contraposición a estas disposiciones, el art. 74 meramente dispone que los servicios de senadores y diputados son: a) remunerados, b) por el Tesoro de la Nación y c) con una dotación establecida por ley. Si bien estos puntos no merecen un tratamiento extenso, hay algunas cuestiones que son ilustrativas del esquema constitucional.

En primer lugar, el propio carácter remunerado de los servicios de los legisladores no era obvio para la época. La remuneración de los legisladores parece dirigida a no excluir a quienes dependen de su trabajo para su subsistencia, lo que contrasta con las disposiciones de sesgo elitista de la Constitución (como el requisito de una renta mínima para ser elegido senador del art. 55). Aún hoy, varias legislaturas estatales en los Estados Unidos, por ejemplo, funcionan a tiempo parcial y con remuneraciones reducidas³⁷⁷.

En segundo lugar, que las remuneraciones sean pagadas por el Tesoro de la Nación resalta el hecho de que tanto los diputados como los senadores son funcionarios nacionales y no de las provincias por las que son electos. Si bien esto puede parecer obvio, el constituyente se apartó en este punto de la Constitución suiza de 1848, única constitución federal y republicana de la época, además de la de los Estados Unidos. Este sistema preveía que los miembros del Consejo Nacional (representantes del pueblo) serían remunerados por el tesoro federal (art. 68), mientras que los del Consejo de los Estados (equivalente a nuestro Senado) serían remunerados por los correspondientes cantones (art. 72).

Por último, que la dotación sea determinada por ley, y no por resolución interna de cada Cámara, da a las remuneraciones carácter público y general: la formación de la ley involucra la participación de ambas Cámaras y del Poder Ejecutivo. La amenaza del veto presidencial es un incentivo para que las Cámaras no se excedan en la fijación de su retribución.

* * *

CAPÍTULO CUARTO - ATRIBUCIONES DEL CONGRESO

Art. 75.—

Corresponde al Congreso:

Inc. 1º. Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las valuaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación.

Comentario por Federico M. Apostolidis

I. ALGUNAS BREVES NOTAS SOBRE LOS ORÍGENES HISTÓRICOS DE LA CLÁUSULA

Resaltar la importancia que el control de los recursos aduaneros ha tenido en la historia constitucional y financiera argentina no es novedoso. En varios pasajes de los comentarios a los arts. 4º y 9º a 12 de la CN, tuve oportunidad de referirme a los debates generados en la Convención Constituyente de 1853 en derredor de la federalización de las aduanas y a cómo las luchas por el control de la aduana porteña generaron enfrentamientos internos que demoraron la organización constitucional nacional.

También al estudiar los alcances de algunos de los artículos previamente citados puse de resalto que una lectura histórica de la voz aduana en el texto constitucional permitía identificarla con su dimensión económico-financiera; es decir, que el término es usado en la CN como sinónimo de tributo o carga económica que debe pagarse por el tráfico de mercancías desde y hacia el territorio nacional. Esta idea puede observarse en las disputas verificadas en los momentos en que se debatía la aprobación del régimen rentístico del proyecto de Constitución de 1853, las cuales remitían a la lucha por el control de los recursos aduaneros que serían federalizados y cedidos, entonces, al gobierno federal. Esa misma lucha es la que se dio entre Buenos Aires y la Confederación Argentina entre 1853 y, al menos, 1859.

Luego de la Revolución de Mayo de 1810, los recursos aduaneros adquirieron una singular importancia dentro del régimen rentístico de las Provincias Unidas del Río de la Plata. Tal es así que con dichas rentas se ha financiado gran parte de las campañas que formaron parte de la Guerra de la Independencia. Tras el fracaso de la Constitución de 1826 y el fin de la corta presidencia de Bernardino Rivadavia, el proyecto de concretar la unificación nacional de los pueblos del plata en un solo y nuevo Estado, se vio truncado. Sin embargo, el Estado bonaerense ejerció una vocación hegemónica sobre la recaudación de tributos aduaneros, los cuales le permitieron sufragar los gastos incluidos en sus presupuestos. En paralelo, las ciudades hermanas debieron atravesar serias dificultades financieras, debido a que no gozaban de esos recursos.

En efecto, Buenos Aires se ocupó de interferir en las relaciones comerciales entre las restantes provincias con otras potencias extranjeras, sobre todo las europeas, de modo que no pudieran ejercerlas en forma directa. De esa forma, quedaba asegurado el paso de las mercaderías por la aduana de Buenos Aires.

Así, pues, con la ciudad porteña adueñada de la renta aduanera derivada del comercio exterior, los demás Estados provinciales tuvieron que recurrir, ante la insuficiencia de recursos, a nuevas fuentes de rentas, hecho que se consolidó mediante la instauración de aduanas interiores³⁷⁸.

Encaminado el proceso de unificación nacional hacia fines de 1852 y principios de 1853, la cuestión de los derechos aduaneros fue un tema importante dentro de la asamblea constituyente, en cuyo marco, luego de intensas discusiones, se aprobó el sistema constitucional (arts. 4º, 9º a 12 y 64, inc. 1º [actual 75., inc. 1º]) que determinó la federalización de esa fuente de rentas y la permanente exclusión de las provincias frente a ese recurso.

En este contexto, si bien Buenos Aires no se incorporó a la nueva república regida por la flamante Constitución, la unificación y federalización de las aduanas de la Confederación Argentina quebró el monopolio que venía ejerciendo el Estado bonaerense, aunque los recursos generados por la aduana confederal fueron bastante magros en relación con los flujos de rentas producidos por la aduana de Buenos Aires.

La situación financiera de la Confederación Argentina, tras la sanción de la Constitución, no fue buena. Esto motivó que fuera prioritario lograr la incorporación de Buenos Aires y su aduana, a lo que dicho Estado, que defendía celosamente su manantial de rentas, se resistía fervientemente. Estas tensiones desembocaron en un enfrentamiento militar entre ambas facciones, que se produjo en la cañada del arroyo Cepeda el 23 de octubre de 1859. El resultado de la contienda militar resultó favorable a la Confederación y, como consecuencia de ello, la provincia segregada se incorporó a la Nación luego de la firma del Pacto de San José de Flores.

Conforme se previó en el acuerdo de unión, la reciente incorporada provincia debía jurar la Constitución Nacional aprobada en 1853. Para ello, se le confirió la posibilidad de designar una convención local para someter a revisión el texto constitucional y, así, proponer posibles reformas que serían tratadas por una convención constituyente *ad hoc*. Buenos Aires ejerció esa facultad y propuso varias enmiendas, entre las que se incluyó el tema aduanero. Las reformas efectuadas en virtud de las propuestas del distrito bonaerense fueron las siguientes:

1) *Al art. 4º*: como se mencionó en los comentarios al artículo, la Convención de 1860 modificó la fórmula "...derechos de importación y exportación de las aduanas..." por "...derechos de importación y exportación...", redacción que se mantiene hoy en día. Asimismo, se adicionó una limitación temporal a la recaudación de ese recurso, pues se previó que integrarían el tesoro "...hasta 1866, con arreglo a lo estatuido en el inc. 1º del art. 64...".

2) *Al art. 12*: la reforma permitió consagrar el principio de la igualdad portuaria al incorporarse al texto originario aprobado (primera parte de la redacción actual) la fórmula que integra actualmente la parte final del referido artículo. Esta modificación (efectuada en los siguientes términos: "...sin que en ningún caso puedan concederse preferencias a un puerto respecto de otro, por medio de leyes ó reglamentos de comercio") reflejó el interés porteño de evitar nuevas leyes de derechos diferenciales como había ocurrido en 1856³⁷⁹.

3) *Al art. 64, inc. 1º*, que pasó a ser numerado como 67, inc. 1º (actual 75, inc. 1º): en este punto se sustituyó el texto original, que disponía que era potestad del Congreso "[l]egislar sobre las Aduanas exteriores, y establecer los derechos de importación y exportación que han de satisfacerse en ella", por el siguiente:

"Legislar sobre las Aduanas exteriores y establecer los derechos de importación, los cuales, así como las valuaciones sobre que recaigan, serán uniformes en toda la Nación; bien entendido, que esta, así como las demás contribuciones nacionales, podrán ser satisfechas en la moneda que fuese corriente en las Provincias respectivas, por su justo equivalente. Establecer igualmente los derechos de exportación hasta 1866, en cuya fecha cesarán como impuesto nacional, no pudiendo serlo provincial".

Estas modificaciones, si bien acortaban el derecho a recaudar los tributos aduaneros, aseguraron la doble uniformidad de los gravámenes, importante regla que se mantiene en la actualidad y a la que me referiré más adelante.

Por otro lado, cabe señalar que la última parte del nuevo artículo propuesto se añadió sobre la base de dos argumentos. El primero se vinculó con una interpretación de los derechos de exportación como contribuciones directas, atento sus efectos económicos, razón por la cual corresponderían a las competencias tributarias de las provincias y no de la Nación (conf. [art. 64, inc. 2º](#), CN 1853). En segundo lugar, se ponderó que los tributos a las exportaciones, desde el punto de vista de la política fiscal federal, generaban inconvenientes internos que aconsejaban dejar de recaudarlos³⁸⁰.

Con la nueva redacción se eliminaban los derechos de exportación a nivel federal, dados sus efectos negativos, y se evitaba que luego fueran restablecidos por los gobiernos provinciales frente a su catalogación como contribución directa³⁸¹.

Al acercarse la fecha límite fijada por la CN para la vigencia de los derechos de exportación —pues los de importación no estaban en duda— y en pleno desarrollo del conflicto bélico contra el Paraguay, conocido como la Guerra de la Triple Alianza (1864-1870), en 1866 se convocó a una asamblea constituyente para debatir una posible nueva reforma del

texto constitucional, solamente con respecto a los arts. 4º y 67, inc. 1º, CN. Las necesidades financieras de la Nación, dada la gran cantidad de recursos que insumía la guerra, llevaron a que se aprobara la reforma y se eliminaran de los artículos precitados las limitaciones temporales para que el Congreso Nacional pudiera establecer derechos de exportación. De esta forma, las rentas aduaneras generadas por la exportación de mercancías se consolidaron definitivamente como recurso nacional exclusivo y permanente, junto con los derechos de importación³⁸².

Finalmente, el texto en comentario sufrió una sustancial reforma en 1994, oportunidad en la que se actualizaron varios aspectos. Conforme la nueva y actual redacción, se suplantó la alusión a la facultad del congreso para "[l]egislar sobre las aduanas exteriores..." por la de "[l]egislar en materia aduanera". A su vez, si bien se mantuvo la vigencia de la doble regla de uniformidad respecto de los tributos aduaneros, se eliminó la referencia a la moneda de pago "...que fuese corriente en las provincias respectivas por su justo equivalente...", ya que no hay más moneda que la nacional, cuyo valor es fijado por el propio Congreso (conf. arts. 75, inc. 11, y 126, CN).

II. LEGISLACIÓN ADUANERA. REMISIÓN

Según lo prevé la primera parte de este inciso, es potestad exclusiva del Congreso federal dictar la legislación en materia aduanera. Esto es una derivación de la regla que consagra el art. 9º de la CN —íntimamente ligado con la cláusula en estudio— en tanto dispone que "[e]n todo el territorio de la Nación no habrá más aduanas que las nacionales, en las cuales regirán las tarifas que sancione el Congreso". Para la definición del concepto de aduana y la mención de sus funciones, me remito a los comentarios al art. 9º de la CN, donde se abordó el tema.

Sin perjuicio de ello, a modo de síntesis diré que el sistema constitucional ha establecido que todo lo vinculado con el régimen aduanero sea una cuestión sometida exclusivamente a decisión del Gobierno nacional, por delegación de las provincias (conf. art. 126, CN), tanto desde el punto de vista de su organización y de sus misiones, como desde el ángulo rentístico.

III. LOS DERECHOS DE IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN COMO RECURSOS DEL TESORO PÚBLICO NACIONAL

El art. 75, inc. 1º, de la CN es una consecuencia directa de la proposición contenida en el art. 4º de la CN. Este último incluye, dentro de la gama de recursos públicos que conforman el tesoro y con los cuales se financian los gastos de la Nación, al "...producto de derechos de importación y exportación...". Si bien la redacción empleada en el texto constitucional no es la más afortunada si se pretende establecer a simple

vista qué tipo de dispositivo recaudatorio constituyen los "derechos" aduaneros, lo cierto es que, como expliqué al realizar los comentarios al art. 4º de la CN, la utilización que hace la CN de vocablos como "contribuciones" y "derechos" son equivalentes a tributo. Por lo tanto, la primera característica que puede señalarse con respecto a los recursos aduaneros es que se trata de tributos³⁸³, razón por la cual les son aplicables todos los principios constitucionales de la tributación, entre los que se destaca el principio de reserva de ley (conf. arts. 4º, 17 y 75, inc. 1º).

Asumido el carácter tributario de los derechos aduaneros, debe agregarse que, dentro de la clasificación de las especies de tributos, se trata de impuestos, ya que su pago se halla desvinculado de una particular actividad, servicio o prestación a cargo del Estado³⁸⁴.

Conviene aclarar que, junto con los tributos que gravan el ingreso (importación) y salida (exportación) de mercaderías, que son los mencionados expresamente por la cláusula constitucional, existen otros tributos que, si bien se recaudan con motivo de la exportación e importación, no recaen directamente sobre tales hechos. Estos tributos vinculados con la aduana, sea que se trate de otros impuestos, tasas o contribuciones, también son de exclusiva competencia del Estado nacional y las provincias tienen vedado establecerlos.

Considerados específicamente, los impuestos a la importación y exportación de mercaderías son de tipo indirecto. Sin embargo, tal extremo no puede llevar al equívoco de suponer que su cobro y establecimiento es una facultad concurrente entre el gobierno federal y los provinciales, como genéricamente lo prevé, respecto de las contribuciones indirectas, el art. 75, inc. 2º, de la CN, al distribuir las competencias tributarias entre ambos niveles y establecer como sistema de coordinación fiscal a la coparticipación impositiva.

En efecto, con relación a los tributos aduaneros la CN prevé una excepción que, en términos de relaciones fiscales intergubernamentales, se denomina sistema de separación de fuentes tributarias y consiste en atribuir a un solo nivel de gobierno (en el caso, el nacional) la facultad para explotar una fuente tributaria sin que, simultáneamente, esa fuente de recursos pueda ser aprovechada por los restantes niveles (los provinciales). Por esa razón, además, lo recaudado en concepto de tributos aduaneros no integra el conjunto de recursos que forman parte del régimen de coparticipación de impuestos a las provincias.

Otro tema que ha de tenerse en cuenta en materia de derechos de importación y exportación es el relacionado con sus finalidades. Es que si bien, como todo gravamen, el fin inmediato que persiguen es el de obtener una renta (fines recaudatorios o fiscales), los derechos aduaneros

presentan, a su vez, finalidades extrafiscales o de ordenamiento, dado que mediante su regulación suelen cumplirse otros objetivos estatales, generalmente vinculados con la política económica y de comercio exterior del país³⁸⁵.

IV. DESCRIPCIÓN DE LOS TRIBUTOS A LA IMPORTACIÓN Y A LA EXPORTACIÓN

Creo oportuno recordar en este apartado que todo tributo se materializa a través de una técnica jurídica determinada, que es la ley. Así, la ley tributaria se ocupa de establecer una norma jurídica, también tributaria, mediante una descripción hipotética y abstracta de un hecho, denominado hecho imponible, a la que le asigna un efecto o consecuencia para el caso de que esa situación fáctica se verifique y concretice en el campo de lo real. Si tal situación ocurre, el hecho descrito en la norma jurídica tributaria genera una obligación de pago (obligación tributaria).

Ahora bien, el denominado hecho imponible se estructura a partir de ciertos elementos fundamentales, todos los cuales deben estar reunidos para que se pueda tener por configurada la obligación de pago. El hecho generador, entonces, presenta los siguientes aspectos: el objetivo —que abarca a los elementos material, espacial, temporal y cuantitativo— y el subjetivo, referido este último al elemento personal³⁸⁶.

En el estudio de los tributos a las importaciones y exportaciones que propongo aquí, me voy a ocupar únicamente del aspecto material (esto es, la situación, circunstancia, actos o sucesos previstos en la descripción de la norma tributaria, respecto de los cuales se aplicará el tributo y que, por lo tanto, está determinado por el hecho o acto que se quiere someter a tributación). Por último, dejo aclarado que no es mi intención efectuar en este breve comentario un estudio pormenorizado de estos tributos, lo que excedería en mucho los objetivos del presente ensayo.

4.1. Algunas cuestiones previas

Con una visión amplia, puede decirse que los tributos aduaneros son aquellos que gravan los movimientos de mercaderías a través de las fronteras aduaneras; es decir, la entrada y salida de mercaderías de un determinado territorio aduanero³⁸⁷. Si lo gravado, entonces, es la introducción de mercancías al territorio aduanero, el tributo incide sobre las importaciones, mientras que, si se aplica a la salida de mercaderías, se estará en presencia de un tributo a las exportaciones.

De lo expuesto se puede advertir que, a los fines de describir adecuadamente el aspecto material del hecho imponible de los tributos a las importaciones y exportaciones, resulta necesario que, preliminarmente, se precisen los conceptos de territorio aduanero y mercadería.

4.1.1. El territorio aduanero

En una sencilla aproximación, el territorio aduanero es el espacio en el que rige un mismo sistema arancelario y respecto del cual resulta aplicable una misma regulación para el ingreso y egreso de mercancías.

En efecto, por territorio aduanero se entiende a aquel "...delimitado por la frontera aduanera dentro de la cual resulta de aplicación un único sistema tributario aduanero (derechos de importación y de exportación) y de prohibiciones económicas a la introducción y salida de las mercaderías"³⁸⁸. Esta definición es la adoptada por el [art. 2º](#) del Cód. Aduanero de la Nación ([ley 22.415](#)), el que, a su vez, distingue entre territorios aduaneros generales y especiales según que los regímenes arancelarios y de prohibiciones aplicables sean generales o especiales³⁸⁹.

Conviene evitar confundir al territorio nacional con la noción de territorio aduanero, ya que este se define por las características antes dichas. Así, dentro de una misma jurisdicción territorial nacional pueden coexistir dos o más territorios aduaneros. Incluso varios países pueden llegar a constituir un único territorio aduanero³⁹⁰. En suma, no puede asimilarse la idea de frontera política con la de frontera aduanera.

4.1.2. La mercadería

La definición de mercadería es de lo más trascendente para la legislación aduanera, ya que se trata del objeto del comercio exterior y, a su vez, el comercio exterior es el objeto del derecho aduanero. En este contexto, la mercadería es todo objeto susceptible de ser trasladado de un territorio aduanero a otro.

Nuestro Código contiene una concepción muy amplia de mercadería, a la que conceptualiza como "...todo objeto que fuere susceptible de ser importado o exportado..." ([art. 10, inc. 1º](#), Cód. Aduanero); noción que abarca a cualquier objeto que pueda presentarse ante la aduana para su despacho o que pueda ser sometido a un control efectivo, independientemente de que ese objeto responda a la definición de "cosa" conforme el derecho civil. Tampoco importa a los efectos aduaneros cuál es el origen de la operación que dio lugar al tráfico del objeto, pues seguirá siendo considerado como mercadería si la relación se hubiese originado con motivo de un acto comercial o en un acto a título gratuito³⁹¹.

El segundo párrafo del [art. 10](#) del Cód. Aduanero prevé que, a los efectos de ese cuerpo normativo, se considerará también como si se tratara de mercaderías (i) a las locaciones y prestaciones de servicios realizadas en el exterior, cuya utilización o explotación efectiva se lleve a cabo en el país, excluido todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios;

y (ii) a los derechos de autor y derechos de propiedad intelectual. Esta adición en la norma aduanera ha recibido muchas críticas por parte de la dogmática, debido a que el agregado va más allá de lo que la aduana puede controlar. Si estos bienes intangibles no se reflejan en un soporte material que permita su presentación en las aduanas, serán inaprehensibles para esos organismos³⁹².

Justamente cuando una mercadería es presentada en la aduana, esa institución procederá a individualizarla y clasificarla según el nomenclador internacional de mercaderías. Una vez cumplido ese paso, deberá realizarse la valoración, instancia de mucha importancia a la hora de cuantificar los derechos de importación y exportación, cuando su dimensión cuantitativa esté establecida mediante un mecanismo de tributación *ad valorem*³⁹³.

4.2. Derechos de importación

La importación es la introducción de cualquier mercadería a un territorio aduanero (conf [art. 9º](#), [inc. 1º](#), Cód. Aduanero); es decir, que tiene lugar cuando una mercadería penetra una determinada frontera aduanera. Los impuestos a las importaciones, entonces, gravan ese desplazamiento de mercaderías hacia dentro de un territorio aduanero.

Si bien para que exista importación basta el mero cruce por la frontera aduanera, para que ese hecho sea alcanzado por el tributo la importación debe ser definitiva o "para consumo", de manera que la mercadería quede incorporada en el mercado o consumo interno del Estado importador. Por consiguiente, si la importación no es definitiva sino temporaria, no se devengará el gravamen en estudio.

Nuestra legislación establece que el "...derecho de importación grava la importación para consumo" ([art. 635](#), Cód. Aduanero), la que se verifica "...cuando la mercadería se introduce al territorio aduanero por tiempo indeterminado" ([art. 636](#), Cód. Aduanero).

Cabe destacar que la normativa aduanera no discrimina entre importaciones lícitas (regulares) e ilícitas (irregulares), razón por la cual, si la mercadería no fuera declarada y el ingreso se efectuara por contrabando, la introducción estaría alcanzada por el tributo (conf. [art. 638](#), Cód. Aduanero)³⁹⁴.

4.3. Derechos de exportación

La exportación es la extracción de cualquier mercadería de un territorio aduanero (conf [art. 9º](#), [inc. 2º](#), Cód. Aduanero). Dentro de los aspectos más salientes de este impuesto, es dable señalar que, además de la salida de la mercadería del territorio aduanero, para que el gravamen se torne

aplicable es necesario que esa exportación sea definitiva. Por ello, el [art. 724](#) del Cód. Aduanero dispone que el "...derecho de exportación grava la exportación para consumo". Al mismo tiempo, define a este tipo de exportación como aquella que tiene lugar cuando "...la mercadería se extrae del territorio aduanero por tiempo indeterminado" (conf. [art. 725](#), Cód. Aduanero).

Tal como ocurre con los derechos de importación, las exportaciones ilícitas o irregulares, como las que tienen lugar con motivo de un contrabando, quedan alcanzadas por este gravamen (conf. [art. 727](#), Cód. Aduanero).

V. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY FRENTE A LOS DERECHOS DE IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN: EL PROBLEMA DE LA DELEGACIÓN

Los tributos a las importaciones y exportaciones, como tales, se hallan sometidos al principio de reserva de ley o legalidad (conf. arts. 4º, 17, 52, 75, inc. 1º, y 99, inc. 3º, CN), de modo tal que solamente pueden ser creados o suprimidos mediante la actuación legislativa, sin que otro poder que no sea el legislativo se encuentre habilitado a ello. Así, el Poder Ejecutivo tiene vedado dictar normas reglamentarias creadoras de gravámenes.

El principio de legalidad, entonces, establece un límite formal a la imposición al determinar cuál es el mecanismo que debe seguirse para su fijación. En este orden de ideas, tradicionalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que

"...los principios y preceptos constitucionales prohíben a otro Poder que el Legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas' (Fallos 321:366 y sus citas) y concordantemente con ello ha afirmado que ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones (Fallos 316:2329; 318:1154; 319:3400; y sus citas, entre muchos otros). (...) [D]e la reiterada doctrina precedentemente reseñada surge con nitidez que ni un decreto del Poder Ejecutivo ni una decisión del Jefe de Gabinete de Ministros pueden crear válidamente una carga tributaria ni definir o modificar, sin sustento legal, los elementos esenciales de un tributo..."³⁹⁵.

A su vez, este principio es expresión del ideal democrático, en tanto consagra, en sustancia, una regla de "autoimposición". Es el propio pueblo quien, a través de sus representantes, decide crear y establecer los tributos.

La Corte, a lo largo de su historia, ha reconocido en reiteradas oportunidades que

"...el principio de legalidad o de reserva de la ley no es sólo una expresión jurídico formal de la tributación, sino que constituye una garantía substancial en este campo, en la medida en que su esencia viene dada por la representatividad de los contribuyentes. En tal sentido este principio de raigambre constitucional abarca tanto a la creación de impuestos, tasas o contribuciones como a las modificaciones de los elementos esenciales que componen el tributo, es decir el hecho imponible, la alícuota, los sujetos alcanzados y las exenciones..."³⁹⁶.

Otro desprendimiento del principio de reserva legal es la prohibición de la delegación, hacia el departamento ejecutivo, de las facultades del Congreso para ejercer su competencia tributaria³⁹⁷. En la tributación aduanera, el principio de legalidad adquiere, en este punto, una significación particular, dado el importante sesgo extrafiscal con que cuentan los derechos aduaneros.

Los vínculos entre los derechos de importación y exportación y la política económica estatal han tendido a flexibilizar la estricta vigencia de la reserva legal, al admitirse la posibilidad de delegación de facultades tributarias en el Poder Ejecutivo³⁹⁸. Es por ello que resulta conveniente encontrar una pauta que permita armonizar la delegación de facultades con la vigencia del principio de legalidad, a los fines de que este no quede desvirtuado.

Cabe resaltar, en este sentido, que el art. 755 del Cód. Aduanero delega en el Poder Ejecutivo nacional —de forma permanente— la facultad de gravar con el derecho de exportación a mercaderías que no estuvieren gravadas, desgravar de ese tributo a mercaderías que se encuentren gravadas y modificar el derecho de exportación establecido en el Código (conf. inc. 1º). Asimismo, allí se aclara que la facultad delegada solo podrá emplearse con el objeto de cumplir una serie de finalidades contempladas en el inc. 2º del referido artículo (asegurar el máximo posible de valor agregado en el país con el fin de obtener un adecuado ingreso para el trabajo nacional; ejecutar la política monetaria, cambiaria o de comercio exterior; promover, proteger o conservar las actividades nacionales productivas de bienes o servicios, así como dichos bienes y servicios, los recursos naturales o las especies animales o vegetales; etc.).

La simple lectura del texto del artículo del Cód. Aduanero previamente mencionado permite afirmar —sin perjuicio de lo que diré más adelante acerca de la vigencia de esta delegación— que no logra superar un test mínimo de constitucionalidad, sea que se lo pase por el tamiz del principio bajo estudio o por el régimen establecido por el art. 76 de la CN. Lisa y llanamente el art. 755 del Cód. Aduanero permite que el Poder Ejecutivo imponga o dispense de impuestos aduaneros (inc. 1º, aparts. a y b), además de posibilitar la modificación de los mentados gravámenes (inc. 1º, apart. c).

La vigencia de esta delegación ha motivado diversos conflictos judiciales como el generado a partir de la instauración del sistema de retenciones móviles a las exportaciones (derechos de exportación) de determinados cereales y oleaginosas por la res. 125/MECON/2008. Sin embargo, en este supuesto, la Corte Suprema no pudo pronunciarse con respecto a la validez constitucional del art. 755 del Cód. Aduanero, ya que entendió que el caso concreto que llegó a su instancia se había tornado abstracto³⁹⁹.

No obstante lo dicho anteriormente, tiempo después, la Corte pudo expresarse concretamente acerca de la delegación en materia de tributos aduaneros en el marco de la causa "Camaronera Patagónica SA c. Ministerio de Economía y otros s/amparo", de 2014, aunque debo hacer notar que allí no se controvertía directamente la constitucionalidad del art. 755 del Cód. Aduanero. En la interpretación efectuada en ese contexto por el Cíbero Tribunal de la República se admite una limitada y pequeña delegación de facultades, en aquello que se vincula con la dimensión cuantitativa del dispositivo tributario —alícuotas—, a la vez que se reafirma la plena vigencia del principio de reserva de ley en todo lo que hace a la creación y definición estructural del gravamen.

En efecto, según la Corte, "...resulta admisible que el Congreso atribuya al Poder Ejecutivo ciertas facultades circunscriptas, exclusivamente, al aspecto cuantitativo de la obligación tributaria, es decir, autoriza elevar o disminuir las alícuotas aplicables, siempre y cuando, para el ejercicio de dicha atribución, se fijen pautas y límites precisos mediante una clara política legislativa". Para así decidir, la Corte ponderó que

"...en el ámbito de los derechos aduaneros, cobra relevancia la doctrina según la cual 'tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida' (Fallos 246:345 y 328:940)"⁴⁰⁰.

A ello se le agrega la importancia del aspecto extrafiscal de este tipo de gravámenes como herramienta de política económica.

5.1. ¿Caducidad o vigencia de la delegación legislativa efectuada por el art. 755 del Código Aduanero?

Más allá de las críticas sustanciales formuladas con respecto al art. 755 del Cód. Aduanero, es necesario indagar sobre un aspecto formal referido a ese artículo, como es el que atañe a su vigencia. Así, es necesario preguntarse si dicha norma puede ser considerada como "activa" dentro del ordenamiento jurídico para permitir que el ejecutivo recurra a ella y

ejerza facultades tributarias delegadas. Adelanto que la respuesta es negativa.

En primer lugar, debe mencionarse que la norma delegante bajo estudio tuvo su origen con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, pues la ley 22.145 (Cód. Aduanero) se sancionó en 1981. Lo dicho reviste importancia desde que la cláusula octava de la Constitución reformada en 1994 —momento en que se incorporó el art. 76, el cual acoge la figura de la delegación legislativa— previó que

"[L]a legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley"⁴⁰¹.

En esas condiciones, la asamblea constituyente fijó un plazo de caducidad de la legislación delegante existente hasta ese momento, dentro de la que se incluye el art. 755 del Cód. Aduanero, dejando a salvo la posibilidad de que el Congreso nacional la ratifique.

El Poder Legislativo nacional utilizó en reiteradas ocasiones el recurso admitido en la cláusula transitoria antes aludida y, en consecuencia, dictó las leyes 25.148, 25.645, 25.918, 26.135, y 26.519. La primera de ellas, publicada en el Boletín Oficial el 24/8/1999⁴⁰², ratificó por el plazo de tres años 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, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento (conf. art. 1º).

Al mismo tiempo, se aprobó la totalidad de la legislación delegada dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994 (conf. art. 3º). De esta forma, el art. 755 del Cód. Aduanero mantenía su vigencia por tres años más.

A su turno, la ley 25.645⁴⁰³ amplió por dos años más, a partir del 24/8/2002, 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, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento (conf. art. 1º). También se aprobó nuevamente la legislación delegada que se hubiese dictado con motivo de la legislación delegante (art. 3º).

Esta misma solución fue adoptada, posteriormente, a través de las leyes 25.918⁴⁰⁴ (a partir del 24/8/2004 y por dos años más); 26.135⁴⁰⁵ (a partir del 24/8/2006 y por tres años más); y, finalmente, por la ley 26.519⁴⁰⁶ (a partir del 24/8/2009 y por un año más). Cabe destacar que esta última ley no aprobó la legislación delegada, ya que desde el

2006 rige la [ley 26.122](#) que prevé el procedimiento para el control parlamentario de "los decretos de necesidad y urgencia, de la delegación legislativa y de la promulgación parcial de leyes".

Del panorama previamente descripto se desprende que la vigencia del art. 755 del Cód. Aduanero se mantuvo hasta el 24/8/2010. A partir de allí, puede afirmarse que la delegación efectuada por el Congreso al Poder Ejecutivo, con respecto a los tributos de exportación, ha perdido vigencia de pleno derecho y, por lo tanto, ha salido de nuestro ordenamiento jurídico, en tanto no ha sido dictada una nueva norma legal que confiera esa atribución⁴⁰⁷.

Ello, no obstante, y luego del 24/8/2010, el Poder Ejecutivo de la Nación ha dictado numerosos decretos con incidencia respecto de los derechos de exportación y sobre la base de la delegación que efectuaba el art. 755 del Cód. Aduanero. A modo de ejemplo pueden mencionarse, entre otros, a los siguientes decretos: 1339/PEN/2012; 1719/PEN/2012; 133/PEN/2015; 1343/PEN/2016 1126/PEN/2017, 793/PEN/2018 y el reciente 865/PEN/2018. Todos estos reglamentos se dictaron con base en una norma delegante caduca y, por ello, sin vigencia. Pese a ello, esos decretos no han merecido expreso reproche por parte del Congreso en los términos de la [ley 26.122](#).

Frente al panorama previamente descripto, resulta alarmante la flamante aprobación de la cláusula contenida en el art. 81 de la ley 27.467, de "Presupuesto de gastos y recursos de la Administración Nacional" para el ejercicio 2019. Dicha norma legal dice lo siguiente:

"Establécese que, en el marco de las facultades acordadas al PODER EJECUTIVO NACIONAL mediante los artículos 755 y concordantes de la [ley 22.415](#) (Código Aduanero) y sus modificaciones, se podrán fijar derechos de exportación cuya alícuota no podrá superar en ningún caso el TREINTA POR CIENTO (30%), del valor imponible o del precio oficial FOB. (...) EL PODER EJECUTIVO NACIONAL podrá ejercer esta facultad hasta el 31 de diciembre de 2020...".

Son varias las razones que me llevan a aseverar que la solución legislativa adoptada recientemente resulta poco afortunada y merece serios reproches desde el punto de vista del principio constitucional de reserva legal. En efecto, el texto aprobado presenta, al menos, dos problemas que inexorablemente llevan a sostener su invalidez dentro del ordenamiento jurídico: (i) en primer lugar, a través de él se efectúa una nueva, genérica y amplia delegación en el ramo ejecutivo, que habilita a éste a fijar derechos de exportación con una alícuota de hasta un treinta por ciento; y (ii) en segundo orden, con la incorporación de ese artículo en la ley de presupuesto, el Congreso Nacional acepta y reconoce, de un modo tácito, que la delegación legislativa concretada en el art. 755 del

CAd. nunca caducó —pese a lo regulado por el conjunto de leyes que fueron anteriormente citadas—, situación que podría entenderse como una convalidación retroactiva de normas dictadas de manera irregular. Ambas consecuencias son inadmisibles, reitero, no solamente a partir del principio de reserva de ley que rige a la materia tributaria sino también si se lo examina a la luz de los lineamientos que, para la delegación legislativa, establece el art. 76 de la CN. En otras palabras, y conforme la interpretación que sobre el tema en cuestión efectuó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Camaronera Patagónica" antes citado, la delegación proyectada a través del art. 81 de la ley 27.467 es inválida en términos constitucionales. Y lo es tanto en el plano sustancial, pues se delega derechamente la facultad de crear el gravamen, como en el formal, en tanto el dispositivo elegido no cumple acabadamente con los recaudos que exige el art. 76 de la CN. Nótese que la cláusula puesta en crisis no fija una clara política legislativa sobre el modo en que debe ejercerse la facultad delegada.

VI. LA REGLA DE UNIFORMIDAD. ZONAS FRANCAS

La exigencia de uniformidad en la tributación aduanera fue incorporada al texto constitucional durante la enmienda de 1860, a propuesta de Buenos Aires, y tuvo en miras evitar que se establezcan distintos aranceles aduaneros dentro del territorio nacional que pudieran favorecer o perjudicar a una determinada provincia. A través de esta nueva pauta, estrechamente vinculada con los arts. 9º a 12 de la CN, se persiguió robustecer la unidad nacional bajo un paradigma federal más igualitario.

En términos generales, la uniformidad impide, por vía de principio, que el gobierno federal establezca derechos aduaneros diferenciales dentro del territorio nacional. Así, los aranceles aduaneros tienen que ser iguales en todas las aduanas existentes en el país. La Corte Suprema ha entendido que cabe interpretar a la uniformidad mencionada en el inc. 1º del art. 75 de la CN como una atribución "...tendiente a establecer la igualdad entre las distintas provincias que componen el territorio nacional, prohibiendo los gravámenes en perjuicio de una de ellas o la desgravación de la importación por un punto de algunas sin limitación territorial en perjuicio de las otras, privilegiando de tal forma la circulación económica a través de la favorecida"⁴⁰⁸.

Paralelamente, el principio procura un doble estándar de protección, ya que funciona simultáneamente como garantía para la autonomía e igualdad de las provincias y como garantía de igualdad económica con respecto a la población, si se considera que así se asegura que los precios de las mercaderías importadas aumenten en igual proporción en toda la Nación y que los productores nacionales soporten la misma presión tributaria ante las exportaciones que efectúen. Como garantía federal, la

pauta impide que el Gobierno nacional pueda desviar el comercio con el exterior hacia zonas de preferencia⁴⁰⁹.

Ahora bien, como lo adelanté al efectuar la reseña histórica, el principio que consagra el art. 75, inc. 1º, de la CN, es de doble uniformidad. No solo las alícuotas deben ser uniformes en todo el territorio, sino que también la regla debe ser respetada en cuanto a las evaluaciones sobre las que los gravámenes recaigan. Es decir, con relación a los sistemas que se sigan para determinar la base de medición de la cuantía del impuesto, sea que se trate de la valoración de la mercadería (si el tributo es *ad valorem*) o de la fijación de la unidad o medida de referencia (tributo específico). Si no fuera así, esto es, si la base sobre la que se aplica el arancel no es uniforme, este principio quedaría desarticulado, ya que podrían lograrse, por vía indirecta, los efectos de un derecho diferencial⁴¹⁰.

Dicho todo lo anterior, cabe destacar que el principio de uniformidad no es absoluto y admite excepciones con fundamento en los incs. 18 y 19 del art. 75 de la CN. Así, entonces, la regla bajo estudio puede ceder, excepcionalmente, frente al establecimiento de zonas francas o áreas aduaneras especiales, creadas con fines de progreso y prosperidad.

Las áreas francas son ámbitos espaciales dentro del territorio aduanero en los cuales no se aplican (o se lo hace de manera reducida) los aranceles aduaneros —es decir, no rigen los impuestos a la importación y exportación— ni, generalmente, las prohibiciones de naturaleza económica. El nombre otorgado deriva de la franquicia aduanera con que cuentan las importaciones y exportaciones realizadas hacia o desde ese territorio especial⁴¹¹.

La Constitución argentina no contiene referencias expresas a las áreas francas, razón por la cual se ha discutido en la práctica jurídica su validez constitucional, dado que, además, el sistema federal aduanero parecería indicar no avalar la constitución de estas zonas aduaneras especiales libres de derechos de importación y exportación —o con aranceles reducidos— dentro del territorio nacional. Sin embargo, las cláusulas constitucionales del progreso (art. 75, inc. 18, CN) y de la prosperidad con justicia social (art. 75, inc. 19, CN) han permitido a buena parte de la comunidad jurídica justificar el establecimiento válido de áreas francas en el país⁴¹².

También la Corte se pronunció en el sentido previamente indicado y admitió la validez constitucional de territorios aduaneros especiales donde rijan aranceles más bajos o zonas derechamente francas; es decir, territorios aduaneros libres de tributos de importación y exportación y respecto de los cuales no suele aplicarse el régimen de prohibiciones. En esta inteligencia, se ha señalado que

"...el establecimiento de un 'área franca' y de un 'área aduanera especial', (...) en modo alguno importa desconocer la existencia de una regulación aduanera nacional, pues respeta el principio de igualdad proporcional en materia aduanera que dispone de manera exclusiva el gobierno federal, impidiendo trabas a la circulación de mercaderías entre las provincias. (...) [Por ello] cabe admitir un tratamiento tributario diferencial por zonas geográficas, atendiendo al fomento de determinada región con relación a otra ([art. 67, inc. 16](#), de la CN), siempre que se salve la inequívoca intención constitucional de eliminar los gravámenes discriminatorios a efectos de evitar una múltiple tributación dependiente de estados provinciales diversos..."⁴¹³.

Asimismo, en la causa "Zofracor SA c. Estado Nacional s/amparo"⁴¹⁴, la Corte entendió que, por motivos de conveniencia, resulta posible que el legislador disponga un tratamiento preferente a ciertas zonas "...a fin de compensar la mayor marginación de unas regiones frente a otras. En todo caso, es función del Congreso '...proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones' (art. 75, (...) inc. 19)". En esta sintonía, el tribunal destacó que no todo tratamiento jurídico diferente es discriminatorio y violenta los derechos constitucionales, pues "[e]xisten desigualdades fácticas que pueden traducirse en desigualdades justificadas en el tratamiento jurídico, que expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma...".

El Cód. Aduanero argentino, por su parte, recepta expresamente a este tipo de excepciones al sistema de la uniformidad. En efecto, tras establecer que las zonas francas no constituyen territorio aduanero general o especial (conf. art. 3º, inc. b], Cód. Aduanero), el cuerpo legal aduanero regula un sistema de áreas francas y de territorios aduaneros especiales (conf. arts. 590 a 607).

Según la norma aduanera, la zona franca es un ámbito dentro del cual la mercadería no se halla sometida al control habitual del servicio aduanero y su introducción y extracción no están gravadas con el pago de tributos (salvo las tasas retributivas de servicios que pudieren establecerse) ni alcanzadas por prohibiciones de carácter económico (conf. [art. 590](#), Cód. Aduanero). En cambio, el territorio aduanero especial es definido como un ámbito en el cual los tributos que gravan la importación y la exportación no exceden "...el setenta y cinco por ciento de los que rigen en el territorio aduanero general...", a la vez que no resultan allí aplicables las prohibiciones de carácter económico, salvo expresa disposición en contrario de la norma que la estableciere (conf. [art. 600](#), Cód. Aduanero). Esta posibilidad se ve reafirmada por la [ley 24.331](#) —y modif.—, de zonas francas.

Para concluir, estimo necesario destacar que, cualquiera sea la excepción al principio de uniformidad, ella debe ser establecida por ley,

respetándose así el principio de legalidad que rige la materia aduanera tributaria. Pese a ello, el [art. 2º](#) de la [ley 24.331](#) contiene una amplia delegación de facultades a favor del Poder Ejecutivo para crear un área franca en el "...territorio de cada provincia...".

Art. 75, inc. 2º.—

Corresponde al Congreso... 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.

Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos.

La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será 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.

La ley convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias.

No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso.

Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determina la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires en su composición.

Comentario por Federico Orlando y Sheila Heimenrath

I. EL FEDERALISMO FISCAL

Uno de los puntos más problemáticos de nuestra práctica constitucional ha sido el respeto al federalismo como modo de organización del Estado. En ese marco, resulta especialmente conflictiva la distribución de los recursos y gastos entre los distintos niveles de gobierno.

Ningún acercamiento al federalismo argentino puede soslayar el aspecto financiero que implica el reparto de atribuciones y tareas entre el Estado nacional, las Provincias, los Municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Es decir, la pregunta acerca de qué funciones y, por ende, qué gastos corresponden a los entes de los distintos niveles, y por otra parte, qué recursos corresponden a cada uno de ellos⁴¹⁵, a fin de asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales de los habitantes en todo el territorio de la Nación y el funcionamiento de las instituciones democráticas.

Desde una teoría de la democracia que otorga un especial valor a la necesidad de que las decisiones colectivas que forman parte del nervio de una comunidad política sean el producto de una deliberación robusta e inclusiva⁴¹⁶ con participación de los potenciales afectados, cabe argumentar que un régimen de tipo federal tiene la virtualidad de crear mayores instancias de diálogo y control ciudadano, en tanto "pondría a disposición de los individuos un ámbito adicional, más cercano y local, tanto como esfera autónoma de participación cuanto como modo de experimentación y preparación para (saltar a) las discusiones a nivel nacional"⁴¹⁷.

Ahora bien, desde esta perspectiva, una coordinación fiscal que no vacíe de contenido las autonomías locales tampoco puede desentenderse de la precondition de que el poder impositivo se ejerza en definitiva al servicio de una distribución igualitaria de la autonomía de los individuos⁴¹⁸. En este orden de ideas, Habermas sostiene que la autonomía privada y la pública se presuponen mutuamente, en tal forma que ni los derechos humanos ni la soberanía popular pueden reclamar primacía sobre su contraparte: "[s]in derechos básicos que aseguren la autonomía privada de los ciudadanos, tampoco habría ningún medio para la institucionalización legal de las condiciones bajo las cuales tales ciudadanos puedan hacer uso de su autonomía pública"⁴¹⁹. Llevando este postulado al plano fiscal, en un contexto signado por grandes desigualdades socio-económicas tanto entre las distintas provincias como en el plano interpersonal, su efectiva materialización requiere la articulación de mecanismos redistributivos que coadyuven a achicar ambas brechas.

II. DISTRIBUCIÓN DE POTESTADES TRIBUTARIAS ENTRE LOS DISTINTOS NIVELES DE GOBIERNO

Art. 75, inc. 2º, primer párrafo.— [Corresponde al Congreso:] 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.

La clasificación de los impuestos en directos e indirectos es de especial relevancia a la hora de distribuir las potestades tributarias entre los distintos niveles de gobierno. Si bien históricamente se han propuesto distintos criterios de clasificación, el que goza de amplia aceptación en la actualidad es aquel que distingue entre impuestos directos e indirectos según estos graven una manifestación inmediata o mediata de capacidad contributiva. Tal como ha sido explicado por Ferreiro Lapatza, la capacidad contributiva de los sujetos "depende de su riqueza, y esta se hace patente directa e inmediatamente en la posesión de un patrimonio o en la obtención de una renta. Los impuestos que recaen sobre la renta y el patrimonio son en este sentido impuestos directos, ya que gravan la riqueza en sí misma, directa e inmediatamente considerada. Pero la riqueza de un individuo puede manifestarse indirectamente a través de su utilización (...). Los impuestos indirectos gravan, tienen por objeto precisamente manifestaciones indirectas de capacidad económica, como son la circulación o consumo de la riqueza"⁴²⁰.

Un enfoque anterior distinguía entre impuestos directos e indirectos a partir de la posibilidad o imposibilidad de la traslación del peso económico del gravamen. La Corte ha hecho alusión al mismo, respecto del impuesto al valor agregado o los impuestos internos a los consumos específicos, expresando que los impuestos indirectos son "esencialmente trasladables"⁴²¹. Entre las críticas a este criterio, cabe mencionar que la traslación va a depender de un conjunto de factores, v.gr. la diferencia de poder económico entre las partes que intervienen en una transacción, que pueden llevar a que un mismo impuesto sea, en ciertos casos, trasladable y, en otros casos, no. Por ello, no se erige como una pauta sólida que permita una distinción clara y precisa.

Cabe advertir que la reforma constitucional de 1994 ha conservado las restricciones que la Constitución histórica preveía en cabeza del Gobierno Federal para el establecimiento de impuestos directos, a pesar de que, ya desde 1932, con la sanción de la ley 11.682 de Impuesto a los Réditos, la técnica legislativa por parte del Congreso Nacional para mantener un impuesto considerado directo fue la de establecerlo formalmente por tiempo determinado pero prorrogar periódicamente su vigencia. Dicha ley fue reemplazada en 1973 por la Ley de Impuesto a las Ganancias 20.628 que sin solución de continuidad sigue vigente hasta nuestros días. Consideraciones similares merece el impuesto sobre los bienes

personales. Teniendo en cuenta que existen razones técnicas que justifican que tales impuestos directos sean establecidos a nivel nacional —sin perjuicio de que su producido sea distribuido a las provincias—, la persistencia de una regla constitucional que no guarda relación con la forma en que efectivamente se encuentra estructurado nuestro régimen tributario entre los distintos niveles de gobierno, decididamente no contribuye a aportar claridad en la materia.

El constituyente de 1994 incorporó al texto constitucional el reconocimiento expreso de la facultad concurrente del Gobierno federal para establecer contribuciones indirectas, receptando el criterio adoptado en 1927 por la Corte, *in re* "Simón Mataldi"⁴²², en línea, a su vez, con la interpretación que ya realizara Terry al defender en el debate parlamentario de 1894 la validez del impuesto interno al consumo específico como recurso permanente del Estado nacional⁴²³. Su argumento se fundaba en el análisis del art. 4º, en tanto este hace referencia a las "contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General" sin efectuar distinción alguna entre contribuciones directas e indirectas. La Corte había entendido que, si bien el art. 4º no encerraba una delegación de poder expreso a favor de la Nación, la potestad de establecer impuestos indirectos estaba contenida de manera razonablemente implícita. La Corte había aclarado que esta facultad no presenta caracteres de exclusividad, por lo que debía considerarse que las provincias conservan al respecto facultades impositivas que pueden ser ejercidas de manera concurrente⁴²⁴.

Esquemáticamente, la distribución de potestades tributarias quedó institucionalizada de la siguiente manera:

— Le corresponde al Gobierno federal: en forma exclusiva, excluyente y permanente los derechos de importación y exportación (arts. 4º y 75, incs. 1º y 2º); en forma concurrente con las provincias y permanente la creación de impuestos indirectos internos (arts. 4º, 17, 75, inc. 2º y 121); y con carácter transitorio y bajo ciertas condiciones excepcionales, establecer impuestos directos (arts. 4º y 75, inc. 2º).

— Le corresponde a los Gobiernos provinciales: establecer en forma permanente los impuestos directos; y en forma concurrente y permanente con el Gobierno federal puede crear impuestos indirectos⁴²⁵.

— Le corresponde a los Municipios: potestades tributarias de carácter derivado —es decir, el conjunto de facultades impositivas que las Provincias les asignen—⁴²⁶. Conforme lo estipulado en el art. 123 introducido por la reforma, las Provincias deben asegurar la autonomía municipal, reglando su alcance y contenido, *inter alia*, en el orden financiero.

Persisten diversos criterios para caracterizar el estatus de la CABA⁴²⁷. Sin perjuicio de ello, en virtud de lo dispuesto en el art. 129 introducido en la reforma, la CABA ha sancionado en 1996 su propia Constitución, que define a su sistema financiero de manera sustantivamente similar al de las provincias⁴²⁸. Cabe aclarar que le son propios, asimismo, los recursos que en las provincias suelen corresponder a los municipios.

En definitiva, respecto del sistema de coordinación tributaria adoptado por la Constitución, la interpretación generalmente admitida y avalada por los pronunciamientos de la CS⁴²⁹, ubica al ordenamiento constitucional argentino adscripto al sistema de separación de fuentes en materia de derechos aduaneros (nacionales) y de contribuciones directas (provinciales como recursos ordinarios y permanentes) y al de concurrencia de facultades, respecto de contribuciones indirectas. El sistema se completa con la competencia "excepcional" y "transitoria" del Gobierno federal para establecer contribuciones directas.

III. INCORPORACIÓN DE LA COPARTICIPACIÓN A LA CONSTITUCIÓN

La reforma de 1994 incorporó la coparticipación federal a la Constitución Nacional, es decir, el sistema en virtud del cual el producido de una serie de tributos establecidos por el Gobierno federal se reparte entre el Gobierno federal, que los creó y los recauda, y los otros niveles de gobierno, que auto-limitan el ejercicio de su poder tributario mediante una ley-convenio.

La "masa coparticipable", conforme lo dispuesto en el art. 75 inc. 2º, primer párrafo, *in fine*, se compone en principio del producido de la sumatoria de las contribuciones indirectas y directas establecidas por el Congreso Nacional, pero no incluye los derechos de importación y exportación (art. 75 inc. 1º). La excepción respecto de las contribuciones que tengan una asignación específica total o parcial, en virtud de la potestad atribuida al Congreso Nacional en el art. 75, inc. 3º, que ha sido objeto de interpretación restrictiva por parte de la Corte, será analizada en el apartado correspondiente a ese inciso.

Desde 1988 rige el régimen de coparticipación instrumentado mediante la [ley 23.548](#). Sin perjuicio de haber sido establecido con carácter "transitorio", este continúa vigente como consecuencia de la prórroga automática ante la inexistencia de un régimen sustitutivo. Ello en flagrante incumplimiento de la cláusula transitoria sexta de la reforma constitucional de 1994, que disponía que antes de la finalización del año 1996 debía dictarse una nueva ley de coparticipación que se adecuara a las pautas dispuestas en el art. 75 inc. 2º, que serán desarrolladas en el siguiente apartado.

La primera ley-convenio de coparticipación se dictó a principios de 1973, la ley 20.221, que sustituía tres regímenes anteriormente vigentes y tenía por objeto fundamental "el fortalecimiento en el plano financiero del efectivo ejercicio del sistema federal de gobierno, teniendo en cuenta preferentemente la situación de las provincias con menores recursos". Ya a fines de 1934 se había sancionado la primera Ley de Unificación de Impuestos Internos 12.139, que bajo la forma de una ley de adhesión daba derecho a las provincias a la participación de lo recaudado. Al mismo tiempo, tanto la ley 12.143 de creación del impuesto a las ventas, como la ley 12.147 que prorrogaba el impuesto a los réditos, contemplaban mecanismos de participación hacia las provincias y el municipio de la Capital⁴³⁰. Asimismo, cabe remontarse al citado precedente "Simón Mataldi", en el que la Corte había hecho alusión a un régimen de coparticipación *de lege ferenda*. Al tiempo que reconocía potestades concurrentes a la Nación y las Provincias para establecer impuestos indirectos, advertía que "no puede desconocerse que su régimen efectivo determina una doble imposición de gravámenes con la que se afectan en determinadas circunstancias importantes intereses económicos". Es decir, según el criterio seguido por la Corte Suprema, la doble o múltiple imposición interna no es inconstitucional *per se*.

La Ley de Coparticipación 23.548 en su art. 9º inc. b) establece que cada provincia se obliga —por sí y por sus municipios y organismos de su jurisdicción— a no aplicar gravámenes locales análogos a los nacionales coparticipados, salvo las excepciones taxativamente admitidas en dicho inciso. La Corte ha interpretado que la analogía es el mecanismo técnico jurídico sobre el que pivota el régimen de coparticipación en cuanto tiende a evitar la doble o múltiple imposición interna, y no requiere una completa identidad de hechos imponibles o bases de imposición, sino una coincidencia "sustancial"⁴³¹.

No ha sido pacífica la jurisprudencia en torno a si una eventual violación a la ley-convenio por parte de una provincia habilita la competencia originaria de la Corte⁴³². En un primer momento luego de la reforma constitucional, la Corte entendió, aunque la transgresión se exteriorice como un conflicto entre dos leyes locales, la que crea el tributo cuestionado y la ley de adhesión, ella involucra una cuestión constitucional a los fines de la competencia originaria de la Corte⁴³³. Pero en 2009 cambió el criterio, subrayando que las leyes-convenio hacen parte, aunque con diversa jerarquía, del derecho público provincial y que su violación no abre la instancia originaria de la Corte, adhiriendo a la doctrina históricamente más restrictiva que solo habilita dicha instancia si un tributo es atacado exclusivamente como contrario a la Constitución Nacional⁴³⁴.

IV. LEY - CONVENIO DE COPARTICIPACIÓN FEDERAL

Art. 75, inc. 2º, segundo y tercer párrafo.— Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos.

La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será 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.

La Constitución establece varias pautas distributivas, es decir, apunta a lograr objetivos múltiples que es preciso conciliar. Mientras que la distribución equitativa suele asociarse con el carácter devolutivo, esto es, con una distribución con base en los aportes a la recaudación, la distribución solidaria se vincula a una noción redistributiva, en principio opuesta a la anterior. Ello no debe entenderse como necesariamente contradictorio. Macón⁴³⁵ señala que, aunque la ley sea única, el texto constitucional se refiere a la institución de "regímenes" de coparticipación, sugiriendo que esta podría dividirse en franjas destinadas a cumplir con cada una de las metas que se han fijado.

V. CRITERIOS OBJETIVOS DE REPARTO EN RELACIÓN CON LAS COMPETENCIAS, SERVICIOS Y FUNCIONES

La Constitución no solo exige la elaboración de indicadores o parámetros de referencia que impidan comportamientos arbitrarios de los partícipes del arreglo federal.

Corti expresa que estos criterios presuponen una noción de proporcionalidad según la cual "los recursos financieros deben distribuirse en relación directa a los gastos públicos requeridos para cumplir con las funciones jurídicas de cada unidad política"⁴³⁶.

Por "competencias, servicios y funciones" debe entenderse aquellas establecidas constitucionalmente, de acuerdo con la situación particular y concreta de cada una de las Provincias. El reparto debe permitir "objetivamente" que las Provincias den cumplimiento a sus mandatos constitucionales, *id est*, a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y a las instituciones que se requieren para ello.

Macón considera que el sentido de esta disposición es que la distribución no consista, como en la ley 23.548 vigente, en coeficientes fijos de distribución, sino en un sistema de fórmulas, al menos para la distribución secundaria entre las provincias. Los sistemas de fórmulas no solo son los más comunes en el derecho comparado, sino que ha tenido una temprana recepción en la Ley de Coparticipación 20.221 sancionada

en 1973, con base en criterios tales como la población, brecha del desarrollo, etc. Por otra parte, entiende que es necesario que se identifiquen cuantitativamente las competencias, servicios y funciones, mediante cantidades abstractas que representen estándares de gasto.

En esta tesitura, Corti expresa que "el régimen de coparticipación actual, en vez de guiarse por criterios, se plasma, como ya se vio, en porcentajes fijos y predeterminados. Dicho método, sin perjuicio de su simplicidad, tiene una doble desventaja, ya que carece de fundamentos y de flexibilidad. Por un lado, no se saben las razones que justifican jurídicamente cada índice, más allá de las opiniones que expresan quienes participaron en su redacción. Por otro, los índices no permiten variaciones como consecuencia de ocurrir modificaciones en la situación real de las unidades políticas"⁴³⁷.

Es dable considerar indicadores como la densidad poblacional, la tasa de analfabetismo, la tasa de escolarización, la calidad educativa, la tasa de mortalidad infantil, las características habitacionales —teniendo en cuenta el hacinamiento, las condiciones sanitarias, el tipo de vivienda—, el nivel de actividad económica, la desigualdad en la distribución del ingreso, la tasa de desempleo, la tasa de incidencia de la pobreza, etc.⁴³⁸.

VI. EQUIDAD

En materia de federalismo fiscal, se suele vincular a este principio con la justificación del llamado "carácter devolutivo", esto es, "el reparto de la recaudación en función de la magnitud de los recursos que los contribuyentes de cada jurisdicción hubieran contribuido a generar"⁴³⁹.

Otra interpretación, que difiere en los fundamentos pero que parece igualmente consistente con nuestros compromisos constitucionales, es la que aporta Corti. El mencionado autor sostiene que "la equidad refleja en el ámbito de la actividad financiera pública la presencia de un sistema constitucional de derechos humanos. La actividad financiera es respetuosa de ese sistema cuando, en términos positivos, actúa para hacer efectivos los derechos humanos y, en términos negativos, cuando no actúa de forma dañina ante ellos"⁴⁴⁰. De este modo, ¿cuándo es posible sostener que un régimen de coparticipación federal es genuinamente equitativo? Para Corti, ello solo es posible cuando el mismo "es respetuoso del sistema de derechos humanos, en su doble sentido de ser una vía para hacerlos efectivos y de no ser un medio para lesionarlos"⁴⁴¹. En definitiva, si la distribución debe tener por objeto que las comunidades locales puedan dar cumplimiento suficiente con sus mandatos constitucionales, entonces, "la equidad es el principio estructural de suficiencia vista desde la óptica del sistema de los derechos humanos"⁴⁴².

VII. SOLIDARIDAD

En relación con la solidaridad, se ha interpretado que esta "limitaría" a la equidad⁴⁴³ en el sentido de que, al momento de decidir la distribución de lo recaudado, aun considerando la "cuestión devolutiva" que impone la equidad y teniendo en miras los objetivos políticos del arreglo federal, deben implementarse mecanismos de redistribución de la renta hacia las regiones menos favorecidas.

Señala Corti que este principio expresa que "si una provincia no logra, de forma autónoma, obtener su suficiencia financiera, las restantes unidades políticas (el gobierno federal y las otras provincias hermanas) tienen la obligación constitucional de apoyarla financieramente para que pueda cumplir con sus cometidos constitucionales"⁴⁴⁴. Tanto el Gobierno federal como las provincias que se encuentren en una mejor situación socioeconómica deben comprometerse con las provincias más desaventajadas con relación al logro "suficiente" de los compromisos constitucionales a su cargo⁴⁴⁵.

Uno de los rasgos más notorios de nuestra comunidad política es la enorme desigualdad socio-económica que existe entre las diferentes provincias que conforman el Estado nacional. En términos fiscales, esta desigualdad puede observarse en la capacidad de recaudación⁴⁴⁶. En este sentido, parece indispensable que cualquier análisis acerca de la razonabilidad de la distribución secundaria entre las provincias incorpore el diferente peso relativo que las transferencias del Gobierno nacional tienen en las distintas cuentas provinciales. Así, "mientras las provincias con menor nivel de desarrollo presentan escasas posibilidades de imponer y recaudar impuestos autónomamente, las jurisdicciones más relevantes en términos económicos cuentan, por lo general, con una mayor capacidad de generación de recursos a través de los impuestos que se recaudan provincialmente: a los ingresos brutos, inmobiliarios, a los automotores, sellos, etc."⁴⁴⁷. Tales transferencias hacia los gobiernos locales tienen en miras corregir las consecuencias que generan las disparidades entre regiones en cuanto a capacidad fiscal, niveles de ingreso y costos de provisión de los servicios públicos.

El mero hecho de que un régimen de transferencias mejore la distribución regional del ingreso, no implica, necesariamente, que también lo haga respecto a la distribución personal. Ello depende de que en las regiones pobres efectivamente la distribución del ingreso esté más concentrada y, fundamentalmente, de cómo se gasten los recursos recibidos⁴⁴⁸. Existe una tendencia que defiende a la persona o familia como eje de la política distributiva. Por otro lado, varios autores de diversas vertientes ideológicas defienden la distribución regional antes que la personal, y las ventajas de diseñar programas con cierta "focalización regional" para lograr una efectiva reducción en los niveles de pobreza⁴⁴⁹.

Es posible incluir incentivos que propugnen una mayor transparencia en las finanzas locales, y un sistema de transferencias condicionadas al logro de ciertos estándares relacionados con la disminución de las brechas sociales, a fin de evitar que el uso exclusivo de criterios regionales cause que los habitantes pobres de regiones ricas subsidien a sectores medios y altos de regiones pobres⁴⁵⁰.

VIII. PRIORIDAD AL LOGRO DE UN GRADO EQUIVALENTE DE DESARROLLO, CALIDAD DE VIDA E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

Corti expresa que "la Constitución impone que el régimen de coparticipación debe ser un medio para asegurar que los derechos humanos deben ser gozados de manera igual en todo el territorio nacional. (...) En términos negativos: el hecho de habitar en diferentes lugares del territorio no debe conducir a un desigual ejercicio de los derechos"⁴⁵¹.

Macón señala que esta es la norma más comprometida de todas, puesto que exige efectividad en el sector público⁴⁵². Menciona que la calidad de vida depende entre otras cuestiones, de la construcción de viviendas y del gasto en salud. En punto a la igualdad de oportunidades, el gasto en educación y en salud resultan insoslayables. A manera de ejemplo, menciona que podría preverse el financiamiento de educación en proporción al número de chicos en edad escolar. Ahora bien, el autor advierte que la redistribución no opera *porque* las provincias son pobres sino *para que* remedien su pobreza. No es una mera habilitación financiera. La norma reúne el objetivo redistributivo y el de efectividad. Requiere que los fondos sean efectivamente aplicados al logro de los fines estipulados.

La igualdad de oportunidades se vincula a una tesis arraigada en la tradición igualitaria de John Rawls en el sentido de que los azares de la naturaleza —en el caso nacer en una provincia rica o en una pobre— no deberían ser razones suficientes para justificar la desigualdad entre los habitantes de una comunidad política⁴⁵³. Al contrario, es justamente una razón para que el Estado interfiera buscando el equilibrio entre estos.

Este mandato relativo a la igualdad de oportunidades debería ser entendido juntamente con lo prescripto por el art. 75, inc. 19, al reconocer la necesidad imperativa de equilibrar el desigual desarrollo relativo de las provincias y regiones.

Ligada a la noción de desarrollo, Macón hace alusión a la infraestructura de servicios y la obra pública. Ahora bien, hoy día no es posible obviar las disputas que existen en torno al concepto de desarrollo como categoría-horizonte⁴⁵⁴. En la constelación semántica de la mentalidad moderna el desarrollo ocupa un lugar central⁴⁵⁵. Sin embargo, hace décadas que la identificación entre desarrollo económico y crecimiento económico viene

siendo cuestionada⁴⁵⁶. Frente a los modelos neoextractivistas —que abarcan prácticas como la megaminería a cielo abierto, la explotación de hidrocarburos no convencionales con la metodología de la fractura hidráulica, la expansión de la frontera de los agronegocios a través del desmonte y el uso de agrotóxicos como el glifosato— se han suscitado debates sociales y políticos que involucran no solo a técnicos y especialistas, sino a la población en general y, sobre todo, a las comunidades afectadas, que alertan y denuncian sus graves e irreversibles impactos socio-ambientales. Estas iniciativas generan pasivos ambientales que no se contabilizan y en muchos casos entran en tensión con las economías regionales.

Art. 75, inc. 2º, cuarto párrafo.— La ley convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias.

En el marco del federalismo de concertación consagrado en la Constitución, es decir, un sistema que requiere esencialmente la existencia de un acuerdo federal entre la Nación y las provincias, no es admisible que este resulte disponible para una de sus partes. Los pactos federales y leyes-convenio solo podrían ser modificados por acuerdos posteriores de la misma naturaleza. Así ha sido afirmado por nuestro Máximo Tribunal.

En ejercicio de su competencia originaria, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado a fines de 2015 una serie de fallos⁴⁵⁷ de suma trascendencia institucional en materia de coparticipación federal de impuestos. El Alto Tribunal hizo lugar a las demandas de las provincias de Santa Fe y San Luis contra el Estado nacional, y otorgó una medida cautelar en favor de la provincia de Córdoba, declarando inconstitucionales las deducciones de la masa coparticipable realizadas por el Estado nacional de manera unilateral.

Art. 75, inc. 2º, quinto párrafo. No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso.

La letra de la Constitución ha reconocido el llamado *principio de funcionalidad*, reafirmando la consecuencia normativa que se deriva de lo dispuesto en el párrafo tercero, en tanto establece una relación directa entre los criterios objetivos de reparto y las competencias, funciones y servicios. De esta forma se buscó evitar trastocar el equilibrio que el sistema de la coparticipación federal pretende materializar⁴⁵⁸.

IX. COMISIÓN FEDERAL DE IMPUESTOS

Art. 75, inc. 2º, párrafo sexto.— Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determina la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires en su composición.

La Comisión Federal de Impuestos fue creada en 1973 por la ley 20.221 y ratificada por la [ley 23.548, arts. 10](#) y ss. Entre las funciones establecidas en su art. 11 se incluye la de decidir de oficio o a pedido de parte si los gravámenes se oponen o no a las disposiciones de la Ley de Coparticipación. Sus decisiones son obligatorias para la Nación y las provincias adheridas, y se establece un procedimiento que prevé un plazo de cumplimiento para las jurisdicciones afectadas, vencido el cual, la Comisión dispone que el Banco de la Nación Argentina se abstenga de transferir a la provincia los importes que le correspondan sobre lo producido del impuesto a distribuir análogo al tributo impugnado, hasta tanto se dé cumplimiento a la decisión del organismo.

Entre sus funciones se encuentra también la de verificar la liquidación de las participaciones que corresponden a cada fisco. Es evidente que con una nueva Ley de Coparticipación que se adecue a las pautas constitucionales, la tarea del organismo de contralor se complejiza, puesto que lejos de un mero cotejo sobre porcentuales fijos, los nuevos criterios van a requerir la evaluación de material estadístico.

A más de veinte años de la fecha límite fijada en la disposición transitoria sexta de la Constitución Nacional para establecer un régimen de coparticipación conforme lo dispuesto en el inc. 2º del art. 75, resulta imperioso superar el inmovilismo que asesta al corazón del sistema federal.

Art. 75, inc. 3º.—

Corresponde al Congreso... Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Comentario por Federico Orlando y Sheila Heimenrath

I. ASIGNACIONES ESPECÍFICAS

La Corte afirmó que, "a la hora de examinar la validez constitucional de una asignación específica dispuesta por el Congreso, así como de los límites constitucionales fijados al ejercicio de esta potestad, se impone una *interpretación restrictiva* pues, en definitiva, lo que se encuentra en juego es una facultad de trascendente incidencia sobre el régimen de distribución de recursos y el sistema federal en su conjunto"⁴⁵⁹. Asimismo, señaló que el art. 75, inc. 3º debe entenderse a la luz de lo establecido con claridad en el art. 75, inc. 2º, primer párrafo, *in fine*: "Las contribuciones previstas en este inciso, *con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica*, son coparticipables". Es decir, se concede al Congreso de la Nación una atribución especial para establecer asignaciones específicas solo respecto de contribuciones determinadas — y no de la masa coparticipable— cuya validez depende de que se reúnan una serie de requisitos: deben ser establecidas por tiempo determinado, a través de una ley aprobada por mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada Cámara.

Desde 2006, con la sanción y promulgación del [art. 76 de la ley 26.078](#), la Nación prorrogó, sin el consentimiento provincial, lo dispuesto en convenios federales que habían autorizado una detracción del 15% de la masa coparticipable destinada a la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS), y pretendió mutar su naturaleza jurídica por la de una asignación específica. El 24/11/2015 la Corte declaró su inconstitucionalidad y ordenó no solo el cese, sino también, en los casos de las Provincias de Santa Fe y San Luis⁴⁶⁰, la devolución de las sumas correspondientes a las cantidades detraídas más los intereses.

En la misma fecha, el Máximo Tribunal declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1º, inc. a), y 4º del dec. 1399/2001 del Poder Ejecutivo nacional, que establecía asignaciones específicas destinadas a financiar a la Administración Federal de Ingresos Públicos, afectando la integralidad de los recursos coparticipables⁴⁶¹. Entre los argumentos esgrimidos, la Corte destacó que la potestad excepcional del Congreso Nacional de establecer y modificar asignaciones específicas resulta una materia indelegable.

Por último, la Corte exhortó a los poderes federales a convocar cuanto antes a un diálogo institucional que permita elaborar y coordinar propuestas normativas tendientes a concertar un nuevo Pacto Federal Fiscal que sienta las bases de la futura ley-convenio.

II. NUEVO ACUERDO Y CONSENSO FISCAL

En mayo de 2016, el Estado nacional, 19 provincias y la CABA firmaron el *Acuerdo para un Nuevo Federalismo* por el cual se estableció un esquema de eliminación gradual de la detracción del 15% de la masa de impuestos coparticipables destinada a la ANSeS, que fue ratificado por el Congreso por medio de la [ley 27.260](#).

El 16/11/2017 el Estado nacional, la CABA, y todas las provincias excepto San Luis, suscribieron el *Consenso Fiscal*. Este ha sido aprobado por el Congreso Nacional, a través de la [ley 27.429](#) y ratificado por las legislaturas locales respectivas, salvo la Provincia de La Pampa.

Entre los compromisos allí asumidos, cabe mencionar la adhesión al nuevo Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal modificado por la [ley 27.428](#). El Estado nacional se comprometió a no realizar detracciones de la masa de impuestos coparticipables con destino a la ANSeS sobre los recursos de las provincias que obtuvieron sentencias judiciales favorables ante la CS y a acordar el monto y forma de pago de los juicios con sentencia firme. Se prorrogó la vigencia del impuesto sobre los créditos y débitos bancarios, estableciendo una asignación específica del 100% de su recaudación a la ANSeS. El Estado nacional impulsaría la modificación de la reforma de movilidad del régimen previsional, que se llevó a cabo a través de la ley 24.426, a pesar de la fuerte resistencia social que suscitó. Por otra parte, se derogó el art. 104 de la Ley de Impuesto a las Ganancias 20.628 (to. 1997), que establecía asignaciones específicas, entre las cuales cabe mencionar el Fondo del Conurbano Bonaerense, cuyo tope había sido impugnado de inconstitucional por parte de la Provincia de Buenos Aires y estaba pendiente de resolución, habiendo dispuesto la Corte la citación al resto de las Provincias⁴⁶². Se estableció un monto de compensación para la Provincia de Buenos Aires con destino a obras públicas y programas sociales, en la medida en que esta adhiriera, cumpla con el Consenso y desista de su pretensión resarcitoria respecto de la parte que corresponda a las jurisdicciones parte del Consenso. Asimismo, el Estado nacional se comprometió a compensar a las provincias por la disminución efectiva de recursos provenientes de la eliminación del art. 104 de la LIG y la asignación específica del impuesto al cheque, compensación cuyos fondos serán destinados a obras de infraestructura. Se prorrogaron las restantes asignaciones específicas. Por su parte, las Provincias y CABA se comprometieron, *inter alia*, a eliminar los tratamientos diferenciales tanto en el impuesto sobre ingresos brutos, basados en el lugar de radicación, ubicación del establecimiento o lugar de producción del bien, como en el impuesto de sellos, basados en el domicilio de las partes, el lugar de cumplimiento de las obligaciones o el funcionario interviniente⁴⁶³. Se establecieron alícuotas máximas en el impuesto sobre ingresos brutos por actividad y período. El Estado nacional se comprometió a disponer de un organismo federal con participación de las provincias y de la CABA, para lograr que las valuaciones fiscales de los inmuebles reflejen la realidad del mercado inmobiliario, y se fijó un rango de alícuotas para el impuesto inmobiliario. Respecto a los Municipios, las Provincias se comprometen a establecer un régimen legal de coparticipación de recursos provinciales con los municipios y se insiste en la exigencia de que las tasas municipales se correspondan con la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio, tal como ha

sido reiterado en diversas oportunidades por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴⁶⁴, y que su importe guarde razonable proporción con el costo de este⁴⁶⁵.

Se advierte que la falta de consenso ha impedido aún la sanción de una nueva Ley de Coparticipación Federal, pero se afirma que es voluntad de las partes emprender el diálogo institucional que desemboque en ella, en el marco de la Comisión Federal de Impuestos, a fin de cumplir con el mandato constitucional.

Art. 75, inc. 4º.—

Corresponde al Congreso... Contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación.

Comentario por Federico M. Apostolidis

I. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DEL CRÉDITO PÚBLICO: FACULTADES NACIONALES Y PROVINCIALES

El texto de la cláusula en comentario proviene de la reforma constitucional de 1994, aunque las modificaciones introducidas a la redacción fueron mínimas, pues solo se suprimieron las palabras "de dinero", luego del vocablo "empréstitos".

Como fue puesto de resalto en los comentarios al art. 4º de la CN, el crédito público ha sido incluido dentro del catálogo de recursos con los cuales se integra el tesoro federal para la atención de los gastos públicos. Así lo prevé dicha cláusula al establecer que "[e]l Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto (...) de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional".

El sistema constitucional del crédito público es regulado, inorgánicamente, por diversas cláusulas dispersas por todo el texto constitucional. En efecto, este importante capítulo de la constitución financiera argentina se halla previsto, al menos en cuanto a sus aspectos específicos, en los artículos 4 y 75, incisos 4 y 7, de la CN. Estas normas, además, entran en contacto con otras tantas según la fase en la que se aprecie al recurso en estudio.

De manera preliminar, cabe considerar que, contrariamente a lo que podría parecer de una primera y rápida lectura de las normas constitucionales precitadas, el crédito público no es un recurso exclusivo del gobierno federal sino que también se halla a disposición de las provincias. La CN recoge ciertos principios de los que se desprende que los gobiernos locales cuentan con el crédito público dentro de sus fuentes de recursos. En efecto, los Estados provinciales, incluyo aquí a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, poseen la facultad de "...celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten (...) el crédito público de la Nación...", siempre que sea con conocimiento⁴⁶⁶ del Congreso Nacional (conf. art. 124, CN). Si bien el principio reseñado alude al crédito externo, lo cierto es que no existe obstáculo alguno dentro de la Constitución que vede a las provincias recurrir al endeudamiento, dado que ello no importa una interferencia o absorción de facultades federales.

A esto debe añadirse que las provincias pueden celebrar tratados parciales vinculados con sus intereses económicos —también con conocimiento del congreso federal—, y, a su vez, poseen potestad para "...promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, [y] *la importación de capitales extranjeros...*" —el destacado me pertenece— (conf. art. 125, CN). En este marco, es fácil apreciar que para el logro de esos fines el recurso del crédito público puede resultar fundamental.

Aclarado lo que precede, en lo que sigue me dedicaré a abordar el sistema constitucional del crédito público. En primer lugar, siguiendo el plan del art. 4º de la CN, voy a ocuparme de contextualizar al crédito como recurso estatal y, luego, expondré algunas nociones rudimentarias sobre el empréstito público, principal mecanismo para concretar el crédito estatal. Por último, me abocaré a comentar algunas cuestiones que se derivan del inc. 4º del art. 75 de la CN, el cual consagra el principio de reserva legal respecto de este recurso, ya que por él se atribuye la competencia exclusiva al Poder Legislativo para activar concretamente el crédito y disponer la emisión de empréstitos.

II. EL CRÉDITO PÚBLICO COMO FUENTE DE RECURSOS ESTATALES: EL EMPRÉSTITO Y LA DEUDA PÚBLICA

Todo estudio que pretenda efectuarse sobre el crédito público exige comenzar con una serie de precisiones terminológicas que permitan ordenar la exposición y el planteo del problema de este peculiar fenómeno financiero.

El vocablo "crédito" proviene del latín *creditum*, sustantivo del verbo *credere*⁴⁶⁷, que significa creer; es decir, tener confianza. Sin

embargo, en la actualidad, la palabra crédito admite varias acepciones y es por eso que la primera dificultad que enfrenta el estudio de este inciso es la ambigüedad del término.

Según la Real Academia Española⁴⁶⁸, se entiende por crédito a toda "[c]antidad de dinero u otro medio de pago que una persona o entidad, especialmente bancaria, presta a otra bajo determinadas condiciones de devolución". Al mismo tiempo, se lo puede definir como "[r]eputación, fama, autoridad", "[s]ituación económica o condiciones morales que facultan a una persona o entidad para obtener de otra fondos o mercancías"; o como la "[o]pinión que goza alguien de que cumplirá puntualmente los compromisos que contraiga".

Es así que, según el contexto, la voz "crédito" puede ser empleada como sinónimo de préstamo de dinero, como la reputación de la que goza una persona, o bien, como la reputación de un sujeto establecida con base en su moral, situación económica y su comportamiento ante el cumplimiento de los compromisos que asuma. Con el aditamento de "público", se coloca al Estado, en un sentido amplio que incluye a los entes y organismos públicos, como sujeto central de esa relación crediticia.

Con todo lo anteriormente dicho, puede señalarse que desde el punto de vista del derecho de la hacienda pública, cuando se habla de crédito público se está haciendo referencia a la posibilidad que tiene un Estado, en virtud de la confianza que inspira desde el punto de vista de su solvencia patrimonial, proyección económica, su orden político y su comportamiento frente al cumplimiento de los compromisos de los que es titular, de solicitar dinero en préstamo, con la consecuente promesa de reintegrarlo en el futuro.

Como destacaba DE JUANO, en toda relación de crédito "...media la confianza acordada a una persona sobre el cumplimiento de las obligaciones a contraer y la creencia de que dispone o dispondrá de los medios necesarios para hacer frente a las condiciones y responsabilidades establecidas en la operación respectiva..."⁴⁶⁹.

Esta creencia a la que se hace mención se proyecta en un doble plano: por un lado, como confianza o fe que se deposita en un sujeto (el Estado) dispuesto a cumplir con sus deberes y obligaciones; y, por otro, como la creencia de que ese sujeto (el Estado) podrá cumplir y hacer frente a las responsabilidades que contrajo cuando se le confió el préstamo, porque dispondrá de los medios económicos necesarios⁴⁷⁰.

Así entendido el crédito público, se observa que no importa por sí mismo una entrada de dinero sino una posibilidad de que ello suceda. Como se mencionó en los comentarios al art. 4º de la CN, el crédito público es una fuente de recursos que, luego de la realización de ciertos actos,

puede transformarse en un ingreso concreto de dinero al tesoro estatal. En otras palabras, se trata de un recurso que puede generar ingresos públicos cuando el Estado recurra a la confianza que ostenta frente a sus habitantes, los de otros países, los demás Estados y los organismos internacionales.

Ahora bien, el principal mecanismo —empero no el único— por el cual ese recurso se transforma en un ingreso concreto, en un flujo de dinero hacia el erario, es el empréstito o préstamo. En efecto, al acordar una operación de empréstito, en donde es fundamental el crédito del que se goza para que ella tenga éxito, el Estado se asegura obtener una suma de dinero para aplicar al momento de decidir sobre la realización de los gastos públicos. Como correlato de ello, asume la obligación de reintegrar ese dinero prestado.

Esta distinción conceptual se puede apreciar con toda claridad en nuestro texto constitucional, pues el inciso en comentario establece que los empréstitos se contraen "...sobre el crédito de la Nación"⁴⁷¹.

Este recurso público se diferencia claramente de los recursos tributarios o los patrimoniales. En primer lugar, porque su configuración no conlleva el ejercicio de coacción por parte del Estado, sino que supone un acuerdo que resulta voluntario para el sujeto activo de la relación jurídica (el prestamista). Asimismo, a diferencia de las otras clases de ingresos, los que provienen del crédito público suponen la generación de un pasivo patrimonial para el Estado, quien asume una serie de débitos como consecuencia⁴⁷².

Aclarado lo que precede, cabe añadir que los problemas semánticos no se agotan ahí. En no pocas ocasiones, suele hacerse referencia al recurso del crédito público como "endeudamiento" o "deuda pública", lo que parece bastante equivocado. El endeudamiento o la deuda, según como se elija designarla, no es sinónimo de crédito ni de empréstito sino que es una consecuencia jurídica de dichos dispositivos financieros. En efecto, la deuda pública es, en términos generales, la obligación jurídica que asume el Estado de pagar a un acreedor una suma de dinero. En palabras más precisas, del conjunto de obligaciones que, desde el punto de vista pasivo del vínculo, titulariza el Estado frente a sus acreedores, nacidas en virtud de una operación de crédito público, generalmente empréstitos, más allá de que, como se verá más adelante, no solamente la deuda estatal tiene su origen en esas operaciones⁴⁷³.

Llegado este punto, no puedo dejar de mencionar que hay quienes sostienen que, en realidad, el empréstito no constituye un ingreso público propiamente dicho sino un adelanto de recursos que pesará sobre las generaciones futuras. Como réplica a este cuestionamiento, se ha dicho que, por lo general, es muy poco probable que el peso de un empréstito

se traslade a una generación posterior, ya que son los contribuyentes los que pagan la deuda, anticipándose así, en todo caso, un ingreso tributario⁴⁷⁴.

No obstante las tesis anteriores, creo que, dentro del sistema constitucional, el crédito público se presenta como un verdadero recurso que se complementa con los tributarios y los patrimoniales. Es cierto que con estos dos últimos tipos de ingresos se terminan financiando las obligaciones de la deuda pública —y en ocasiones hasta se recurre a empréstitos para ello—, sin embargo, el empleo del crédito público permitirá, con un costo adicional, obtener un ingreso concreto en un momento determinado sin tener que sobreexplotar una determinada fuente tributaria o sobrecargar globalmente a los contribuyentes con gravámenes excesivos.

El uso del crédito público posibilita, entonces, la obtención de riquezas -que tal vez no podrían conseguirse a través del ejercicio de la competencia tributaria o de la explotación del patrimonio estatal- con las cuales financiar la realización de obras y la concreción de programas de gobierno que permitan un aumento futuro de ingresos estatales y de beneficios para la comunidad. No puede pasarse por alto que el desarrollo de una comunidad a nivel de infraestructura y en los campos científico y tecnológico, requiere de importantes inversiones que exceden el esquema de recursos genuinos con los que cuenta el Estado y en este punto el empréstito puede cumplir un papel clave.

Para concluir, creo necesario destacar que un uso racional del crédito público hace aconsejable que no se lo utilice para financiar los gastos corrientes del Estado, aunque esta última circunstancia es una constante en países como el nuestro.

Si bien este particular recurso tiene gran importancia desde el punto de vista de las inversiones públicas (gastos de inversión) y resulta prudente recurrir a él para realizarlas, no sucede lo mismo con relación a las erogaciones públicas comunes o de consumo. Como estas últimas se agotan con su realización sin que reporten consecuencias beneficiosas perdurables, si se financian mediante un empréstito, al momento de tener que cancelarse éste, el único resultado que habrá dejado la operación crediticia es la mera deuda y ninguna ventaja o beneficio para el país deudor.

Este fenómeno negativo no se presenta, en cambio, cuando el ingreso derivado de un empréstito es aplicado a una inversión (como podría ser una obra pública de infraestructura energética), puesto que al momento de cancelarse el préstamo habrá quedado un beneficio para la comunidad, inclusive en algunos casos esa inversión podría llegar a aumentar la capacidad recaudatoria estatal. También podría decirse que el

financiamiento de este tipo de inversiones -que beneficia no solo a las generaciones actuales sino también a las futuras- a través del crédito público, adiciona una pauta de solidaridad fiscal intertemporal, que se concretará con las contribuciones a cargo del contribuyente futuro.

III. EL USO DEL RECURSO DEL CRÉDITO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN FINANCIERA ARGENTINA: URGENCIAS DE LA NACIÓN Y EMPRESAS DE UTILIDAD NACIONAL

Para desarrollar este tema lo primero que tiene que recordarse es que el art. 4 de la CN establece que los empréstitos y demás operaciones de crédito público, podrán ser acordadas por el Congreso "para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional". La referencia al empleo del crédito para atender urgencias nacionales parecería indicar que los constituyentes originarios concebían al empréstito como un recurso extraordinario, lo que no parecería algo extraño, dado que al momento de sancionarse la constitución en 1853 imperaban las ideas de la escuela liberal clásica sobre el crédito público⁴⁷⁵.

Sin embargo, seguidamente, el texto del art. 4 de la CN agrega dentro de los fines posibles para el empleo del crédito público a las empresas de utilidad nacional, idea que parece bastante novedosa para la época, al permitir su utilización para la realización de obras y el cumplimiento de funciones normales del Estado.

Nótese también la amplitud con la que la Constitución admite este empleo del empréstito al aludir a las "empresas de utilidad", lo que permite inferir que no se han limitado taxativamente las finalidades del crédito público⁴⁷⁶. La inclusión amplia del empréstito responde a un contexto fundacional y de necesaria consolidación del Estado argentino, que requería de muchos avances y obras en un extenso territorio poco poblado, con escasas posibilidades para el desarrollo y el progreso⁴⁷⁷.

En sus "Cuestiones argentinas" —obra escrita en 1852—, Mariano FRAGUEIRO reconocía que "[c]omo el vapor es el último término del progreso en la línea material de la industria en nuestro siglo, *el crédito público es también el último término en la línea del progreso social*" (el destacado me pertenece)⁴⁷⁸. Dos años antes, en su "Organización del crédito", ya había puesto de resalto que "[e]l crédito público es la entidad que dará subsistencia a la organización de la industria y de la que surgirán el orden, la libertad y la prosperidad"⁴⁷⁹.

Como puede advertirse, FRAGUEIRO veía en el empréstito un importante elemento de la actividad financiera pública para el crecimiento y desarrollo de la Nación. Además, entendía que el crédito público era un elemento fundamental para aumentar la renta pública —asegurada en las fuerzas productoras de la Nación— pues permitía una "democracia industrial" por

atracción de los capitales sociales a un solo punto, el capital nacional, y de allí movilizándose "en diferentes direcciones en la mejor armonía, entre los individuos y el público y con provecho para la riqueza nacional"⁴⁸⁰.

ALBERDI, por su parte, también se manifestó a favor de la utilización del crédito público y afirmó que "[l]a Constitución ha sido sensata en admitir el crédito entre los recursos del Tesoro nacional, precisamente por ser el recurso más practicable y fecundo de cuantos posee la Confederación a su alcance"⁴⁸¹, a la vez que declaró que "la deuda pública y la civilización argentina organizada en su Constitución se servirán de mutuo apoyo"⁴⁸².

Asimismo, ALBERDI advirtió esa ambivalencia en la concepción que sobre el crédito adoptó la CN, al destacar que se trata de un recurso "introducido en nuestras rentas argentinas desde la época y por las urgencias de la revolución contra España, como medio extraordinario y como elemento moderno de gobierno y de progreso industrial"⁴⁸³. Sobre el punto, el jurista tucumano escribió lo siguiente:

"Siendo el crédito público un recurso destinado para urgencias de la Nación o para empresas de utilidad nacional, como dice la Constitución, parece que ella hubiera querido considerarlo como recurso extraordinario, y lo es en cierto modo efectivamente. Pero si se considera que no hay situación más extraordinaria que la de un país que, como la República Argentina, se halla en el caso de consolidar su gobierno, de afianzar su paz interior (...) y con ella el curso de sus adelantos, de dotar su inmenso suelo de una población de verdadera nación independiente, de construir caminos, puentes, muelles, edificios públicos que no tiene, para crear el Tesoro fiscal por el desarrollo de la riqueza pública; si se considera que nada es más extraordinario que esa situación, que es precisamente la de la República Argentina, se admitirá que el crédito público, aun considerado como recurso extraordinario, entra en el número de los que pone la Constitución argentina al servicio cotidiano del gobierno nacional de ese país"⁴⁸⁴.

En resumen, y tal como ocurre en la actualidad, la CN se alejó de la antigua clasificación de los gastos y recursos en ordinarios y extraordinarios y concibe al crédito público como un recurso normal dentro de los que integran del tesoro.

Lo dicho hasta aquí se ha visto recogido en la reglamentación legal del fenómeno financiero bajo estudio. Así, la ley 24.156 prescribe que podrá recurrirse al crédito público "para realizar inversiones reproductivas, para atender casos de evidente necesidad nacional, para reestructurar su organización o para refinanciar sus pasivos, incluyendo los intereses respectivos". Paralelamente, prohíbe su empleo para financiar gastos operativos (conf. art. 56, segundo y tercer párrafo, respectivamente).

Expuesto lo anterior, corresponde hacer una breve referencia a las concretas limitaciones teleológicas previstas en el art. 4º de la CN, única cláusula dentro del texto constitucional que hace referencia a los fines del

crédito público. Como ya mencioné, esos fines se identifican con "urgencias de la Nación, o (...) empresas de utilidad nacional". Sin embargo, no se explica cuáles serían los alcances de esas dos categorías incluidas en la norma constitucional. El tema de las urgencias no requiere de mayores precisiones, pues podría inferirse sin grandes dificultades que su espíritu se halla emparentado con aquellas corrientes que veían en el empréstito un recurso extraordinario, limitado a eventos apremiantes e imprevistos que requieran una particular actuación estatal.

Sin embargo, el tema afronta una complejidad mucho mayor cuando se torna necesario interpretar el significado de la locución "empresa de utilidad nacional". Creo que una posible interpretación sobre este último punto podría construirse a través de una lectura conjunta de algunos incisos del art. 75 de la CN, máxime si se tiene en cuenta la primera acepción del vocablo empresa en el Diccionario de la Lengua Española⁴⁸⁵, donde se la define como "[a]cción o tarea que entraña dificultad y cuya ejecución requiere decisión y esfuerzo".

A partir de ello, creo posible identificar como empresas de utilidad nacional a aquellas tareas previstas en los incs. 18, 19 y 23 del art. 75 de la CN.

En efecto, el primero de los incisos, denominado "cláusula del progreso", establece que es atribución y función del Congreso:

"[p]roveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo".

Como puede apreciarse de la simple lectura del texto, el empréstito público es una importante herramienta para el financiamiento de esas actividades, y más aun si se tiene en cuenta la importancia de esta cláusula en los momentos de la consolidación del Estado Nacional tras la sanción de la Constitución.

Una ampliación y actualización de esta cláusula se incorporó con la reforma constitucional de 1994, lo que quedó plasmado en el inc. 19 del precitado artículo. Esta nueva cláusula fue bautizada como de "nuevo progreso", y allí se dispone que corresponde al Congreso:

"Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de

la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales".

Así como la cláusula del progreso tuvo en miras fomentar el desarrollo de la industria, la construcción de vías de comunicación, la atracción de capitales extranjeros y demás objetivos allí enunciados; la cláusula del nuevo progreso se enfoca en otros aspectos vinculados con programas de derechos económicos y sociales, la mejora de la productividad de la economía nacional, la mejora de la situación de las provincias menos favorecidas histórica y geográficamente y el poblamiento del territorio argentino, entre otros grandes objetivos.

No puede durarse de que el logro y cumplimiento de estos importantes fines requieren un financiamiento difícil de sostener meramente con recursos tributarios y patrimoniales. Y precisamente aquí toma relevancia el crédito público que, como tuve oportunidad de destacar previamente, resultará esencial para conseguir estos avances, al permitir que el Estado cuente con un recurso adicional sin que ello importe el colapso del sistema tributario y compense los magros resultados de sus rentas patrimoniales.

Finalmente, debo añadir que lo normado por el inc. 19 del art. 75 de la CN, se complementa necesariamente con el inc. 23 del mismo artículo, el cual prescribe que es atribución del parlamento

"[l]egislar 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" (primer párrafo).

IV. LOS DISTINTOS MECANISMOS PARA LA OBTENCIÓN DE PRÉSTAMOS: EL EMPRÉSTITO Y LAS DEMÁS OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO

La constitución financiera argentina, al regular el sistema del crédito público, contempla a los empréstitos y, de modo residual y genérico, a otras operaciones que no enumera.

El empréstito es, por antonomasia, la expresión más común del crédito público, a la vez que constituye el principal mecanismo a través del cual el Estado explota ese recurso. Sin embargo, como la propia Constitución lo reconoce, no es el único medio⁴⁸⁶. Son consideradas, asimismo, manifestaciones del crédito estatal, los avales que presta el Estado, las letras del tesoro —en las condiciones a las que luego me referiré—, así como otros dispositivos que no se agotan en los supuestos antes mencionados.

Este apartado, entonces, comenzará con el estudio del principal medio que se dispone para activar el crédito público; esto es, el empréstito.

4.1. Los empréstitos

En una simple aproximación, puede afirmarse que el empréstito público es la operación o acto jurídico mediante el cual el Estado, sobre la base de su crédito, obtiene de un particular —nacional o extranjero—, de otro país o de un organismo multilateral, una suma de dinero en préstamo y, asume, como contraprestación, la obligación de reembolsarlo y abonar, como compensación, el interés que se hubiese acordado.

En la noción de empréstito subyace, según la definición sintética previamente efectuada, la idea de préstamo de dinero con promesa de devolución y el pago de una compensación o retribución, como aliciente.

Para concretar el préstamo, continuando con lo ya expuesto, el Estado puede solicitarlo y acordarlo con otra Nación, o con organismos internacionales de crédito (*i.e.* el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, etc.), supuesto que no presenta mayores complejidades, pues su concreción dependerá de las negociaciones efectuadas y de su aprobación por medio de un tratado.

Al mismo tiempo, el Estado puede recurrir, a los fines de captar fondos en préstamo, al mercado anónimo de capitales mediante la emisión de títulos valores de deuda que cristalizan el empréstito público.

Desde otra perspectiva, si el Estado concierta un préstamo con otro Estado, con un organismo internacional de crédito, con particulares de otros países o coloca los títulos de deuda en el extranjero, obligándose al pago en moneda foránea y en el exterior, ese empréstito público será externo. En cambio, si el empréstito se acuerda con instituciones o sujetos nacionales, si los títulos se colocan en el mercado interno y se dispone su pago en moneda nacional y dentro del territorio local, esa operación de crédito será interna.

Recapitulando lo dicho hasta acá, a través del empréstito, cualquiera sea la modalidad con la que se concrete, importa para el Estado la

recepción de dinero de terceros y la creación de un vínculo jurídico obligacional (deuda pública) entre dos sujetos: un acreedor (el prestamista) y el deudor; es decir, el Estado.

A su vez, resulta conveniente destacar que, como ya se adelantó, unos de los elementos fundamentales que permite distinguir al empréstito de otros institutos recaudatorios -como los tributos- es la necesaria existencia de voluntad en la celebración del acuerdo crediticio. El vínculo jurídico entre acreedor y deudor se gesta a partir de una concurrencia de voluntades entre prestamista y receptor del capital. El Estado, por consiguiente, actúa en esta materia sin recurrir al uso de la fuerza, la coacción o la compulsión sino que "recurre exclusivamente a las conveniencias e interés privado de los particulares ofreciéndoles (...) condiciones semejantes a las que los capitales gozan en [el] mercado"⁴⁸⁷.

4.1.1. Distintas concepciones sobre el carácter jurídico que reviste el empréstito

Mencionadas ya las características fundamentales, es necesario poner de resalto que mucho se ha discutido, y aún hoy se discute, acerca de qué tipo de manifestación jurídica importa el empréstito. La polémica sobre este tópico ha discurrido, principalmente, mediante dos posiciones o tesis antagónicas: la del acto de soberanía y la contractual.

4.1.1.1. Tesis que sostiene que el empréstito importa un acto de soberanía

El principal defensor de esta posición, y uno de sus primigenios impulsores, ha sido el excanciller argentino Luis María DRAGO, quien —en 1902, frente a las acciones militares promovidas por Alemania, Inglaterra e Italia contra Venezuela para compelerla al pago de sus deudas— dio lugar a la doctrina que lleva su nombre en oposición al cobro compulsivo de la deuda pública internacional. En acotada síntesis, según esta posición, el empréstito importa, en definitiva, un acto soberano y unilateral del Estado que trae aparejado el nacimiento de una obligación de pago, también unilateral, de derecho público.

Recuerda Carlos M. GIULIANI FONROUGE⁴⁸⁸ que DRAGO, en su obra "*Los empréstitos de Estado y la política internacional*", afirmó que:

"La deuda proveniente de empréstitos internos o externos, con emisión de bonos o títulos de determinado interés, constituye lo que técnicamente se llama deuda pública propiamente dicha, o deuda nacional. Ella no da ni puede dar lugar a acciones judiciales (...) por que los bonos o fondos públicos que la constituyen salen a la circulación como papel moneda, y su servicio se atiende o es suspendido en virtud de actos de soberanía, perfectamente caracterizados como tales".

De lo indicado se desprende que, según esta concepción, no existe vínculo contractual entre deudor y acreedor, y que las condiciones del empréstito dependerán de las decisiones estatales adoptadas en ejercicio de su "soberanía".

FERREIRO LAPATZA ha reseñado algunas opiniones sobre distintos enfoques que ensayan tesis similares, como la expuesta por Gustavo Ingrosso. En este orden de ideas, ha destacado que:

"La relación de Deuda pública -dice Ingrosso- es una relación de Derecho público. Sus condiciones se fijan por un acto que es la expresión de la soberanía del Estado: la Ley (...) Es una obligación unilateral; no es un contrato. La obligación nace antes o independientemente del consentimiento del primer adquirente del título (...) Esta (la obligación) nace y vincula al Estado de forma irrevocable en el momento en que se realiza la inscripción (en el Gran Libro); y ésta se realiza en virtud de una Ley (la ley de emisión)"⁴⁸⁹.

Dentro de este mismo enfoque se han propuesto visiones un poco más restringidas, como aquellas que propician soluciones distintas, según que el empréstito sea interno o externo. Según esta tesis de la "soberanía legislativa", si el empréstito es nacional, el prestamista quedaría sometido indefectiblemente a las decisiones legislativas del Estado deudor.

En cambio, cuando se trata de un empréstito exterior, al hallarse involucrado un elemento internacional, el Estado carecerá de facultades, al menos en principio, para modificar unilateralmente el acuerdo del préstamo (sea por emisión de títulos, contrato internacional o tratado)⁴⁹⁰. Si lo hace, incurriría en responsabilidad internacional y el afectado tendrá derecho a reclamar el cumplimiento de las obligaciones de la deuda. El prestamista, entonces, se encontraría amparado por el derecho internacional.

Para concluir este acápite, creo necesario señalar que más allá de los atractivos que para algunos aparentaría tener este tipo de argumentos, lo cierto es que de adoptarse esta posición de manera absoluta, la concreción de estas operaciones de crédito sería muy dificultosa. Es muy poco probable que un individuo, una organización u otro Estado se arriesgaran a prestar su dinero si quedara librada a la simple voluntad del prestatario el cumplimiento de las obligaciones asumidas en las condiciones y los plazos pactados.

4.1.1.2. Tesis contractual

Una segunda gran corriente califica al empréstito público como un contrato; esto es, como un acto jurídico sinalagmático, para cuyo perfeccionamiento concurre una manifestación común de voluntad entre dos partes, a partir del cual se crean obligaciones recíprocas. Desde la perspectiva de la tesis contractual puede apreciarse con mayor claridad la

presencia del consentimiento entre prestamista y prestatario, así como la posibilidad de reclamar y exigir —sea por vía judicial o arbitral— el cumplimiento del empréstito público en las condiciones pactadas.

Por otro lado, la tesis del empréstito como contrato se ramifica en distintas corrientes, pues no hay consenso con respecto a la categorización que se atribuye al contrato. Así, hay quienes sostienen que se trata de un contrato de derecho privado, otros que sería un contrato administrativo; o bien, existen posiciones que señalan que se trataría de un contrato especial, *sui generis*, distinto de los restantes reconocidos por los ordenamientos jurídicos.

4.1.1.2.1. Corriente que identifica al empréstito con el mutuo oneroso del derecho privado

Una de las teorías contractualistas ve en la relación que se establece a partir del empréstito público, un vínculo contractual como el que tiene lugar en el derecho privado. Por ello se califica al empréstito como un contrato de mutuo oneroso.

En este sentido, sus defensores afirman que el Estado, cuando recurre a terceros para obtener dinero prestado, no lo hace en ejercicio de sus facultades o poderes "soberanos". Es decir que, para esta corriente, al celebrarse el contrato de empréstito el Estado se coloca en una posición de igualdad frente a su cocontratante. De este modo, y dada la relación de simetría entablada entre las partes contratantes frente a la configuración del acuerdo y sus consecuencias jurídicas, podría demandarse el cumplimiento del contrato y accionarse en consecuencia frente a los tribunales judiciales.

Por último, es del caso destacar que si se tratara de un empréstito exterior, correspondería aplicar, ante eventuales conflictos, las normas del derecho internacional privado.

4.1.1.2.2. Corriente según la cual el empréstito se asimila a un contrato administrativo

Dentro de la concepción contractual del empréstito, hay quienes afirman que se trata de un contrato administrativo. En este punto también hay discrepancias en los argumentos que se emplean para defender la posición. Así, algunos entienden que el carácter de contrato administrativo se asienta sobre la base de que el Estado, al recurrir a esa figura, actúa persiguiendo una finalidad de interés público⁴⁹¹, además, claro, del objeto de dicho negocio jurídico, pues, en definitiva, la intención es la de obtener un recurso público en el marco de la actividad financiera estatal. Otros destacan que se trata de un contrato regido por normas del derecho administrativo —y de ahí su caracterización como tal—, en el que el

prestamista queda sometido —al menos si el empréstito es interno— a un régimen exorbitante del derecho privado.

4.1.1.2.3. La tesis del contrato *sui generis*

Para concluir la referencia a la visión contractual del empréstito, no puede dejar de señalarse brevemente al grupo de opiniones que lo califican como una figura *sui generis*. En efecto, sin dejar de reconocer su naturaleza contractual, algunos autores entienden que el empréstito no puede ser englobado dentro de las categorías corrientes, a la vez que destacan que no puede definirse su pertenencia al derecho público o al privado. Esta situación tiene lugar, ya que, al concertarse una operación crediticia, se configura una zona mixta en la que confluyen aspectos del derecho público y privado⁴⁹².

4.1.1.3. A modo de conclusión

Más allá de las distintas opiniones que se han vertido sobre este particular aspecto, la concepción del empréstito como acto jurídico voluntario y sinalagmático es la que mejor se ajusta al espíritu del crédito público como instrumento de la actividad financiera pública. Como ya lo expresé, la tesis del acto de soberanía no parece muy adecuada para justificar a este recurso estatal, dado que sería contraproducente.

En este orden de ideas, cabe recordar lo destacado por la Corte Suprema estadounidense en el caso "Perry v. US, 294 U.S. 330 (1935)", al referir que:

"Cuando Estados Unidos contrata, dentro de sus competencias constitucionales, tiene derechos e incurre en responsabilidad similares a los de los particulares que son parte en tales instrumentos (...). El cuidadoso cumplimiento de las obligaciones contractuales es esencial al mantenimiento del crédito tanto de deudores públicos como privados (...). Abrogar los contratos, en un intento de reducir el gasto público, sería no una medida de economía sino un acto de repudio"⁴⁹³.

Una concepción diferente podría llegar a erosionar el crédito público y tornarse dificultosa su transformación de recurso potencial en ingreso concreto. La visión contractual se presenta, al menos en un aspecto, como la más compatible con la noción de crédito público descripta anteriormente.

De otro lado, tampoco parece tan trascendente ubicarlo dentro de una determinada categoría de contrato. Si el empréstito se contrata con otro Estado o con un organismo internacional, carecería de sentido discutir si se está frente a un contrato administrativo o a uno del derecho privado, cuestión que podría empezar a gravitar, de cierto modo, en el caso de los empréstitos internos. Respecto de estos últimos, empero, la naturaleza

contractual no resulta controvertible y también se descarta la concepción del acto de soberanía. No obstante ello, el Estado, en ejercicio de competencias constitucionales, podría llegar a modificar algunas condiciones del contrato de manera unilateral, es decir, sin la aquiescencia de los prestamistas nacionales. Así ha sucedido en casos en que se recurrió a la doctrina de la "emergencia". Cuando eso pasa, se puede apreciar cierta posición especial del Estado en la posición contractual, sin que ello lleve a desconocer esa naturaleza, pues, en definitiva, el ente público permanece obligado frente al derecho de propiedad (conf. art. 17, CN) de los prestamistas⁴⁹⁴.

Basta reivindicar, entonces, ese especial carácter jurídico (contractual) del préstamo al Estado.

4.1.2. *¿Es posible hablar de un empréstito forzoso?*

Cuando se aborda el estudio del crédito público es muy común que se examine, como una de sus manifestaciones, al denominado empréstito forzoso. Este particular dispositivo financiero ha despertado no pocos debates en torno a su ubicación dentro del catálogo de los recursos con los que cuentan los Estados.

El interrogante más trascendente que se plantea respecto de este recurso es, precisamente, si procede encuadrarlo dentro del campo del crédito público. La respuesta que se impone es negativa pues, como ya se dijo, la nota distintiva del empréstito es, justamente, la voluntariedad como base de la operación entre el Estado prestatario y el sujeto prestamista. No parece posible, entonces, reconocer el carácter de empréstito a una captación de dinero de los particulares que el Estado impone de manera forzosa y coactiva, sin que el particular tenga la voluntad de elegir si quiere o no entablar esa relación financiera.

Ahora bien, descartada la posibilidad de que sea considerado como un verdadero empréstito, corresponde desentrañar cuál es la esencia de este particular instituto al que los Estados recurren en el ejercicio de la actividad financiera pública y así poder determinar cuáles son los límites y condiciones jurídicas a las que se halla sometido como tal.

En primer lugar, es dable destacar que cuando el Estado establece un empréstito forzoso

"obliga, en determinadas condiciones, a que los particulares pongan a disposición una determinada cantidad de dinero, comprometiéndose a devolverla en un plazo preestablecido y, en ocasiones, a satisfacer un reducido interés sobre las sumas que han pasado a sus manos"⁴⁹⁵.

Es decir que el Estado, mediante este dispositivo, impone coactivamente a todos los ciudadanos, o a determinados grupos de personas, la obligación de ingresar en el tesoro una suma de dinero. A su vez, el Estado se obliga a restituir en el futuro las sumas pagadas por dicho concepto y, además, puede llegar a acordar, según sea el caso, una compensación por la privación de uso del capital que, obligadamente, se debió dar en préstamo. Como se aprecia, en esta relación jurídica no hay indicio o elemento alguno de tipo contractual o consensual.

Otra cuestión que merece ser remarcada es que el empréstito forzoso solamente puede ser exigido en el ámbito interno, ya que es establecido con apoyo en las competencias que posee el Estado para procurarse ese tipo de recurso y, en caso de incumplimiento, utilizar los mecanismos disponibles para forzar su concreción respecto de aquellos que no hubiesen satisfecho la prestación impuesta.

Con todo, desde el punto de vista jurídico, el denominado empréstito forzoso no es un empréstito, aun cuando el Estado asuma las mismas obligaciones que son consecuencia de dicho contrato, en tanto sus génesis son diametralmente opuestas.

Dicho lo anterior, es menester dejar bien aclarado que al decretar un préstamo forzoso, el Estado no pone en juego ni recurre al uso de su crédito. Frente a este panorama, parte de la dogmática financiera se ha inclinado por considerarlo como una requisición temporaria de capital. Así, el profesor DE JUANO, entre otros, entendía que el empréstito forzoso "constituye la requisición de dinero fijada unilateralmente por los Estados con la obligación de reembolsar y pagar un interés"⁴⁹⁶. Esta posición ha sido descartada en nuestro país, sea que se lo asimile a una requisición propia; o bien, a otro instituto limitativo de la propiedad, como sería la expropiación⁴⁹⁷.

Otra de las hipótesis que se fueron construyendo en torno a esta figura, y la que creo más atinada para explicar el fenómeno, es la que engloba al empréstito forzoso dentro de las facultades tributarias del Estado. Por consiguiente, se trataría de un tributo, dado que es requerido unilateral y coactivamente por el Estado. Esta posición, de fuerte arraigo en la dogmática fiscal brasilera, es la que se ha adoptado mayormente en la práctica jurídica argentina. De esta manera, se lo aprecia, en líneas generales, como un tributo con promesa de devolución⁴⁹⁸.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recogido esta tesitura al reconocer que mediante el empréstito forzoso se

"impone coactivamente a los contribuyentes a cuyo respecto se configura la situación de hecho que la ley prevé, la obligación de depositar sumas de dinero en las cuentas estatales, comprometiéndose el Estado a restituir esas sumas,

con un interés, del modo contemplado en el texto legal. (...) [P]rocede destacar que el 'empréstito forzoso' (...) no admite una consideración escindida respecto de las instituciones tributarias; antes bien, un correcto enfoque del tema conduce a la conclusión de que aquél participa de la naturaleza de éstas, pues se halla en relación de especie a género con respecto al tributo (...) [y queda] razonablemente comprendido entre las contribuciones nacionales (Fallos: 312:393). (...) [E]l 'empréstito', lleva ínsita la idea de un acto de naturaleza voluntaria o contractual. En el caso, el carácter de obligatorio —o forzoso— que indudablemente reviste en el régimen de la ley 23.256 la entrega de sumas de dinero al Estado Nacional, es incompatible con aquella naturaleza"⁴⁹⁹.

El problema que presenta esta tesis es que resulta de difícil solución la subsunción del empréstito forzoso dentro de la clasificación tripartita del género tributo: impuesto, tasa y contribución especial. En este orden de ideas, es útil mencionar lo expresado, con respecto a este especial dispositivo fiscal, por el profesor NAVEIRA DE CASANOVA, quien lo cataloga como:

"un tributo, asimilable al impuesto en cuanto a que no requiere la existencia de una actividad estatal específicamente dirigida hacia el contribuyente (como en las tasas y en las contribuciones especiales), pero que se diferencia de la mayoría de los impuestos en cuanto a que la detracción de dinero no es a título definitivo, porque el capital habrá de reintegrarse, siendo indiferente que sea oneroso, es decir que devengue un interés para el acreedor de la obligación de restituir -el particular-"⁵⁰⁰.

Sin embargo, creo que si se consideran las especiales notas que caracterizan al empréstito forzoso y si se tiene en cuenta que las categorías tributarias no hallan un límite infranqueable en las tres previamente indicadas, fácil es concluir que se trata de una especie *sui generis* que puede coexistir con las restantes. Por lo tanto, entiendo que no corresponde encasillar a los empréstitos forzosos como impuesto, tasa o contribución, sino que ellos mismos conforman una categoría tributaria particular.

Esta situación, además, justifica el nombre asignado, pues, pese a constituir un oxímoron, permite identificar cómo funciona el instituto.

4.1.2.1. El empréstito forzoso en la Constitución Nacional

Nuestra Constitución no contempla expresamente a los empréstitos forzosos dentro de los recursos que integran el tesoro público. Tampoco lo prevé como atribución de los poderes nacionales o locales. Ante el silencio guardado por el texto constitucional, la pregunta que surge de modo preliminar es si resulta posible considerarlo, igualmente, como un recurso de los que puede valerse el Estado al poner en marcha la función ingreso-gasto público.

Algunos autores han sostenido que si la Constitución no lo menciona expresamente, el empréstito forzoso no tendría acogida dentro de la hacienda pública argentina⁵⁰¹. Esta postura, empero, halla escasos fundamentos y sus argumentos no son muy sólidos.

En efecto, que la Constitución no lo recoja expresamente, de modo alguno podría llevar a descartar su uso. En los comentarios al art. 4º de la CN puse de resalto que la enumeración constitucional de recursos no es taxativa y que los ingresos que pueden obtenerse, según las decisiones que colectivamente se adopten tras el diálogo y la deliberación democrática, pueden variar, en tanto y en cuanto no se vulneren los límites impuestos por la propia norma constitucional. A partir de ello, la falta de inclusión expresa en el texto no sería un obstáculo para su establecimiento.

De su lado, también he destacado que la facultad para crear este empréstito forzoso no encuadraría dentro de la competencia atribuida al congreso por el inc. 4º del art. 75 de la CN, dado que el crédito público no entra aquí en juego. No obstante ello, si se lo considera un tributo, el ejercicio por parte del estado se justificaría a partir de las prescripciones contenidas en los arts. 4º y 75, inc. 2º, de la CN, al regular las facultades tributarias. En suma, se trata de una de las "...demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General..." (arts. 4º y cctes., CN). Así lo ha entendido la Corte Suprema en el caso "*Horvath*"⁵⁰², sentencia de 1995, en una de las pocas oportunidades en las que dicho tribunal se pronunció, extensa y concretamente, sobre este instituto financiero. En lo que aquí importa, la Corte afirmó, con respecto a la ley cuya validez constitucional examinaba y que había creado un empréstito forzoso, que ella

"define un presupuesto de hecho que al verificarse en la realidad del caso concreto da origen a la obligación de ingresar al erario público una suma de dinero, en las condiciones que establece el texto legal. Tal obligación tiene por fuente un acto unilateral del Estado -justificado por el poder tributario que la Constitución Nacional le otorga al Congreso-, y su Cumplimiento se impone coactivamente a los particulares, cuya voluntad carece, a esos efectos, de toda eficacia. Cabe añadir en tal sentido que esta Corte ha dicho que no existe acuerdo alguno de voluntades entre el Estado y los individuos sujetos a su jurisdicción con respecto al ejercicio del poder tributario implicado en sus relaciones; los impuestos no son obligaciones que emerjan de los contratos sino que su imposición y su fuerza compulsiva para el cobro son actos de gobierno y de potestad pública (Fallos: 152:268; 218:596, pág. 614, entre otros). La particularidad que exhibe el régimen [por] (...) la posterior restitución de importes (...) no desvirtúa la indicada naturaleza tributaria de la obligación de dar sumas de dinero al Estado, pues ella radica en una circunstancia que es ulterior a la extinción de ese vínculo obligacional y que, por ende, no es idónea para alterar su naturaleza".

4.1.2.1.1. El empréstito forzoso en la práctica jurídica argentina: el caso del ahorro obligatorio

En nuestro país, las leyes 23.256 (destinada a regir durante los ejercicios 1985 y 1986) y 23.549 (que, en síntesis, reiteró el régimen anterior para los períodos 1988 y 1989), instauraron un sistema contributivo al que se le asignó el nombre de "ahorro obligatorio". Estos sistemas funcionaron como un adicional del impuesto a las ganancias, a los capitales y al patrimonio neto, y las sumas ingresadas en concepto de "ahorro obligatorio", eran reintegrables a los sesenta meses, a lo que se añadía el pago de un interés mensual. Así las cosas, las leyes precitadas crearon un verdadero empréstito forzoso.

Las copiosas críticas que recibieron estos regímenes tras su sanción llegaron a los tribunales, y la Corte Suprema tuvo ocasión de realizar profundas observaciones constitucionales sobre el empréstito forzoso.

Pues bien, en la causa "Horvath" ya mencionada, el Alto Tribunal tuvo que examinar la validez constitucional del "ahorro obligatorio" instituido por la ley 23.256. Aquí, la Corte, luego de reiterar varias veces que el empréstito forzoso es producto de la competencia tributaria prevista en los arts. 4º y actual 75, inc. 2º, de la CN, se pronunció a favor de la vigencia del empréstito forzoso, pues consideró que había sido manifestación válida de la competencia tributaria del Estado, no solo desde el punto de vista formal (legalidad), sino también a nivel sustancial, en tanto dicho gravamen se estableció respecto de hechos reveladores de aptitud económica de los sujetos llamados a efectuar las contribuciones. También señaló la Corte que la obligación de contribuir fue establecida con carácter general, pues debió ser satisfecha por todos los sujetos comprendidos en sus términos, de igual modo y ante iguales circunstancias.

Por último, no puede soslayarse que el Máximo Tribunal aclaró que decidía el caso concreto en esos términos, "...sin perjuicio de la posibilidad de que el contribuyente demuestre que alguna cláusula en particular, en su concreta aplicación al caso, pudiera lesionar determinada garantía consagrada en el texto constitucional". Ello, por cuanto en opinión de la Corte, la validez de la imposición a través de empréstitos forzosos se halla condicionada a que se adecuen "...las obligaciones que coactivamente estatuye a las garantías que la Constitución Nacional consagra frente al poder impositivo estatal, no siendo lícita la transgresión de éstas con justificativo en la previsión legislativa de la restitución de los importes depositados".

4.1.3. Formas de concretar los empréstitos públicos

Para comenzar este tópico resulta necesario reiterar aquí que para captar fuentes de financiamiento, el Estado puede recurrir a otros países,

a organismos internacionales de crédito —bilaterales o multilaterales—, como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, o a los particulares, sean nacionales o extranjeros.

En el primero de los casos no se presentan grandes dificultades, ya que el préstamo se acordaría por medio de un tratado, regido, en cuanto a sus formas, por el procedimiento constitucional establecido para su adopción. Es decir que sería negociado y firmado por el Poder Ejecutivo (conf. art. 99, inc., 1º, CN) y, luego, aprobado por el Congreso de la Nación (conf. art. 75, inc. 22, primer párrafo, CN). El principio de reserva legal para el comprometer el crédito público nacional (conf. art. 75, inc. 4º, CN) quedaría satisfecho con el acto de aprobación.

Ahora bien, la operatoria cambia cuando el Estado decide recurrir al mercado de capitales, sea interno o exterior, para obtener dinero en préstamo. En estos casos, el mecanismo por antonomasia que se emplea es la emisión de títulos⁵⁰³ de deuda que se colocan en el mercado para la adquisición por los particulares.

De conformidad con lo normado por el inciso el comentario, la concreción del empréstito debe iniciar con una ley que autorice la operación de emisión y colocación de los títulos de deuda que representan el empréstito. Esta última acción queda a cargo del Poder Ejecutivo, quien debería cumplir con las disposiciones establecidas por el legislador.

La ley de emisión, para que pueda pasar el test de legalidad dentro de los cánones constitucionales, debería, al menos, fijar los parámetros básicos para la creación de los títulos, el valor total comprometido en la operación de crédito, las condiciones de la oferta en cuanto a las ventajas otorgadas, garantías, intereses que se pagarán, forma y plazo de pago. Todos estos aspectos constituirán el régimen jurídico de los títulos de deuda pública.

Cabe precisar que la ley de emisión, que no solo autoriza el empréstito sino que lo ordena, va a integrar el conglomerado normativo que regirá a la relación contractual crediticia entre el Estado y quien adquiera los títulos ofertados. Ello es así por cuanto viene a normar la actividad administrativa que debe ser desplegada para la emisión y colocación de los títulos valores representativos del empréstito, así como también el nacimiento, vida y extinción de dicha operación de crédito⁵⁰⁴.

Todo lo expuesto hasta aquí es recogido, de cierta forma, por la ley 24.156, de Administración Financiera. El art. 60 del mentado cuerpo normativo, luego de reconocer que toda operación de crédito público debe estar autorizada en la ley de presupuesto o en una ley especial, dispone que la norma legal que decreta el empréstito debe indicar, como mínimo, las siguientes características: (i) tipo de deuda, especificando si se trata

de interna o externa; (ii) monto máximo autorizado para la operación; (iii) plazo mínimo de amortización —cancelación—; y, (iv) destino del financiamiento.

A su turno, el último párrafo prevé que "[s]e exceptúa del cumplimiento de las disposiciones establecidas (...) en este artículo, a las operaciones de crédito público que formalice el Poder Ejecutivo (...) con los organismos financieros internacionales de los que la Nación forma parte". Esta solución, que muchos se apurarían a calificar como inconstitucional, encuentra justificación en que, en esos casos, rige el procedimiento para la adopción de tratados internacionales, como señalé más arriba, o al menos así debería ocurrir.

4.1.3.1. Modalidades de emisión

Una vez emitidos los títulos de deuda, el paso que le sigue es la colocación de ellos en el mercado, a los fines de que el Estado pueda obtener, efectivamente, el ingreso dinerario perseguido. La puesta en circulación de los títulos valores puede hacerse de diversas maneras:

(i) Suscripción o emisión directa: en este supuesto, la Administración emite los títulos y los ofrece directamente al público, generalmente a través de campañas publicitarias. Así, para adquirirlos, los interesados podrán recurrir a los organismos designados a esos fines, entre los que podría hallarse el Banco Central u otra entidad bancaria, sea estatal o no. Paralelamente, la emisión directa puede consistir en la venta en la bolsa de valores, del mismo modo en que circulan a diario los papeles y valores de los agentes privados.

(ii) Suscripción o emisión indirecta: En este caso, el Estado no ofrece los títulos directamente al público para que los adquieran sino que interviene un intermediario que, por lo general, es un banco o un conjunto de entidades financieras. Estos intermediarios pueden adquirir todos los títulos, pagando el valor al Estado, y ofrecerlos, con posterioridad, en el mercado; o bien, pueden auxiliar a la Administración en la colocación de los títulos y percibir, por ello, una retribución que, generalmente, es una comisión.

4.1.3.2. Ventajas y garantías que pueden ofrecerse

Otro de los aspectos importantes que han de ser tenidos en cuenta a la hora de crear un empréstito es el relacionado con la previsión de ciertas ventajas para asegurar el éxito de la operación y el mayor nivel de suscripción posible. Estas ventajas se representan a través de condiciones que el Estado se obliga a cumplir durante la vigencia del contrato y pueden consistir en beneficios que comúnmente son otorgados en el mercado por los operadores financieros. Sin embargo, el Estado puede hacer valer,

como emisor, su carácter de ente público y ofrecer ventajas que no podrían ser concedidas por los agentes privados. Dentro del primer grupo de alicientes pueden mencionarse, entre otros, a los siguientes: el pago de algún tipo de interés, ofrecer premios o primas de amortización (reembolso), y/o emitir los títulos bajo la par; es decir, ofrecer la suscripción por una suma de dinero menor a la consignada en el instrumento como valor nominal.

Por otro lado, con relación a las ventajas que puede conceder el Estado como ente público, pueden destacarse: la concesión de poder cancelatorio (*i.e.* para el pago de impuestos u otras obligaciones coactivas de carácter público), la exención tributaria o la declaración de inembargabilidad del título.

Finalmente, en cuanto a las garantías, puede afirmarse que actúan como complemento del crédito público del que goza el Estado. La finalidad que se persigue es, también, coadyuvar a atraer capitales para que se pueda obtener el medio de financiamiento. Como se ve, las garantías, que pueden ser reales o personales, son, asimismo, ventajas ofrecidas para la suscripción de los títulos. Las garantías que comúnmente pueden ser conferidas por los Estados son: la recaudación de ciertos tributos, tierras o bienes públicos, incorporar cláusulas de garantía del valor de la moneda nacional con respecto a otra extranjera (*i.e.* cláusula dólar), etc.

4.2. Los avales conferidos por el Estado como manifestación del crédito público

Dentro de las demás operaciones de crédito público a las que alude el art. 4 de la CN, se encuentran los avales. En estos supuestos, el Estado utiliza su crédito para garantizar (avalar) los préstamos solicitados por otros entes públicos, otros niveles de gobierno (provincias) u otras entidades. Así, el Estado garantiza las operaciones financieras concertadas por otros sujetos, sin que la operación crediticia de afianzamiento se dirija directamente a la captación de una suma de dinero⁵⁰⁵.

Al avalar una operación de crédito solicitada por un tercero, el Estado se coloca en una situación jurídica igual a la de un avalista particular. Es decir que su obligación es accesoria a la que asume el prestatario y sigue la suerte de esta última en cuanto a su duración⁵⁰⁶.

Frente al panorama descripto, podría cuestionarse el encuadramiento de los avales dentro de la teoría general del crédito público, dado que el Estado no percibiría directamente una suma de dinero en préstamo. Sin embargo, al cumplir el rol de avalista, el Estado compromete su crédito con el fin de lograr un objetivo de bien común, aunque de modo indirecto. En efecto, mediante su aval, el Estado consigue que un tercero reciba una

suma de dinero para que pueda ser empleada en un programa determinado, generalmente vinculado con una especial política pública de interés para el gobierno.

4.3. El problema de la deuda del tesoro

En muchas ocasiones puede ocurrir que, mientras se van recaudando las rentas públicas durante el curso del ejercicio financiero, el Estado tenga déficits estacionales de caja (efectivo disponible). Cuando ello ocurre, uno de los remedios para superar esa dificultad es la emisión de las llamadas letras del tesoro, instrumentos a los que se les asigna poder cancelatorio y son reembolsables durante el mismo ejercicio en el que son emitidas.

En nuestra práctica jurídica se ha descartado que estas letras importen una manifestación del crédito estatal, puesto que no generarían una deuda para el Estado sino una deuda de corto plazo para la tesorería. En la práctica, estas letras del tesoro actúan como adelantos de las rentas que se devengarán durante el año presupuestario y que deben ingresar en las arcas públicas durante el transcurso del ejercicio. ¿Ahora bien, las condiciones para que las letras de tesorería no sean consideradas como parte de la deuda pública —esto es, que no lleguen a comprometer el crédito estatal—, es que sean canceladas durante el mismo ejercicio en las que fueron emitidas, con los fondos previstos en el presupuesto nacional. Si ello ocurre, no resultará necesario que los presupuestos subsiguientes contemplen partidas destinadas a la atención de esas obligaciones o sus intereses.

Nuestra ley de Administración Financiera recoge expresamente este instituto en su art. 82, al disponer que la Tesorería General de la Nación "podrá emitir letras del Tesoro para cubrir deficiencias estacionales de caja, hasta el monto que fije anualmente la ley de presupuesto general. Estas letras deben ser reembolsadas durante el mismo ejercicio financiero en que se emiten. De superarse ese lapso sin ser reembolsadas se transformarán en deuda pública" (en igual sentido art. 57, inc. b y últ. párr., ley 24.156), en cuyo caso quedarán sometidas a los recaudos que para los empréstitos mencioné en el apartado 5.1.

Más allá de las características enumeradas, respecto de las letras del tesoro rige también el principio de legalidad, ya que su validez depende de la autorización general contenida en la norma citada previamente y su monto de emisión debe hallarse limitado por las sumas totales aprobadas por el parlamento al sancionar la ley anual de presupuesto⁵⁰⁷.

V. LA CUESTIÓN DE LOS LÍMITES AL USO DEL CRÉDITO

5.1. Límites materiales

El reconocimiento del crédito como recurso público normal y útil en el ejercicio de la actividad financiera no lleva a justificar un uso indiscriminado, irrazonable e irracional de ese mecanismo. De allí que se haya planteado desde tiempo atrás el debate acerca de cuáles son los límites que deberían guiar la utilización de este recurso.

En este orden de ideas, puede hablarse de limitaciones fácticas al recurso del empréstito, entre las cuales pueden mencionarse, a modo de ejemplo: (i) a la disposición de capitales para captar, (ii) el nivel de crédito de que goza el Estado para requerir el préstamo, (iii) el nivel de explotación de las fuentes tributarias, (iv) el nivel de las tasas internacionales, y demás factores propios de la política económica y financiera que siga el Estado en un momento determinado. Empero en este apartado no quiero ocuparme de estos temas sino de otro tipo de limitaciones que pudieran surgir de las pautas constitucionales.

Una primera premisa a tener en cuenta es que los fondos obtenidos mediante el uso del crédito público deberían ser destinados a conseguir los objetivos para los que fue previsto el recurso. Estos fines dan una pauta limitadora, tanto positiva como negativa, ya que el empréstito tendría que usarse para lograr ciertas finalidades pero sin modificarlas en su esencia.

La forma de lograr los propósitos constitucionales para los que se contempla el recurso del crédito público, así como la determinación del momento en que se pondrán en marcha esos mecanismos, son cuestiones que, a la postre, dependen de las decisiones colectivas que se adopten luego de la deliberación democrática, como debería suceder con cualquier otro fenómeno de la actividad financiera.

A su vez, el crédito estatal debería ser empleado racional y razonablemente, de manera que su ejercicio no termine erosionándolo. De ser así, el propio Estado estaría minando y aniquilando una de las mayores fuentes de rentas con las que cuenta su tesoro. Sin pretender agotar el asunto, un posible uso racional del crédito se verificaría con la aplicación del medio de financiamiento obtenido a la realización de inversiones que permitan hacer evolucionar el esquema de recursos estatales no crediticios —y así lograr un aumento de la renta pública— para que el Estado pueda hacer frente a la deuda pública sin poner en riesgo su crédito.

5.2. Límites formales: el principio de reserva de ley y la competencia para autorizar y contraer empréstitos y demás operaciones de crédito

En nuestro modelo constitucional, como ocurre con todos los campos del fenómeno ingreso-gasto público, se ha reservado al Poder Legislativo la competencia para realizar, mediante el uso del crédito estatal, las

operaciones de préstamo de dinero. Así lo prevén los artículos 4 de la CN, cuando se refiere a "los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el (...) Congreso", y el inciso en comentario, al establecer que corresponde al parlamento contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación.

Rige entonces el principio de reserva de ley en materia crediticia, el cual se proyecta como un límite formal al uso del crédito. De esta forma, cualquier operación de crédito público que decida realizarse deberá contar, necesariamente, con la pertinente habilitación y autorización legal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al referirse al ejercicio de las competencias sobre crédito público, entendió que:

"Tan delicada misión fue adjudicada expresamente por los constituyentes al Poder Legislativo: '...contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación'... 'arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación' (art. 75, incisos 4º y 7º de la Constitución Nacional). En palabras de Joaquín V. González, se han querido comprender dos aspectos: el de reconocer las deudas preexistentes y el de crear una facultad permanente del Congreso para el futuro (ob. cit. pág. 437). '...la ley es la única que crea los recursos del Tesoro, (pero a la vez) ella es también la que cada año determina cómo, con qué objetos, en qué cantidad deben ser gastados los recursos por ella atesorados' (Alberdi, Juan Bautista, Organización de la Confederación Argentina, tomo 2, pág. 355). En suma, son atribuciones del Congreso, la de decretar y contraer empréstitos que integrarán la deuda pública, y la de decidir la financiación, refinanciación y el rescate de tal deuda"⁵⁰⁸.

El principio de reserva legal vigente en esta materia se vincula con la necesidad de que sea en el ámbito del órgano más deliberativo -y en el cual se halla representado, de manera más amplia, el pueblo- donde se tomen las decisiones que comprometen el crédito, pues éstas involucran aspectos relativos tanto a los gastos como a los ingresos públicos.

Como de alguna manera ya ha quedado asentado, la Constitución fija un núcleo limitativo elemental en materia crediticia, determinando que toda operación de crédito público, cualquiera que sea, debe contar necesariamente con la aprobación legislativa. Esta regla se refleja claramente en el art. 60 de la ley 24.156, el cual asegura la indispensable participación del Congreso en toda operación crediticia. Además, el régimen normativo precitado es contundente cuando dispone que "[l]as operaciones de crédito público realizadas en contravención a las normas dispuestas en la presente ley son nulas y sin efecto, sin perjuicio de la responsabilidad personal de quienes las realicen" (art. 66, ley 24.156).

Ahora bien, la regla de legalidad se manifiesta de diversas maneras según la operación de crédito comprometida. Así, desde el punto de vista de la temporalidad, si se trata de empréstitos concretados mediante la colocación de títulos valores en el mercado, la autorización legislativa debe ser anterior a la emisión. En cambio, si se realizara un acuerdo con otros

Estados o con organismos multilaterales de crédito, la actuación del Congreso debería ser posterior a la negociación.

En nuestro país, es común que se resalte constantemente la deslegalización en la utilización del crédito público, sobre todo en el último de los casos mencionados en el párrafo anterior, ya que normalmente el Congreso actúa mediante amplísimas delegaciones o ejerciendo un rol meramente formal. Más allá de todo, lo cierto es que la participación del Congreso es condición necesaria, reitero, para dotar de validez a las operaciones de crédito.

Retomando algunas cuestiones mencionadas previamente, la regla de la reserva legal que impone la Constitución se aprecia con mayor nitidez en aquellos empréstitos que se instrumentan mediante títulos valores que se ofrecen a los prestamistas. Eso es así, debido a que la emisión de los títulos requiere necesariamente de una norma legal que fije las reglas del juego. En este contexto, es el propio parlamento el que decreta y determina la contratación del dispositivo que compromete el crédito estatal. El departamento ejecutivo, en todo caso, complementa la puesta en marcha de ese mecanismo.

Paralelamente, cuando el Estado decide recurrir a un país o a un organismo internacional de crédito para solicitar un préstamo, el rol del Congreso se diluye⁵⁰⁹ sustancialmente, dado que el órgano ejecutivo es el que asume un papel central en medio de un procedimiento constitucional complejo, requerido para comprometer la voluntad nacional. Justamente, ese es el poder encargado de negociar y firmar el acuerdo, que bien puede ser aprobado, o no, por el Congreso (conf. arts. 75, inc. 22, 99, inc. 11, y cctes., CN). Es en ese momento que el Legislativo asume su función de comprometer el crédito público (conf. art. 75, inc. 4º, CN).

Art. 75, inc. 5º.—

Disponer del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional.

Comentario por Federico M. Apostolidis

I. EL PROBLEMA DE LA DISPOSICIÓN DE LOS BIENES ESTATALES, A MODO DE INTRODUCCIÓN

El constituyente ha atribuido al Congreso de la Nación la competencia para disponer acerca del uso y destino de las tierras que pertenecen al Estado federal. Estos actos de disposición que el Poder Legislativo se encuentra autorizado a realizar son susceptibles, a su vez, de generar beneficios económicos para la Nación, por lo que el art. 4º de la CN prevé, dentro del catálogo de recursos que integran al tesoro federal, al "producto (...) de la venta o locación de tierras de propiedad nacional".

Lo descripto hasta aquí permite inferir que del entramado normativo indicado se deriva un amplio contenido que se presenta como de vital importancia desde el punto de vista político y económico-financiero.

Aun cuando pudiera parecer una obviedad, es necesario destacar que las facultades que ostenta la Nación con respecto a las tierras fiscales abarcan solamente a aquellas que se encuentran bajo su dominio o jurisdicción, ya que, dentro de nuestro régimen federal, las provincias poseen la titularidad de las tierras públicas que se encuentren dentro de la órbita de sus jurisdicciones territoriales (arts. 1º, 4º, 75, inc. 5º, y arg. art. 125, CN).

Cualquiera sea el enfoque con que quiera iniciarse su estudio, cabe señalar que la cláusula en comentario estipula el principio de reserva de ley para los actos de disposición de este bien estatal; es decir que se ha intentado que aquellas decisiones sobre qué se va a hacer con los predios nacionales y cómo se los va a utilizar, queden en manos del poder estatal más deliberativo, en donde se halla depositada la voluntad general.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido clara en cuanto a que el Poder Ejecutivo no se halla autorizado por sí solo

"para disponer de la tierra pública o para interpretar las leyes haciéndolas comprender supuestos ajenos a sus previsiones. Entre tanto, por disposiciones expresas de la Constitución, corresponde al Congreso (art. 67, inc. 4º [hoy 75, inc. 5º] y art. 4º) disponer del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional"⁵¹⁰.

No obstante lo mencionado, en la mayoría de los casos, la intervención del Congreso ha quedado desvirtuada a través de amplias delegaciones que ha efectuado en el Poder Ejecutivo, quien ha resultado determinante en las decisiones vinculadas con las acciones sobre el uso de las tierras nacionales.

Si bien este inciso no ha generado discusiones constitucionales trascendentales ni tampoco grandes conflictos interpretativos; en cuanto a su alcance, varios autores han propiciado una lectura amplia de la norma, que incluya, dentro de su ámbito de regulación, no solo a "las tierras

públicas" sino a todo bien de propiedad estatal (*i.e.* inmuebles edificados y demás construcciones), la que parece una hermenéutica razonable⁵¹¹.

Por otro lado, con relación a la extensión de los vocablos "uso y enajenación", ha destacado Joaquín V. González que el Congreso podría también disponer de la propiedad nacional a través de mecanismos que no sean la venta ni el arrendamiento, pues sus facultades son amplias

"como para seguir los progresos de las ciencias, el desarrollo de la prosperidad pública y las necesidades del tesoro. Así, la legislación sobre tierras puede variar entre aquellos diferentes objetos, y aplicar el [s]istema de venta, el de arrendamiento, el de donación, cualquiera otra forma legal de uso, o varios de estos combinados, con la sola limitación de que produzcan recursos para el tesoro nacional, y concurran a la prosperidad del país"⁵¹².

Ahora bien, en los orígenes de nuestra historia constitucional este inciso —que no sufrió reforma alguna en su redacción original— tenía una vigencia casi nula puesto que las tierras de las que podía disponer la Nación eran muy escasas, además de poco rentables. Por ello, Gorostiaga, en los debates constitucionales de 1853, afirmó que el producto de la venta y locación de las tierras públicas era, por ese entonces, un recurso quimérico, ya que "por muchos años las tierras de propiedad (...) nacional, no tendrían valor alguno por falta de compradores y locatarios"⁵¹³.

Tuvieron que pasar varios años para que las tierras fiscales tuvieran su momento de auge, el cual se dio al culminar el proceso denominado como "conquista del desierto", iniciado en 1879. Con los nuevos territorios obtenidos por el Estado, y haciendo a un lado los profusos cuestionamientos que podrían esbozarse acerca de este episodio de nuestra historia, de alguna manera se comenzó a metodizar el uso y la enajenación de la tierra⁵¹⁴. Sin embargo, el proceso de disposición de los nuevos territorios puede ser objeto de numerosas críticas, sobre todo por el reparto y la desigual distribución que se hizo, favoreciendo a las élites terratenientes, situación que ayudó a consolidar los grandes latifundios⁵¹⁵.

Tal como se desprende del correlato formado a partir del art. 4º del texto constitucional y el inc. 5º del art. 75, la principal finalidad del conjunto normativo se asienta sobre la base de razones económicas y financieras. Sin embargo, en la actualidad, es escaso el impacto fiscal que representa este tipo de operaciones. Pese a la circunstancia apuntada, no puede soslayarse, como ha reconocido un amplio sector de la doctrina, que el fin de la utilización de las tierras públicas excede a los objetivos meramente recaudatorios, al importar una útil herramienta para el desarrollo económico del país y la política migratoria, en un marco de justicia social (conf. art. 75, incs. 18 y 19)⁵¹⁶.

II. EL DOMINIO ESTATAL COMO FUENTE DE RECURSOS PÚBLICOS

El Estado nacional, como persona jurídica pública (conf. art. 146, inc. a)], Cód. Civ. y Com.), posee un patrimonio, el cual puede ser definido, sintéticamente, como el conjunto de bienes que posee una persona⁵¹⁷. Las tierras públicas —entendidas en una acepción amplia, tal como fue propuesto en la introducción—, como bienes, integran el patrimonio estatal (hacienda pública en el sentido estático).

Por otro lado, las sumas de dinero obtenidas por el Estado por la venta o locación de las tierras de su propiedad pertenecen al grupo de los ingresos o recursos públicos no tributarios. Es decir que no son obtenidos por el ejercicio de la competencia tributaria, sino que son obtenidos por la explotación del propio patrimonio estatal.

Ahora bien, los bienes estatales pueden corresponder a su dominio público —bienes dominicales— o a su dominio privado. La distinción entre ambas categorías no se resuelve a partir de una característica inmanente que ostente el propio bien, sino que la diferencia proviene, simplemente, del régimen jurídico al que quedan sometidos unos y otros, respectivamente⁵¹⁸.

En efecto, mientras que los bienes que integran el dominio público son caracterizados como inalienables e imprescriptibles, los comprendidos en el dominio privado estatal se hallan sujetos casi a las mismas reglas, salvo algunas excepciones propias de un régimen exorbitante del derecho privado, que son aplicables respecto de los bienes de los particulares. Empero, no hay que perder de vista que, en definitiva, ambas categorías presentan particularidades que las diferencian del régimen jurídico del derecho civil⁵¹⁹.

Los bienes del dominio público, entonces, poseen los siguientes caracteres: son inalienables, imprescriptibles e inembargables. En cambio, los bienes del dominio privado se hallan en el comercio, por lo que resultan enajenables, prescriben y son embargables. Si bien es cierto que, en principio, estos últimos presentan las mismas características que la propiedad privada de los particulares, lo cierto es que existen marcadas diferencias. Por ejemplo, para ser enajenados se requieren autorizaciones estatales y la operación deberá concretarse por el procedimiento de licitación, subasta o, excepcionalmente, por contrataciones directas. A su vez, algunos bienes privados del Estado no podrán ser embargados, como sucede con aquellos cuyo destino sea la prestación de servicios públicos⁵²⁰.

Además, lo que define si un bien se halla sometido al régimen jurídico del dominio público o al del dominio privado del Estado, es la finalidad a la que se encuentra afectado. Ello es así puesto que lo que debería ser

examinado para determinar la categoría dominial que integran, es si esos bienes están afectados a un uso público, directo o indirecto (dominio público), o no (dominio privado)⁵²¹.

En suma, los bienes de titularidad estatal pertenecerán al dominio público cuando estén afectados —directa o indirectamente— al uso público o común de los ciudadanos, y, cuando no lo estén, esos bienes integrarán el dominio privado del Estado.

No obstante sus diferencias, ambos regímenes son regulados por el Cód. Civ. y Com. En efecto, el art. 235 de dicho cuerpo legal enumera una serie de bienes a los que considera, con la salvedad de lo que dispongan leyes especiales, pertenecientes al dominio público. Entre ellos, se enuncian: a) el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial; b) las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; c) los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, d) las islas formadas o que se formen en el mar territorial; e) el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial; f) las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común; g) los documentos oficiales del Estado y h) las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos.

El propio Código recoge los caracteres mencionados en párrafos anteriores y afirma que "[l]os bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales" (art. 237, Cód. Civ. y Com.).

A su turno, el Cód. Civ. y Com., en el art. 236, también se ocupa de los bienes privados del Estado y enumera, dentro de esta categoría, a los siguientes: a) los inmuebles que carecen de dueño; b) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Cód. de Minería; c) los lagos no navegables que carecen de dueño; d) las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros; e) los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título.

Finalmente, debe mencionarse que el Código precitado expresa — como consecuencia de lo normado por los arts. 1º, 4º, 75, inc. 5º, y 125, CN— que "[l]a Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los

bienes enumerados en los dos arts. 235 y 236" (art. 237, último párrafo, Cód. Civ. y Com.).

III. DOMINIO PÚBLICO Y PRIVADO A LA LUZ DEL INC. 5º DEL ART. 75 DE LA CN

Hecha ya una breve reseña sobre los distintos regímenes jurídicos a los que pueden quedar sometidos los bienes estatales, es dable mencionar que se ha discrepado acerca de cuál de esas categorías es la alcanzada por el artículo en comentario; es decir, qué categoría de bienes es la que posee aptitud para generar renta pública. En este orden de ideas, mientras hay quienes sostienen que esta cláusula constitucional se refiere a los bienes del dominio público del estado, otros afirman que solamente puede tratarse de los bienes del dominio privado.

Entre aquellos que defienden la primera posición, se ha argumentado que las tierras de propiedad nacional pertenecen al dominio público del Estado, ya que el dominio estatal es único y se rige por el derecho administrativo y no por el derecho civil. En consecuencia, señalan que las tierras públicas poseen los caracteres de inalienabilidad, inembargabilidad, imprescriptibilidad y afectación al uso público⁵²². Desde el otro extremo; es decir, desde el punto de vista de quienes afirman que los bienes a los que alude el inciso en comentario son aquellos que integran el dominio privado, se ha expresado que

"[e]s bastante común (...) confundir las tierras de propiedad nacional o provincial, llamadas también tierras públicas, con los bienes del dominio público del Estado nacional y de los Estados provinciales. Las tierras públicas, de que tratan los arts. 4º y 107 [hoy 125] de la Constitución, son bienes privados de dichos estados, al paso que los bienes del dominio público son (...) de uso y goce de los particulares (...) [y además] inenajenables, imprescriptibles e inembargables. En cambio, las tierras de propiedad nacional (...) y demás bienes que pertenecen al dominio privado (...) pueden ser objeto de enajenación"⁵²³.

Si bien la segunda tesitura —que afirma que las tierras públicas que mencionan los arts. 4º y 75, inc. 5º, CN, encuadrarían dentro de la categoría de bienes del dominio privado estatal— parece la más razonable, a la vez que la mejor fundada, creo que ambas están erradas. Creo que, según sea el caso, las operaciones de disposición de tierras públicas susceptibles de generar renta, pueden estar referidas tanto a bienes del dominio público como a bienes del dominio privado.

En efecto, la primera posición no se hace cargo de que los bienes dominicales no son enajenables, al menos mientras se hallen afectados al régimen jurídico del dominio público. Por este motivo resulta muy insuficiente para explicar el punto. Es que los bienes del dominio público estatal se hallan, por vía de principio, fuera del mercado, razón por la cual no podrían ser objeto de operaciones de compraventa o de arrendamiento⁵²⁴.

Asimismo, las concepciones que englobé dentro de la segunda postura no advierten que el uso del dominio público puede llegar a generar, en ocasiones, algún tipo de renta. Así, a partir de un entendimiento amplio del significado constitucional del vocablo "disposición", esos rendimientos rentísticos de los bienes del dominio público pueden considerarse como derivados de la facultad conferida al legislador por la cláusula constitucional bajo examen. En lo que sigue, me referiré brevemente a estos dos supuestos que mencioné previamente.

3.1. Afectación y desafectación de los bienes del dominio público

La adquisición de un bien por parte del Estado no importa necesariamente su inclusión o sometimiento al régimen del dominio público. Por el contrario, para quedar en la órbita de dicha regulación se requiere de un acto —o hecho, en algunos casos— mediante el cual se lo incorpore dentro de esa categoría; es decir, una expresión de voluntad, proveniente de la autoridad competente, encaminada a considerar a un bien como integrante del dominio público. A esta operación se la denomina "afectación" y puede ser concretada mediante una ley (como necesariamente debe ocurrir con el dominio "natural"; *i.e.*, una playa, un río, etc.), de un acto administrativo (cuando se trate del dominio artificial; *i.e.* una obra pública); o bien, de un hecho del que pueda inferirse esa intención. La principal consecuencia de la afectación es que el bien considerado quedará destinado al uso común, sea este directo o indirecto⁵²⁵. En esta línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que la afectación de un bien implica "la consagración al uso y goce de la comunidad, necesaria para trocarlo en propiedad regida por el derecho público", la que debe ser real y efectiva para ser considerada válida⁵²⁶.

Ahora bien, tal como el Estado tiene facultades para afectar un bien a su dominio público, también cuenta con la posibilidad de "desafectarlo" del uso común y, en consecuencia, del régimen jurídico previamente mencionado. En este caso, el bien pasará a integrar el dominio privado estatal. Así lo ha entendido la Corte al destacar que

"los bienes que pertenecen al dominio público del Estado nacional pueden cambiar su condición jurídica a través de la desafectación. Desafectar un bien significa sustraerlo de su destino al uso público, haciéndolo salir del dominio público para ingresar al dominio privado (...). [L]a desafectación es la decisión del Estado adoptada por sus autoridades competentes, en el sentido de alterar el destino de la cosa. (...) [D]e ordinario tal determinación corresponde al Poder Legislativo del Estado, pero se ha considerado que también hay desafectación cuando en virtud de una declaración del poder administrador de otro acto suyo resulta indudable que la cosa ha dejado de servir directamente al uso goce público, al cual hasta el momento se encontraba destinada".

A ello agregó que

"[l]a propiedad pública (...) termina por la desafectación (...) y tal desafectación (...) produce el efecto general de cambiar la condición jurídica del bien, que se torna a partir de ella enajenable, prescriptible y embargable"⁵²⁷.

Asimismo, corresponde señalar que, según nuestra práctica jurídica, si no existe un acto formal de desafectación, se requiere una evidencia absoluta de ella para que se puedan atribuir sus consecuencias jurídicas. De esto se desprende que ese temperamento estatal podría manifestarse a través de una ley, un acto o un hecho —como el cambio de destino de un determinado bien, el cierre o clausura de una obra pública que se sustrae del uso común, etc.— del que pueda inferirse con indiscutible certeza la voluntad del órgano que decidió afectar el bien y ahora desafectarlo.

Cabe destacar que si se considera a un bien natural del dominio público, la desafectación debería realizarse por ley, pues la utilización de esa forma es requisito para realizar la afectación. Tampoco debería poder desafectarse por un acto o hecho de la Administración Pública un bien afectado por decisión del legislador. No obstante ello, distinto sería el caso inverso; esto es, un bien afectado al dominio público por acto administrativo o por un hecho, podría ser desafectado por ley, ya que la CN atribuye al Poder Legislativo, mediante el inciso que comento, la facultad de disponer de las tierras y bienes públicos. En definitiva, y como afirmó la Corte, "el necesario requisito de la desafectación (...) es facultad del Congreso en tanto se trata de disponer del uso y de la enajenación de tierras de propiedad nacional (art. 67, inc. 4º, [hoy 75, inc. 5º] de la Constitución)"⁵²⁸.

3.2. El uso bienes del dominio público

Los bienes dominicales están destinados al *uso público*, sea este directo o indirecto. Al mismo tiempo, ese uso debe ser compatible con el motivo que determinó su inclusión dentro del universo de bienes abarcados por ese régimen jurídico particular⁵²⁹. Más allá del principio general, además del uso común, los bienes dominicales pueden estar sujetos a un uso especial, llamado también *uso privativo*, exclusivo o diferencial.

Marienhoff⁵³⁰ recuerda que el uso de esta categoría de bienes no es, por principio, ni gratuito ni oneroso, características que no corresponden a la esencia del dominio público. Sin embargo, podría afirmarse que, en general, el uso común suele ser gratuito, aunque excepcionalmente podría adquirir cierto grado de onerosidad (v.gr. si se cobra un canon para el ingreso a un parque nacional, una entrada a un museo, etc.). Por su parte, el uso especial suele ser oneroso.

Retomando la idea inicial, es necesario destacar que cuando el bien puede ser utilizado por todos los ciudadanos sin otro requisito que el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias, se dice que su uso es común. Tal uso tiene lugar, por ejemplo, cuando se transitan las calles, se bebe agua de un río, si una persona se baña en una playa, etc. Paralelamente, los bienes dominicales pueden ser usados de manera especial; es decir, de modo privativo o exclusivo, sea por el propio Estado o por particulares —cuando exista un permiso especial otorgado por aquel—, sin que se desvirtúe por ello el fin público que los caracteriza.

El uso privativo, entonces, se verifica cuando corresponde únicamente a aquellas personas que hubieran adquirido esa facultad con arreglo al ordenamiento jurídico. No se trata, por consiguiente, de un uso general de la colectividad, sino de un uso exclusivo, privado, que ejercen personas determinadas, individualizadas concretamente (v.gr. derivación de aguas para fuerza motriz, instalación de comercios en espacios sometidos al régimen dominical, utilización de playas para proveer servicios de alimentos, sombrillas, camastros, etc.).

A partir de la definición efectuada, se pueden apreciar como características específicas de esta forma de uso a las siguientes: (i) el usuario especial debe estar claramente individualizado; (ii) debe estar precisada la parte del bien dominial que será usada u ocupada; (iii) por ser privativo, excluye cualquier otro uso común o especial; (iv) debe ser limitado en el tiempo, o más bien precario, con facultad del Estado de hacerlo cesar en cualquier momento; (v) es, por lo común, oneroso, aun cuando puedan darse supuestos de gratuidad; y (vi) tiene carácter patrimonial, por lo que no solo puede ser objeto de apreciación pecuniaria, sino que, en algunos casos, podría ser transferido o renunciado⁵³¹.

La CS, en un caso que versaba sobre el dominio público provincial, tuvo oportunidad de expresar que

"[d]ichos bienes, además del uso común, pueden ser objeto de un uso diferencial en tanto no se desvirtúen los fines que determinaron su afectación, derecho que se adquiere mediante la respectiva autorización del órgano competente —sea bajo la forma de permiso o concesión—, quien puede exigir, en tal supuesto, el pago de una suma de dinero u otra prestación en concepto de canon. Esta obligación económica constituye una modalidad del otorgamiento del uso especial y se justifica porque [e]l estado (...) tiene (...) derecho a proveerse de recursos mediante un adecuado aprovechamiento económico de su propiedad, siempre que no se desnaturalicen los bienes para el uso común"⁵³².

En este contexto, entonces, se advierte que el uso especial del dominio público puede adquirirse por concesión o permiso.

El permiso de uso del dominio público consiste en un acto emanado de la Administración Pública en virtud del cual le otorga, a una persona

determinada, un uso especial de un bien dominical. En general, este tipo de permisos se confieren en casos de poca importancia y suelen ser precarios; es decir, que pueden ser revocados por la administración a su libre arbitrio y sin que ello genere, en principio, derecho a indemnización por parte del usuario.

A su turno, la concesión de uso es otro mecanismo del que dispone un usuario para adquirir la facultad de usar privativamente de bienes del dominio público estatal. Algunos sostienen que la concesión tiene mayor fuerza que el permiso, ya que no se trataría de un acto unilateral de la administración, sino de un acto bilateral, con naturaleza de contrato administrativo, a cuyo especial régimen jurídico quedará sometida.

Mediante este instituto, la Administración Pública confiere a un particular el derecho exclusivo de uso y goce de un bien de dominio público —generalmente para el desarrollo de actividades de trascendencia económica— con miras a lograr la satisfacción, aunque de modo indirecto, del interés público. A diferencia de lo que ocurre con el permiso, en caso de que la administración decidiera revocar la concesión, el usuario tendría derecho a una indemnización⁵³³.

Finalmente, debe mencionarse que como contrapartida del beneficio obtenido por el usuario para utilizar en exclusivo un bien dominical, este deberá abonar una suma de dinero (canon) al Estado.

A partir de todo lo expuesto hasta aquí, puede observarse que la facultad conferida por el art. 75, inc. 5º, de la CN se proyecta tanto respecto de los bienes del dominio privado como público del Estado.

Art. 75, inc. 6º.—

Establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales.

Comentario por Federico M. Apostolidis

I. ORÍGENES DEL TEXTO Y DELIMITACIÓN

Esta cláusula proviene de la reforma constitucional ocurrida en 1994, por medio de la cual se modificó sustancialmente el texto del por entonces art. 67, inc. 5º, de la Constitución originaria. Según la redacción anterior,

el Congreso tenía la facultad de "[e]stablecer y reglamentar un Banco nacional en la Capital y sus sucursales en las provincias, con facultad de emitir billetes".

Recuerda González Calderón que la mención constitucional expresa del poder de establecer y reglamentar un banco nacional dentro del texto constitucional aprobado en 1853 fue una novedad, dado que no estaba previsto en su par estadounidense⁵³⁴. En los Estados Unidos, la falta de previsión constitucional expresa fue zanjada por la Corte Suprema de ese país en el conocido caso "Mc Culloch v. Maryland" (17 US 316 [1819]). Esto habría enseñado a nuestros constituyentes originarios la importancia de incorporar en la norma fundamental un banco nacional que pudiera funcionar como auxiliar financiero del Gobierno federal y, a la vez, como fuente de progreso y prosperidad para el comercio del país⁵³⁵. Una importante fuente sobre este tema puede hallarse en un temprano caso fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación —integrada por ese entonces y entre otros miembros, por José Benjamín Gorostiaga— en el que se afirmó que "[n]uestros constituyentes, penetrados de la importancia de una institución de esa naturaleza para la administración pública y para el país en general, quisieron ponerla a la disposición del Gobierno, salvando al mismo tiempo el grande obstáculo que había encontrado en el silencio de la Constitución Norte Americana"⁵³⁶.

El presente inciso atribuye una especial competencia al Poder Legislativo, la cual forma parte de la constitución financiera. Ello es así en tanto la norma constitucional en comentario integra el conjunto de atribuciones estatales que constituyen la actividad financiera pública. Más precisamente, la cláusula bancaria se integra con las funciones monetarias que corresponden al Congreso, para conformar un sistema dedicado a generar recursos económicos para el tesoro federal, además de otros objetivos de interés público.

En efecto, la lectura de este inc. 6º debe completarse con los incs. 11 y 19 del art. 75, los cuales disponen, respectivamente, que corresponde al Congreso Nacional "[h]acer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras", así como también "[p]roveer lo conducente (...) a la defensa del valor de la moneda". Así, pues, la decisión sobre la emisión monetaria como recurso público, la fijación de su valor dentro del país como en comparación con las extranjeras y la defensa de ese valor, son funciones que quedan amparadas explícitamente por el principio constitucional de reserva de ley, razón por la cual son cuestiones que quedan fuera del ámbito de decisión del Poder Ejecutivo.

Por otra parte, de este entramado se colige que las provincias han delegado las mentadas atribuciones en el Estado nacional, lo que resulta lógico desde el punto de vista de la unidad nacional, tan ansiada por las provincias del Plata luego de concretarse la independencia de España. En

consonancia con esta idea, y tras establecer que las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación, el art. 126 de la Constitución dispone que aquellas no pueden "acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal"⁵³⁷.

En la actualidad, el inc. 6º del art. 75 de la CN estipula, dentro de las facultades atribuidas al Congreso, la de "[e]stablecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales".

Con relación a los alcances de esta potestad y las características que debería revestir el banco nacional, puede mencionarse que la Corte ha interpretado que la CN no encomendaba al Poder Legislativo la fundación de un banco rigurosamente de Estado, es decir, dirigido por los poderes públicos de la Nación, lo que "sería un error [pues el] te[x]to no lo dice, y no hay motivo ninguno que induzca a creerlo. Confiando la autorización sin determinar forma ni sistema, la Constitución ha dejado la elección al prudente arbitrio del congreso"⁵³⁸.

II. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL RÉGIMEN BANCARIO NACIONAL

La facultad conferida por el inciso en estudio fue ejercida por vez primera en 1872⁵³⁹, bajo la presidencia de Sarmiento, cuando el Congreso nacional autorizó, mediante la ley 581, la formación de una Sociedad Anónima para la formación del "Banco Nacional", el que se emplazaría en la ciudad que sirviese de asiento a las autoridades nacionales o en aquella que fuera declarada capital de la República (conf. art. 1º).

Dentro de sus funciones se encontraba la de emitir billetes pagaderos al portador, recibir depósitos, descontar letras y pagarés, así como realizar préstamos a los Gobiernos nacional y provinciales. Sobre este punto, es del caso recordar que, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, la facultad de emitir billetes, atribuida a este banco, no era exclusiva —ya que podían ser emitidos por bancos privados— a la vez que no se trataba de dinero de curso forzoso sino convertible, atento que podían ser canjeado en la entidad financiera por su equivalente en oro.

En 1890, mediante la sanción de la ley 2741, se creó una "Caja de Conversión" entre cuyas facultades se encontraba la de "[c]orrer con la impresión, habilitación, emisión, conversión y amortización de toda moneda de curso legal" (art. 8º, inc. b)). Al año siguiente, el presidente Carlos Pellegrini, frente a la crisis económica que atravesaba la Argentina y que afectó al Banco Nacional, impulsó la creación del "Banco de la Nación Argentina", concretada por medio de la ley 2841 (regido actualmente por la ley 21.799 y sus modif.), sancionada el 16/10/1891. El nuevo banco nacional, si bien carecía de la capacidad de emitir billetes,

fue considerado el segundo ejercicio legislativo que puso en marcha a la norma constitucional en comentario.

Tras estas experiencias, la previsión constitucional sobre el banco nacional tuvo su más cercana expresión a partir de la modernización monetaria y bancaria que tuvo lugar en el país en la década de 1930. En efecto, la ley 12.155 dictada en 1935, creó, finalmente, el Banco Central de la República Argentina —en adelante, BCRA—, ideado inicialmente como una entidad mixta, con participación estatal y privada, que tenía entre sus funciones: emitir billetes con exclusividad, la regulación de la cantidad de crédito y dinero, la acumulación de las reservas internacionales, el control del sistema bancario y actuar como agente financiero del Estado. La fundación del BCRA con facultades monopólicas de emisión monetaria tuvo en miras mantener la estabilidad monetaria y atemperar las fluctuaciones cíclicas de la economía⁵⁴⁰.

En 1946, por el dec.-ley 8503/1946, se dispuso la estatización del BCRA, organismo que quedó sometido al Poder Ejecutivo. Su nueva carta orgánica fue aprobada por el dec.-ley 14.957/1946 y entre las innovaciones introducidas se destaca el cese de la independencia en el manejo de la política monetaria, la cual quedó en manos del Ejecutivo⁵⁴¹.

Esta reforma fue acompañada por otras medidas vinculadas con el sistema bancario, adoptadas en un nuevo contexto de dirigismo estatal y planificación de la economía. Fue así que se dictaron los decs.-leyes 11.554/1946, que dispuso la nacionalización y centralización de los depósitos bancarios, y 14.962/1946, modificatorio de la Ley de Bancos, que transformó a los bancos en meros mandatarios del BCRA, pues pasaron a poder prestar solamente los montos que les fijaba el flamante banco nacionalizado y para las finalidades que dicha entidad les indicaba. Sobre esta nueva concepción bancaria nacional se ha señalado que

"Detrás de estas y otras reformas posteriores, las principales implementadas durante 1949, se hallaba (...) la malhadada idea de que el Banco Central podía no solo moderar los ciclos económicos (...) sino promover, a través de la dirección del crédito y la fijación de las tasas de interés, el desarrollo (...) Se confundía así el papel del Banco Central con el de un banco de desarrollo, a la vez que se desnaturalizaba el papel central del Banco, convirtiéndolo en prestamista de primera instancia del gobierno, un concepto desechado para tiempos económicos normales por los principales bancos centrales del mundo desde el siglo XIX"⁵⁴².

El ciclo de reformas no concluyó ahí. En 1957, tras una nueva ruptura del orden constitucional, se intentó liberalizar el sistema financiero, eliminar la nacionalización de los depósitos y la asignación por el Banco Central del crédito. Con esta finalidad se volvió a modificar la carta orgánica del BCRA (conf. dec.-ley 13.126/1957) y se le otorgó al organismo financiero un mayor grado de autonomía, aun cuando se

dispuso que "en el ejercicio de sus funciones se debía seguir las 'directivas fundamentales del Gobierno nacional en materia de política económica'". Asimismo, se limitó el monto que el BCRA podía prestarle al gobierno, empero no se abandonó del todo el rol de la autoridad monetaria en el direccionamiento del crédito productivo, a través del control de la tasa de interés y el otorgamiento de redescuentos⁵⁴³.

Posteriormente, la ley 20.539 de 1973 introdujo una nueva carta orgánica para el BCRA, en la que se reconoció su autarquía. Sin embargo, el sometimiento del banco central a las instrucciones por parte del Ejecutivo no fue dejado de lado. No fue hasta 1992, a través de la sanción de la nueva carta orgánica aprobada por la ley 24.144 (vigente en la actualidad con las modificaciones introducidas, en 2012, por la ley 26.739), que se le reconoció al BCRA el carácter de un verdadero organismo autárquico, remarcándose que, en el ejercicio de la formulación y ejecución de la política monetaria y financiera, no se hallaba sujeto a órdenes, indicaciones o instrucciones. A su vez, se previó que el banco central no podría asumir obligaciones que implicaran condicionar, restringir o delegar, sin autorización del Congreso, el ejercicio de sus atribuciones legales⁵⁴⁴.

La ley 26.739, que introdujo nuevas reformas a la carta orgánica del BCRA, importó un retorno a los desvíos cometidos en la década de 1940, en tanto las modificaciones articuladas ampliaron el rol del banco como autoridad monetaria de la Nación hacia finalidades más amplias y ambiguas como la promoción —en la medida de sus facultades y en el marco de las políticas establecidas por el Gobierno nacional— de la estabilidad monetaria y financiera, así como también del empleo y el desarrollo económico con equidad social. Asimismo, la nueva ley confirió al BCRA nuevas herramientas para manejar el destino de los créditos otorgados por las entidades financieras⁵⁴⁵.

III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994: DEL BANCO NACIONAL AL BANCO FEDERAL

Como ya se dijo al iniciar el capítulo, el texto del inciso en comentario proviene de la reforma constitucional de 1994, y a través de ella se introdujeron sustanciales cambios con respecto a la redacción anterior. En primer lugar, se abandonó la denominación de este banco como "nacional" y se la reemplazó por la voz "federal". En segundo término, se suprimió la referencia a su localización. En efecto, originariamente, la norma preveía que el banco se localizaría "en la Capital" y tendría "sus sucursales en las provincias". Hoy en día, la CN no establece dónde deberá ubicarse esta entidad financiera, así como tampoco prevé la existencia de sucursales. Finalmente, se reemplazó el vocablo "billetes" por "moneda", al hacerse referencia a la facultad de emisión que posee el banco federal, y se dejó a

salvo la posibilidad de que el Congreso establezca y regule "otros bancos nacionales".

La reforma efectuada aclaró algunas cuestiones que en algún momento se habían debatido, razón por la cual ha sido valorada de manera positiva. En este sentido, es dable señalar que con la expresión "moneda", se armonizó la cláusula bancaria con los incs. 11 y 19 del art. 75, en tanto se refieren al rol que ocupa el Congreso con respecto a la potestad monetaria. A su vez, queda fuera de discusión que el banco con facultad de emitir al que alude el inciso es el BCRA y no el Banco de la Nación. Este último, junto con otros bancos estatales —como el Banco Hipotecario—, forman parte de los "otros bancos nacionales" a los que alude la parte final del inc. 6°.

La cuestión más dudosa que ha girado en torno a las modificaciones introducidas en esta cláusula constitucional es la vinculada con el cambio de denominación de la institución bancaria, ahora designada como "Banco Federal". Ante ello, se ha intentado interpretar si con la federalización del banco se ha perseguido modificar el nombre del BCRA para darle un alcance más amplio o inclusivo en cuanto al rol como ente que desarrolla la política monetaria de toda la Nación; o bien, si lo buscado era integrar el gobierno del BCRA con representantes de las provincias, de manera que estas últimas participaran, activa y directamente, en la formación de la política monetaria del país.

Pues bien, en oportunidad del debate acaecido en la Convención Constituyente de 1994, un convencional señaló que la nueva redacción propuesta resultaba

"(...) muy similar al texto vigente en la actual Constitución. Sin embargo, cambia la expresión 'Banco nacional' por la de 'Banco federal'. Los conceptos nacional y federal son sinónimos, y tienen el mismo sentido. Inclusive, si se verifica cómo se denomina la segunda parte de la Constitución, se observará que se habla de las autoridades de la Nación. Pero a renglón seguido el título primero habla del gobierno federal. Los términos nacional y federal encierran el mismo concepto"⁵⁴⁶.

Luego de realizar tales expresiones, el mismo convencional destacó que

"(...) si la comisión ha modificado el texto, supongo que alguna razón debe de haber tenido para ello" y, por ello, solicitó a la comisión redactora que se indicara "(...) cuál e[ra] el motivo por el que se cambió la palabra 'nacional' por 'federal', y qué interpretación se le da[ba] a esa modificación"⁵⁴⁷.

Para responder el interrogante planteado, tomó la palabra el convencional Maqueda, quien afirmó que

"El inc. 5º del art. 67 de la Constitución de 1853 habla de establecer y reglamentar un Banco nacional con facultad de emitir billetes. En 1935 se crea un Banco Central de la República Argentina. Su denominación 'Banco Central' y la concepción de esta entidad es propio de las repúblicas unitarias. Así tenemos los bancos centrales de Bolivia, de Chile o del Uruguay. Por el contrario, las repúblicas federales como los Estados Unidos tienen la Reserva Federal. En el caso de Suiza existe el Banco Nacional de Suiza, mientras que en Alemania está el Banco Federal de Alemania. El cambio de denominación es para adaptarlo estrictamente a la concepción federal de nuestro país. Obviamente, habrá que reformar la [ley 24.144](#), que establece la Carta Orgánica del Banco Central con el fin de determinar la nueva denominación de 'Banco Federal'"⁵⁴⁸.

Adscribiéndose a la segunda de las opciones interpretativas señaladas previamente, un representante de la provincia de Jujuy destacó que resultaba muy importante aclarar y definir dentro del seno de la propia Convención Constituyente si el BCRA sería concebido realmente como ente federal, con un directorio integrado por representantes de cada una de las provincias. En este orden de ideas, destacó que, al momento de celebrarse el debate, se estaba

"(...) viendo el agotamiento de la base monetaria, situación que llevó al ministro de Economía a crear el cheque diferido que es dinero secundario. Esto lo hace una autoridad nacional, sin consultar o tomar en cuenta la opinión de los interesados de cada provincia aunque la haya considerado por sí mismo. Entonces, resulta fundamental que este directorio se integre con representantes de cada provincia (...) [D]eje sentada [así] mi moción acerca de la conformación del directorio (...) tendiente a que (...) esté integrado por representantes de cada una de las provincias"⁵⁴⁹.

Entre otras de las intervenciones relacionadas puntualmente con este tema, puede mencionarse a la del convencional Romero, quien puso de resalto que

"(...) creer que la federalización o llamarlo Federal significará que cada provincia tendrá un representante que arrime agua para su molino en la actualidad es muy difícil. Cada momento las leyes establecen las coberturas de las necesidades o de las angustias. Después de la hiperinflación, el Banco Central posible no fue un Banco Federal sino un Banco Central que preservara el valor de la moneda y estuviera limitado en cuanto al otorgamiento de préstamos o al financiamiento a las provincias o entes públicos. Algún día tal vez pueda cumplir otra finalidad, pero eso depende de la ley. Entiendo que aun con el inc. 5º como estaba hubiera sido igual, porque cuando antes se llamaba nacional nosotros decíamos 'central', y ahora lo vamos a llamar Federal, pero igualmente seguirá siendo 'central'"⁵⁵⁰.

Más allá de las discusiones y las dudas planteadas ante la aprobación de la enmienda constitucional, creo que, en definitiva, no se ha buscado con la reforma la integración de la dirección del BCRA con representantes provinciales, de manera de establecer una especie de cogobierno en la fijación de la política monetaria. Tal interpretación sería contraria al

sistema monetario constitucional, del que resulta sin lugar a dudas que las provincias han delegado expresamente esa función en el Estado nacional, quedándoles vedada la posibilidad de ejercerla (conf. arts. 75, incs., 11 y 19, y 126, CN). De ahí que discrepe, por considerarlo desacertado, con quienes afirman que "el carácter 'federal' que ahora le impone la Constitución al banco encargado de la emisión monetaria no es una mera cuestión nominativa, sino que define la política constitucional en el sentido de que las provincias deberán intervenir en el gobierno de dicha institución"⁵⁵¹.

Tampoco parecería que se tratara de un cambio meramente terminológico, sin embargo, la simple referencia al término federal no parecería importar una modificación estructural al sistema constitucional original.

Finalmente, no puede soslayarse, después de todo, que la decisión sobre el ejercicio de la potestad monetaria recae en el Congreso, en cuya Cámara Alta se encuentran representadas las provincias.

En suma, podría sostenerse que, mediante la enmienda, la cual se ubicó en un contexto donde uno de los grandes fines ha sido fortalecer el régimen federal (conf. [art. 3º, inc. a](#)), [ley 24.309](#), de declaración de necesidad de la reforma), el cambio de denominación intentó deslindar el banco de emisión de los restantes bancos nacionales, así como abandonar un vocablo muy asociado con los estados unitarios como la expresión "central". Más allá del intento, como aseveró el convencional Romero, el banco federal continúa siendo el Banco Central de la República Argentina, pues no se le ha modificado su nombre.

IV. MISIÓN CONSTITUCIONAL DEL BANCO FEDERAL

Tras la evolución sufrida por la banca central desde su aparición aproximada en el siglo XVII, puede afirmarse que, hoy en día, se caracteriza principalmente por monopolizar la emisión monetaria y por ser el "banco de bancos"; esto es, no ser una mera caja de conversión con la única posibilidad de emitir moneda local solo contra moneda extranjera, sino con la potencialidad de actuar como prestamista de última instancia del sistema bancario. Claro que ello no importa desconocer el cumplimiento de otras funciones, como la de financiar al gobierno o actuar como banco de desarrollo. Empero, reitero, el papel fundamental que corresponde a los bancos centrales, como autoridades monetarias, es el de ser monopolista de la emisión y actuar como banco de bancos en orden a asegurar la estabilidad financiera y la estabilidad macroeconómica del país, en especial, la de los precios⁵⁵².

Ahora bien, como ya ha sido mencionado en reiteradas oportunidades en este capítulo, la CN ha depositado en el Poder Legislativo el ejercicio

de la potestad monetaria como parte de la actividad financiera pública, en tanto dicha función importa una fuente de recursos públicos para engrosar el tesoro federal (conf. art. 75, incs. 11 y 19). En estas condiciones, es el Congreso el único poder que puede disponer y autorizar la emisión monetaria ("hacer sellar", dice el texto constitucional; es decir, la acuñación de dinero de curso legal, lo que le confiere el carácter de dinero fiduciario), determinar su valor —así como el de las extranjeras— y, a su vez, el que tiene la carga de custodiar ese valor.

La complejidad y la importancia que reviste la política monetaria para el desarrollo del país y para el desenvolvimiento de la economía nacional hacen imposible que un órgano como el Congreso, que no tiene carácter técnico ni cuenta con una estructura que le permita asumir directamente la función, tenga la capacidad para dirigirla y cumplir con los requerimientos que dicha tarea demanda. Así pues, dada la naturaleza de la política monetaria, la Constitución ha previsto la creación de un organismo financiero que se erija como autoridad monetaria del país y cumpla la función que titulariza el Poder Legislativo. Esto quiere decir que el propio texto constitucional ha reconocido expresamente una desconcentración funcional en el BCRA. De esta manera, al establecer y regular el "banco federal", el Congreso regula y estipula la forma en que el banco cumplirá ese rol.

En las economías modernas, los dos brazos de la política macroeconómica son la política fiscal —que engloba a las decisiones gubernamentales sobre gastos y tributos— y la política monetaria, que se refiere a todas las decisiones vinculadas con el sistema de moneda, efectivo y banca del país. Esta última política "es gestionada por los bancos centrales, (...) a los que se les permite actuar independientemente"⁵⁵³.

En pocas palabras, la Constitución ha previsto que, bajo la supervisión del Congreso, sea un ente independiente, profesional y especializado el que dirija la política monetaria y, en definitiva, custodie el valor de la moneda nacional.

Bajo esta premisa existe el BCRA, cuya actual carta orgánica se rige por las previsiones contenidas en la [ley 24.144](#), modificada por su par 26.739.

4.1. Naturaleza y estructura del BCRA

Conforme lo ha dispuesto el Congreso, el BCRA es una entidad autárquica del Estado nacional que, en sustancia, se rige por las disposiciones de su carta orgánica, y a la que, salvo expresas disposiciones en contrario establecidas por ley, no le serán de aplicación las normas, cualquiera sea su naturaleza, que con alcance general hayan

sido dictadas o se dicten para organismos de la Administración Pública Nacional, de las cuales resulten limitaciones a la capacidad o las facultades que le reconoce dicha carta (conf. [art. 1º](#), [ley 24.144](#) y modif.).

Como ya se dijo al efectuarse la breve noticia histórica sobre la formación del BCRA, según el texto actual de la carta orgánica, "[e]l banco tiene por finalidad promover, en la medida de sus facultades y en el marco de las políticas establecidas por el Gobierno nacional, la estabilidad monetaria, la estabilidad financiera, el empleo y el desarrollo económico con equidad social" ([art. 3º](#), [ley 24.144](#) y modif.).

Con relación al diseño de su estructura organizativa, la ley prevé que el BCRA es dirigido por un directorio compuesto por un presidente, un vicepresidente y ocho directores. Estos funcionarios son designados por el Poder Ejecutivo Nacional con acuerdo del Senado de la Nación, para lo cual deberán contar con probada idoneidad en materia monetaria, bancaria o legal vinculada con el área financiera (conf. [arts. 6º y 7º](#), [ley 24.144](#) y modif.).

4.2. Las funciones del BCRA

Según el art. 4º de su carta orgánica, entre las funciones y facultades del BCRA se encuentran, además de la de emisión monetaria, las siguientes: (i) Regular el funcionamiento del sistema financiero y aplicar la Ley de Entidades Financieras y las normas que, en su consecuencia, se dicten; (ii) Regular la cantidad de dinero y las tasas de interés, y regular y orientar el crédito; (iii) Actuar como agente financiero del Estado nacional, y depositario y agente del país ante las instituciones monetarias, bancarias y financieras internacionales a las cuales la Nación haya adherido; (iv) Concentrar y administrar sus reservas de oro, divisas y otros activos externos; (v) Contribuir al buen funcionamiento del mercado de capitales; (vi) Ejecutar la política cambiaria en un todo de acuerdo con la legislación que sancione el Honorable Congreso de la Nación y (vii) Regular, en la medida de sus facultades, los sistemas de pago, las cámaras liquidadoras y compensadoras, las remesadoras de fondos y las empresas transportadoras de caudales, así como toda otra actividad que guarde relación con la actividad financiera y cambiaria.

Llegado este punto, es importante resaltar que la ley de referencia se ha hecho eco de la pauta de independencia que subyace en la norma constitucional en comentario, al contemplarse que "[e]n el ejercicio de sus funciones y facultades, el banco no estará sujeto a órdenes, indicaciones o instrucciones del Poder Ejecutivo nacional, ni podrá asumir obligaciones de cualquier naturaleza que impliquen condicionarlas, restringirlas o delegarlas sin autorización expresa del Honorable Congreso de la Nación" (art. 4º, última parte, [ley 24.144](#) y modif.).

4.2.1. La emisión monetaria

La principal misión del BCRA, y así lo prevé la CN, es la de emitir moneda; es decir, poner en circulación los billetes y las monedas de curso legal. Mediante el ejercicio de esta facultad, el BCRA, como la máxima autoridad monetaria del país, controla la cantidad de dinero que existe en la economía (base monetaria⁵⁵⁴), para garantizar el equilibrio en el mercado de dinero.

La carta orgánica del BCRA recoge de manera expresa la regulación constitucional y prevé, en su art. 30, que dicho organismo "(...) es el encargado exclusivo de la emisión de billetes y monedas de la Nación Argentina y ningún otro órgano del Gobierno nacional, ni los gobiernos provinciales, ni las municipalidades, bancos u otras autoridades cualesquiera, podrán emitir billetes ni monedas metálicas ni otros instrumentos que fuesen susceptibles de circular como moneda".

Es necesario aclarar que si bien es el banco central el que cuenta con la facultad de emisión, la tarea en concreto de imprimir los billetes no la realiza dicha entidad financiera, sino que existe un organismo especializado a tal fin. En efecto, la confección material de dinero se halla a cargo de la Casa de Moneda Sociedad del Estado (SE), empresa pública industrial y comercial dependiente del Ministerio de Hacienda. Esta sociedad fue creada a través de la ley 21.622.

Entonces bien, con miras a controlar el equilibrio monetario en el mercado, el banco actúa frente a posibles desbalances en la cantidad de dinero circulante. Así, si se verifica que la cantidad de dinero en el mercado es inferior a la demandada, la autoridad monetaria realizará una política monetaria expansiva a fin de incrementarlo. En cambio, si el dinero circulante es mayor que el requerido por el público, el BCRA realizará una política monetaria contractiva, a fin de reducirlo.

Son varios los instrumentos de los que puede valerse el BCRA para llevar a cabo su política monetaria. Entre estos instrumentos, los más comunes son (i) las operaciones de mercado abierto —compra (polít. monet. expansiva) y/o venta (polít. monet. contractiva) de títulos de deuda—; (ii) la modificación de los encajes bancarios —el encaje bancario es la porción del dinero depositado por el público en los bancos comerciales que no puede ser utilizada por estos últimos para conceder créditos a otros sujetos—; (iii) los redescuentos —prestamos de dinero efectuados por el BCRA a los bancos comerciales, por los cuales percibe una renta (interés)—; (iv) la intervención en el mercado cambiario —compraventa de divisas— y (v) la emisión de letras —esto es, títulos de deuda del propio BCRA, generalmente de corto y mediano plazo. Estos títulos se emiten a los fines de absorber dinero circulante— (ver arts. 17 y 18, ley 24.144 y modif.).

4.2.1.1. La política cambiaria

Como autoridad monetaria nacional, el BCRA cumple funciones que se vinculan con la administración del sistema cambiario del país. Esto quiere decir que el banco interviene en la política cambiaria.

En el inc. f) del art. 4º de la carta orgánica del BCRA se prescribe que es facultad del banco "[e]jecutar la política cambiaria en un todo de acuerdo con la legislación que sancione el Honorable Congreso de la Nación". En paralelo, el Congreso —órgano al que le compete fijar el valor de la moneda nacional, así como "(...) el de las extranjeras(...)" (art. 75, inc. 11, CN)— ha establecido que la ya mentada entidad deberá "[a]sesorar al Ministerio de Economía⁵⁵⁵ y al Honorable Congreso de la Nación, en todo lo referente al régimen de cambios y establecer las reglamentaciones de carácter general que correspondiesen" y "[d]ictar las normas reglamentarias del régimen de cambios y ejercer la fiscalización que su cumplimiento exija" (conf. [art. 29](#), [ley 24.144](#) y modif.).

El principal elemento de la política cambiaria lo constituye el tipo de cambio, fenómeno que puede ser entendido como la cantidad de unidades de moneda nacional que se necesitan para adquirir una unidad de otra extranjera. En otras palabras, es la expresión en términos de dinero nacional del valor de una unidad de moneda de otro país. De allí que el tipo de cambio que tiene un país no es único, sino que existirán tantos como monedas en el mundo.

La fijación del tipo de cambio presenta una gran importancia para el desarrollo del comercio internacional, pues es la herramienta que permite comparar los precios de los bienes y servicios producidos en otros países.

El sistema de cambios de un país puede ser de dos tipos: flexible (o flotante) o fijo. En un sistema flexible, el tipo de cambio se determina a partir de la oferta y demanda de monedas extranjeras. A partir de esta relación en el mercado de divisas, el tipo de cambio variará según las relaciones que se establezcan entre la oferta y la demanda de divisas. Así, cuando la demanda de moneda extranjera supera a la oferta, el tipo de cambio aumenta y, a la inversa, si la oferta supera a la demanda, el tipo de cambio desciende.

Este es el sistema que, actualmente, se utiliza la Argentina, y aquí el papel del BCRA es importante, pues su intervención sirve para mantener estable el tipo de cambio.

De su lado, en el segundo de los sistemas, la relación de cambio entre la moneda nacional y las extranjeras es determinada por el titular de la potestad monetaria (sea el parlamento o el banco central, según el caso). En este caso, los bancos centrales, y así ocurrió en nuestro país durante

la vigencia de la Ley de Convertibilidad, deben asegurar la regularidad del tipo de cambio sea vendiendo divisas de sus reservas o adquiriendo el excedente de moneda extranjera en el mercado⁵⁵⁶.

Por último, no puede dejar de mencionarse que, a través de su intervención en el mercado de cambios, el BCRA puede obtener beneficios rentísticos.

4.2.1.2. Las reservas internacionales

Otra importante función que cumple el BCRA, como autoridad monetaria, es la de erigirse en "custodio" y administrador de las reservas internacionales que posea el país en el exterior, sean en divisas, oro y otros valores. La carta orgánica del BCRA dispone que es facultad de la entidad financiera estatal "[c]oncentrar y administrar sus reservas de oro, divisas y otros activos externos" (conf. art. 4º, inc. d), [ley 24.144](#) y modif.).

Las reservas internacionales pueden ser definidas como los activos o recursos financieros (divisas, metales preciosos y otros activos) con los cuales cuenta un país para respaldar su moneda y garantizar que existan divisas suficientes en el mercado. Estos activos, generalmente depositados en el exterior, son controlados por el banco central. Es precisamente el BCRA quien decidirá la política de acumulación de reservas que seguirá el país.

En relación con lo expuesto en el acápite anterior al hacer referencia a la política cambiaria que dirige el BCRA, la presencia de reservas internacionales es un elemento esencial a la hora de regular el tipo de cambio, sea para mantenerlo fijo; o bien, para garantizar su regularidad.

Asimismo, es útil destacar que las operaciones efectuadas a los fines de "custodiar" y administrar las reservas pueden dar lugar a la obtención de una renta o beneficio para el banco.

V. OTRAS FUNCIONES

Además del rol primordial que cumple en materia monetaria, el BCRA tiene a su cargo otras funciones que son propias de toda banca central. En este orden de ideas, y algo fue adelantado en los primeros apartados, el BCRA es prestamista de última instancia del Gobierno nacional, es su agente financiero y, a su vez, es la máxima autoridad en materia bancaria, en tanto ejerce la superintendencia de dicho sistema.

La posibilidad de erigirse en prestamista del Gobierno nacional, mediante la remisión de adelantos transitorios, se encuentra regulada en el art. 20 de la carta orgánica del banco.

Con respecto a la segunda de las funciones mencionadas previamente; esto es, como agente financiero del Gobierno de la Nación, el BCRA es el encargado de "(...)realizar las remesas y transacciones bancarias del Gobierno nacional, tanto en el interior del país como en el extranjero (...)", para lo que "(...) recibirá en depósito los fondos del Gobierno nacional y de todas las reparticiones autárquicas y efectuará pagos por cuenta de [ellos]" (conf. [art. 21](#), [ley 24.144](#) y modif. Ver, asimismo, el art. 22).

Por último, cabe hacer referencia a la función de superintendencia del sistema bancario, ya que el BCRA es la autoridad de aplicación de la [ley 21.526](#), de Entidades Financieras (conf. art. 4º). Como titular del llamado "poder de policía" financiero y bancario, el BCRA supervisa la actividad financiera y cambiaria del país, a los efectos de controlar el cumplimiento de las normas que rigen la actividad. Para cumplir su cometido, el banco central cuenta con facultades de fiscalización, inspección, auditoría y también con potestades sancionatorias (conf. cap. XI de la [ley 24.144](#) y modif., y, por su parte, [ley 21.526](#)).

Art. 75, inc. 7º.—

Arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación.

Comentario por Federico M. Apostolidis

I. PLAN DE EXPOSICIÓN

En otra parte de esta obra describí los aspectos más salientes del régimen constitucional del crédito público y, en especial, del instituto del empréstito⁵⁵⁷. Aquí voy a referirme a las consecuencias jurídicas derivadas de las operaciones de crédito en las que interviene el Estado: la deuda pública. Claro que el enfoque estará centrado en las cuestiones vinculadas con su cumplimiento. A estos fines, me ocuparé, en primer orden, de definir el concepto de deuda pública y de distinguir entre la deuda interna y externa. Luego, reseñaré cuáles son los principales mecanismos que existen para cancelar las obligaciones generadas por la contratación de empréstitos y, finalmente, examinaré los alcances de las facultades atribuidas al Congreso para arreglar el pago de la deuda, según sea ella interna o externa.

II. LA DEUDA PÚBLICA: NOCIÓN Y TIPOS

Por deuda pública puede entenderse el conjunto de obligaciones que asume el Estado, frente a sus acreedores, como consecuencia del perfeccionamiento de una operación de crédito público. Entre esas obligaciones se encuentran, generalmente, la devolución del capital prestado y el pago del interés prometido.

En pocas palabras, se trata del deber jurídico del Estado de reintegrar el dinero prestado por quienes suscribieron las operaciones financieras, en las condiciones que hubiesen sido acordadas.

El Congreso, al reglamentar legalmente el sistema constitucional del crédito público, ha definido a la deuda pública como "[e]l endeudamiento que resulte de las operaciones de crédito público" (conf. art. 57, ley 24.156).

La Constitución, al referirse a las deudas que son contraídas por el Estado, distingue entre las internas y las externas. Si bien no existe una definición unívoca que permita diferenciar entre una y otra categoría de deuda, lo cierto es que, al menos, pueden mencionarse algunas pautas o criterios que permitan trazar las fronteras entre ambas categorías.

En efecto, la presencia de algún elemento extraño al ordenamiento jurídico nacional es lo que suele atribuir el carácter de internacional a la deuda generada, en tanto ese elemento es lo que puede dar lugar a la aplicación de un derecho foráneo o el derecho internacional. Por ejemplo, ese elemento estará presente si la operación de crédito es pagadera en el exterior, si el Estado deudor se somete a una jurisdicción distinta de la nacional para la resolución de cualquier disputa que pudiera generarse con motivo del préstamo o si el Estado decide someterse a una legislación extraña a la propia, sea extranjera o internacional.

Por el contrario, se puede decir que una deuda pública es interna cuando se halla sometida a la legislación y jurisdicción nacional y su cumplimiento tiene lugar dentro de los límites territoriales del país deudor. En suma, el empréstito dará lugar a una deuda interna cuando se halle regulado por el ordenamiento jurídico del país contratante, sea porque no se presente ningún elemento extraño a ese ordenamiento, por resultar de la voluntad de las partes intervinientes en la operación crediticia; o bien, si así lo determina la aplicación de una norma de conflicto⁵⁵⁸.

Creo necesario destacar que pautas como la moneda pactada para el pago de la deuda o el lugar de residencia del prestamista no resultan ser los criterios más convenientes para calificar a una operación de crédito como interna o externa, pues puede ocurrir que ciudadanos residentes en otras naciones decidan prestar dinero a un Estado mediante la adquisición de títulos de deuda pública sometidos a legislación y jurisdicción del país

emisor, en cuyo caso no podría hablarse de deuda externa pese a que una de las partes del contrato sea un sujeto extranjero.

La ley 24.156 define a ambas categorías de deuda, aunque no de la manera más feliz, en los siguientes términos:

"Se considerará deuda interna, aquella contraída con personas físicas o jurídicas residentes o domiciliadas en la República Argentina y cuyo pago puede ser exigible dentro del territorio nacional. Por su parte, se entenderá por deuda externa, aquella contraída con otro Estado u organismo internacional o con cualquier otra persona física o jurídica sin residencia o domicilio en la República Argentina y cuyo pago puede ser exigible fuera de su territorio" (art. 58, párr. 1º).

Dicho lo anterior, es dable señalar que más allá de la clasificación incluida en el texto constitucional, en el campo de los estudios financieros —y, por cierto, en el propio texto de la ley 24.156—, existen otros criterios clasificatorios de la deuda. Así, se puede hablar, entre otros supuestos, de deuda *directa* o *indirecta* —según sea que la contrate directamente el Estado por sí y para sí o que este intervenga como avalista de una deuda contraída por un tercero (conf. art. 58, segundo párrafo, ley 24.156)— a *largo* o *corto plazo* —según si su vencimiento excede, o no, del año en que se emitió—, *nacional* o *local*, y *perpetua* —si no existe obligación de reintegrar el capital— o *redimible* —si el capital es reintegrable—.

III. EXTINCIÓN DE LA DEUDA PÚBLICA

3.1. La amortización de la deuda

Como se sostiene desde la teoría general de las obligaciones, la forma normal en que ellas se extinguen es a través del cumplimiento de la prestación debida. En este sentido, el modo común o normal de ponerle fin al vínculo obligacional derivado de una operación de crédito público es mediante el pago de lo debido, en las condiciones pactadas. El pago de la deuda pública recibe el nombre de "amortización".

La amortización, entonces, como medio normal de cumplimiento de las obligaciones jurídicas que asume el Estado como consecuencia de una operación crediticia, comprende el reintegro del capital prestado más el pago del interés que se hubiera pactado.

Normalmente, los acuerdos crediticios fijan el plazo de reembolso, el cual rige para todas las partes intervinientes. De este modo, el pago no podría ser reclamado por los prestamistas antes del vencimiento de la fecha acordada, ni el Estado podría reintegrar el capital con los intereses devengados antes de que se llegue al término de vigencia de la relación contractual. Sin embargo, no existiría inconveniente alguno para que el Estado, al concertar el préstamo, reserve la facultad de cancelación anticipada⁵⁵⁹.

A su vez, la amortización puede ser total en un momento fijo preestablecido, o en etapas. En el primero de los casos, el país deudor cumple con su obligación de pago, por la suma total del capital prestado, en una única fecha previamente determinada.

En cambio, en el segundo supuesto, la obligación de reembolso es cumplida en etapas. Esta forma de amortización suele emplearse con relación a deudas a largo plazo y de gran cuantía.

Existen diversos sistemas para la amortización en etapas, la que puede hacerse: (i) *por series*: aplicable en los casos de emisión de títulos públicos de deuda. Aquí se le asignan números de serie a los títulos y se le atribuye a cada una de ellas una determinada fecha de amortización; (ii) *por anualidades*: este mecanismo consiste en el pago de una parte de capital en el momento en que se procede al pago de los intereses devengados en el período considerado. De esta manera, mientras se van cancelando los intereses se reintegra parcialmente el capital; (iii) *por sorteo*: también aplicable para supuestos de deuda titulizada. El reembolso de capital es paulatino y se realiza conforme un sorteo previo de lotes de títulos. (iv) *por subasta o licitación*: en este caso, el Estado deudor fija fechas escalonadas de reembolso; y, a los fines de seleccionar el grupo de títulos que serán reembolsados, prevé subastas o licitaciones públicas. Así, el Estado realizará las amortizaciones que se ofrezcan al precio más reducido⁵⁶⁰.

Por último, es dable mencionar que las sumas previstas en el presupuesto público para la amortización de la deuda pública reciben el nombre de "servicios de la deuda". Así lo dispone el art. 70 de la ley 24.156 cuando establece que "[e]l servicio de la deuda estará constituido por la amortización del capital y el pago de los intereses comisiones y otros cargos que eventualmente puedan haberse convenido en las operaciones de crédito público".

3.2. Conversión de la deuda

Además del pago, la deuda pública puede extinguirse por otras formas distintas de la normal. Así, podría extinguirse por confusión, compensación —si se les atribuye a los títulos de deuda el carácter de cancelatorios de obligaciones tributarias—, prescripción —sobre todo en el caso de la deuda interna— o novación; es decir, por otros medios de extinción de las obligaciones.

De entre estos casos, el de la novación posee una gran trascendencia dentro del derecho del crédito público y se expresa a través de un dispositivo específico, que se denomina "conversión".

Si bien la conversión no es técnicamente indicativa de un fenómeno extintivo de la deuda pública, pues ella subsiste en otras condiciones, se

lo estudia así, dado que, en definitiva, conlleva el fin de una deuda anterior y, simultáneamente, el nacimiento de una nueva. Es decir, se trata, en rigor, de un supuesto de transformación de deuda (total o de algunas condiciones de la originaria).

Mediante la conversión, el Estado persigue una mejora comparativa en las condiciones pactadas en un primer momento, la que generará, como consecuencia, una disminución en el peso o carga de la deuda (*i.e.*, reducción de los intereses, modificación de los plazos de amortización, etc.).

La conversión puede ser: (i) *forzosa*: si es impuesta unilateralmente por el Estado sin necesidad de conformidad por parte de los prestamistas, quienes no podrán optar por modificar las condiciones del empréstito; (ii) *facultativa o voluntaria*: si, en cambio, el Estado propone y negocia nuevas condiciones para la operación de crédito sin que ello sea obligatorio para los prestamistas y las nuevas condiciones son aceptadas por los acreedores, la conversión será facultativa; y (iii) *obligatoria*: este caso es similar a la conversión forzosa, pues el país deudor fija unilateralmente las nuevas condiciones de la operación de crédito. Sin embargo, aquí, a diferencia del otro supuesto, el prestamista acreedor puede consentir las modificaciones o no, en cuyo caso se extinguirá el contrato mediante el respectivo reembolso. Es decir, se amortizaría anticipadamente el contrato.

La conversión facultativa no amerita crítica alguna, como sí ocurre con la forzosa y, en menor medida, con la obligatoria. Estas dos últimas tienen aptitud suficiente para erosionar el crédito público del Estado, ya que, en definitiva, importan el incumplimiento del contrato original.

De su lado, cabe resaltar que, al tratarse de una modificación de la operación original y el nacimiento de una nueva deuda, toda conversión se halla alcanzada por el principio de reserva legal y debe ser aprobada por el parlamento (conf. art. 4º y 75, inc. 4º, CN).

3.2.1. Consolidación

La consolidación de la deuda pública es una modalidad especial de la conversión y consiste en la transformación de una deuda de corto plazo en una cancelable a largo plazo. Consolidar una deuda, entonces, es asegurar su cumplimiento en un plazo mayor que el fijado al momento de contratarse.

Como sucede a nivel general con la conversión, la deuda pública puede consolidarse voluntariamente o de manera obligatoria⁵⁶¹. Cuando el Estado impone unilateralmente la consolidación; esto es, cuando aplaza el cumplimiento de la amortización sin la aprobación del acreedor, lo hace

por la imposibilidad de cumplir en tiempo con el reembolso. Por eso es que muchas veces se lo menciona como "bancarrota", pues, aun con intención de cumplir, no se sabe en qué momento podrá el Estado cancelar la deuda. Por el contrario, si la consolidación es voluntaria, se entiende que existe una moratoria entre el Estado y el acreedor prestamista.

3.3. El incumplimiento del pago de la deuda pública: el repudio o default voluntario

Puede ocurrir que el Estado, sin hallarse en una situación de bancarrota, decida unilateralmente, y por diversas razones, que no cumplirá con el pago de sus deudas. A esta decisión estatal se la designa con el nombre de "repudio". Ferreiro Lapatza define al repudio como la declaración solemne formulada por el Estado —generalmente a través de una ley y por razones de índole política—, mediante la que afirma que no se cumplirá con las obligaciones derivadas de los contratos —o uno en particular— de crédito público⁵⁶². Un ejemplo de repudio es el que tuvo lugar en Rusia tras la revolución, respecto de las deudas contraídas durante la vigencia del régimen zarista.

Por otro lado, el repudio puede ser expreso o tácito y total o parcial. El expreso responde a la definición aportada en el párrafo anterior. En el tácito, en cambio, la ley que en los hechos dispone el desconocimiento de la deuda, no se manifiesta acerca del vínculo contractual que va a desconocerse, sino que regula otras cuestiones que, en la práctica, tienen por efecto el repudio de la deuda que no va a cumplirse.

Por otra parte, el repudio es total si se refiere a todos los aspectos de la operación crediticia, y será parcial cuando se vincule solamente con algunos aspectos, como los intereses o el capital.

La construcción de la idea del repudio o desconocimiento de la deuda se enlaza, al mismo tiempo, con la noción de "deuda odiosa". Conforme las características enunciadas por quien propició su definición, Alexander Sack, una deuda pública puede ser reputada como odiosa, cuando: (i) fue contraída sin el consentimiento del pueblo de la nación que recibió el dinero, (ii) se adquirió para atender objetivos que no beneficiaron o directamente perjudicaron a la población del Estado deudor; y (iii) los prestamistas tenían conocimiento de las dos circunstancias indicadas anteriormente⁵⁶³.

IV. EL "ARREGLO" DEL PAGO DE LA DEUDA: LOS ALCANCES DEL PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL

La fórmula empleada por la Constitución en este inciso —cuya redacción, en lo sustancial, proviene del texto originario, del que solo se reemplazó el vocablo "Confederación" por "Nación"—, no ha generado

mayores inconvenientes interpretativos en nuestra práctica jurídica. La regla normativa en cuestión es una manifestación y consecuencia del principio de reserva de ley que rige en materia financiera.

En efecto, como ya fue expuesto al estudiarse la teoría general del crédito público⁵⁶⁴, el empréstito se caracteriza, entre otras cosas, por implicar, en simultáneo, tanto un recurso como un gasto público, ya que el capital adquirido está destinado a ser reintegrado en el futuro.

El cumplimiento de las prestaciones derivadas de las obligaciones adquiridas con motivo de operaciones de crédito (deuda pública) es, en resumidas cuentas, una cuestión presupuestaria, pues requiere de una erogación. Al ser ello así, es de toda lógica que la Constitución disponga expresamente que las cuestiones atinentes al pago de la deuda pública sea una decisión exclusiva del Congreso, órgano que tiene a su cargo la competencia para aprobar el presupuesto del Estado (conf. art. 75, inc. 8º, CN).

Así las cosas, todos los mecanismos extintivos de la deuda pública — sea la amortización, la conversión, la consolidación, etc.—, al configurarse el principio de legalidad, deben ser aprobados y determinados por el Poder Legislativo.

No obstante la clara pauta constitucional, en nuestra historia, el Poder Ejecutivo es el órgano que ha ejercido el papel protagónico en lo atinente al arreglo del pago de la deuda pública. Este fenómeno de deslegalización ha sido consentido por el propio cuerpo legislativo a través de delegaciones amplias y genéricas formuladas en normas especiales o en otro tipo de leyes, como las de presupuesto, la carta orgánica del Banco Central, etc.

En este sentido, cabe resaltar que el art. 65 de la ley 24.156 contiene una delegación permanente por parte del Congreso hacia el departamento ejecutivo, al disponer que este:

"(...) podrá realizar operaciones de crédito público para reestructurar la deuda pública y los avales otorgados en los términos de los arts. 62 y 64 mediante su consolidación, conversión o renegociación, en la medida que ello implique un mejoramiento de los montos, plazos y/o intereses de las operaciones originales".

Como se puede advertir, la norma legal autoriza al Ejecutivo a disponer y pactar la consolidación o conversión de las deudas existentes, así como también la de renegociar las condiciones de un crédito acordado, a los efectos de su cancelación. Pese a los condicionamientos incorporados en el texto, parece muy difícil que el artículo en cuestión, cuyo primer párrafo es anterior a la reforma constitucional de 1994, pase un test de constitucionalidad a la luz de la regla contenida en el art. 76 de la CN.

Si bien es criticable que salga del órgano deliberativo el tratamiento de las cuestiones sobre la cancelación o reestructuración de la deuda pública, lo cierto es que en esta materia se encuentran involucrados diversos aspectos de gran complejidad que no podrían ser abarcados o gestionados directamente por el parlamento. La gran multiplicidad de acreedores, la diversidad de títulos de deuda en circulación, las grandes sumas dinerarias en discusión y todas las cuestiones conexas, requieren de previsiones, negociaciones, planeamientos y programaciones que son ajenas a la estructura legislativa. Sin embargo, esto no puede ser excusa para limitar la intervención parlamentaria a la mera aprobación de lo realizado por el ejecutivo o para justificar el silencio frente a diversos decretos de necesidad y urgencia que disponen las más variadas medidas para "arreglar" el pago de la deuda —como ha sucedido, entre otros casos, con las decisiones de disponer de las reservas del Banco Central para amortizar deuda, conforme el dictado de los DNU 1601/PEN/2005, 1394/PEN/2008 y 298/PEN/2010—.

Asimismo, no puede soslayarse que en el caso de la deuda externa contraída con otros Estados u organismos multilaterales de crédito —excluyo aquí a la colocación de títulos en mercados de valores foráneos—, la intervención principal del Poder Ejecutivo es un recaudo en términos constitucionales, dado que las negociaciones sobre la deuda se realizan en un plano internacional (conf. art. 99, inc. 11, CN). En estos casos, la intervención parlamentaria se verificará en una etapa posterior, mediante la aprobación de lo acordado. A nivel interno, la participación del Legislativo ha sido un poco más activa, pues ha dictado varias leyes tendientes a organizar la situación de la deuda. Sobre esto volveré más adelante.

Más allá de que el Congreso intervenga, sea mediante la Ley de Presupuesto, leyes especiales o por medio de la aprobación de los convenios internacionales, resultaría conveniente una etapa previa de discusión legislativa de la que resulten posibles instrucciones para el ejecutivo, a los efectos de lograr mejores decisiones en un contexto de mayor consenso.

Uno de pronunciamientos más trascendentes de la Corte Suprema con respecto a las competencias para disponer el arreglo del pago de la deuda ha sido el recaído en la causa "Brunicardi, Adriano C. c. Estado Nacional (BCRA) s/cobro"⁵⁶⁵, en cuyo marco se discutía la validez constitucional del dec. 772/PEN/1986 y de las resoluciones ministeriales y comunicaciones del Banco Central de la República Argentina que se dictaron en consecuencia, mediante los cuales el gobierno constitucional reinstaurado en 1983 dispuso modificar las condiciones de financiación y amortización de esos bonos nominativos en dólares estadounidenses (BONODS). En concreto, allí se cuestionó que el Poder Ejecutivo hubiera alterado unilateralmente las condiciones del empréstito público, lo que fue

convalidado por el Tribunal Supremo, no solo desde el punto de vista sustancial de la medida adoptada sino también por el sujeto emisor de las normas, al entenderse que no se había configurado una transgresión a la pauta general que el actual inc. 7º del art. 75 de la CN fija en relación con el órgano que detenta la facultad para arreglar el pago de la deuda pública.

En efecto, según meritó la Corte, la prórroga de los pagos de las amortizaciones de capital de determinados títulos de deuda externa, así como las nuevas pautas para la amortización y la refinanciación de estas obligaciones, dispuestas unilateralmente por el Ejecutivo, fueron convalidadas por el Congreso en el momento de la aprobación del presupuesto general para los ejercicios financieros 1986 y 1987. Así las cosas, se entendió que

"(...) no puede afirmarse que el Poder Legislativo haya transferido una competencia propia sino que, en la práctica del funcionamiento de las instituciones en la última década, la ha ejercido en la oportunidad del debate y aprobación de la ley anual de presupuesto general. (...) [L]a ley 24.156 —que constituye un todo orgánico regulador de la administración financiera y de los sistemas de control del sector público nacional— si bien resulta inaplicable como norma habilitante de los actos administrativos cuestionados, revela la voluntad actual del órgano legislador de continuar ejerciendo la competencia que se discute en el sub lite, en oportunidad de la aprobación de la ley de presupuesto general del año respectivo, sin perjuicio de reservar la posibilidad de dictar una ley específica para aquellas operaciones de crédito público que no estuvieran contempladas en la ley de presupuesto general y delegar facultades en el Poder Ejecutivo en cuanto a las operaciones de crédito con los organismos financieros internacionales de los que la Nación forma parte (art. 60 de ese cuerpo legal), delegación que ciertamente deberá respetar el marco constitucional (art. 76 de la CN)".

Al mismo tiempo, es dable recordar que en un caso en el cual unos tenedores de bonos argentinos en moneda extranjera —por entender que afectaba el derecho de propiedad garantizado por el art. 17 de la CN— acusaron la inconstitucionalidad de la decisión del Estado de convertirlos en pagaderos en moneda nacional (medida que había sido adoptada en virtud de un complejo conjunto normativo, cuya principal norma fue el dec. 471/PEN/2002), la Corte Suprema, al hacer suyo el dictamen de la Procuración General de la Nación, confirmó la validez constitucional de ese tipo de medidas de conversión de las obligaciones y, asimismo, convalidó, al menos tácitamente, la delegación legislativa en materia de reestructuración de la deuda⁵⁶⁶.

Cabe indicar que en un contexto de grave emergencia pública (social, económica, financiera y cambiaria; conf. leyes 25.561, 25.725, 25.820 y 25.972), el Congreso delegó en el Ejecutivo una serie de facultades para reordenar el sistema económico, financiero, bancario y cambiario y tomar medidas para reestructurar la deuda pública. Ante esta situación, se dictó

el dec. 471/PEN/2002 (ratificado por el [art. 62](#) de la [ley 25.725](#)), que dispuso que las obligaciones del sector público, vigentes a febrero de 2002, denominadas en dólares u otra moneda extranjera, cuya ley aplicable fuera solamente la argentina, se convertirían a razón de un peso con cuarenta centavos por cada dólar o su equivalente en otra moneda extranjera. Asimismo, se estableció que esas sumas se ajustarían por un coeficiente creado a tales efectos (coeficiente de estabilización de referencia, CER).

Luego de señalar que si el Estado se declara en bancarrota —o no puede hacer frente a sus compromisos—, la solución para ese problema no diferiría de aquella empleada en el orden de los negocios privados —pues se arregla mediante quitas, esperas, o ambas a la vez—, la Corte hizo hincapié en que, por vía de principio, la naturaleza jurídica del empréstito público no significa la exclusión de toda responsabilidad de orden patrimonial por la modificación unilateral de las obligaciones, en caso de conducta arbitraria o de lesión a derechos individuales.

En síntesis, la Corte entendió, al remitir al dictamen de la Procuración General, que a partir de

"(...) la doctrina de la emergencia (...) las medidas que las autoridades competentes implementaron para conjurar la crisis, en su proyección a este caso, encuentran amparo constitucional, desde que no aparecen desproporcionadas con relación al objetivo declarado de afrontar el estado de emergencia que perseguían, ni aniquilan el derecho de propiedad de la actora".

Para fundar esa decisión, se ponderaron los siguientes argumentos: (i) la Constitución Nacional atribuye al Congreso las facultades de arreglar el pago de la deuda interior y exterior y de aprobar el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración Nacional (art. 75, incs. 7º y 8º), y que dicho órgano, en ejercicio de tales potestades, convalidó las medidas adoptadas en un primer momento por el Poder Ejecutivo Nacional; o bien, directamente dispuso sobre el modo de atender dichas obligaciones; (ii) las medidas fueron adoptadas en el marco de un estado de emergencia —declarado por la ley 25.561, y vigente durante la época en que se dictó el fallo—; (iii) la cesación de pagos en la que había incurrido el país; (iv) que no se había demostrado que las medidas cuestionadas vulneraran el principio de razonabilidad; (v) que esas medidas no se limitaron a convertir a pesos las obligaciones originales sino que previeron mecanismos de compensación para atenuar la pérdida de su valor y para flexibilizar las nuevas condiciones impuestas (como volver a optar por la conversión a moneda extranjera u optar por un nuevo título de deuda); (vi) que no se advertía de modo manifiesto que las normas impugnadas fueran confiscatorias o cercenadoras del derecho de propiedad; y (vii) que la disparidad de trato entre la deuda pública sometida a la ley argentina y aquella regida por leyes extranjeras no configuraba un

tratamiento desigual entre acreedores con virtualidad suficiente para vulnerar el principio contenido en el art. 16 de la CN.

V. EMERGENCIA Y DEUDA PÚBLICA

Mediante la invocación del instituto de la emergencia financiera se ha justificado el dictado de normas jurídicas tendientes a suspender temporariamente el ejercicio de derechos patrimoniales. Principalmente, el aplazamiento del cumplimiento de obligaciones a cargo del Estado —lo que importa una pausa a la exigibilidad de las prestaciones debidas—, con el objeto de superar un período de crisis o evitar su agravamiento.

La suspensión temporal del cumplimiento de obligaciones estatales se ampara en la idea de proteger el bienestar general de la población y la subsistencia misma del Estado deudor.

Sobre la noción de este instituto, tiene dicho nuestro Máximo Tribunal que

"el concepto de emergencia abarca 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 o 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"⁵⁶⁷.

En este orden de ideas, se ha admitido en nuestra práctica constitucional la validez de las leyes de emergencia, bajo el argumento de la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que pudieran poner en peligro la conservación del sistema político y del orden económico, sin los cuales no podría subsistir la organización jurídica sobre la que reposan los derechos y garantías individuales. Dentro de este marco, en el ámbito patrimonial, la medida de emergencia económica que más se ha empleado —con relación al tema en examen— es la postergación del cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos, sea mediante la fijación de nuevos plazos, la disposición de esperas y otros dispositivos tendientes a hacer posible su cumplimiento.

La Corte Suprema en varios precedentes ha determinado que la admisibilidad de este tipo de medidas se halla supeditada al cumplimiento de ciertas pautas constitucionales, ya que "[n]o se trata de reconocer grados de omnipotencia al legislador (...) sino de no privar al Estado de las medidas de gobierno que conceptualice útiles para llevar un alivio a la comunidad"⁵⁶⁸. En este entendimiento, el Alto Tribunal federal ha fijado

un *test* o estándar para examinar la viabilidad de la norma de emergencia sobre la base de cuatro recaudos fundamentales extraídos de la jurisprudencia constitucional estadounidense. Esos presupuestos son: (i) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; (ii) que la ley tenga como finalidad legítima la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; (iii) que los remedios justificados en la emergencia sean de aquellos propios de ellas y utilizados razonablemente —p. ej., que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias—; y (iv) que la ley sancionada se encuentre limitada en el tiempo y que el término fijado tenga relación directa con la exigencia en razón de la cual ella fue sancionada —v.gr., establecimiento de un plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria—⁵⁶⁹.

En paralelo, se ha descartado el argumento de la afectación del derecho de propiedad, al aseverarse que

"Cuando por razones de necesidad, [se] sanciona una norma que no priva a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni les niega su propiedad y sólo limita temporalmente la percepción de tales beneficios o restringe el uso que puede hacerse de esa propiedad, no hay violación del art. 17 de la CN, sino una limitación impuesta por la necesidad de atenuar o superar una situación de crisis. En el sistema constitucional argentino, no hay derechos absolutos y todos están subordinados a las leyes que reglamentan su ejercicio"⁵⁷⁰.

A modo de resumen, en palabras de la Corte, las leyes de emergencia serán válidas siempre que se respeten los derechos y garantías constitucionales, ya que "(...) la situación de emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales" (Fallos 243:467) (...) "⁵⁷¹. De este modo, para que sean reputadas como medidas aceptables desde el plano constitucional, es necesario que: (i) la restricción establecida sea razonable y limitada en el tiempo; (ii) que importe un remedio y no una mutación en la substancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato; y (iii) que respete el principio de igualdad.

La Corte ha recurrido en reiteradas ocasiones al argumento de la emergencia para justificar el dictado de normas de reestructuración unilateral de la deuda pública. Puede señalarse, en este sentido, la sentencia dictada en el caso "Rabolini, Germán Adolfo c. EN - Mº Economía - resol. 73/02 s/amparo ley 16.986"⁵⁷², en la cual el tribunal aseveró que

"(...) una adecuada inteligencia del (...) precedente 'Galli' permite afirmar que en esa causa la Corte no se limitó a resolver lo relativo a la modificación de la moneda de pago —dispuesta por el dec. 471/2002 respecto de los bonos regidos

por la legislación argentina— sino que estableció una doctrina de amplios alcances —con respaldo en un principio de derecho de gentes cuya existencia ya había sido afirmada por el Tribunal en el precedente 'Brunicardi, Adriano C. c. Estado Nacional (BCRA)' (Fallos 319:2886)— en lo concerniente a las facultades del Estado, respecto de la posibilidad de que en épocas de graves crisis económicas limite, suspenda o reestructure los pagos de la deuda para adecuar sus servicios a las reales posibilidades de las finanzas públicas, a la prestación de los servicios esenciales y al cumplimiento de las funciones estatales básicas que no pueden ser desatendidas".

VI. EL ARREGLO DEL PAGO DE LA DEUDA INTERNA

Al estudiar el inc. 4º del art. 75 de la CN hice hincapié en advertir que, al tratarse el empréstito de un contrato, sus efectos consistían en derechos y obligaciones recíprocas para las partes que, al menos en principio, se hallaban en igualdad de condiciones. Así, el Estado no podría dejar de cumplir voluntariamente con las obligaciones a su cargo sin afectar el vínculo jurídico contractual.

A su vez destacué, con relación a los empréstitos externos, que al regirse estos por el derecho internacional o por un derecho foráneo, el Estado no podría, por vía de principio, modificar unilateralmente las condiciones del contrato sin contar con la aprobación de su acreedor (o al menos no podría hacerlo sin generar consecuencias jurídicas negativas como comprometer su responsabilidad internacional, dar lugar a reclamos por daños y perjuicios; o bien, llevar a la ejecución forzada de la obligación si las normas previeron una prórroga de la jurisdicción dirimente y ejecutoria).

También señalé que la situación era distinta en el ámbito del empréstito interno, donde el Estado, en ejercicio de facultades constitucionales, podría llegar a alterar unilateralmente las obligaciones por él asumidas (generalmente lo vinculado con los plazos y vencimientos de las amortizaciones de capital y/o intereses) en el marco de una operación de crédito público. Estas modificaciones de las condiciones originarias del contrato ingresan dentro de las facultades conferidas al Congreso para arreglar el pago de la deuda interna.

Al mismo tiempo, es conveniente dejar aclarado que la facultad atribuida al Congreso por la norma en estudio no se refiere únicamente a las deudas derivadas del uso del crédito público, sino también que incluye a toda obligación de entregar sumas de dinero a cargo del Estado (*i.e.*, las derivadas de condenas judiciales).

Antes de reseñar algunos de los actos realizados en nuestro país para arreglar el pago de la deuda interna, creo necesario mencionar que en casi todos los casos existió un denominador común: la emergencia económico-financiera.

6.1. La consolidación de la deuda interna

El Congreso de la Nación ha dispuesto, en reiteradas ocasiones, la consolidación de la deuda nacional, en uso de las facultades conferidas por el inc. 7º del art. 75 de la CN. Es decir que, ante la imposibilidad de cumplir regularmente con el conjunto de prestaciones patrimoniales a su cargo, ha tenido que establecer diversos procesos de reestructuración de sus pasivos.

En esta inteligencia, mediante la [ley 23.696](#) (sancionada el 17/8/1989), se declaró en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y, en general, la situación económica financiera de la Administración Pública Nacional (conf. art. 1º). Posteriormente, el 21/8/1991, se sancionó la [ley 23.982](#), a través de la que se dispuso la consolidación de las obligaciones vencidas o de causa o título anterior al 1/4/1991 que consistieran en el pago de sumas de dinero, o que se resolvieran en el pago de sumas de dinero, siempre que se hallaran dentro de una serie de supuestos enumerados expresamente (conf. art. 1º).

Mediante esta norma legal se buscó ordenar y reestructurar la deuda del Estado y a tales fines se previó que los acreedores podían esperar el pago en efectivo, según el orden de privilegios establecido por la ley conforme las partidas presupuestarias que fuera estipulando el Congreso (conf. art. 7º y cctes., [ley 23.982](#)). A su vez, permitía a los acreedores optar por recibir un título de deuda denominado "Bono de Consolidación", en moneda nacional o en dólares, luego de recalculado el monto de la deuda. Estos bonos eran amortizables a dieciséis años y devengaban intereses (conf. arts. 10, 11, 12 y conchs., [ley 23.982](#)).

Más adelante en el tiempo, la [ley 24.447](#) (de presupuesto para el ejercicio 1995, sancionada el 23/12/1994), estipuló la caducidad de las prerrogativas y la prescripción de las acciones para reclamar créditos contra el Estado nacional o cualquiera de los entes comprendidos en la [ley 23.982](#) de causa o título anterior al 1/4/1991, "(...) a excepción de las deudas provisionales y las que reclamasen las provincias y los municipios" (conf. art. 25).

El 19/10/2000 se sancionó la ley 25.344, por medio de la cual se volvió a declarar la emergencia respecto de la situación económico-financiera del Estado nacional, la prestación de los servicios y la ejecución de los contratos a cargo del sector público nacional (conf. art. 1º). Asimismo, la nueva ley concretó una nueva consolidación de la deuda nacional con los alcances y en la forma dispuesta por la [ley 23.982](#). La nueva consolidación abarcó a las obligaciones vencidas o de causa o título posterior al 31/3/1991 y anterior al 1/1/2000 (conf. art. 13). Bajo este régimen también

podía optarse entre esperar el pago en dinero o percibir bonos de deuda consolidada a suscribirse en moneda nacional o dólares estadounidenses.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha avalado en reiteradas ocasiones la validez de las leyes de consolidación de los pasivos estatales⁵⁷³. Sin embargo, en algunos casos, el Cíbero Tribunal ha declarado que ciertos supuestos de consolidación entraban en pugna con la CN.

En efecto, la Corte tuvo que decidir si la aplicación del régimen instaurado por la [ley 23.982](#) al pago de la indemnización por expropiación era compatible —en tanto restringía temporalmente la percepción íntegra de los montos adeudados— con el texto y con los principios constitucionales. La solución a la que llegó el tribunal fue por la negativa, razón por la que declaró la inconstitucionalidad de la referida ley en su aplicación a ese tipo de deudas⁵⁷⁴.

En esta inteligencia, el tribunal recordó que la expropiación no cae en el ámbito prohibido de la confiscación gracias al inexcusable pago previo de la indemnización, que debe ser justa, actual e íntegra. Sostuvo que, por ello, ninguna ley puede modificar ni subvertir esos principios de raigambre constitucional (conf. art. 17, CN), los cuales han sido preservados aun ante el caso de leyes de emergencia. Es decir que, según la Corte, nunca una indemnización previa podrá entenderse como un crédito a cobrar por expropiación.

De otro lado, se descartó la posibilidad de subsanar la demora en el pago por la oferta de títulos cotizables en la bolsa de valores, "(...) pues su venta dependería de las oscilaciones del mercado y afectaría la integridad del pago. Ello es así pues un sistema que comporte una demora en el cobro de la indemnización es inconciliable con la exigencia constitucional del pago previo debido al expropiado y, por tanto, resulta violatorio de lo dispuesto en el art. 17 de la Ley Fundamental (...)".

En otra ocasión⁵⁷⁵, la Corte confirmó expresamente una sentencia que había declarado inconstitucional la consolidación establecida por la [ley 23.982](#) respecto de una indemnización por daños y perjuicios reconocida judicialmente, a la luz de los principios que surgen de los arts. 17 y 18 de la CN. En ese marco, el alto tribunal afirmó que si bien del texto legal surgía claramente la voluntad del legislador de incluir en el régimen de consolidación a los créditos originados en la obligación del Estado de resarcir daños, la compatibilidad constitucional de un sistema como ese dependía de la adecuación del medio al fin perseguido; es decir, que la subsunción del caso concreto en la legislación de emergencia no significara "una degradación tal que destruya la sustancia del derecho reconocido en la sentencia judicial".

Así entonces, se concluyó que la reparación integral del damnificado exigía la atención inmediata de las secuelas de las lesiones sufridas y que una modificación en el modo de cumplimiento de la sentencia comportaría no solamente una postergación en el ingreso de un bien de naturaleza económica en el patrimonio de la víctima sino, principalmente, la frustración de una finalidad esencial del resarcimiento por daños a la integridad psicofísica, cual es el cese del proceso de degradación mediante una rehabilitación oportuna.

VII. EL ARREGLO DEL PAGO DE LA DEUDA EXTERNA

El problema de la deuda externa ha sido una constante en la historia de nuestro país, ya desde momentos previos a la organización nacional. Ha sido muy difundido que el endeudamiento externo es un proceso que se inició antes de que la Argentina se erigiera como un Estado constitucionalmente organizado. En 1824, el gobierno de Buenos Aires acordó un préstamo con el banco *Baring Brothers* de Inglaterra, el cual fue asumido, luego, por la Confederación Argentina. Según la historiografía, este préstamo ha sido el puntapié inicial de la deuda externa argentina, en tanto sus consecuencias perduraron, ya para el país, durante varias décadas.

El financiamiento local ha sido asegurado muchísimas veces a través de la contratación de empréstitos, situación que se vio exacerbada a partir de fines de la década de 1950, con importantes picos durante las décadas de 1970 y 1990. En la actualidad, el tema de la deuda externa sigue estando sobre el tapete, dado que nuestro país —durante los primeros días de junio de 2018— ha acordado, con el Fondo Monetario Internacional, un préstamo de cincuenta mil millones de dólares⁵⁷⁶, a los fines de implementar un programa financiero de saneamiento de las cuentas públicas y reducción del déficit fiscal que viene siendo una constante en nuestra histórica económica. Esta medida se ha decidido ante la crisis cambiaria ocurrida durante abril y mayo de 2018, fenómeno que, entre otras cosas, amenazó el stock de reservas del Banco Central y puso en riesgo el financiamiento del plan fiscal del gobierno de turno.

La deuda externa ha dado lugar a diversos procesos de crisis —provocados, entre otros factores, por la volatilidad de los mercados internacionales de capitales, la utilización del crédito externo para la cobertura de gastos corrientes y a la impotencia del país para hacer frente a los servicios de la deuda—, como el default ocurrido en 2001, cuyos efectos se evidencian y persisten en la actualidad. Empero, el mal uso del crédito y las malas experiencias ocurridas en nuestro medio no pueden conducir a calificarlo sin más como un dispositivo intrínsecamente malo o indeseable.

La situación de la deuda externa, en estado de crisis permanente desde hace al menos unos cuarenta años, ha hecho necesario que el país tenga que recurrir constantemente a renegociaciones para concretar su reestructuración y permitir, así, su cumplimiento.

Por otro lado, el tema de la deuda externa presenta algunas dificultades, ya que el Estado se encuentra, como se expuso en algunos pasajes de este trabajo, más limitado a la hora de imponer condiciones para su reestructuración. No puede perderse de vista que en este tipo de deuda existen elementos externos a la legislación nacional que pueden tornar aplicable el derecho internacional y, ante modificaciones unilaterales de las condiciones del empréstito, llegar a comprometerse la responsabilidad del Estado en el plano internacional.

Ello, no obstante, se ha aceptado que mediante la invocación de un estado de crisis o grave necesidad, el Estado imponga modificaciones unilaterales a los empréstitos externos vigentes. La Corte Suprema se ha hecho eco de esta doctrina en el ya citado caso "Brunnicardi", donde, al confirmar la validez constitucional de una serie de variaciones en las condiciones de ciertos bonos de la deuda externa, señaló que

"(...) cabe destacar la conclusión a la que arriba el fundado dictamen del señor Procurador General⁵⁷⁷ —que este Tribunal comparte en lo pertinente— en cuanto a la existencia de un principio de derecho de gentes que permitiría excepcionar al Estado de responsabilidad internacional por suspensión o modificación en todo o en parte del servicio de la deuda externa, en caso de que sea forzado a ello por razones de necesidad financiera impostergable".

Más allá de todo, la regla es que la reestructuración del pasivo externo requiere de la negociación y la aceptación de las nuevas condiciones por parte de los acreedores foráneos. Por lo demás, el tema halla una dificultad adicional cuando el Estado ha renunciado a su "inmunidad soberana" en beneficio de otra jurisdicción, para la atención de cualquier conflicto derivado de la relación crediticia.

Esto sucedió con los canjes de deuda externa realizados en 2005⁵⁷⁸ y en 2010⁵⁷⁹ —lo que importó una reestructuración del pasivo estatal—, casos en los que un porcentaje de los acreedores no aceptaron los nuevos títulos de crédito en las condiciones ofertadas y exigieron el cumplimiento inmediato de la amortización de capital e intereses en mora ante tribunales estadounidenses, gracias a la renuncia a la jurisdicción nacional efectuada en dichas oportunidades por el gobierno argentino⁵⁸⁰.

7.1. Algunas dificultades para el pago y la reestructuración de la deuda externa: la renuncia a la inmunidad soberana y las cláusulas de negociación

El frágil crédito público del que gozan, sobre todo, los países emergentes, los obliga a establecer en sus emisiones de títulos de deuda pública, ciertas condiciones para lograr el acceso a los mercados financieros internacionales que, muchas veces, terminan dificultando el cumplimiento del pago de la deuda, así como también la posibilidad de reestructurar ese pago frente a dificultades en las finanzas públicas de los países deudores.

De entre este grupo de ventajas que deben otorgar los Estados para facilitar el acceso a los capitales internacionales, voy a mencionar especialmente tres, que han sido las que generaron los mayores obstáculos en el decurso de la deuda externa argentina, sobre todo en las últimas dos grandes operaciones de reestructuración de la deuda. Ellas son: a) las cláusulas *pari passu*; b) las denominadas cláusulas "RUFO" y c) la renuncia a la inmunidad soberana y la prórroga de jurisdicción hacia tribunales extranjeros.

7.1.1. Cláusulas *pari passu*

Es muy común que en las condiciones para la emisión de deuda soberana se incluyan pautas como la cláusula *pari passu* —en adelante, CPP—, que tiendan a asegurar la igualdad de trato entre los prestamistas acreedores de los Estados. De esta manera, se trata de garantizar que el Estado deudor no les dé un trato preferencial a ciertos acreedores en desmedro de otros.

Este tipo de regla de igualdad de trato cobra especial relevancia ante la imposibilidad de cumplimiento de los pagos de deuda y en la negociación por la reestructuración de los pasivos estatales. Así, en el caso de una conversión de deuda, la cláusula en estudio llevaría a mantener una igualdad entre aquellos acreedores que ingresen en el canje y quienes decidan no hacerlo. Se evita, entonces, que el Estado cree acreedores preferentes o privilegiados.

Ahora bien, se han distinguido dos formas distintas de interpretar los alcances de la CPP: una restrictiva y otra amplia. Según el enfoque que se siga, van a variar las posibilidades y los efectos de los procesos de reestructuración de la deuda.

Toda conversión de deuda estatal supone un intercambio de una vieja por otra nueva. Los acreedores pueden acogerse libremente a las nuevas condiciones ofrecidas por el Estado y también podrían decidir no acogerse a la conversión y mantener sus derechos en los términos iniciales.

Al mismo tiempo, se ha reconocido que el Estado deudor no tiene porqué satisfacer las acreencias de quienes hubiesen participado en el intercambio y las de aquellos que no lo hubieran hecho, siempre que "(...)

estos últimos acreedores no puedan ejecutar sus acreencias a un costo bajo (...) y que "(...) la falta de pago de la deuda no reestructurada no desestabilice la rehabilitación del Estado deudor en el mercado (...)". En la medida en que estos extremos se verifiquen, no existirán incentivos para mantener una conducta de cumplimiento total de la deuda en crisis⁵⁸¹.

Conforme la interpretación restringida, la CPP solamente impide a los Estados deudores crear categorías preferenciales o privilegiadas por medio de sus normas internas. Nada impediría que, respetándose ello, el país con deuda en default, frente a la impotencia para sufragar el conjunto de sus deudas, decidiera pagar la totalidad de sus créditos a ciertos tenedores de títulos y negociar con otros una conversión.

En cambio, la interpretación amplia conlleva establecer que la CPP obliga al país deudor en default a pagar a *pro rata* a todos sus acreedores, a los fines de que no haya un grupo con sus acreencias satisfechas y otros que deban negociar quitas o disminuir sus derechos en las condiciones iniciales. Si se sigue esta última concepción, ante un proceso de reestructuración, los llamados *holdouts*; es decir, el grupo de tenedores de títulos públicos que opta por no aceptar las condiciones de la conversión y, por tanto, se mantienen fuera, tendrían la entidad suficiente para enervar los arreglos entre el país deudor y los acreedores que hubiesen aceptado los nuevos términos.

Esta última interpretación fue la efectuada en 2011 por los tribunales de Nueva York⁵⁸² en el caso seguido contra la Argentina por un grupo de fondos financieros que habían permanecido fuera del canje de deuda nacional materializado en 2005 y 2010. Allí, el juez interviniente, Thomas Griesa, consideró que la Argentina había incumplido la CPP al realizar pagos a los acreedores que habían canjeado su deuda sin pagar, a su vez, a los *holdouts*. Como consecuencia de ello, se ordenó que el país pagara a *pro rata* a los acreedores no subsumidos en la conversión y que, mientras tanto, las instituciones financieras no pagaran a los acogidos al canje hasta tanto los *holdouts* hubieran recibido sus pagos. Esto fue confirmado por el Tribunal de Apelaciones de Nueva York, decisión que quedó ejecutoriada al desestimar la Suprema Corte estadounidense la petición de apelación (*writ of certiorari*) deducida por la Argentina⁵⁸³.

Unos años después, estas medidas contra la República Argentina fueron levantadas, gracias a los acuerdos arribados con los acreedores disidentes, los cuales fueron plasmados a través de la [ley 27.249](#).

7.1.2. Cláusula "RUFO" —Rights Upon Future Offers— (derechos sobre ofertas futuras)

La cláusula RUFO es un mecanismo previsto para lograr una mayor aceptación en las operaciones de conversión de deuda estatal. Mediante

ella, los países que se hallan reestructurando sus deudas aseguran a los acreedores que ingresan en la operación de conversión (*holdin*) a igualarles cualquier oferta que se hiciera en un futuro a otros acreedores bajo mejores condiciones. En pocas palabras, la cláusula garantiza el derecho de los acreedores que formaron parte de un canje inicial de deuda a recibir las mejores condiciones que, eventualmente, se le confiriera al grupo que no participó originalmente en la reestructuración. Así pues, se evita que los tenedores de bonos en default renieguen de la reestructuración ante la posibilidad de que los *holdouts*, más adelante en el tiempo, obtengan una opción mejor en la satisfacción de sus créditos.

Nuestro país ha recurrido a este mecanismo en los canjes de deuda ofertados en 2005 y 2010, dado que en esas instancias no se obtuvo una adhesión completa. De esta forma, la Argentina autolimitó su posibilidad de reconocer a los acreedores que quedaron afuera del canje (*holdouts*) un pago mayor al que recibirían los tenedores de bonos que aceptaron la reestructuración, a menos que extendiera, respecto de estos, las diferencias establecidas.

Este panorama importó un riesgo para la Nación, ya que, frente a la decisión de los tribunales de Nueva York sobre el incumplimiento de la CPP, podría haber llevado a multiplicar cuantiosamente la deuda exigible por parte de otros tenedores de títulos de la deuda.

7.1.3. La renuncia a la inmunidad soberana

En el derecho internacional público ha regido como máxima el principio de la inmunidad del Estado, también denominado como inmunidad soberana, que se proyecta tanto en la inmunidad de jurisdicción como de ejecución. Esta regla se asienta sobre una concepción de igualdad entre los Estados en el plano internacional, de modo tal que no resulta posible que un país sea demandado ni llevado a juicio ante los tribunales de otro Estado. Empero, el principio de la inmunidad no es absoluto, pues es renunciable y, además, ha sido atenuado en el sentido de que no resultaría de aplicación en ciertos actos comerciales realizados por los Estados, en los que actúa como cualquier particular y no en ejercicio de sus prerrogativas y facultades otorgadas por el ordenamiento constitucional⁵⁸⁴.

La concepción relativa de la inmunidad estatal torna factible admitir la prórroga voluntaria de jurisdicción por parte de un Estado, a los fines de someter un eventual conflicto generado con motivo de una relación, en este caso, de crédito público, ante tribunales distintos de los nacionales. Muchas veces, el éxito de una colocación de un empréstito externo depende de la incorporación de este tipo de cláusulas.

Si se siguiera una tesis contractualista acerca del empréstito, podría admitirse sin problemas una renuncia a la inmunidad de jurisdicción —y,

llegado el caso, de ejecución— estatal, lo que sería más difícil si se defendiera una posición estrictamente asentada en la idea de "soberanía".

La Argentina ha estipulado normas de prórroga de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros en sus dos últimos grandes procesos de reestructuración de deuda externa.

En efecto, el dec. 1735/PEN/2004, firmado por el por entonces presidente Néstor Kirchner, estableció una renuncia expresa a la inmunidad estatal en el art. 3º, que dispuso:

"Autorízase, conforme resulte pertinente, la prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales estaduales y federales ubicados en la ciudad de Nueva York — Estados Unidos de América—; los tribunales ubicados en la ciudad de Londres —Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte—, y los tribunales ubicados en la ciudad de Tokio —Japón—, y la renuncia a oponer la defensa de inmunidad soberana, exclusivamente, respecto de la jurisdicción que se prorrogue (...)"

Asimismo, en la parte final del art. 3º del referido decreto se estableció que la Nación no renunciaba a inmunidad alguna respecto de la ejecución de las sentencias que derivaran de las cláusulas de prórroga de jurisdicción, inclusive respecto de una serie de bienes entre los cuales se mencionó expresamente a las reservas de libre disponibilidad, los bienes de dominio público, los bienes situados dentro o fuera del territorio argentino destinados a la prestación de un servicio público esencial y los fondos, valores y demás medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria.

Esta misma solución de someterse a la jurisdicción extranjera fue adoptada por la presidente Cristina Fernández de Kirchner al suscribir el dec. 563/PEN/2010, que instrumentó el andamiaje para un nuevo canje de deuda con bonistas extranjeros, con el agregado de que respecto de la emisión de los nuevos bonos se declaró aplicable la ley de Nueva York, Estados Unidos de América (conf. arts. 2º y 3º).

Previo a iniciarse el proceso de canje de deuda en el 2005, la Procuración del Tesoro de la Nación —por ese entonces a cargo del actual juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Horacio D. Rosatti— tuvo oportunidad de evaluar que la prórroga de jurisdicción era una opción posible dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por tratarse de un asunto patrimonial y siempre que no existiera una ley prohibitiva en ese sentido⁵⁸⁵.

Señalado lo anterior, debe reiterarse que la inmunidad puede vincularse con la jurisdicción, con la ejecución de las sentencias o con ambas. Con relación a la inmunidad de ejecución, es dable destacar que tampoco se erige como un principio invariablemente absoluto. En algunos casos se ha aceptado la ejecución de la sentencia y el embargo de bienes nacionales

que no estuvieran relacionados con la atención de las funciones y servicios a cargo del Estado (bienes del dominio público, partidas presupuestarias afectadas al cumplimiento de los programas estatales, bienes afectados a la prestación de servicios públicos, etc.).

Para el caso de que el Estado no hubiese concedido una prórroga de jurisdicción en su vertiente ejecutoria, una posibilidad para el acreedor que gozara de una sentencia favorable en la jurisdicción foránea sería recurrir a los tribunales nacionales con el objeto de ejecutarla mediante un "exequátur" (conf. arts. 517/519 bis y concs., Cód. Proc. Civ. y Com.). Esto ha sido intentado en nuestro país por la firma *Claren Corporation*, que promovió, sin éxito, un proceso de exequátur a los fines de obtener el cumplimiento de la sentencia dictada el 12/12/2007 por el juez Thomas Griesa del Distrito Sur de Nueva York (EUA), a través de la cual se condenó a la Argentina a pagarle la suma de U\$S 7.507.089 en concepto de capital e intereses vencidos de los títulos "Bonos Externos Globales 1997/2017" de los que la accionante era titular.

En este caso⁵⁸⁶, el Máximo Tribunal de la República confirmó los pronunciamientos de las instancias anteriores para desestimar la pretensión de la firma extranjera. Además, la Corte hizo propicia la ocasión para intentar matizar los efectos perniciosos derivados de la prórroga de jurisdicción realizada por el Ejecutivo. En efecto, el tribunal puso de resalto lo dictaminado por la Procuración General en cuanto a que el código ritual nacional sujeta el reconocimiento de la fuerza ejecutoria de una sentencia extranjera a que esta no afecte los principios de orden público del derecho argentino, principio que también se halla previsto en muchos

"(...) convenios bilaterales e internacionales suscriptos por nuestro país, en concordancia con la gran mayoría de las legislaciones internas que supeditan el reconocimiento y la ejecución de las decisiones foráneas a la condición de que no afecten el orden público o las políticas públicas fundamentales de los respectivos países (...)"

Paralelamente, la Corte reconoció que "(...) la aceptación de la prórroga de jurisdicción por parte del Estado nacional no impide que el reconocimiento de la fuerza ejecutoria de la sentencia foránea en la República Argentina esté condicionado al debido resguardo del orden público local (...), principio ampliamente aceptado en los tratados internacionales y en el derecho comparado".

En suma, el Alto Tribunal federal resolvió que

"(...) el exequátur pretendido por *Claren Corporation* no satisface el requisito previsto [no afectar el orden público], en tanto admitir la pretensión del accionante implicaría convalidar que este, a través de una acción individual promovida ante un tribunal extranjero, eluda el proceso de reestructuración de la deuda pública dispuesto por el Estado Argentino mediante las normas de emergencia dictadas

por las autoridades competentes de acuerdo con lo establecido por la Constitución Nacional. (...) En efecto, desde tal perspectiva, cabe afirmar que las normas dictadas por los órganos constitucionalmente habilitados, y mediante las cuales el Estado nacional ejerce tales facultades, integran el orden público del derecho argentino, por lo cual no puede concederse el exequátur a la sentencia de un tribunal extranjero que es claramente opuesta a esas disposiciones".

Art. 75, inc. 8º.—

Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2º 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.

Comentario por Federico M. Apostolidis

I. DENOMINACIÓN Y ORÍGENES

El presupuesto del Estado, instituto central en materia financiera pública, se encuentra regulado en el inc. 8º del art. 75 de nuestra Constitución. De allí que se denomine a dicha norma como "cláusula presupuestaria".

A modo de adelanto, puede decirse que el presupuesto, en los hechos, viene a establecer la forma en que se va a realizar el gasto público del país; es decir, cómo van a ser invertidos y distribuidos los recursos del Estado; y cierra, de algún sentido, el círculo de la actividad financiera estatal. Esta facultad ha sido otorgada por el constituyente al Congreso.

El texto original plasmado en el art. 64, inc. 7º, de la Constitución de 1853, disponía que era atribución del Parlamento "[f]ijar anualmente el presupuesto de gastos de administración de la Confederación, y aprobar o desechar la cuenta de inversión". Más adelante, se suplantó el término "Confederación" por "Nación" y así quedó redactado el art. 67, inc. 7º, hasta la reforma constitucional de 1994.

Como se puede observar, desde la primigenia redacción del inciso, la regulación ha variado sustancialmente. La última modificación del texto constitucional ha permitido incorporar cuestiones de gran importancia, como la referencia a los principios mencionados en el inc. 2º del mismo

artículo, así como también la mención del programa general de gobierno y el plan de inversiones públicas.

Dicho lo anterior, cabe destacar que una nota que caracteriza al sistema constitucional presupuestario es que su regulación es inorgánica, pues ella no se encuentra reunida en una sola cláusula, sino que su ordenación aparece dispersa por todo el articulado de la Constitución. Esta característica señalada es consecuencia directa de la diversidad de perspectivas con que puede abordarse su estudio: desde el prisma de los derechos fundamentales, o bien, desde el ángulo de la organización del poder.

En este contexto, a los fines de poder estudiar al instituto con un criterio de unidad, resultará conveniente apreciar en conjunto todos los artículos que se refieren a la materia presupuestaria.

II. A MODO DE INTRODUCCIÓN: BREVE HISTORIA Y EVOLUCIÓN DEL INSTITUTO PRESUPUESTARIO

Tal como se lo conoce hoy, el presupuesto es un instituto relativamente joven. Si bien todas las organizaciones sociales han tenido alguna especie de instrumento en donde se incluía un cálculo de los recursos disponibles y el destino que tendrían, en nada se parecían estos a los presupuestos modernos.

Al igual que lo que sucede con el tributo, el presupuesto está dotado de contenido histórico y, en la actualidad, constituye un fenómeno financiero con determinadas características configurativas que obedecen a la forma de organización política que predomina: la democracia constitucional. Así las cosas, cuando se habla del presupuesto no hay que olvidarse del contexto histórico-político en el que se enmarca.

Más allá de los diversos antecedentes que pueden mencionarse⁵⁸⁷, el origen del instituto presupuestario, en su sentido actual, lo encontramos en la autorización que, de acuerdo con lo establecido en la Carta Magna inglesa de 1215, el Rey debía obtener de las asambleas para imponer tributos. Esta autorización necesaria, que estableció como principio a la idea de la "autoimposición" (*no taxation without representation*), permitió, además de legitimar y consentir la exigencia de contribuciones, conocer la justificación y el destino que se le iba a dar al recurso. De esta manera, se ejercía un control de la actividad financiera que desarrollaba el rey. Como apunta Álvaro Rodríguez Bereijo:

"[e]s bien sabido que el derecho presupuestario ha constituido desde sus albores históricos, en la sociedad estamental de la Edad Media y el primer constitucionalismo inglés (*no taxation without representation*), la piedra angular y el fundamento de los derechos de la representación popular"⁵⁸⁸.

Como instrumento que permite vehiculizar la actividad financiera pública, el presupuesto tiene gran importancia dentro de la comunidad política autogobernada, ya que las decisiones colectivas dependerán, en gran medida, de las decisiones presupuestarias que se adopten luego de un procedimiento deliberativo.

En resumen, hoy en día el presupuesto, como dispositivo, se configura de un modo particular. A estas características definitorias haré referencia en el apartado siguiente.

III. EL PRESUPUESTO PÚBLICO, UNA DEFINICIÓN

Conforme ha sido precisado anteriormente, los orígenes de la institución presupuestaria actual se hallan impregnados de la idea de control popular. Sin embargo, su función no se agota allí.

En efecto, como se mencionó al comentar el art. 4º, la actividad financiera está compuesta por dos grandes capítulos: los recursos y los gastos públicos. Desde esta óptica, el presupuesto es el instrumento conector de estos dos componentes y permite apreciar la aclamada unidad conceptual del fenómeno financiero, debido a que, a través de él, se cristaliza la actividad financiera en un único dispositivo. Así, dentro del sistema de la constitución financiera, el presupuesto ocupa un papel fundamental, pues es mediante su sanción que se encauzan las erogaciones públicas para un determinado período.

La figura presupuestaria, apreciada de esta manera, constituye un instrumento que permite observar en concreto la unidad del fenómeno financiero. Es que por medio de este instituto se va a establecer el plan financiero (recursos y gastos) del Estado para un determinado lapso. En este proceso planificador, como se verá más adelante, intervienen distintos órganos que actuarán en un campo competencial específico atribuido por la propia norma constitucional.

En esta línea, y a los fines de avanzar un poco más en la comprensión del fenómeno presupuestario, es de destacar que el ejercicio de la actividad financiera del Estado —que posibilita obtener el combustible necesario para poner en marcha la autoridad colectiva y, por consiguiente, el cumplimiento de los fines de la comunidad— requiere una precisa planificación en la que, además de los objetivos, se consideren conjuntamente los medios disponibles y la forma de utilizarlos.

Precisamente, esta función se cumple por medio del presupuesto y así parece reflejarse la idea en el texto constitucional, cuando dispone la facultad/el deber del Congreso de fijar anualmente "(...) 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 (...)" (art. 75, inc. 8º, CN).

A partir de lo expuesto hasta acá cabe concluir que son dos las principales características definitorias del presupuesto: el control, mediante el debate y aprobación legislativa, y la planificación de la actividad financiera.

Este último aspecto de planeamiento se observa con claridad en el texto de la norma constitucional cuando dice que la aprobación por el Congreso (control) se hará sobre la base del *programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas*.

Luego de efectuado este breve prólogo, resulta posible intentar acercarse, al menos intuitivamente, a un concepto de presupuesto público en su sentido moderno. Así, dentro de una democracia constitucional, puede definírsele como el dispositivo jurídico-financiero, de conformación compleja, mediante el cual se instrumenta el plan de recursos y gastos del Estado para un período determinado (planificación), que se materializa a partir de una técnica jurídica específica, la ley, por la que el Poder Legislativo autoriza su ejecución —es decir, la realización o erogación de los gastos programados— a cargo del Poder Ejecutivo (control).

Vale aclarar que si bien en el presupuesto se incluyen todos los gastos públicos y se estiman los recursos con los que se van a financiar, los mecanismos recaudatorios no son establecidos en virtud del ejercicio de las competencias presupuestarias sino a través del ejercicio de las distintas facultades recaudatorias. Si bien en el presupuesto se consignan los montos de los recursos que, para atender los gastos proyectados, se estima que van a ser obtenidos durante el curso del ejercicio fiscal de que se trate, lo cierto es que de manera alguna se crean por él los dispositivos recaudatorios. Por ejemplo, en la Ley de Presupuesto se va a consignar la estimación de la recaudación tributaria esperada para el ejercicio fiscal, mas los tributos no son creados o establecidos por aquella ley sino por otras sancionadas a esos efectos.

Por otra parte, el presupuesto tampoco implica un gasto en concreto. Es pues, una autorización a que ese gasto se realice. Metafóricamente, el presupuesto es un filtro o tamiz por el que pasa el gasto y mediante el cual el Congreso lo controla.

En cuanto a la forma que ha de revestir, ya mencioné que se trata de una ley, formal y material, idéntica, en todos sus caracteres, a cualquier otra.

Asimismo, es preciso hacer hincapié en que el dispositivo bajo estudio es un instrumento jurídico-constitucional sin perjuicio de las consecuencias

económicas, políticas, administrativas, contables, sociales, etc., que pueda manifestar. Estas consecuencias o relaciones no hacen variar su verdadera esencia.

Por último, como ya puse de relieve en los comentarios al art. 4º, es importante no confundir al presupuesto con el gasto público. No hay dudas de que ambos están vinculados. Sin embargo, el gasto público es uno de los componentes del fenómeno financiero y el presupuesto es una herramienta o mecanismo que ayuda a concretarlo y que, a su vez, lo emparenta con el régimen de los ingresos públicos.

En este orden de ideas, la decisión gubernamental sobre la forma de invertir la renta pública constituye una cuestión de política de gasto público. Suele identificarse a esto con el presupuesto, toda vez que este es un dispositivo mediante el que se instrumenta la decisión anterior de política de gasto.

En resumen, no puede confundirse ni identificarse al derecho del gasto público con el derecho presupuestario.

IV. LOS PRINCIPIOS PRESUPUESTARIOS

El presupuesto público se halla sometido a una serie de principios que guían su preparación y vigencia. Estas reglas se vinculan directamente con las características propias de este dispositivo financiero.

Con carácter previo a ingresar en el estudio del tema, cabe aclarar que si bien son varias las pautas que gobiernan el proceso de creación del presupuesto, en este apartado me ocuparé solamente de aquellos que se relacionan con la dimensión jurídica del instituto.

4.1. Principio de reserva de ley en materia presupuestaria

El principio de reserva legal (o de legalidad, según como se lo denomine), es una regla medular dentro de las democracias constitucionales, ya que promueve, respecto de diversos temas, una vocación especial para la deliberación. De allí que se aplica a todos los dispositivos financieros (tributos, crédito, presupuesto, etc.).

En materia presupuestaria, el principio de reserva de ley se vincula estrechamente con el gasto público y requiere que toda erogación a cargo del Estado sea autorizada y consentida por el órgano legislativo. Como ha sostenido la Corte Constitucional de Colombia, uno de los pilares de los Estados democráticos es el principio conforme al cual las normas que efectúen el cálculo de rentas y dispongan los gastos a cargo del Estado sean discutidas y aprobadas por el legislador, como depositario de la representación popular⁵⁸⁹.

En esta misma inteligencia, dicho Tribunal ha señalado que el principio de legalidad del gasto es la concreción en el campo fiscal de la regla de legalidad de la actuación pública en general; y que, a través de él, se busca claridad y orden en las erogaciones públicas mediante el control democrático. La decisión sobre el gasto en una democracia constitucional es compleja y no depende de un solo momento, una sola autoridad o una sola decisión. No obstante ello, el principio de legalidad exige que los gastos cuenten con un sustento democrático. El Congreso, foro de representación democrática plural por excelencia, debe participar en el manejo de las erogaciones, es decir, no pueden darse estas sin contar, entre otros requisitos, con la aprobación de aquel⁵⁹⁰.

En suma, esta regla exige que el presupuesto se establezca por una ley emanada del Congreso y así lo prevé el artículo en comentario cuando expresa que el Poder Legislativo debe fijarlo anualmente.

4.2. El principio de la competencia

Si bien rige plenamente el principio de la reserva legal con relación a la aprobación del presupuesto, junto con esta pauta convive una regla particular que se configura especialmente en la actuación de la norma presupuestaria. Se trata del principio de la competencia.

Este principio actúa de forma similar al de reserva de ley, aunque con un alcance más amplio, pues no trata de circunscribir el ejercicio de una actividad a la legislación, sino que persigue garantizar un ámbito específico de actuación privativo de cada poder del Estado, propio de los sistemas republicanos. Es que, como expresa García Novoa, al ser la competencia la medida del poder o capacidad de hacer del Estado y su atribución responsabilidad del ordenamiento, es el orden constitucional el que otorga las facultades presupuestarias sobre la base de la efectiva división de poderes⁵⁹¹. Es decir, la regla de la competencia estipula que las facultades presupuestarias están distribuidas entre los poderes estatales, cada uno de los cuales cuenta con una función y un ámbito específico de actuación que no puede ser invadido ni suprimido por el accionar de los demás.

En este sentido, ya se verá cómo al Congreso le corresponde exclusivamente la competencia para "fijar" anualmente el presupuesto y, en consecuencia, aprobar y disponer las operaciones erogatorias del Estado (conf. art. 75, inc. 8º, CN). Pero cierto es que esa actividad debe hacerse sobre la base del proyecto preparado por la Administración, que no puede ser rechazado sin más debido a este principio constitucional (conf. art. 100, inc. 6º, CN). Asimismo, corresponderá a la Administración ejecutar el presupuesto bajo el control del Poder Legislativo (conf. arts. 75, inc. 8º, *in fine* y 85, CN). Así, ningún poder estatal va a quedar habilitado

para interferir en la esfera reservada al otro, de manera de anular su competencia constitucional.

A propósito, se ha discutido la posibilidad de que el Poder Ejecutivo modifique el destino de una autorización presupuestaria durante la ejecución. Una aplicación estricta de la reserva de ley nos llevaría a rechazar de lleno semejante posibilidad. Sin embargo, el Congreso ha delegado, con ciertos límites, esta facultad al jefe de gabinete (conf. art. 37, ley 24.156). Inclusive, no hay impedimento constitucional para que esa atribución sea ejercida por el presidente mediante un decreto de necesidad y urgencia (conf. art. 99, inc. 3º, CN). En principio, no resulta totalmente irrazonable que, ante una necesidad urgente para atender un gasto, se recurra a un medio de acción más rápido que el procedimiento legislativo, siempre con el debido control por parte del Congreso.

Otro de los conflictos que podrían tener lugar con motivo del principio de la competencia es el relacionado con las decisiones judiciales, pues la actividad jurisdiccional presenta una importante incidencia en materia presupuestaria. Esta afirmación resulta una obviedad a nivel sustantivo, ya que es claro que una condena contra el Estado que implique un costo tendrá impacto en el gasto público⁵⁹². La incidencia competencial de las decisiones judiciales, en general, se presentan como conflictivas, sobre todo cuando esa sentencia condena al Estado a entregar una suma de dinero.

En efecto, un juez puede condenar al Estado y reconocer la titularidad de un crédito a favor de un ciudadano lo que, necesariamente, alterará la planificación y aprobación presupuestaria, puesto que el cumplimiento de la prestación dineraria es ineludible y, obviamente, no pudo ser previamente autorizada a través de la Ley de Presupuesto.

Este tipo de decisiones ha traído el problema de la ejecución de sentencias contra el Estado. Ello es así debido a la vigencia del principio de legalidad presupuestaria y de la competencia, según los cuales se determina que los gastos públicos solo pueden ser ordenados por el Poder Legislativo a partir de lo proyectado por el Ejecutivo. Los problemas se presentan si la Administración y el Congreso no incluyen en el programa presupuestario los créditos reconocidos por sentencias judiciales, ya que la Constitución no resuelve el eventual conflicto de poderes⁵⁹³.

En este contexto, se hace necesario encontrar una fórmula que mantenga el quicio de la división de poderes pero que, a su vez, permita proteger y garantizar la efectividad de la decisión jurisdiccional que tutela un derecho que demanda un despliegue económico. Si bien esta cuestión ha recibido un extenso y diverso tratamiento por parte de la legislación y la jurisprudencia, la solución "armonizadora" prevista por el legislador se

encuentra actualmente en los arts. 170 y concordantes de la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto, 11.672⁵⁹⁴.

4.3. Principio de periodicidad (en la Argentina, anualidad)

El art. 75, inc. 8º, de la Constitución dispone que el Congreso debe fijar "anualmente" el presupuesto. De ello se desprende que la vigencia de las autorizaciones para gastar se halla sometida a un límite temporal que, en el caso, es de un año. El presupuesto, entonces, está destinado a regir por un año financiero que, en nuestro país, coincide con el año calendario (conf. art. 10, ley 24.156).

La temporalidad en materia presupuestaria es útil a los fines de permitir la planificación de la actividad financiera de manera de poder modificar en intervalos las decisiones sobre los recursos a recaudar y los gastos a realizar, según las previsiones del Gobierno. Es claro que estas cuestiones políticas son dinámicas y van a ir modificándose con el curso del tiempo. Finalmente, la periodicidad favorece la deliberación sobre las finalidades de la comunidad y facilita el control parlamentario en la gestión de los dineros públicos⁵⁹⁵.

4.4. Principio de unidad

Según este principio, la Ley de Presupuesto debe reunir, en un único texto, la totalidad de los gastos del Estado y todos los recursos que, para financiarlos, se estiman recaudar durante el ejercicio. El objetivo de esta exigencia consiste en reunir toda la información sobre la actividad financiera pública en un solo documento, a efectos de facilitar el control legislativo, político y fiscal sobre la ejecución del plan de gastos y recursos del país⁵⁹⁶.

La unidad presupuestaria demanda que el país cuente con un único presupuesto y se evite la proliferación de ellos, algo que sería caótico. Obviamente, queda a salvo de esta regla la existencia de los presupuestos locales que, en ejercicio de sus autonomías, van a establecer las jurisdicciones provinciales y municipales.

Este principio robustece la idea de unidad del fenómeno financiero y coadyuva a la visión de conjunto sobre la actividad financiera pública, en cuyo contexto se interrelacionan las acciones recaudatorias y erogatorias. La constitución parece adoptarlo expresamente, ya que en el art. 75, inc. 8º, se trata al presupuesto de manera singular.

4.5. Principio de universalidad

Este principio y el anterior pueden ser interpretados conjuntamente, dado que a la regla presupuestaria bajo estudio se la entiende como una derivación o una arista del principio de unicidad.

La regla de la universalidad exige que, además de expresarse en un solo documento, en el presupuesto se incluyan la totalidad de los gastos a efectuarse y la previsión de todos recursos que se estiman recaudar. Por otro lado, el cumplimiento de la pauta requiere que los ingresos y las erogaciones sean consignados en forma separada, sin compensaciones entre sí ni deducciones. Por ejemplo, cuando se estiman los recursos tributarios deben volcarse las cifras brutas sin descontar los costos de recaudación⁵⁹⁷.

La universalidad junto con la unidad y, como se verá a continuación, la especificidad, forman una manifestación del principio de legalidad, en cuanto se vinculan con lo que Corti denomina tipicidad o certeza de la ley presupuestaria, característica que se refiere a un aspecto específico del alcance de la reserva de ley: la extensión de la facultad del Congreso a la hora de establecer el presupuesto y los puntos que deben ser abarcados necesariamente por la ley⁵⁹⁸.

4.6. Principio de especificidad o especificación

Considerando la línea argumental expuesta hasta aquí, el Congreso aprueba, año a año, todos los gastos que debe realizar el Estado. Sin embargo, esta actuación legislativa no puede traducirse en una simple autorización para gastar hasta un determinado monto máximo. Por el contrario, se requiere que la venia presupuestaria sea detallada y especifique los aspectos cuantitativos, cualitativos y temporales de la decisión⁵⁹⁹.

La especificación cualitativa alude a la finalidad o el destino que debe tener un recurso. En consecuencia, el gasto autorizado no podrá ser empleado en un fin distinto del previsto en la norma presupuestaria. La actividad legislativa no solo importa una autorización para gastar sino también un deber a respetar por el órgano autorizado (el departamento Ejecutivo), en tanto el Poder Legislativo establece la inversión a concretar como traductor del sistema constitucional (reserva de ley).

El aspecto cuantitativo de la especificación se refiere a un límite material en relación con los montos, ya que solamente podrán utilizarse los recursos aprobados para cada finalidad sin exceder las sumas previstas para la realización del gasto. Respecto de este punto, creo que el límite funciona, simultáneamente, en dos planos: como techo o tope máximo y como piso mínimo. Si el crédito presupuestario implica para la Administración una obligación que necesariamente debe ejecutar, lo lógico es que, en circunstancias normales, se gaste el monto total autorizado. De

lo contrario, se cae en el fenómeno de la sub-ejecución del presupuesto que colisiona con la reserva legal y, en última instancia, con los objetivos de la actividad financiera.

En efecto, la sub-ejecución constituye una anomalía dentro del sistema presupuestario, equivalente al exceso o aumento de las sumas autorizadas para gastar. Empero no siempre este fenómeno presenta un significado negativo. Lo que permite distinguir si la sub-ejecución resulta aceptable desde el punto de vista de los principios constitucionales presupuestarios es la forma en que se efectiviza la autorización para gastar. Por ejemplo, si el Congreso aprueba un presupuesto que contiene una previsión de quinientos millones de pesos (\$500.000.000) destinada a financiar un plan de construcción de viviendas, la administración pública quedaría obligada a ejecutar completamente el programa de gasto. De esta manera, si no se ejecutara el monto total aplicado, se incurrirá en una sub-ejecución incompatible con los principios presupuestarios. Distinto sería el caso, si el presupuesto previera una partida de hasta un millón de pesos (\$1.000.000) con el objeto de promover actividades culturales. En este supuesto, si no se ejecutara totalmente la partida no habría problemas de incumplimiento, por cuanto el Poder Legislativo no determinó un mínimo, sino que fijó un monto máximo a gastar que no necesariamente debe ser agotado.

Por último, la especificación temporal se refiere a que los gastos deben realizarse, como regla, dentro del período de tiempo para el cual han sido autorizados; esto es, el ejercicio fiscal en que regirá el presupuesto. Así, los créditos que no fueran empleados en el período caducan o se extinguen junto con el ejercicio financiero para el cual fueron originariamente previstos.

4.7. La no afectación de recursos

Algunos autores como Ferreiro Lapatza⁶⁰⁰, entienden que la unidad presupuestaria está integrada también por la unidad de caja o principio de la no afectación de recursos a determinados gastos. Este principio nos introduce en uno de los problemas básicos del derecho financiero, que gira en torno a la posibilidad de reservar una determinada porción de renta pública para financiar, en exclusivo, un objetivo específico.

La regla indica que, por vía de principio, todos los recursos que ingresen al Estado lo hagan en la caja o tesoro general. De ahí que esos fondos constituyan lo que se conoce como rentas generales, en razón de que su destino es financiar, globalmente, el conjunto de gastos públicos. Dicho en pocas palabras: todos los ingresos vienen a financiar la totalidad de las erogaciones públicas.

Ahora bien, puede decirse que en nuestra constitución financiera el principio de la no afectación es la regla general. Y, precisamente, se considera a este principio como una pauta general, dado que en virtud del entramado constitucional es posible establecer una excepción.

En efecto, el art. 75 de la CN, tras sentar las bases para la armonización de las potestades tributarias de la Nación y las provincias mediante el sistema de la coparticipación (inc. 2º), establece que el Congreso se encuentra facultado para "[e]stablecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara" (inc. 3º). En consecuencia, el propio texto constitucional consagra la posibilidad excepcional de disponer la afectación de recursos a un objetivo específico.

Si bien esta última norma ha sido incluida junto con la cláusula de la coparticipación, lo cierto es que resulta conveniente efectuar el análisis desde el prisma presupuestario. Ello es así por cuanto, más allá de que los únicos fondos susceptibles de recibir una afectación específica son los percibidos en razón de tributos coparticipables, la reserva de una porción de recursos y su aplicación a un fin determinado implica (junto con el impacto financiero que puede presentar la alteración de los presupuestos nacional y provinciales) una decisión presupuestaria con la consecuente autorización para gastar de una forma definida. Por consiguiente, la Administración deberá no solo reservar el recurso sino gastarlo en la forma específica que determinó el Congreso. Se genera así, respecto de ese gasto, un supuesto de legalidad más intenso, ya que no se indica, solamente, cómo realizarlo sino también la porción de la renta pública con que debe ser atendido.

4.8. Publicidad, claridad y transparencia

La Argentina ha adoptado como forma de gobierno al republicanismo (conf. art. 1º, CN). Y uno de los postulados básicos del modelo republicano consiste en la publicidad de los actos de gobierno, dentro de los que quedan incluidos los actos financieros.

Esta idea alcanza a todo el circuito presupuestario, desde la preparación hasta el control ulterior, ya que la publicidad es lo que facilita a la ciudadanía evaluar el ejercicio de la actividad político-financiera y ejercer el control popular, así como también funciona como punto de referencia para la deliberación sobre los asuntos vinculados con el gasto público.

En paralelo, se requiere que todos los actos financieros, en particular los presupuestarios, sean lo suficientemente claros y sencillos de manera

que permitan su fácil comprensión para todos aquellos que se interesen en su análisis.

Todos estos postulados aspiran a lograr la transparencia, exactitud y sinceridad de las cuentas públicas, o bien, de la actividad financiera en general.

V. ALGUNAS REGLAS DE JUSTICIA: LA REMISIÓN CONSTITUCIONAL A LA REGULACIÓN DEL SISTEMA DE COPARTICIPACIÓN FEDERAL

El inciso en comentario prevé que la tarea legislativa de establecer el presupuesto debe hacerse de un modo especial; esto es, "(...) conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2º de este artículo (...)".

Pues bien, el tercer párrafo del inc. 2º del art. 75 de la Constitución establece que la distribución de los recursos coparticipables entre los distintos agentes federales "(...) será 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".

El texto constitucional, entonces, ha dispuesto que las pautas que se establecieron para guiar la distribución federal de la renta pública sean seguidas por los poderes constituidos, también, a la hora de preparar, aprobar y ejecutar el presupuesto. A partir de ello, se puede observar que, pese a la ubicación de la norma, los criterios de justicia contenidos en el texto constitucional no se dirigen en exclusivo al Congreso sino también a la rama ejecutiva del Estado.

Por otro lado, debe aclararse que estas pautas o principios que ha previsto el constituyente exceden al ámbito del dispositivo presupuestario y proyectan sus efectos directamente sobre la actividad financiera pública; es decir, con relación a los recursos y los gastos públicos, elementos que se amalgaman en el presupuesto. Así, los principios mencionados establecen ciertas guías para el desarrollo de las acciones fiscales públicas.

En consecuencia, tanto los fenómenos recaudatorios como erogatorios deberán tender a lograr la equidad, la solidaridad, la igualdad y asegurar un mínimo de condiciones esenciales que garanticen la dignidad de todos los individuos como miembros de una comunidad democrática. El contenido de estos principios es definido en el comentario al inc. 2º del art. 75, a donde me remito.

VI. TÉCNICAS PRESUPUESTARIAS

No hay norma en toda la Constitución que establezca qué técnica o sistema de planificación debe seguirse a la hora de programar el

presupuesto. Por consiguiente, no existe, en principio, obstáculo alguno que impida a los poderes que intervienen en la programación presupuestaria la adopción de una técnica específica o la combinación de varias de ellas.

Desde el derecho de la hacienda pública se han estudiado los diversos mecanismos o sistemas de elaboración presupuestaria que más se han utilizado en la historia. Entre esos dispositivos, se pueden mencionar a los siguientes: presupuesto por programas, presupuesto plurianual, presupuesto base cero y presupuesto participativo.

6.1. El presupuesto por programas

La ley de Administración Financiera, 24.156, ha acogido, al menos, la técnica de presupuestación por programas.

Este sistema consiste en clasificar a los objetivos del gobierno en programas a los cuales se les asigna un determinado costo. Se trata de un proceso de formación de juicio, toma de decisiones y ejecución de ellas, relativas al gasto público. Este mecanismo de planificación presupuestal intentará así, en un primer instante, evidenciar los distintos programas de acción del gobierno y el costo de cada uno de ellos. En un segundo momento, luego de ejecutado, permitirá evaluar el grado en que se han alcanzado los objetivos inicialmente propuestos para cada uno de aquellos⁶⁰¹.

Esta técnica, originada en los Estados Unidos, encuentra un antecedente en los presupuestos "funcionales", cuyo funcionamiento se afincaba en la asignación de los gastos públicos conforme distintos rubros (*i.e.*, educación, seguridad, salud, etc.).

En definitiva, el presupuesto por programas centra su rol en los objetivos que se pretenden conseguir antes que en los medios a emplearse. Por eso, se estructura de conformidad con las actividades a desarrollar para conseguir un objetivo determinado. Así, cada objetivo constituye un programa al que se le asigna un gasto⁶⁰².

6.2. El presupuesto plurianual

La técnica del presupuesto plurianual se relaciona estrechamente con la planificación de inversiones y obras públicas de largo plazo que requieren la utilización de dineros públicos por períodos que exceden al ejercicio financiero. Mediante este sistema se puede planificar un gasto para el cumplimiento de un fin cuya concreción comprende a varios ejercicios fiscales. Dicho de otro modo, se contempla la realización de gastos cuya vigencia excede del período presupuestario normal de un año.

La técnica plurianual constituye una excepción al principio de periodicidad y podría ser admitido en nuestro sistema jurídico pese a la requerida anualidad fijada por el constituyente. Sobre todo, cuando se enlaza a esa obligación parlamentaria con la necesidad de ajustarla "(...) al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas". De hecho, así lo previó, oportunamente, la [ley 25.152](#), de Administración de los Recursos Públicos (ley de solvencia fiscal).

6.3. El presupuesto de base cero

Esta técnica presupuestaria nació también en los Estados Unidos y fue tomada por las finanzas públicas, del sector privado. El sistema entraña un proceso de planificación que demanda que cada organismo del Estado justifique detalladamente, desde su inicio, cada requerimiento presupuestario al momento de su preparación. De este modo, se revalida, ejercicio tras ejercicio, la necesidad financiera a sufragar con un gasto autorizado por el presupuesto.

Traduciendo lo dicho, mediante este sistema se examina, año a año, la razón de ser de cada autorización para gastar respecto de un objetivo determinado y se analiza si merece ser renovado o no⁶⁰³.

Como consecuencia de lo expuesto, cada vez que vaya a establecerse un nuevo presupuesto deberá examinarse si resulta conveniente continuar con ese programa o volumen de gasto, algo que dependerá de la eficiencia y eficacia con que se hubieran desenvuelto.

6.4. El presupuesto participativo

Una de las alternativas posibles dentro de los cauces constitucionales para incorporar un dispositivo deliberativo en la materia, es recurrir a la técnica del presupuesto participativo, que sirve también para elaborar, planificar y controlar el proceso presupuestario⁶⁰⁴. Este mecanismo, que nació hacia finales de la década de 1980 en la ciudad brasilera de Porto Alegre, se denomina de esta manera porque su lógica de funcionamiento permite a la población de una comunidad decidir, dentro de un contexto deliberativo, cómo se harán las inversiones de una parte de los recursos públicos y cuáles serán los posibles objetivos prioritarios que debería cumplir el gobierno.

Esta particular manera de presupuestar consiste en posibilitar el acceso de los ciudadanos al proceso de formación de la decisión presupuestaria, de manera de facilitar su seguimiento y control, a efectos de seleccionar las prioridades y la forma de inversión de las rentas. Generalmente, se establece mediante la realización de foros o asambleas de debate en cuyo marco se recolectan las diversas opiniones para ser luego reunidas en un cuerpo orgánico y, así, ser remitidas al órgano legislativo.

Si bien esta técnica es atractiva por las ventajas que desde el punto de vista puramente democrático presenta, es una técnica limitada a unos pocos gastos, generalmente los más cercanos a las comunidades. Es casi imposible que la totalidad del presupuesto sea elaborado mediante esta técnica, ya que se carecería de los elementos fundamentales que requiere el ejercicio de la actividad financiera como lo es la planificación, la gestión de los objetivos del gobierno y el plan de inversiones públicas. Más aún si se tiene en cuenta que habría cierta desconexión con los aspectos vinculados con los ingresos públicos, de estrecha relación con las políticas de gasto.

VII. EL CICLO CONSTITUCIONAL PRESUPUESTARIO

El circuito o ciclo presupuestario es el conjunto integrado de pasos o etapas que deben seguirse y cumplirse a los fines del establecimiento del presupuesto público. En este trabajo me ocuparé, especialmente, del ciclo presupuestario tal como aparece previsto dentro de la Constitución argentina.

El proceso presupuestario conforma un sistema en el que cada etapa que lo integra es antecedente ineludible para el acaecimiento de la que continúa. Asimismo, es un procedimiento dinámico, esto es, mientras se está ejecutando el presupuesto vigente en un año, en paralelo, se está preparando el que va a regir al año siguiente⁶⁰⁵.

Antes de adentrarme en el estudio del circuito, estimo conveniente recordar que, como lo señalé al comenzar el capítulo, el presupuesto se encuentra inorgánicamente regulado en la Constitución, es decir, no hay una única cláusula que contenga todas las previsiones normativas, sino que ellas se encuentran en distintos sectores del texto constitucional.

En efecto, los artículos de la Constitución que se van a mencionar a continuación —sin perjuicio de las cláusulas conexas— son los que en esencia regulan el circuito o el procedimiento de formación del presupuesto: el 75, inc. 8º, el 99, inc. 10 y el 100, incs. 6º y 7º. Estas previsiones constitucionales son complementadas, a nivel infraconstitucional, por la ley 22.520⁶⁰⁶, de Ministerios, y por la desactualizada reglamentación efectuada mediante la ley 24.156, de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional⁶⁰⁷. Esta última ley se encuentra desactualizada por cuanto no fue adecuada a la reforma constitucional de 1994.

Este ciclo, entonces, consta de cuatro etapas: la preparación, la aprobación, la ejecución y el control. A ellas me dedicaré en las líneas que siguen.

7.1. Preparación, elaboración o formulación del proyecto de presupuesto

La elaboración del proyecto de presupuesto importa, en los hechos, la planificación de los gastos del período considerado en relación con los recursos que se esperan percibir. Es decir, se trata de la proyección de la actividad financiera para un período determinado, mediante la realización de un plan que permita lograr los fines constitucionales y que se plasma en un documento que adquirirá forma de ley.

Tradicionalmente, y sobre todo en los países con sistemas de gobierno presidencialistas, la función de preparación del proyecto de presupuesto es atribuida al Poder Ejecutivo que es, en definitiva, el que ejecuta las políticas del Estado. En la Argentina, que no escapa al sistema presidencialista, se reproduce esta regla, aunque no existe en nuestro texto constitucional una cláusula que expresamente ponga a cargo del ramo Ejecutivo del Estado la formulación del proyecto de presupuesto. No obstante ello, la pauta puede extraerse a partir de la interpretación conjunta de ciertas normas.

A mi modo de ver, la atribución constitucional de la competencia preparatoria del presupuesto estatal en la órbita del Poder Ejecutivo, en primer lugar, surge implícitamente del texto del inciso en comentario cuando determina que el Congreso debe aprobar todos los años el presupuesto sobre la base del "(...) programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas". Estas funciones, más cercanas al campo de actuación del Ejecutivo, implican una tarea previa y distinta de la función legislativa.

En efecto, en nuestro sistema constitucional, el presidente es el "(...) jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país" (art. 99, inc. 1º, CN). Dentro del departamento Ejecutivo, la Constitución pone a cargo del jefe de gabinete de ministros el ejercicio de la administración general del país (conf. art. 100, inc. 1º, CN). Este órgano, junto con los ministros y secretarios de los distintos ramos del gobierno, tiene a su cargo el despacho de los negocios de la Nación (conf. art. 100, primer párrafo, CN).

La administración del país se encuentra en la órbita del Poder Ejecutivo y, por ello, se le atribuye la potestad y obligación de elaborar, año tras año, el proyecto de presupuesto que luego será sometido al tratamiento parlamentario. El Ejecutivo, según la tradición, es el que se encuentra en mejores condiciones y con mayores elementos y datos necesarios para establecer las prioridades a atender en el ejercicio presupuestario, además de su carácter técnico que resulta importante a la hora de efectuar las previsiones sobre los ingresos a disposición y su inversión.

De su lado, el art. 100, inc. 6º, de la Constitución, prescribe que es atribución del jefe de gabinete enviar al Congreso "(...) los proyectos de ley de ministerios y de presupuesto nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo". Muchos han entendido a partir de este texto, en una plausible interpretación, que la elaboración del proyecto de presupuesto, o al menos la dirección y conducción de esta etapa, se encuentra a cargo del funcionario aludido previamente (conf. también art. 100, incs. 1º y 7º, CN).

Si bien, aparentemente, el texto constitucional ha otorgado un rol importante al jefe de gabinete en cuanto a su participación en el proceso de preparación del presupuesto (parece poco probable limitar el alcance de la atribución específica de competencia constitucional al mero "envío" del proyecto de ley al Congreso), lo cierto es que, dada su conformación, resulta una tarea que, en principio, excede su capacidad de actuación, dada la magnitud del cometido. La estructura de la jefatura de gabinete dificulta en la práctica que sea ese órgano el que se encargue de la confección del presupuesto, labor que parece ser más cercana a la rama económica del Ejecutivo, actualmente a cargo del Ministerio de Hacienda de la Nación.

En este contexto, es posible interpretar que el constituyente ha pensado en el jefe de gabinete como una especie de "director" del procedimiento de formulación presupuestario, sobre todo si se tienen en cuenta —desde la óptica de la unidad del fenómeno financiero— que a este funcionario le corresponde "[h]acer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de presupuesto nacional" (art. 100, inc. 7º, CN).

De las normas previamente transcritas se observa, más allá de la responsabilidad política del presidente, que existe una atribución explícita y directa de competencias en el jefe de gabinete, que no podría ser interferida, en principio, por el Poder Ejecutivo, pues, de lo contrario, se estaría desnaturalizando a la propia norma fundamental.

En nuestro ordenamiento financiero, al menos normativamente, la actuación del jefe de gabinete ocupa, o así debería ocurrir, un lugar central. Como afirma Corti, este funcionario "(...) personifica al Tesoro de la Nación. Se trata de la subjetivación, en el ámbito ejecutivo, del Tesoro. Por ende, el efectivo cumplimiento de la personificación del Tesoro es la base del real poder constitucional del Jefe de Gabinete"⁶⁰⁸.

En suma, creo que las escasas pautas constitucionales que han sido aludidas erigen al jefe de gabinete en un órgano coordinador del procedimiento de preparación del presupuesto, quien necesariamente debe contar con la colaboración principal del Ministerio de Hacienda, aunque también con la de los demás ministerios.

En el campo infraconstitucional, cabe indicar que, en la Ley 22.520 de Ministerios, se prevé que dentro de las atribuciones del Jefe de Gabinete se encuentra la de "[i]ntervenir en la elaboración y control de ejecución de la Ley de Presupuesto, como así también en los niveles del gasto y de los ingresos públicos, sin perjuicio de la responsabilidad primaria del ministro Secretario del área y de la supervisión que al presidente de la Nación compete en la materia" (art. 16, inc. 11, ley 22.520).

Aun cuando la Constitución establece que la Jefatura de Gabinete debería tener un papel central en esta etapa del ciclo presupuestario, la ley precitada —que refiere a una responsabilidad primaria a cargo del ministro de economía— reconoce que la función en cuestión tendrá que enlazarse necesariamente con la actuación del presidente y la de los ministros, en particular el del ramo económico. Así, la norma legal prescribe que entre las funciones de los ministros, como integrantes del Gabinete Nacional, se encuentra la de intervenir en la preparación del proyecto de presupuesto nacional (conf. art. 4º, inc. a, ap. 4º, ley 22.520).

Ahora bien, dentro de esta acción coordinada e integrada, la ley le otorga un rol preponderante al Ministerio de Hacienda. En este marco, el art. 20 de la ley 22.520 dispone que compete al ministro de hacienda "(...) asistir al presidente de la Nación y al Jefe de Gabinete de Ministros, en orden a sus competencias, en todo lo inherente a la política económica, presupuestaria e impositiva, a la administración de las finanzas públicas (...)"; y, en particular, entender, en lo que aquí importa, "(...) en la elaboración y control de ejecución del Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional, así como también en los niveles del gasto y de los ingresos públicos (...)" (inc. 2º). Asimismo, "(...) en la recaudación y distribución de las rentas nacionales, según la asignación de Presupuesto aprobado por el (...) [congreso] (...) y en su ejecución conforme a las pautas que decida el Jefe de Gabinete de Ministros con la supervisión del [poder ejecutivo](...)" (inc. 3º).

Corresponde aclarar que el énfasis en la actuación del ministro del ramo económico no implica dejar de lado que los demás funcionarios también coadyuvan en la formulación del presupuesto, conforme ya fue destacado.

Dicho lo anterior, no puede soslayarse que la ley 24.156, en su Título II, regula los diversos aspectos que atañen al sistema presupuestario dentro de la administración financiera del sector público nacional (regulación que se complementa con las disposiciones del dec. 1344/PEN/2007, reglamentario de la norma legal). En particular, es dable mencionar que allí se fijan las cuestiones técnicas e internas de la administración para la formulación del presupuesto, entra las que se destaca la participación de la Oficina Nacional de Presupuesto, órgano rector del sistema (conf. art. 17).

Tras haber actuado la mentada oficina, con la intervención y coordinación de las Secretarías de Hacienda y de Finanzas de la Nación, deberían remitirse los anteproyectos de presupuesto (elaborados por las jurisdicciones y entidades —conf. art. 9º, ley 24.156—, según la técnica por programas) al Ministerio de Hacienda —a través de la Subsecretaría de Presupuesto— para la formulación del anteproyecto definitivo que será recibido por la Jefatura de Gabinete.

Luego de confeccionado el anteproyecto, el jefe de gabinete debe someterlo a discusión en un acuerdo de Gabinete; es decir, en una reunión con los ministros- secretarios que lo integran. En esta instancia, el referido funcionario podrá escuchar a estos si tienen algún reclamo urgente para incluir en el proyecto o si deben efectuarse modificaciones o readecuaciones en los gastos previstos para cada ramo. Aquí no debe perderse de vista que la Constitución no pone como requisito la aprobación del proyecto en el acuerdo; simplemente dispone la realización de esa instancia deliberativa. En cambio, sí se requiere la aprobación del proyecto por parte del presidente.

Cabe preguntarse, en este sentido, cuál es el alcance de este precepto. En efecto, si nos atenemos a la letra de la norma constitucional, para que el jefe de gabinete pueda girar el proyecto final al Congreso, es necesario que el presidente lo apruebe mediante un acto expreso a ese fin.

En un sistema de gobierno como el nuestro, donde rige un presidencialismo absolutamente hipertrofiado⁶⁰⁹, es casi improbable que el titular del Ejecutivo manifieste un desacuerdo con lo proyectado bajo la dirección del jefe de gabinete, quien en la práctica, más allá de lo perseguido por la reforma constitucional de 1994 en cuanto a la atenuación del presidencialismo, constituye una figura con poca independencia o autonomía de actuación.

Pero supongamos por un momento que eso sucede. Lo primero que puede afirmarse, como ya se dijo, es que ese proyecto no podría ser presentado, sin más, ante el Congreso. Las soluciones viables son, esencialmente, dos: que el presidente reemplace al jefe de gabinete por otro que formule el presupuesto conforme sus aspiraciones e interpretaciones sobre el plan financiero; o bien, que mediante una deliberación interna se busque salvar las diferencias para que el proyecto pueda ser sometido a consideración legislativa. En cambio, también dentro de un plano teórico, en virtud de la expresa atribución de competencia en el jefe de gabinete, el presidente no podría obviar el proyecto elaborado por aquel y enviar al Congreso uno propio⁶¹⁰.

Una vez discutido y obtenida la aprobación del presidente, el jefe de gabinete lo eleva al Congreso para su tratamiento. Según la práctica establecida por la reglamentación, el proyecto será presentado antes del

15 de septiembre de cada año (conf. art. 26, ley 24.156). Es necesario destacar que esta iniciativa legislativa obliga al Congreso a considerar expresamente el proyecto presentado. Es decir que deberá tratarlo, discutirlo, criticarlo y, eventualmente, no aprobarlo, empero en ningún caso podrá ignorarlo sin más.

Por último, cabe mencionar que, si el órgano ejecutivo incumpliera con su deber financiero constitucional, el Congreso podría formular, debatir y aprobar su propio proyecto de presupuesto, ya que el gobierno no puede quedar sin financiamiento. Ello es así en la medida de que el abandono por parte del Ejecutivo de la iniciativa legislativa en materia presupuestaria no puede interpretarse como una neutralización del instituto presupuestario. De lo contrario, bastaría que no se presentara el proyecto de presupuesto para evitar la deliberación democrática y el control de la actividad financiera.

No puede perderse de vista que, a la hora de ejercer la preparación del presupuesto, el Poder Legislativo se toparía con dificultades de orden técnico, ya que su estructura y funcionamiento no se encuentran adaptados para la labor presupuestaria. Sin embargo, un avance sobre este punto ha tenido lugar, no hace mucho tiempo, a partir del dictado de la ley 27.343⁶¹¹, mediante la cual el Poder Legislativo creó la Oficina de Presupuesto del Congreso, organismo desconcentrado dentro de su órbita. Son funciones principales de esta oficina: (i) analizar las estimaciones de ingresos y gastos contenidas en el proyecto de ley anual de presupuesto (conf. art. 2º, inc. 1º); (ii) apoyar a las comisiones de Presupuesto y Hacienda y a la Comisión Mixta Revisora de Cuentas de la Administración en el cumplimiento de sus objetivos (conf. art. 2º, inc. 2º) y, entre otras, (iii) realizar estimaciones del impacto presupuestario de los proyectos de ley ingresados a las comisiones de Presupuesto y Hacienda, a solicitud de dichas comisiones (conf. art. 2º, inc. 3º).

Llegado este punto, corresponde añadir que una situación distinta de la señalada más arriba —omisión del Ejecutivo de presentar un proyecto de presupuesto— se verificaría en el caso de la falta de sanción de la ley por rechazo del Congreso, supuesto también bastante problemático, pues la Administración carecería de las autorizaciones para realizar los gastos. Una rígida aplicación del principio de reserva de ley presupuestaria traería aparejada, como consecuencia, que el gobierno quede virtualmente paralizado.

Sin embargo, para evitar el "cierre" de la Administración Pública, como sucede en sistemas como el de Estados Unidos de América, nuestro ordenamiento infraconstitucional prevé una solución excepcional llamada "reconducción del presupuesto", dispositivo que consiste en una especie de prórroga de la ley anterior con una serie de actualizaciones para ajustarla al nuevo ejercicio (conf. art. 27, ley 24.156). Más allá del

mecanismo establecido por la ley, sería conveniente que la solución estuviera contenida en la propia Constitución para evitar que se erosionara la reserva legal.

7.2. Aprobación del proyecto de ley

La segunda etapa del ciclo presupuestario consiste en el debate legislativo del proyecto y su ulterior aprobación. Cabe recordar que corresponde al Congreso fijar anualmente el presupuesto general de recursos y gastos de la administración (conf. art. 75, inc. 8º, CN). Esta tarea es fundamental y es el procedimiento que activa el sistema de frenos y contrapesos por el cual el Congreso va a controlar el programa de gobierno y el plan financiero de la Nación, lo que se cristalizará con la emisión de la autorización para disponer de los ingresos públicos con el objeto de atender las erogaciones previstas.

Resulta oportuno aclarar, en esta instancia, que la Ley de Presupuesto no es una fórmula esotérica ni sagrada que la haga ser una "ley de leyes", como mal se la llama. Se trata de una ley igual que cualquier otra, en cuyo trámite y procedimiento resulta de aplicación la regulación constitucional que rige para la formación y sanción de leyes establecida por los arts. 77 a 84 de la CN. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en este orden de ideas, al entender que la Ley de Presupuesto es una ley, en el sentido institucional del vocablo, con plenos efectos jurídicos. Es acción legislativa normal y primordial, aun cuando la iniciativa corresponda al Poder Ejecutivo, que es el responsable de la administración general del país⁶¹².

Es preciso hacer notar que el texto constitucional nada dice acerca de cuál será la Cámara de origen para dar inicio al trámite legislativo. Empero, en la práctica institucional y legal, a través de una analogía con lo dispuesto por el [art. 52](#) de la CN para el caso de las leyes tributarias, se considera que la Cámara de origen es la de Diputados (conf. art. 26, ley 24.156), ya que es aquella en donde se encuentra representado el pueblo de la Nación.

Con respecto al alcance de las facultades del Congreso a la hora de dar tratamiento al proyecto de ley, en algún momento se generó una discusión en torno a dos interpretaciones posibles. Una primera hipótesis consideraba que el cuerpo legislativo solamente debía aprobar o rechazar, íntegramente, el proyecto. En cambio, una corriente opuesta propiciaba la amplitud de facultades del Congreso para introducir modificaciones, sea adicionando o suprimiendo previsiones erogatorias. Hoy en día no existen dudas sobre la vigencia de la segunda opción.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al sostener que:

"en nuestro sistema constitucional, nada permite inferir que la función legislativa en materia presupuestaria se limita a aprobar o a autorizar lo que propone el Poder Ejecutivo. El Congreso recibe un proyecto de presupuesto y lo acepta, lo modifica o lo rechaza, en todo o en parte, sin restricción alguna"⁶¹³.

Ello no obstante, pueden establecerse algunos límites al actuar legislativo, derivados de la aplicación de otras cláusulas constitucionales. Principalmente, el Congreso debe respetar la coherencia entre el cálculo de los recursos y las autorizaciones para gastar. En consecuencia, todo aumento del gasto público deberá ser acompañado con el correspondiente medio de financiamiento previsto para atenderlo, sea creando un nuevo mecanismo recaudatorio; o bien, reestructurando el proyecto de manera de mantener la equivalencia⁶¹⁴.

Ahora bien, si se sigue un procedimiento normal para el trámite legislativo; esto es, si no se generan desacuerdos, una vez que el proyecto es aprobado por la Cámara de origen —previo dictamen de la Comisión de Presupuesto y Hacienda—, aquel se remite al Senado, que actúa como Cámara revisora. Si el proyecto es finalmente aprobado también por la Cámara Alta, la ley queda sancionada y se remite al presidente para su promulgación (conf. art. 78, CN). En caso de que la cámara revisora introdujera cambios en el la ley con media sanción, regirá el procedimiento previsto por el art. 81⁶¹⁵ de la Constitución.

Finalmente, resta agregar que, tal como ya fue puesto de resalto, al tratarse el presupuesto de una ley ordinaria más, rige la posibilidad de que sea vetada por el presidente —total o parcialmente—, razón por la cual resultan de aplicación los arts. 80 y 83 de la CN.

7.3. Ejecución de la Ley de Presupuesto⁶¹⁶

Una vez que el presupuesto ha sido aprobado, inicia una nueva etapa de su ciclo vital que es el de la puesta en marcha, en el ámbito de lo concreto, del plan financiero de gobierno.

A esta etapa se la denomina "ejecución del presupuesto"⁶¹⁷ y se desarrolla a través de un procedimiento administrativo especial que comienza con la disposición distributiva de fondos y culmina con el pago, es decir, con la efectiva salida dineraria de la tesorería estatal.

El momento de la ejecución es esencialmente dinámico y de interacción permanente entre los mecanismos constitucionales recaudatorios y erogatorios. Así, mientras la Administración recauda los recursos, en paralelo, los ingresos son aplicados según las autorizaciones que previamente fueron conferidas por el Congreso.

A su vez, el procedimiento administrativo de ejecución es liderado por el jefe de gabinete, órgano al cual la Constitución le ha encomendado la tarea de "(...) ejecutar la ley de presupuesto nacional (...)" (art. 100, inc. 7º, CN). Esta atribución de competencias no es una mera facultad sino un verdadero deber, pues la Administración está obligada a ejecutar las autorizaciones de gastos previamente aprobadas. A ello debe agregarse que, en el ejercicio de ese deber, dicho órgano es supervisado por el presidente de la Nación (conf. art. 99, inc. 10, CN). Esto denota, en cierto sentido, el establecimiento de una instancia de control hacia adentro de la Administración durante un momento específico en la vida de la Ley de Presupuesto. El referido control del presidente sobre la acción del jefe de gabinete convive con las demás formas de control que existen dentro de nuestro diseño institucional.

El primer paso que seguir en la ejecución⁶¹⁸ es la *reglamentación de la ley* presupuestaria. Esta tarea se encuentra a cargo del jefe de gabinete, quien debe dictar la decisión administrativa que ordene la *distribución* pormenorizada de los créditos autorizados, a los fines de detallar el objeto de los diferentes gastos. Sin esta distribución de fondos no podrían egresar los recursos de la caja estatal⁶¹⁹.

Aun cuando se trata de una obviedad, es necesario resaltar que no podrán distribuirse créditos que excedan de los autorizados por el Congreso, pues dicho funcionario se halla limitado por el monto total aprobado por el Legislativo (conf. art. 29, ley 24.256).

Una vez puestos los fondos a disposición de los distintos organismos, estos van a poder comprometer los gastos proyectados. El *compromiso* es, entonces, la segunda etapa del proceso de ejecución del presupuesto. Tradicionalmente, al compromiso se lo define como la afectación preventiva de un recurso para su futura aplicación o inversión. Como se infiere de lo dicho, no cabe confundir al momento en que se compromete cierto gasto con el gasto en sí mismo. Con el compromiso se afecta una suma a un destino determinado; es decir, se lo inmoviliza, preventivamente, a la espera de ser aplicada. Para considerar como efectivamente realizado un gasto se necesita un paso más: su devengamiento.

El *devengo* es la tercera etapa de la ejecución presupuestaria y es el criterio utilizado para atribuir, temporalmente, un gasto a un ejercicio financiero determinado (conf. art. 31, ley 24.156)⁶²⁰. En cuanto a la definición de la noción de devengo, tema que motivó diversas discusiones en el campo de la dogmática fiscal, es útil destacar las precisiones realizadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las que permiten construir un concepto jurídico del término.

De manera previa a referirme a la definición de la Corte, cabe aclarar que el pronunciamiento al que se aludirá recayó en el marco de un caso en donde se debatía el alcance del término en la Ley de Impuesto a las Ganancias, extremo que de manera alguna impide trasladar el concepto vertido al campo presupuestario.

En efecto, según nuestro Máximo Tribunal, "devengar" es un concepto general del derecho empleado usualmente para dar cuenta de la circunstancia misma del nacimiento u origen de un derecho de contenido patrimonial. Alude, en tal sentido, al fenómeno mismo de la génesis de un derecho"⁶²¹. Ello ocurriría, por ejemplo, al perfeccionarse un contrato.

En consecuencia, el gasto se considerará devengado, y por lo tanto ejecutado, en el ejercicio financiero en el que acaecieron los hechos jurídicos que le han servido de causa.

La última etapa del procedimiento de ejecución es el *pago*, que supone la previa liquidación de la deuda y el libramiento de la correspondiente orden de sufragar el monto de que se trate. El pago importa, entonces, la cancelación de la deuda devengada mediante la entrega de una suma de dinero que sale de la caja estatal.

7.3.1. Breve referencia a la delegación de facultades presupuestarias en la Jefatura de Gabinete

La ley 24.156, al regular la ejecución presupuestaria, delegaba en la Jefatura de Gabinete, a través de su art. 37 (modif. por la ley 26.124 —BO del 8/8/2006—), la facultad para introducir modificaciones y reestructurar las partidas presupuestarias autorizadas durante la etapa de vigencia del presupuesto. En particular, el texto disponía que dicho funcionario podía "(...) disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del total aprobado por cada Ley de Presupuesto, quedando comprendidas las modificaciones que involucren a gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de las finalidades".

Esta delegación ha merecido copiosas críticas por parte de los distintos operadores jurídicos, pues se entendía que terminaba por desvirtuar el principio de legalidad y de la competencia, estipulados por la propia Constitución. Así las cosas, y con la única limitación de no modificar el monto total autorizado para gastar ni el total de las sumas previstas para endeudamiento, prácticamente se habilitaba al jefe de gabinete a disponer un presupuesto distinto del debatido y aprobado por el Congreso.

A su vez, no puede pasarse por alto que la norma delegante no superaba mínimamente el tamiz del art. 76 de la CN, ya que no se fijaba

ni el plazo de delegación ni las bases para el ejercicio de la facultad delegada, más allá de alguna mínima referencia limitativa.

Posteriormente, a fines de 2016, el artículo fue modificado (conf. ley 27.342, BO del 21/12/2016). En su redacción actual, el art. 37 de la ley 24.156 establece como principio rector que corresponden exclusivamente al Congreso "(...) las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto, así como las partidas que refieran a gastos reservados y de inteligencia (...)". Sin embargo, a renglón seguido se autoriza a la Jefatura de Gabinete a disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del monto total aprobado, las cuales "(...) no podrán superar el siete coma cinco por ciento (7,5%) para el ejercicio 2017 y el cinco por ciento (5%) para el ejercicio 2018 y siguientes, del monto total aprobado por cada ley de presupuesto, ni el quince por ciento (15%) del presupuesto aprobado por finalidad, cuando se trate de incrementos de gastos corrientes en detrimento de gastos de capital o de aplicaciones financieras, y/o modificaciones en la distribución de las finalidades (...)". Luego, la norma legal fija una serie de pautas procedimentales que debería seguir el jefe de gabinete cuando hiciera uso de la facultad atribuida. Así, conforme los lineamientos de la ley, las reestructuraciones presupuestarias "(...) deberán ser notificadas fehacientemente a ambas comisiones de Presupuesto y Hacienda del Honorable Congreso de la Nación dentro de los cinco (5) días hábiles de su dictado, especificándose los montos dinerarios, finalidades del gasto, metas físicas y programas modificados (...)".

La reforma efectuada ha reportado un gran avance si se compara el nuevo texto con el anterior. Nótese que con respecto a las bases de la delegación se establecen mayores límites cuantitativos y se prevé un procedimiento específico para comunicar al Congreso las modificaciones que, eventualmente, se decidieran.

En cuanto a los plazos, la referencia a los ejercicios financieros 2017 y 2018 podían haber sido apreciados como el límite temporal exigido por el art. 76 de la CN, empero, luego de hacer referencia al ejercicio 2018, se adicionó la fórmula "y siguientes", lo que vuelve a dejar a la delegación sin límite temporal alguno.

A modo de conclusión, creo conveniente poner énfasis en que lo criticable del asunto bajo examen es la escasa regulación por parte del Poder Legislativo y no la delegación considerada en sí misma. No parece irrazonable que se prevea algún tipo de mecanismo rápido y eficaz para efectuar modificaciones en el presupuesto durante su vigencia cuando casos especiales que exijan una intervención financiera inmediata lo tornen necesario. Insisto, para hacer compatible la delegación con el principio de legalidad presupuestaria se requiere de una reglamentación más robusta, tarea aún pendiente en nuestra legislación.

7.4. El control del presupuesto

Si bien la cuestión del control es ubicada como la última etapa del circuito presupuestario, lo cierto es que dicho aspecto no puede ser encasillado en un eslabón determinado, dado que se trata de una tarea sumamente amplia que alcanza a toda la cadena presupuestaria y no solamente al presupuesto ejecutado al cierre del ejercicio. Como ya dije, cuando el Congreso discute el proyecto de ley, está ejerciendo un control sobre el plan financiero presentado por la Administración.

Al mismo tiempo, también fue señalado que cuando el jefe de gabinete dirige la formulación y ejecuta la Ley de Presupuesto, dicho funcionario es supervisado por el presidente, órgano que de esa manera participa, de cierta manera, en una actividad de contralor. Se ha llegado a afirmar, sobre este punto, que es posible enfocar a:

"(...) toda la operación presupuestaria como un conjunto de actos tendientes al control de la inversión de las rentas públicas; de tal manera que ese control comienza con la previsión y la determinación de los hechos y actos que se van a realizar, su conocimiento simultáneo y posterior evaluación"⁶²².

Sentado lo que antecede, debo aclarar que aquí haré hincapié en el control posterior y externo de la actividad financiera. En especial, me centraré en el control parlamentario de la administración fiscal, tal como se halla previsto en los arts. 75, inc. 8º, y 85 del texto constitucional.

En las democracias constitucionales, la noción de control es fundamental y la materia financiera no escapa a dicha lógica. Asimismo, la idea de control y rendición de cuentas por parte de los funcionarios públicos se encuentra íntimamente emparentada con el régimen republicano y, particularmente, con el sistema de frenos y contrapesos (conf. art. 1º, CN).

En cuanto a su noción, puede decirse que el control es la acción tendiente a verificar o comprobar el desarrollo de una determinada situación conforme a un elemento de comprobación o parámetro. En definitiva, se trata de realizar un análisis comparativo entre un determinado estado de cosas concreto y real y un deber ser.

En materia presupuestaria, el control podría definirse como la actividad desplegada para comprobar o fiscalizar el ejercicio de la actividad financiera y el logro de los objetivos propuestos previamente y que fueron establecidos mediante la autorización de un gasto.

Tal como se ha expresado desde hace tiempo, el control del presupuesto tiene una doble finalidad: una técnico-legal, vinculada con la regularidad de los actos de gestión y el adecuado manejo de los fondos

públicos y otra de tipo político consistente en la apreciación de la orientación general del gobierno, el costo y eficiencia de los organismos oficiales y la adecuación de la actividad desarrollada a los planes de acción sobre recursos y gastos⁶²³.

Existe una gran cantidad de clasificaciones o tipos de control: según la ubicación del órgano que lo ejerce (interno y externo), el momento en que se efectúa (previo, concomitante y posterior), el alcance (legalidad, mérito y conveniencia), el tipo de órgano que lo realiza (parlamentario, judicial y administrativo), el objeto (financiero, económico, de gestión o patrimonial), etc.⁶²⁴.

La ley 24.156 adopta un doble sistema de control, cuya clasificación recurre a la ubicación de la entidad que lo ejerce, a la vez que asume que el órgano controlado es la Administración Pública. Así, la ley establece un régimen de control interno, a cargo de la Sindicatura General de la Nación, y otro externo en manos de la Auditoría General de la Nación (órgano constitucionalizado en 1994 —conf. art. 85, CN—) y de una Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas⁶²⁵.

Es dable resaltar, en este sentido, que la Constitución le encomienda al Congreso "[e]l control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos (...)". Paralelamente, prevé que "[e]l 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" (art. 85, primero y segundo párrafo, CN). Esto quiere decir que la función parlamentaria de contralor es cumplida con la asistencia de la Auditoría General, la cual ha sido prevista como un órgano técnico colaborativo o de asistencia⁶²⁶.

La idea del control externo a cargo del Congreso resulta coherente con el rol que cumple dentro de la cadena presupuestaria, en tanto el Parlamento actúa como órgano autorizante del gasto público. De este modo, es lógico que se encargue de controlar la forma en que han sido cumplidos los gastos autorizados y encomendados a la Administración. Por otro lado, el Poder Legislativo es el órgano que representa la voluntad popular, por lo que en este contexto lo que subyace es, entonces, la idea de control por el pueblo que caracterizó los orígenes del instituto presupuestario en su configuración moderna.

VIII. LA CUENTA DE INVERSIÓN

8.1. Noción, contenido y preparación

Además de ser mencionada en el inciso en comentario, la Constitución vuelve a hacer referencia a la cuenta de inversión en la parte final del art.

85, al establecer que la Auditoría General de la Nación "[i]ntervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos". El examen de la cuenta es parte crucial del control realizado por el Congreso.

En efecto, la cuenta es un elemento esencial para el control ulterior y es un documento que contiene información técnica, contable, financiera y patrimonial de la actividad llevada a cabo durante el procedimiento de ejecución anual del presupuesto. Puntualmente, la cuenta debería contener un panorama completo de toda la información que se relaciona con la gestión financiera (movimientos de fondos que ingresan o salen de la caja estatal durante la ejecución del presupuesto) y patrimonial (aumento y disminución de los activos y pasivos del Estado) a cargo del Poder Ejecutivo durante el período fiscal de que se trate⁶²⁷. En pocas palabras, se trata de un informe sobre la gestión de la actividad financiera (recursos y gastos) de un ejercicio determinado y podría ser asimilada a una rendición de cuentas.

Pese a que la Constitución omite mencionar expresamente al órgano encargado de presentar la cuenta⁶²⁸, si se tiene en cuenta que el art. 100 pone a cargo del jefe de gabinete la administración general del país, la dirección en la preparación del proyecto de presupuesto, la recaudación de las rentas de la nación y la ejecución del presupuesto (conf. incs. 1º, 6º y 7º), todo parecería indicar que dicho funcionario debería ser el encargado de someterla a consideración del Congreso e, inclusive, explicarla y defenderla en compañía del ministro de Hacienda (conf. arts. 100, inc. 9º, y 106, CN)⁶²⁹.

Una vez presentada, el Poder Legislativo deberá analizarla a fin de determinar su aprobación o rechazo. En este sentido, señala Despouy⁶³⁰ que este procedimiento deliberativo es muy importante, "porque se trata justamente de la rendición de cuentas integral de la gestión de gobierno a través de la ejecución presupuestaria, lo que posibilita al Congreso evaluar el cumplimiento de las metas y objetivos que hubiesen sido autorizados para el ejercicio". Asimismo, permite la determinación de responsabilidades penales y/o civiles.

Con relación al contenido que debe abarcar la cuenta de inversión, el art. 95 de la ley 24.156 regula cuáles son los principales aspectos que deben estar reunidos. A modo de síntesis, solo mencionaré que, principalmente, en la cuenta deben incluirse, al menos: (i) La información vinculada con la ejecución del presupuesto de gastos y de recursos; (ii) Los estados relativos a los movimientos de la tesorería estatal; (iii) La información que dé cuenta de la gestión patrimonial del Estado y (iv) La situación de las contrataciones realizadas por la Administración⁶³¹.

8.2. El trámite para la discusión y aprobación. Consecuencias

Una vez girada al Congreso, y antes de ser sometida a la discusión en ambas Cámaras, deberá dictaminar la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas. A los fines de poder elaborar su dictamen, previamente, va a ser necesario que tome intervención la Auditoría General de la Nación⁶³².

Recuérdese que el art. 85 de la Constitución exige que, antes de que el Congreso se pronuncie, intervenga la Auditoría General de la Nación y emita el necesario dictamen al respecto. La actividad del organismo asistente no se limita solo a la confección del referido dictamen, pues brinda, al mismo tiempo, asistencia técnica al Congreso para que pueda evaluar la información reunida y tomar una decisión sobre el punto⁶³³.

Ahora bien, el dictamen de la Auditoría es un elemento necesario para la validez del procedimiento de aprobación, pues si dicho organismo de control no emitiera su opinión y se aprobara o rechazara la cuenta del período, tal accionar resultaría nulo por la ausencia de uno de los requisitos constitucionales (conf. art. 85, CN).

Independientemente de su necesaria existencia, el dictamen de la Auditoría no se presenta como vinculante para el Congreso. Si bien es un elemento que podría colaborar en la toma de la decisión, esta corresponde, en última instancia, a ambas Cámaras.

Llegado este punto, y a modo de concluir el tema, corresponde mencionar brevemente cuáles serían las posibles proyecciones del acto de rechazo de la cuenta de inversión por parte del Poder Legislativo.

Nada se dice en el texto constitucional ni en las leyes reglamentarias acerca de las consecuencias que, en la *praxis*, conllevaría una eventual desaprobación de la cuenta de inversión. De manera que resulta menester intentar obtener alguna respuesta a partir de una lectura integral del texto constitucional. En este sentido, podría interpretarse al acto de reprobación como una causal de justificación para que el Parlamento ejerza la moción de censura contra el jefe de gabinete, órgano ejecutor del presupuesto (conf. arts. 100, inc. 7º y 101, CN), y, en igual sentido, para llevar a juicio político al presidente, como responsable de la administración general del país (conf. arts. 53, 59/60 y 99, inc. 1º, CN).

Por otro lado, es dable resaltar que la aprobación de la cuenta no impide el ejercicio eventual de las acciones por responsabilidad penal o patrimonial frente a la comprobación de transgresiones normativas por parte de los funcionarios públicos.

Finalmente, cabe destacar que el Congreso olvida sistemáticamente cumplir en plazo con esta manda constitucional, pues demora exageradamente en tratar la cuestión. Tal es así que recién el 10/6/2015

se ha aprobado, por ley 27.144, la cuenta de inversión correspondiente al ejercicio fiscal 2011. Ese mismo año, también, se aprobaron las cuentas correspondientes a los ejercicios 2012 y 2013, a través de las leyes 27.175 y 27.180, respectivamente⁶³⁴. Con estos plazos y con el abandono en que incurre el Poder Legislativo con relación a una importante parte de su función de contralor, parece difícil que se pueda cumplir cabalmente con la importante tarea de supervisar el ejercicio de la actividad financiera pública.

Art. 75, inc. 9º.—

Acordar subsidios del Tesoro nacional a las provincias, cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios.

Comentario por Federico M. Apostolidis

I. LA HACIENDA PÚBLICA FEDERAL

1.1. Los gastos y los recursos públicos en el federalismo

El art. 1º de la CN establece que la Argentina adopta la forma federal de Estado. En la idea de Estado federal aparecen dos elementos: pluralismo territorial y distribución del poder político entre las diversas unidades que conforman el territorio⁶³⁵. Esta división del poder crea una dualidad institucional, ya que las actividades del gobierno se dividen entre los Gobiernos locales y el Gobierno central, de manera que cada nivel posee la decisión final sobre ciertas actividades⁶³⁶.

Así delimitada la relación federal, se aprecia que en dichos sistemas coexisten, dentro de un mismo territorio, dos niveles de gobierno con capacidad suficiente para adoptar decisiones, aunque en un distinto plano competencial y con una intensidad diferente.

En nuestro país, el Estado nacional convive con otros niveles de gobierno, los locales, que son producto de la descentralización territorial. Estos Estados subnacionales, las provincias⁶³⁷, se caracterizan por gozar de autonomía.

La autonomía provincial implica el derecho que les asiste a dichos entes jurisdiccionales de darse sus propias instituciones, regirse por ellas, adoptar las decisiones sobre las que, en virtud del sistema constitucional,

tengan asignada una competencia y elegir sus autoridades. Todo ello, sin intervención del Gobierno federal, pero con la obligación de respetar determinados límites que mantienen la armonía del sistema (conf. arts. 5º, 121, 122, 123 y 126, CN).

No pocas veces el federalismo argentino ha sido catalogado como algo quimérico. La práctica institucional ha demostrado que el sistema federal argentino es de tipo coercitivo; esto es, un sistema en el que, con mayor o menor grado de consentimiento de los Gobiernos subnacionales, prevalece el poder del Gobierno central y el interés nacional en la regulación de los asuntos federales⁶³⁸. La peculiar forma en que nuestra Constitución ha regulado al federalismo ha permitido una especie de contratendencia que se orienta por y hacia la concentración del poder y la centralización territorial⁶³⁹. Empero, un genuino compromiso federal exige respetar la voluntad de las provincias de organizar su vida interior según sus decisiones autónomas, y la hacienda pública ocupa un papel central para que tal aspiración pueda materializarse.

Cabe recordar aquí también que uno de los postulados básicos del derecho financiero revela la estrecha y necesaria relación entre la existencia del Estado y la disponibilidad de recursos económicos, puesto que el cumplimiento de las funciones del Estado, que es deber suyo atender, origina gastos. Como consecuencia de ello, la percepción de las rentas del tesoro es condición indispensable para el regular funcionamiento del Estado; es decir, para que este pueda cumplir adecuadamente con las tareas que, constitucionalmente, le han sido asignadas⁶⁴⁰. No parece difícil, entonces, observar la interdependencia que existe entre la autonomía política y la autonomía financiera, ya que esta última condiciona la concretización de la primera.

A partir de lo expuesto hasta acá, puede concluirse que toda discusión sobre las relaciones federales requiere que sea acompañada, concomitantemente, de un debate sobre el diseño económico-financiero en que se desenvolverán esas relaciones.

1.2. Las relaciones fiscales intergubernamentales: algunos aspectos problemáticos

Uno de los factores determinantes que han transformado en quimérico al federalismo argentino ha sido la insuficiencia financiera estructural y crónica en la que se hallan inmersas las provincias. La desproporción y asimetría que se verifica entre las responsabilidades de los Gobiernos locales (gastos públicos) y los recursos propios con los que cuentan para hacerles frente, las han colocado en una constante dependencia del Gobierno federal. Y, aun así, a muchas provincias les ha costado y les cuesta poder financiar la totalidad de sus presupuestos, circunstancia que

impide que puedan ser cumplidos los objetivos constitucionales. Como afirman Ramallo Massanet y Zornoza Pérez:

"cuando las Corporaciones locales han de atender a los fines que legalmente tienen preestablecidos con medios de financiación escasos, cuyo volumen depende esencialmente de un poder jurídico que les es ajeno y que se resiste por hipótesis a ver mermados sus recursos, surgen inevitablemente tensiones entre fines y medios que nunca son fáciles de resolver"⁶⁴¹.

Si realmente se pretende una organización estatal federal, estas tensiones tienen que ser evitadas. Un presupuesto para lograr ese objetivo es edificar el sistema fiscal federal sobre la base de una serie de principios financieros que actúen como reglas condicionantes de ordenación. Entre esos principios pueden mencionarse los siguientes: autonomía, corresponsabilidad, suficiencia y solidaridad.

1.2.1. Autonomía financiera

Si bien no aparece expresamente en el texto constitucional, la regla de la autonomía opera en todo el campo de la actividad financiera local, traduciéndose en el reconocimiento de la capacidad de las provincias para llevar a cabo la función ingreso-gasto público; es decir, para gobernar la obtención de sus recursos y decidir la forma en que se invertirán —o, lo que es lo mismo, cómo y en qué se va a gastar—⁶⁴².

En pocas palabras, "autonomía financiera significa (...) recursos propios y capacidad de decisión sobre el empleo de esos recursos, haciéndose equivalente a autofinanciación"⁶⁴³.

1.2.2. Corresponsabilidad fiscal

El principio de corresponsabilidad fiscal es desprendimiento de la idea de autonomía financiera, vinculado sobre todo con el capítulo rentístico del fenómeno financiero. Este principio o pauta propicia que los Gobiernos subnacionales se hagan cargo de sus propias fuentes de ingresos. En efecto, "(...) el contenido esencial de la corresponsabilidad se asienta sobre la necesidad política de descentralizar los ingresos públicos en un contexto de descentralización del gasto público"⁶⁴⁴.

Si se sigue esta pauta, cada Estado local podrá evaluar concretamente tanto la utilidad como los costos que se derivan de las decisiones que sobre los gastos se adopten.

A modo de ejemplo, este principio se configuraría al admitirse la posibilidad de las provincias de crear tributos, hecho que, al adicionarles un ingreso, las alejaría de la dependencia del Estado central. Así, mediante la corresponsabilidad se asegura, en definitiva, la autonomía financiera.

1.2.3. Suficiencia financiera

El principio de suficiencia busca dotar de coherencia a todo diseño federal de reparto de competencias, pues si se quiere garantizar el funcionamiento de una federación en la que los distintos niveles de gobierno que coexisten dentro del mismo territorio adopten sus propias decisiones y elijan, bajo ciertas condiciones, su modo de vivir, la suficiencia financiera tiene que estar garantizada como mecanismo de financiamiento de los Estados descentralizados. De esta manera, el principio bajo estudio exige que los Gobiernos locales dispongan de un conjunto de recursos suficientes para desarrollar sus competencias y funciones, ya que es presupuesto de la autonomía la existencia de proporcionalidad entre las funciones asignadas a cada plano de Gobierno autónomo y las fuentes de recursos que se le atribuyen para que aquellas puedan ser ejercidas y cumplidas.

En efecto, la autonomía de los Gobiernos locales se halla estrechamente ligada a su suficiencia financiera, por cuanto aquella exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que constitucionalmente les han sido encomendadas.

La suficiencia ha de entenderse, entonces, como una relación de razonable y aproximada equivalencia entre las funciones, actividades, competencias y servicios que la Constitución pone a cargo de las provincias y las rentas de que dispongan, de modo que los recursos sean bastantes para desempeñar el conjunto de tareas encomendadas⁶⁴⁵.

1.2.4. Solidaridad fiscal intergubernamental

Más allá de lo que pudiera desearse, dentro de un Estado federal la igualdad entre los Estados locales es, antes que una realidad, una aspiración. Algunos factores, como las condiciones geográficas, no pocas veces inciden en una desigual distribución y localización de las fuentes creadoras de riquezas. Ello puede llevar a que, por su mero emplazamiento físico, algunas provincias se encuentren ante mejores posibilidades rentísticas que otras. La solidaridad es una regla que viene a tratar de compensar estas dificultades e importa un compromiso de aquellas provincias más aventajadas con aquellas otras que no tengan garantizado un financiamiento suficiente.

Entendida de ese modo, la solidaridad es un principio por el que se pretende promover la igualdad de oportunidades para todos los niveles descentralizados de gobierno. Su principal fin es, entonces, que los Estados locales menos aventajados puedan superar las limitaciones y ejercer su autonomía de modo pleno, al igual que los restantes que se encuentran en mejores condiciones.

1.3. Herramientas fiscales para los Estados federales: una breve aproximación a la necesidad de coordinación

Para recapitular brevemente lo mencionado hasta este punto, reiteraré que en todo diseño institucional en el que conviven distintos niveles con capacidad para adoptar decisiones será necesario contar con un sistema fiscal que guarde la mayor simetría posible entre las competencias o funciones que se asignan a cada plano gubernamental —facultad y deber de gasto— (central y descentralizado) y los recursos con los que contarán para atender esas tareas. Como consecuencia de ello, en un Estado federal, al igual que lo que sucede con las demás competencias, la hacienda pública también se hallará descentralizada y las facultades financieras se van a distribuir entre el Gobierno nacional y los locales. De esta manera, cada nivel de gobierno decidirá y tendrá su propio presupuesto y podrá recurrir a diversas fuentes de recursos.

Ahora bien, más allá de que la acción fiscal de los múltiples niveles de gobierno involucra cuestiones relativas a los gastos y los recursos, lo cierto es que los aspectos más problemáticos y dificultosos se verifican respecto del capítulo rentístico antes que en el erogatorio. Es que, precisamente, la falta de correlación entre los recursos y los gastos es lo que define el gran conflicto de las relaciones fiscales intergubernamentales⁶⁴⁶. Así entonces, cuando se distribuyen funciones entre los Estados locales y el central, también será necesario distribuir entre ellos las fuentes de recursos, principalmente las tributarias, sin perder de vista la desigual distribución inicial de los centros generadores de rentas.

Habitualmente, los recursos pueden asignarse de un modo exclusivo a un determinado nivel de gobierno, empero también puede ocurrir que las facultades recaudatorias se otorguen de forma conjunta para un ejercicio concurrente —en un plano horizontal o vertical—, posibilidad que añade un potencial conflicto.

En efecto, la simultánea atribución constitucional de potestades financieras propias a cada uno de los diversos agentes que conforman la federación da lugar a una compleja serie de relaciones. Cuando las actividades gubernamentales son divididas entre distintos planos políticos aparecen diversos problemas, ya que no resulta posible desarrollar una política de gastos e ingresos única e integrada.

Entre los principales problemas se encuentran, en primer término, la falta de correlación entre las competencias atribuidas a cada jurisdicción —gastos a realizar— y el volumen de ingresos que pueden obtenerse para cumplir con las tareas de que son responsables. A esto puede añadirse, como un aspecto negativo, la desigualdad entre las diversas jurisdicciones en cuanto su capacidad para obtener recursos, como ocurre en el caso de las rentas tributarias. Asimismo, otro de los problemas que pueden

presentarse cuando existen relaciones fiscales intergubernamentales es la superposición de los gravámenes establecidos por las distintas jurisdicciones⁶⁴⁷.

Lo expuesto torna necesario que, en todo ejercicio de ingeniería constitucional, al momento de establecerse un determinado régimen de organización del poder o una regulación que implique una atribución de competencia, se piense en un correlativo sistema de financiamiento que siga las pautas de autonomía, corresponsabilidad, solidaridad y suficiencia financieras. Estos diseños pueden dar lugar a dos categorías diferentes de relaciones fiscales intergubernamentales, una estática y otra dinámica.

Las estáticas se refieren a la distribución de las funciones y competencias —gastos públicos— y la renta pública entre los distintos centros políticos con poder de decisión. Digo que este aspecto es esencialmente estático puesto que apunta a la división y compartimentación de facultades, lo que va a determinar qué cosas pueden —y deben— o tienen vedado hacer las distintas jurisdicciones, sin que interese la interacción entre ellas.

En cambio, cuando las facultades y poderes de los distintos planos de gobierno comienzan a relacionarse, se superponen y resulta necesario coordinar y armonizar su ejercicio de manera que puedan cumplirse los objetivos deseados por todos sin efectos perniciosos e interferencias negativas, las relaciones fiscales se tornan dinámicas, ya que el Gobierno federal y los Gobiernos provinciales interactúan, dialogan y acuerdan para determinar acciones comunes y desarrollar conjuntamente las facultades concurrentes.

Tradicionalmente se han propuesto diversas técnicas para evitar o atenuar los efectos negativos en el desenvolvimiento de las relaciones fiscales intergubernamentales con respecto al campo de los recursos. Una de esas técnicas consiste en evitar la concurrencia o superposición de competencias recaudatorias sobre un mismo centro generador de rentas. A este mecanismo de asignación se lo denomina "sistema de separación de fuentes" y consiste en atribuir a cada nivel de gobierno fuentes determinadas de recursos para su explotación exclusiva⁶⁴⁸. La Constitución argentina recurre a esta técnica, por ejemplo, en los arts. 4º y 75, inc. 1º, cuando prevé que solo el Congreso nacional podrá establecer tributos de importación y exportación, competencia que se halla vedada a las provincias (conf. arts. 9º a 12, 126 y concs., CN).

No obstante los beneficios que podrían derivarse de la utilización de este arreglo para la distribución de fuentes rentísticas, lo cierto es que si solamente se recurre a dicho mecanismo podrían generarse problemas de suficiencia financiera.

Asimismo, las fuentes de recursos pueden ser repartidas de manera conjunta para que sean explotadas ya no solamente por un único nivel de gobierno sino por todos o varios de ellos. Cuando se verifica esta concurrencia, y a los fines de garantizar una eficiente explotación de las fuentes, será necesario establecer distintas técnicas o mecanismos tendientes a armonizar y coordinar el ejercicio conjunto de la competencia sobre ese recurso. A guisa de ejemplo, si se opta por un diseño constitucional en que tanto el Estado central como los locales pueden establecer el mismo tipo de impuesto, los efectos perniciosos de la concurrencia podrían morigerarse a través de un sistema de participación en el cual el Gobierno nacional asuma la recaudación y, luego, participe o distribuya las sumas recaudadas entre los gobiernos descentralizados. Esto se observa en el inc. 2º del art. 75, CN, donde se prevé que tanto las provincias como la Nación pueden recaudar, de manera concurrente, impuestos indirectos, a la vez que dispone que tales gravámenes quedarán sometidos a un sistema de coparticipación⁶⁴⁹.

En paralelo, no puede dejar de mencionarse que, además de la distribución de fuentes, pueden emplearse otros mecanismos que permiten distribuir y asegurar recursos entre los distintos centros de gobierno, como las transferencias o asignaciones intergubernamentales.

A diferencia de lo que sucede con los otros casos previamente descriptos, mediante la técnica mencionada en último término no se distribuyen ya manantiales de rentas sino directamente fondos, sea desde el Estado nacional hacia los locales o viceversa, pese a que la primera hipótesis es la más común. La cláusula constitucional en comentario, precisamente, se inscribe en este último dispositivo.

II. LAS TRANSFERENCIAS INTERGUBERNAMENTALES O EL SISTEMA DE ASIGNACIÓN ASISTENCIAL DE RECURSOS

Las transferencias de ingresos o los gastos de transferencia consisten en la entrega u otorgamiento de sumas de dinero sin recibirse contraprestación alguna por ello, a lo que se agrega la ausencia de necesidad de devolución de esos montos de dinero a quienes los conceden. En pocas palabras, las transferencias son subsidios.

En el marco de las relaciones fiscales intergubernamentales, las transferencias son un sistema de subsidios mediante el cual, por lo general, el Gobierno central otorga asignaciones de dinero a los Estados locales, aunque nada impide que el mecanismo se utilice a la inversa. Este tipo de asignaciones dinerarias se caracterizan por no encontrarse asociadas con un determinado recurso (como ocurre con la coparticipación federal, relacionada con los tributarios) y su origen se halla en las rentas generales del Estado nacional. Así, la distribución por transferencias no se

efectúa sobre la base del origen del recurso, sino que lo que se tiene en cuenta son las necesidades de los gobiernos descentralizados⁶⁵⁰.

Recurrir a un sistema de transferencias intergubernamentales puede ser un importante medio para poner en práctica los principios rectores de la actividad financiera federal que fueron mencionados en el apartado anterior. En efecto, estas asignaciones podrían ser útiles para lograr una mayor igualdad o equiparación fiscal entre los distintos agentes de la federación. Y esta equiparación se puede lograr si se consigue equilibrar la capacidad rentística con "(...) las necesidades de gasto de los diversos niveles de gobierno y [de las] unidades dentro del mismo nivel (...)"⁶⁵¹.

Ahora bien, si se aprecia el fenómeno desde un punto de vista vertical (nacional-provincial), las transferencias tienen capacidad de corregir la asimetría entre recursos y gastos de los niveles locales de gobierno y, por lo tanto, evitan dificultades de insuficiencia financiera subnacional. En cambio, desde un enfoque horizontal, las transferencias fiscales intergubernamentales compensarían la desigual distribución de fuentes de recursos a los fines de garantizar que en todos los Estados locales se pueda gozar de un nivel uniforme e igualitario de prestaciones, servicios y derechos, a la vez que se evitaría que en algunos Estados subnacionales se paguen mayores cantidades de impuestos que en otros frente a las mismas funciones atribuidas a cada uno de esos Gobiernos descentralizados⁶⁵². De un modo más simple: desde el plano horizontal, las transferencias intergubernamentales coadyuvarían a que existiera una verdadera igualdad de oportunidades y un grado equivalente de desarrollo en todas las provincias.

Por otro lado, mediante las asignaciones gubernamentales, el Estado central puede promover o apoyar la realización de determinados gastos por parte de los Gobiernos locales, en miras a conseguir distintos objetivos como asegurar un nivel mínimo de determinados servicios en todo el territorio nacional, disminuir las diferencias regionales en cuanto a rentas y riquezas, etc.⁶⁵³.

Ahora bien, las asignaciones pueden ser clasificadas de muy diversas formas, según la finalidad o las condiciones en las que se otorgan. Así, puede hablarse, sin agotar el tema, de asignaciones: (i) Condicionadas e incondicionadas, según se atribuyan para realizar una finalidad predeterminada y vinculante, o bien para ser utilizadas conforme lo decidan los gobiernos beneficiarios sin precondition alguna; (ii) Habituales y esporádicas, según la regularidad con la que se asigna el dinero. Si se otorgan de manera regular y con permanencia, las transferencias serán regulares. En cambio, si se efectúan de modo excepcional, serán esporádicas; (iii) De nivelación o compensatorias, en el caso de que se dirijan a equilibrar la desigual distribución natural de los recursos; (iv) De suficiencia, cuando su finalidad consiste en auxiliar a aquellos Estados

descentralizados que no cuenten con recursos propios suficientes para financiar las funciones de que son responsables⁶⁵⁴ y (v) Facultativas y obligatorias, según queden al libre arbitrio del Estado central concederlas o que el texto constitucional, por ejemplo, disponga casos en los que sea un deber otorgarlas.

Los subsidios del Tesoro nacional a las provincias que prevé el inc. 9º del art. 75 de la CN, son nada más y nada menos que transferencias intergubernamentales que puede atribuir el Estado federal a las provincias cuando sus rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios. Dentro de las clasificaciones previamente expuestas, las asignaciones previstas en la cláusula en comentario parecerían ser relativamente condicionadas —aunque con un importante grado de flexibilidad—, esporádicas, de suficiencia y en un punto intermedio entre facultativas y obligatorias, ya que si bien quedan sometidos a discreción del Congreso Nacional unos cuantos aspectos de la atribución, comprobado el presupuesto de necesidad requerido por el texto constitucional, el Legislativo nacional no podría oponerse sin más a otorgar el subsidio previsto.

Al mismo tiempo, cabe destacar que no existe obstáculo constitucional alguno para que la Nación disponga de transferencias hacia las provincias, sean condicionadas o incondicionadas, fuera de lo previsto por el art. 75, inc. 9º, CN.

III. LOS ORÍGENES DE LA CLÁUSULA Y SU INCLUSIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1853

Uno de los aspectos más problemáticos que desde el punto de fiscal se suscitaron al discutirse el proyecto de Constitución en 1853, fue el referido a la federalización de los recursos aduaneros. En el esquema rentístico de la época, los ingresos de la aduana representaban para los Estados que conformaban, a la sazón, la Confederación Argentina, la principal fuente de ingresos. A dichos ingresos se añadían los provenientes de una contribución directa. Por eso, varios diputados se opusieron a que, con la entrada en vigor de la CN, los tributos aduaneros quedaran únicamente en manos de la Nación. Parte de esta discusión la expuse al comentar el art. 4º, CN.

La principal vacilación generada en ciertos diputados provinciales en torno a la aprobación de la federalización de los recursos aduaneros se justificaba en lo magro de los tesoros provinciales, los que muy pocas veces tenían la potencia suficiente como para solventar totalmente sus gastos presupuestados.

Al debatirse la aprobación del art. 4º, CN, el convencional santafesino Juan Francisco Seguí, luego de defender la posición que pregonaba

atribuir las rentas aduaneras a la Nación para que el Estado federal pudiera transformarse en una realidad, recordó a quienes temían que las provincias no pudieran cubrir sus presupuestos, que

"(...) en la facultad conferida al Congreso para acordar suplementos del Tesoro Nacional [a] las Provincias, que los necesitasen para llenar el déficit de sus rentas, estaba incluido el derecho otorgado [a] [é]stas, de pedirlos oportunamente, con lo que aparecía prevista y resulta cualquiera dificultad financiera, que ocurriese en los Pueblos Confederados"⁶⁵⁵.

La facultad a la que se refería Seguí era la estipulada en el inc. 8º del art. 64 del proyecto, que había sido redactada en los siguientes términos:

"Corresponde al Congreso: (...) 8. Acordar suplementos del tesoro Nacional a las Provincias cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios, haciendo llevar a cada Provincia una cuenta particular de estos suplementos, que deberán reintegrarse en proporción que mejoren sus rentas"⁶⁵⁶.

No obstante lo dicho, el ya mencionado convencional, en las sesiones del 27 y 28 de abril de 1853, afirmó, en relación con el texto previamente transcrito, que no parecía nada generoso y "(...) hasta indigno (...)" exigir a las provincias la devolución de los subsidios que solamente solicitarían en el justificado caso de que las rentas locales no alcanzaran a cubrir sus gastos. Por esta razón, y por motivos "(...) de justicia, de convivencia y de buena política (...)"⁶⁵⁷, propuso reformular el inciso sometido a consideración de la Asamblea con la redacción que posee en la actualidad (conf. art. 75, inc. 9º, CN); texto que fue finalmente aprobado⁶⁵⁸.

IV. LOS SUBSIDIOS DEL TESORO NACIONAL A LAS PROVINCIAS EN EL CONTEXTO DE LA CONSTITUCIÓN FINANCIERA ARGENTINA: A MODO DE CONCLUSIÓN

Los subsidios previstos por la cláusula en comentario son verdaderas transferencias intergubernamentales a cargo del Estado nacional. Ellas se encuentran dirigidas a auxiliar a las provincias que no cuenten con recursos suficientes para financiar sus gastos ordinarios. De ello se deduce que son asignaciones que persiguen garantizar la regla de suficiencia financiera y, como tales, no requieren su devolución a quien las otorga.

Queda tratar de elucidar cuál es el alcance que puede asignarse a la expresión "gastos ordinarios" utilizada por el texto constitucional. Creo que aquí conviene apartarse de la clásica distinción entre gastos (recursos) ordinarios y extraordinarios empleada por la dogmática de la hacienda clásica para hacer referencia a la regularidad con la que se devengaban. En el sentido en que es empleada por la CN, la expresión "gastos ordinarios" —según puede reconstruirse a través de la lectura de las actas de sesión de los debates constituyentes— resulta equivale a las

erogaciones vinculadas con el funcionamiento vital de la provincia, es decir, las que le permitan cumplir sus funciones normales —i.e., pago de los salarios de los empleados públicos, adquisición de insumos para la prestación de servicios básicos, etc.—.

Así entonces, de configurarse la causal prevista en la cláusula, esto es, frente a la impotencia de una provincia de financiar sus gastos ordinarios —los vinculados con las funciones básicas—, aquellas quedarán habilitadas para solicitar el apoyo del Congreso Nacional, el cual no podría ser denegado, insisto, frente a la acreditación de las causas justificantes. Sin perjuicio de ello, el Congreso podría evaluar la extensión del subsidio a otorgar y si realmente su destino es el financiamiento de las funciones elementales de la provincia solicitante. De allí que afirmara previamente que esta atribución del parlamento se halla en un punto intermedio entre una facultad y un deber.

Otro aspecto de relevancia que merece ser destacado es que no corresponde asimilar a estos subsidios previstos en la CN con los Aportes del Tesoro Nacional a las provincias creados por el [art. 3º de la ley 23.548](#), de Coparticipación Federal de Impuestos. Estos aportes se han establecido con la finalidad de "(...) atender situaciones de emergencia y desequilibrios financieros de los gobiernos provinciales (...)" y su asignación está a cargo del Ministerio del Interior de la Nación (conf. [art. 5º, ley 23.548](#)). Al mismo tiempo, el origen de los fondos de los aportes previstos en la Ley de Coparticipación y los del inciso en comentario son diferentes. Así, mientras que los recursos de los primeros se obtienen de la masa de fondos coparticipables, los subsidios que pueden otorgarse según exige el art. 75, inc. 9º, CN, provienen de las rentas generales asignadas por el presupuesto nacional.

De otro lado, y para concluir, estimo necesario señalar que hay quienes sostienen que la posibilidad de solicitar o conferir subsidios es una anomalía dentro de nuestro esquema institucional ya que, si una provincia carece de capacidad financiera para autogobernarse, no debería poder formar parte del país como tal sino, en todo caso, equipararse a un territorio nacional⁶⁵⁹. Tal juicio no se presenta como el más atinado, pues, como ya fue expuesto con anterioridad, las transferencias intergubernamentales pueden ser un útil mecanismo compensador que coadyuve en el logro de fortalecer la suficiencia financiera y la igualdad fiscal de las provincias mediante la aplicación de la regla de solidaridad que inspira a todo modelo de federalismo. Aunque, claro está, no deja de advertirse que este tipo de asignaciones tiene la virtualidad suficiente como para acotar la autonomía financiera de los gobiernos provinciales.

Art. 75, inc. 10.—

Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes, y crear o suprimir aduanas.

Comentario por Juan Ignacio Sáenz

Este inciso confiere al Congreso de la Nación competencia en tres materias diversas: navegación, puertos y aduanas.

I. NAVEGACIÓN

Esta facultad del Congreso —reglamentar la libre navegación— resulta correlativa de la disposición contenida en el art. 26, en cuanto declara la libertad de navegación *con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional*.

La declaración de la navegación como una actividad "libre" tuvo por sentido suprimir antiguas restricciones provinciales, tal como lo explicitan el art. 12, al prescribir que "los buques destinados de una provincia a otra, no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa de tránsito", y el art. 14, al señalar el "derecho de navegar" como una de las libertades básicas.

La delegación que las provincias realizaron al Gobierno federal con carácter total y exclusivo en lo relativo a la navegación, integra un conjunto de cesiones destinadas a crear un bloque de normativa federal uniforme en materia de organización económica, que evite el "peligro" de su dispersión en normas locales diversas y divergentes emanadas de las provincias (la legislación aduanera —75.1—, los códigos de fondo —75.12—, la regulación de la moneda, los sistemas de pesos y medidas y el comercio interjurisdiccional —75.6, 11 y 13—, entre otras).

La unificación de estas materias bajo la competencia exclusiva del Congreso de la Nación constituía un instrumento indispensable para ofrecer seguridad y estímulo al capital y promover la inversión en la infraestructura necesaria para el desarrollo de la producción (ferrocarriles, canales navegables, puertos, empresas de transporte fluvial, etc.), según expuso Alberdi en su obra *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina* (ver comentario a los arts. 14 y 26)⁶⁶⁰.

En especial, Alberdi hizo énfasis en la necesidad de unificar la legislación civil y comercial⁶⁶¹, y en liberar y regular uniformemente la navegación⁶⁶².

El Congreso ha ejercido esta facultad profusamente. En la actualidad, rige la ley federal 20.094 (1973) que abarca todas las relaciones jurídicas vinculadas con la navegación en aguas de jurisdicción nacional (ríos y mar territorial argentino⁶⁶³), esto es: la actividad realizada por buques y artefactos navales privados y públicos (con excepción de los militares y de policía), su registro y condiciones de habilitación; lo relativo a los sitios destinados a la navegación, como los puertos, muelles, dársenas, almacenes y otras instalaciones; la documentación obligatoria para la navegación, las autoridades, el personal y los tripulantes, los agentes marítimos, las normas de seguridad, los contratos de construcción de buque, coparticipación naval, remolques, utilización de buques, transporte de cargas y personas, regímenes de responsabilidad por daños y asistencia y salvamento, seguros, embargos e hipotecas navales, y la delegación a la autoridad administrativa para dictar las reglas de gobierno, maniobra, luces, señales y modalidades de navegación⁶⁶⁴.

También, el Cód. Civ. y Com. contiene restricciones al dominio particular fundadas en la libertad de navegación, como la obligación del dueño de un inmueble colindante con la orilla de un cauce, de dejar libre una franja de terreno de quince metros de ancho en toda la extensión del curso, sin poder perturbar de ninguna manera la circulación por dicho camino (denominado comúnmente, "camino de sirga", conf. art. 1974 del Cód. Civ. y Com.)⁶⁶⁵.

Por su parte, la ley 24.922 (Régimen federal de la pesca) reglamenta cuestiones tales como la reserva de permisos de explotación para buques de bandera argentina, las restricciones a ciertas modalidades de navegación y captura, y lo atinente a la tripulación de las embarcaciones pesqueras.

Por medio de otras leyes, el Congreso confiere poderes de reglamentación y aplicación a diversas autoridades administrativas en la materia (Prefectura Naval Argentina⁶⁶⁶, Tribunal Administrativo de la Navegación⁶⁶⁷, Subsecretaría de Puertos, Vías Navegables, etc.).

Sin embargo, cabe precisar que esta disposición —que establece la *jurisdicción* federal en materia de navegación— no implica de ningún modo asignar a la Nación el *dominio* sobre los ríos y sus cauces, que pertenecen al dominio público⁶⁶⁸ de las provincias (también al de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁶⁶⁹), pues forman parte de sus territorios, conforme se desprende del art. 125, CN⁶⁷⁰ y lo tiene dicho invariablemente la Corte Suprema⁶⁷¹. En suma, corresponde al dominio de las provincias y de la Ciudad, aquello que el art. 235 del Cód. Civ. y Com. define como

"río": el agua, las playas y el lecho por donde corre (también, el subsuelo, las islas y las obras públicas realizadas por los Estados locales en dichos lugares y espacios, así como los recursos naturales—en este último caso, ello está establecido expresamente en el art. 124—⁶⁷²).

Por lo tanto, la competencia otorgada al Congreso de la Nación en este inciso se circunscribe a la navegación, y no implica negación de cualquier potestad local vinculada con el uso o aprovechamiento de los ríos y espacios mencionados, siempre que no se afecten los fines de la libre navegación o de otra actividad cuya regulación se encontrara a cargo del Gobierno federal (v.gr., pesca, explotación de hidrocarburos, generación de energía eléctrica, etc.⁶⁷³). Otro tanto cabe decir de la franja de mar adyacente reconocido como parte de los territorios provinciales conforme con las leyes federales que delimitaron dichos territorios (siendo que es competencia del Congreso de la Nación fijar los límites del territorio nacional y el de las provincias, conf. art. 75.15)⁶⁷⁴.

Por último, la aplicación de la presente disposición se extiende —por evidente analogía— a la aeronavegación, la cual se encuentra regulada en todos sus aspectos por una ley federal especial, y otras normas surgidas de convenciones internacionales⁶⁷⁵.

II. PUERTOS

La facultad aquí prevista para "habilitar puertos" ha sido fuente de diferencias interpretativas. En primer lugar, se discute si se trata de una potestad exclusiva de la Nación —asociada a la de regular la navegación—, o si se trata de una competencia compartida, que las provincias han delegado en parte, reservándose la también para ejercerla concurrentemente. Por su parte, se plantea la cuestión acerca del alcance que cabe asignar a la facultad para "habilitar": si se limita a una prerrogativa para crear puertos y hacerlos construir con fondos nacionales, o si comprende la competencia para regular su organización, funcionamiento, tarifas, etc.

Desde la organización nacional hasta 1940, el Estado nacional impulsó fuertemente la construcción y habilitación de puertos en todo el país. Por dec. 8803/1949 se creó la Dirección Nacional de Puertos, primer organismo nacional que centralizó la administración, explotación, mantenimiento y superintendencia de los puertos comerciales del país, que en su mayoría se encontraban bajo la jurisdicción nacional. Luego, por el dec.-ley 4263/1956 dichas facultades fueron transferidas a un nuevo ente: la Administración General de Puertos (AGP), creado como Empresa del Estado, y luego transformado en Sociedad del Estado (dec. 1456/1987), naturaleza que conserva hasta el día de hoy.

Finalmente, la actualmente vigente [ley 24.093](#) (1992) regula orgánica e integralmente todos los aspectos vinculados a la habilitación, administración y operación de los puertos estatales y particulares existentes o a crearse en el territorio de la República (art. 1º)⁶⁷⁶.

La norma impone el requisito de habilitación del Estado nacional para todos los puertos comerciales o industriales destinados al comercio internacional o interprovincial (art. 4º). No obstante, se contempla la posibilidad de titularidad (dominio) y administración de los puertos por parte de las provincias, de los municipios (debiendo agregarse, la Ciudad de Buenos Aires, pues la norma es anterior a la reforma de 1994), y de los particulares. De hecho, la propia ley impulsó la transferencia del dominio y la administración de los puertos que por entonces se encontraban en la órbita federal, a las provincias, lo cual fue así concretado en todos los casos (conservando siempre el Estado nacional la potestad de control y superintendencia⁶⁷⁷), con excepción del puerto de la Ciudad de Buenos Aires que continúa bajo la gestión de la Administración General de Puertos Sociedad del Estado.

En materia aeroportuaria, el Cód. Aeronáutico ([ley 17.285](#)) requiere la habilitación de cualquier aeropuerto o aeródromo por la autoridad aeronáutica federal⁶⁷⁸.

III. ADUANAS

En este caso, la facultad del Congreso para *crear o suprimir aduanas* es una potestad que le pertenece con exclusividad al Gobierno federal, a tenor del art. 9º que declara que "en todo el territorio de la Nación no habrá más aduanas que las nacionales", y del 126 según el cual "las provincias (...) no pueden (...) establecer aduanas provinciales". A su vez, tiene correlato con la competencia enunciada en el inc. 1º de este art. 75, de "Legislar en materia aduanera (y) Establecer los derechos de importación y exportación".

Las "aduanas" a que se hace referencia en este inciso, son los lugares físicos delimitados por la normativa federal para el control de la entrada o salida de bienes sujetos a la ley aduanera (prohibiciones, restricciones y pago de impuestos al comercio exterior)⁶⁷⁹.

Los *puertos* y las *aduanas* mencionados en la disposición comentada (y los aeropuertos), constituyen sitios cuya actividad específica está reglada por normas federales, por lo que, al igual que las sedes de los poderes y autoridades nacionales, los establecimientos militares, los puestos de frontera y muchos otros lugares donde el Gobierno federal ejerce sus funciones o que son necesarios para el desenvolvimiento de sus fines, integran el universo de los denominados "establecimientos de utilidad nacional", previstos en el art. 75.30 (ver comentario).

Art. 75, inc. 11.—

Hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras; y adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas para toda la Nación.

Comentario por Matías A. Sucunza

La instauración de la moneda para un Estado constituye una de las expresiones soberanas más relevantes⁶⁸⁰. Su regulación es trascendental para la fijación de valor, el desenvolvimiento de la economía de un país y su vinculación e integración regional y universal. De allí que la CN reconozca la potestad de hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras en cabeza del Congreso Nacional. Las provincias han delegado expresamente dicha potestad mediante la cláusula en tratamiento.

Reafirma dicha atribución el hecho de que: (i) dentro del esquema federal adoptado su regulación aparece como necesaria y conveniente para preservar la unidad (política, económica y jurídica) del Estado; (ii) se trata de una regulación general que pertenece en la división de funciones al Poder Legislativo; (iii) otorga previsibilidad, orden y seguridad para los agentes y actores económicos internos y externos; y, (iv) forma parte elemental del crecimiento de un país y una condición para su integración.

En razón de esta norma y por las razones expresadas, las provincias carecen de facultades para hacer sellar moneda de curso legal. El art. 126 de la CN ratifica la prohibición de acuñar monedas o de establecer bancos con facultad de emitir billetes. Es decir, que no pueden emitir ningún tipo de moneda de curso legal. No obstante ello, las crisis económicas, limitaciones presupuestarias y financieras en que se han encontrado las provincias provocaron la emisión de bonos que han sido utilizados para pagar deudas (p. ej., Quebrachos, Patacones, etc.). Especialmente, durante la crisis del año 2001.

Estos bonos no son moneda en términos legales sino obligaciones cambiarias (por ello se las llamó cuasimonedas). Su circulación, aceptabilidad y "valor" (paridad con la moneda de curso legal), dependió de los reaseguros que las provincias detentaban para cancelarlos a futuro. Muchas veces se (re)tomaron como medios para saldar deudas impositivas.

Su naturaleza (letras de obligaciones de pago) y el hecho de que fueron "voluntariamente aceptadas" fueron argumentos utilizados para admitir su constitucionalidad. Bajo esas condiciones no contrariaban lo dispuesto en los arts. 75, inc. 11 y 126 de la CN. Una situación aún más peculiar aconteció con los empleados públicos y los acreedores del Estado, quienes no tuvieron alternativa ni margen para discutir su "aceptabilidad".

Judicializado el alcance y la circulación de estas *letras*, la mayoría de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires convalidó el Patacón⁶⁸¹. En ese sentido, se alegó que el "patacón" no es moneda corriente nacional. Su circulación es limitada y su aceptación, al no resultar de curso legal obligatorio para toda la Nación, no es forzosa sino para los agentes de la Administración Pública alcanzados por dicha medida por razones de orden público, a causa de la situación de emergencia económica y, voluntaria, para los agentes del mercado en general. También se expuso que la tenencia o posesión de Letras de Tesorería para cancelación de obligaciones (patacón) implica o conlleva una restricción o mengua de derechos implícita, que es la que surge de su propia naturaleza de título de la deuda pública provincial (o a la inversa título de crédito provincial), de circulación limitada. La aceptación, colocación, utilidad o potencialidad dineraria de la misma, depende de la credibilidad económica que despierte, de la mano de las necesidades o urgencias del mercado y de la extrema prudencia con que las autoridades gubernamentales de la provincia de Buenos Aires recurran a este título excepcional, sin que constituya un medio normal, corriente u ordinario de financiamiento del déficit fiscal⁶⁸².

Otra consecuencia directa es que el alcance de la cláusula constitucional imposibilitaría al Congreso sancionar una regla general que impusiese una moneda extranjera como divisa oficial. Los argumentos que justifican esa imposibilidad son múltiples. Entre ellos destacamos: (i) la norma alude a hacer sellar moneda, fijar su valor, cuantía y el de las extranjeras. Es decir, que su análisis exegético-gramatical permite advertir una diferenciación entre una moneda nacional y otras extranjeras; (ii) no hay moneda extranjera sin una nacional; (iii) constituye una expresión de soberanía e independencia política frente a los demás Estados⁶⁸³ y (iv) condicionaría indebida e inconvenientemente el desarrollo de la economía del país. La sanción de una norma que desconozca esta regla resultaría inconstitucional.

En ese sentido, la Corte Suprema ha entendido que la facultad del Congreso para proveer a la creación de la moneda para el país, emitir billetes de crédito y de banco, poner la moneda a circulación por leyes apropiadas a tal fin, darles el carácter de moneda y suspender finalmente los pagos en metálico constituyen un atributo de soberanía jamás desconocido y de constante aplicación por los gobiernos de todos los países, sin distinción de forma, ya de los poderes explícitos e implícitos

que acuerdan las cláusulas 3ª, 5ª, 10 y 28 del entonces art. 67 (hoy art. 75 incs. 4º, 6º, 11 y 32, de la CN)⁶⁸⁴.

Los procesos de integración constituyen un desafío para este postulado pues suponen que los Estados vayan relativizando su "soberanía" y reconociendo potestades a una autoridad común que integran, la cual definirá cuestiones macroeconómicas y políticas de incidencia directa para los países. A cambio, obtendrán ventajas de la misma índole que repercutirán en el crecimiento (o condena) de sus sociedades.

La Unión Europea constituye un ejemplo paradigmático en la materia. La adopción de una moneda común fue una de las últimas medidas adoptadas dentro de un proceso de integración progresivo, planificado y escalonado. Los condicionamientos de toda índole que desde las "autoridades" comunes recibieron los Estados, el cuestionamiento de sus ventajas y el resurgimiento de planteos nacionalistas (sumado a otras cuestiones como la complejidad social, la resignificación del mundo del trabajo, la reconfiguración geopolítica con el nuevo rol de China en el orden mundial, el pluralismo, las crisis sociales y económicas, etc.) han puesto en crisis a la Unión Europea.

Como sabemos, las experiencias en América Latina distan de ello. Ninguno de los procesos de integración ha sido exitoso, por cuanto los Estados jamás han logrado construir, sostener y respetar las medidas y acciones planificadas como parte de este. El Mercosur podría haber sido un proyecto que empoderase y posicionase a la región en el mundo, dándole otro margen de negociación estratégico. Sin embargo, muchas de las razones que hoy jaquean el proceso europeo son las que explican el fracaso de la integración del Cono Sur.

La circunstancia de que nunca se llegase a discutir seriamente acerca de la posibilidad de una moneda común evitó que se susciten discusiones sobre el alcance de esta cláusula y lo dispuesto en el art. 75, inc. 24, en tanto habilita la aprobación de 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. Teniendo en consideración la razón de ser de un proceso de integración y sus implicancias, podríamos conjeturar su admisión siempre que exista una efectiva participación, reciprocidad e igualdad. Remitimos a los comentarios efectuados en dicho inciso.

En lo que respecta al alcance de la disposición, cabe consignar que la noción de "moneda" utilizada comprende a todo tipo de monedas. En uso de esta facultad, el Congreso ha prohibido toda posibilidad legal, reglamentaria, jurisdiccional o contractual de actualización monetaria⁶⁸⁵.

En relación a esta norma, la Corte sostuvo que constituía una decisión clara y terminante del Congreso de la Nación de ejercer las funciones que le encomendaba el art. 75, inc. 11 de la CN, el que no solo había derogado disposiciones legales en contrario, sino que obligaba a revisar las soluciones de origen pretoriano que admitían el ajuste por depreciación de la moneda⁶⁸⁶.

La insostenibilidad del sistema de convertibilidad impuesto, que derivó en la crisis económica, social y política de 2001, llevó a la sanción de la ley 25.561. A través de ella se derogó la Ley de Convertibilidad, instituyendo un régimen de emergencia pública y modificación del régimen cambiario que, de todas maneras, mantuvo el nominalismo y la prohibición de indexar deudas, impuestos, precios y tarifas establecidas en la [ley 23.928](#).

La existencia de diferencias abruptas entre el régimen derogado y el instituido en relación al valor de la moneda, llevó al establecimiento de un coeficiente de estabilización de referencia (CER) y un Coeficiente de Variación Salarial (CVS) que en cierta forma supusieron la actualización de créditos y deudas (dec. 214/2002, 762/2002 y 1242/2002). Estos coeficientes procuraron lograr razonabilidad entre la protección del derecho de propiedad y el ejercicio de una potestad pública dentro de un marco de emergencia (bajo la idea compartida del esfuerzo), a fin de restablecer la seguridad pública y la confianza en la moneda.

En cuanto al sistema de pesos y medidas, el Congreso reglamentó originariamente esta cláusula mediante la [ley 52](#), modificándose posteriormente a través de la [ley 19.511](#). La misma instituyó el sistema métrico legal argentino (SIMELA). El mismo está constituido por las unidades, múltiplos y submúltiplos, prefijos y símbolos del Sistema Internacional de Unidades y aquellos ajenos al Sistema Internacional que figuran en el cuadro de unidades que se incorporan en la ley como anexo. El Poder Ejecutivo es el que tiene el deber de actualizarlo y de fijar un patrón nacional para cada unidad que lo admita, el cual tendrá carácter de excluyente y será custodiado y mantenido, así como sus testigos, en la forma que establezca la reglamentación. El SIMELA es de uso obligatorio y exclusivo en todos los actos públicos o privados de cualquier orden o naturaleza (arts. 1º, 2º, 3º y 14). La norma también determina los instrumentos de medición, las autoridades responsables, régimen de sanciones, procedimiento y tasas y aranceles (arts. 6º, 15, 27, 32, 33 y conchs.).

Art. 75, inc. 12.—

Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

En lo referente a leyes de nacionalidad se remite al comentario al art. 20 a cargo de Sergio Giuliano.

Comentario por Juan I. Sáenz y Matías A. Sucunza⁶⁸⁷

Bajo la denominación genérica de "derecho federal" suele aludirse a la legislación nacional sobre materias o contenidos que la CN asigna expresa o tácitamente al Gobierno federal, en particular al Congreso de la Nación. Es decir, comprende las leyes que este dicta en ejercicio de las facultades que le otorga la CN y aquellas otras derivadas que el Poder Ejecutivo (o la CS) dicta en ejercicio de su función materialmente legislativa⁶⁸⁸. Los actos particulares que cualquiera de las tres funciones del Estado federal dicta también son federales, en función de que emanan de órganos de dicha naturaleza, en ejercicio de sus competencias y dentro del mencionado régimen legal. En esos términos, puede decirse que son parte del *derecho federal* genéricamente hablando (aun cuando sean actos de aplicación y no generales).

La naturaleza federal de una norma perteneciente al derecho federal solo se justifica si encuentra fundamento en alguna de aquellas facultades o materias que han sido detraídas de las autonomías provinciales, centralizadas y uniformadas bajo la competencia del Gobierno federal y en estricta relación con sus fines. Ello es lo que lo diferencia del llamado *derecho local*, el cual se encuentra integrado por todas aquellas reglas generales sancionadas por los poderes locales en ejercicio facultades propias, reservadas y concurrentes⁶⁸⁹.

De esa manera, es posible advertir cómo detrás de cada una de las facultades del Gobierno federal subyace siempre algún fundamento vinculado con los propósitos enunciados en el Preámbulo o con otros fines manifiestos de la organización federal argentina (tales como los de índole económico)⁶⁹⁰.

Hay materias o contenidos del derecho federal que pueden ser fácilmente identificados porque surgen inequívocamente del texto constitucional y/o porque resultan de imprescindible unificación dentro de una organización federal que nació bajo la tensión de intereses locales contrapuestos y cuyo mantenimiento y perdurabilidad en el tiempo se encontraban sometidos a los mismos riesgos de ruptura que las frustradas Constituciones de 1819 y 1826.

Frente a tal peligro, la CN dotó al Gobierno federal de ciertas garantías de supremacía frente a eventuales afrentas locales, intentos de secesión o de recuperación de poderes que las provincias cedían⁶⁹¹.

Son ejemplos típicos de la fortaleza que pretendió asignársele al Gobierno federal las facultades de: (i) establecer la ciudad capital donde funcionen las autoridades federales, bajo su protección y solo regidos por la legislación exclusiva del Congreso, para así garantizar su normal desempeño contra todo peligro de perturbación⁶⁹²; (ii) disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires a fin de restablecer el orden republicano o repeler sediciones en los términos de los arts. 6º y 75, inc. 31 de la CN⁶⁹³; y, (iii) fijar las fuerzas armadas en tiempos de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno (art. 75, inc. 27, CN).

La unidad nacional procuró obtenerse a través de una serie de dispositivos:

(i) Los arts. 8º y 75, inc. 12 de la CN en cuanto confieren con exclusividad al Congreso sancionar una ley de nacionalidad y naturalización⁶⁹⁴. En nuestro país, dicha *condición* está asociada al principio del nacimiento (es nacional aquel nacido en suelo argentino) o por opción (incorporada mediante [ley 346](#)⁶⁹⁵). La ley 16.569 declaró que los hijos de argentinos nacidos en el extranjero durante el exilio político que hubieran sufrido sus padres son argentinos, en absoluta igualdad jurídica con los nacidos en el territorio nacional, bajo las condiciones fijadas en su art. 2º. Por su parte, la ley 25.871 reglamentó el régimen de admisión, ingreso, permanencia y egreso de personas al territorio nacional (en una norma que se consideró de avanzada), el cual fue modificado vía DNU 70/2017. Dicha decisión fue criticada, tanto por la forma en que se produjo su modificación como por su alcance (regulación regresiva desde un enfoque de derechos)⁶⁹⁶. Por último, la reforma de 1994 eliminó del presente inciso el término *ciudadanía*, lo cual reafirmó las potestades locales para sancionar reglas generales en materia electoral vinculadas con dicha condición. Ello así, a pesar del mantenimiento de la prohibición del art. 126. Remitimos a los comentarios a los arts. 20, 22, 38 y 126.

(ii) Otorgar al Congreso de la Nación la facultad exclusiva para fijar los límites exteriores del territorio nacional y los que separan las provincias, así como para crear nuevas provincias⁶⁹⁷.

(iii) Un sistema de educación uniforme a través de los "planes de instrucción general" y las "leyes de organización y de base de la educación" a que se refiere el art. 75 en sus incs. 18 y 19, párr. 3º⁶⁹⁸.

La Constitución de 1853 y la centralización de ciertas competencias en el Gobierno federal tuvieron por objeto también la organización económica del país y el propósito de integrar a la Argentina al sistema de comercio mundial de la época como proveedora de materias primas agrícolas y ganaderas. Para ello resultaba necesario el aliento de la producción, liberando las trabas internas al comercio y a la circulación y la atracción de inversiones extranjeras dirigidas a la infraestructura en ferrocarriles, canales navegables, comunicaciones, puertos y/o maquinarias.

Para dichas finalidades, la Constitución establece: (i) la supresión de las aduanas provinciales y la competencia exclusiva del Congreso para fijar aduanas únicamente nacionales donde rige legislación aduanera e impuestos federales a la exportación e importación⁶⁹⁹; (ii) regulación federal exclusiva sobre la navegación en los ríos y en el mar territorial⁷⁰⁰; (iii) relaciones con los demás Estados únicamente a cargo del Gobierno federal (arts. 27 y 75, incs. 22 y 24, CN); (iv) facultades suficientes del Gobierno federal y concurrentes con las reservadas por las provincias para promover el bienestar general (art. 75, inc. 18, CN), como en materia de salud y seguridad interior. Sobre salud y medio ambiente cabe destacar el art. 41CN y la legislación federal que establece los *presupuestos mínimos* de protección del ambiente⁷⁰¹; (v) regulación federal en materia de emisión de moneda nacional y actividad bancaria, financiera y bursátil⁷⁰²; (vi) la regulación federal exclusiva en materia de comercio interjurisdiccional e intereses federales de máxima jerarquía y (vii) la unificación de toda la legislación de fondo que rige las relaciones privadas en el ámbito civil y comercial (relaciones de familia, constitución de personas jurídicas, reglas para la relación acreedor-deudor, régimen de los contratos civiles y comerciales, etc.), laboral (todos los aspectos de la relación empleador-trabajador) y penal.

Por último, la CN prevé la creación de un Estado central fuertemente organizado, sin dependencia alguna de las autoridades provinciales y con dotación propia de recursos. Todo ello es fuente de importantes normas de derecho federal, como las leyes del Congreso de la Nación que establecen el sistema de defensa exterior y la organización de las fuerzas armadas⁷⁰³; las vinculadas a la integración y organización de los otros poderes y organismos previstos en la Constitución⁷⁰⁴; la elección de autoridades nacionales⁷⁰⁵ y la fijación de impuestos aplicables en todo el

país y otros recursos (empréstitos) para hacer frente a gastos del Estado nacional (arts. 4º y 75, incs. 2º, 3º, 4º, 7º y 8º, CN).

En definitiva, componen el llamado derecho federal u *orden jurídico federal*, todas las normas emanadas fundamentalmente del Congreso de la Nación, del Poder Ejecutivo Nacional y de todos los órganos que de él dependen, mediante las cuales se ponen en práctica y ejecución cualquiera de las facultades mencionadas u otras otorgadas por la Constitución al Gobierno federal.

I. LA REGULACIÓN DEL COMERCIO INTERJURISDICCIONAL: CUESTIONES FEDERALES

Existe en la Constitución una disposición de suma importancia en el diseño del sistema federal, extraída de la Constitución de los Estados Unidos de 1787 y presente en el ideario económico de Alberdi: el art. 75, inc. 13. Esta disposición establece que es facultad del Congreso reglar el comercio con las naciones extranjeras⁷⁰⁶ y de las provincias entre sí. Remitimos a las consideraciones efectuadas en el inciso siguiente (art. 75, inc. 13).

II. EL DERECHO FEDERAL QUE SE SUSTENTA EN RAZONES DE SEGURIDAD DEL GOBIERNO FEDERAL

Existen ciertas situaciones que comprometen la garantía de paz interior, la estabilidad del orden federal, la unión nacional y la seguridad de las autoridades nacionales. En estos supuestos, la regulación que dicte el Congreso para preservar dichos valores será federal.

Su tratamiento no puede dejarse librado a la competencia de las provincias porque: (i) ello resulta directamente inconveniente o peligroso, acaso facilitando la formación de milicias locales o movimientos conspirativos del Gobierno nacional o del orden federal⁷⁰⁷. Suele decirse que el Gobierno nacional provee a su autopreservación mediante estas reglas. Algunos sostienen que ella encuentra su base en el inc. 32 del art. 75, en cuanto faculta al Congreso de la Nación a "hacer todas las leyes que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina" y, (ii) debido a las características de la materia involucrada, resulta imprescindible su tratamiento uniforme por parte del Gobierno federal, de modo que exista solo una regulación al respecto en todo el país y no tantas como jurisdicciones existen en él.

Se pueden citar como ejemplos de normativa federal exclusiva y excluyente en la materia: (i) regulación de la actividad nuclear (ley 24.808); (ii) régimen de armas y explosivos (ley 20.429); y (iii) la legislación penal especial que pena delitos que se consideran atentatorios de la estabilidad

del Gobierno federal, el normal ejercicio de sus facultades y de los fines políticos y económicos de la organización federal de Estado. Por ejemplo, la tenencia de armas de guerra, el alzamiento contra los poderes constituidos, la falsificación de moneda, la interrupción de servicios públicos de alcance interjurisdiccional, el tráfico de estupefacientes, etc. Algunos se encuentran previstos en el Cód. Penal, aunque integren un derecho penal especial diferente del derecho penal común que abarca todos los demás delitos. Otros están regulados en leyes especiales. El conjunto de estos delitos integra el llamado *derecho penal federal*, siendo juzgados por tribunales federales integrantes del Poder Judicial de la Nación (a diferencia de los delitos comunes previstos en la mayor parte del Cód. Penal que son juzgados por los tribunales locales de las provincias).

III. LA LEGISLACIÓN FEDERAL DICTADA EN PROTECCIÓN DE LOS INTERESES GENERALES DE LA POBLACIÓN

Finalmente, existe un importante cuerpo de legislación cuyo carácter federal encuentra diversas justificaciones según el caso. Remitimos a los comentarios realizados al art. 75, incs. 18 y 19.

IV. LA LEGISLACIÓN COMÚN O DE "FONDO": SU DELEGACIÓN Y ALCANCE

Con independencia del derecho local y del derecho federal, la CN centraliza en la competencia del Gobierno federal y del Congreso de la Nación el llamado derecho de fondo o común, que es la legislación mencionada en la primera parte del art. 75, inc. 12 (civil, comercial, penal y laboral).

Si bien el art. 75, inc. 12 expresa que corresponde al Congreso dictar los *códigos*, ello no debe llevar al error de pensar que cualquier código que exista en el país está subsumido en esa cláusula, pues está claro que existen muchos códigos, algunos del derecho local⁷⁰⁸ y otros del derecho federal⁷⁰⁹. Esos códigos nada tienen que ver con el art. 75, inc. 12 ni con la legislación común o de fondo.

Un código es un cuerpo exhaustivo, unificado y sistemático de artículos y disposiciones. El art. 75, inc. 12 debiera decir la *legislación*, que puede estar unificada en un código o dispersa en distintas leyes. De hecho, solo la parte principal de la legislación civil, penal⁷¹⁰ y comercial se encuentra inserta en un código, pues existen numerosas leyes atinentes a dichas materias que se hallan separadas de estos. La legislación laboral y de la seguridad social, a su vez, permanece diseminada (v.gr., Ley de Contrato de Trabajo, de accidentes laborales, salario mínimo, de feriados y días no laborables, asignaciones familiares, etc.).

El sentido que ha tenido esta unificación de toda la legislación de fondo para el país, defendida enfáticamente por Alberdi, evidentemente respondía a la necesidad de proveer a la unidad jurídica en todo el territorio y a promover el comercio, las inversiones y la inmigración. Se estimó que un medio eficaz para lograrlo consistía en igualar las reglas de las relaciones civiles, comerciales y laborales, estableciendo a su vez un solo derecho criminal que diera certeza y previsibilidad acerca de las conductas reprochadas bajo un parámetro moral uniforme en toda la Nación.

En la Argentina, la unidad de la legislación civil, comercial y penal es un elemento del Estado unitario incorporado a nuestra CN⁷¹¹. Como lo sostuviese Alberdi, "varios códigos civiles serían la codificación de ángulos de la República Argentina: nuevo obstáculo para la unión que se desea; nuevo ataque a las prerrogativas de la Nación, a quien corresponde la sanción del Cód. Civil único. La capacidad personal, el sistema de la familia civil, la organización de la propiedad, el sistema hereditario, los contratos civiles, los pactos de comercio, el derecho marítimo: si todo esto llega solo hasta el Arroyo del Medio, frontera doméstica de la Provincia de Buenos Aires, para encontrarse al otro lado con leyes civiles diferentes sobre todos esos puntos, sería el espectáculo más triste y miserable a que pudiera descender la República Argentina (...) Sabido es que Napoleón I sancionó su Cód. Civil con la alta mira de establecer la unidad o nacionalidad de Francia, dividida antes de la revolución en tantas legislaciones civiles como provincias (...) La legislación civil y comercial argentina debe ser uniforme como ha sido hasta aquí. No sería racional que tuviésemos tantos códigos de comercio, tantas legislaciones civiles, tantos sistemas hipotecarios, como provincias. La uniformidad de la legislación, en esos ramos, no daña en lo mínimo a las atribuciones de soberanía local, y favorece altamente el desarrollo de nuestra nacionalidad argentina"⁷¹².

Esa legislación es de fondo pues es la que se refiere en general a todo el espectro de relaciones interpersonales, regulando los aspectos sustantivos de la misma e, inclusive, algunos aspectos procesales fundamentales para su realización. También es llamada legislación ordinaria, sustantiva o común.

Esa legislación o derecho es *común* es uniforme en todo el país. En esto, nuestros constituyentes se apartaron de la Constitución de los Estados Unidos, en la que los Estados han mantenido la facultad para legislar en dichas materias. Por solo citar algunos ejemplos de la heterogeneidad que impera allí, en algunos Estados existe la pena de muerte y en otros no; otro tanto sucede con la penalización del aborto o con instituciones civiles como el contrato prenupcial, el divorcio, la edad para adquirir la plena capacidad civil, la libertad para disponer de la herencia, entre otras.

Se hallaba en el ideario del constituyente proveer a la unión nacional mediante la uniformidad de la legislación común u ordinaria, además de una ley única sobre adquisición de la nacionalidad sancionada por el Congreso o la regulación federal exclusiva en materia de navegación, aduanas, comercio interprovincial, normativa base para la educación, emisión de moneda, límites, milicias, etc.

No obstante ello, la complejidad de las relaciones, la superposición de funciones o su vinculación han provocado que las provincias dicten normas que interfieren o incursionan en aspectos de las materias sujetas a unificación bajo la legislación nacional de fondo.

En relación con ello, ya en 1923 la CS sostuvo que constituyen preceptos de fondo o sustantivos destinados a regir las relaciones entre deudor y acreedor y, por consiguiente, normas generales del derecho civil, todas aquellas limitan el derecho del acreedor, excluyendo de la posibilidad de ejecución a los objetos más indispensables para la vida del deudor, por consideraciones de humanidad (como los bienes muebles elementales, los sepulcros y una parte de los sueldos, salarios y pensiones)⁷¹³. Esto es así porque al atribuir la Constitución al Congreso la facultad de dictar el Cód. Civil ha querido poner en sus manos lo referente a las obligaciones y a los contratos, es decir, a todo lo que constituye el derecho común de las personas consideradas en el aspecto de sus relaciones privadas⁷¹⁴.

También estableció que las provincias y municipalidades pueden ser ejecutadas por el cumplimiento de sus obligaciones y embargados sus bienes, en los términos del art. 42 del (hoy derogado) Cód. Civil, por lo que es inconstitucional cualquier disposición contraria de las leyes provinciales, si bien cabía determinar "en cada caso, las rentas o recursos embargables, sobre la base de que, siendo aquellas entidades de derecho público, no pueden ser privadas de aquellos cuya falta pudiera perturbar su vida y desarrollo"⁷¹⁵.

En "Cía. Luz y Fuerza c. Municip. de Córdoba", la CS declaró la inconstitucionalidad del art. 149 de la Constitución de Córdoba que excluía a las rentas municipales de los poderes de ejecución o embargo, sosteniendo que "cualesquiera que sean las disposiciones de las leyes locales tendientes a substraer de la acción de los acreedores los bienes, recursos y rentas de las Provincias o municipalidades contrariando los preceptos de la ley civil, no pueden ser válidamente invocadas, pues las relaciones entre el acreedor y deudor son de la exclusiva legislación del Congreso Nacional"⁷¹⁶.

En el caso "Liebig's" declaró la inconstitucionalidad del por entonces vigente art. 30 de la Constitución de Entre Ríos —en cuanto otorgaba un año de plazo al Estado provincial para cumplir las sentencia de contenido

pecuniario en que resultara condenada—, por considerarlo contrario al art. 42 del derogado Cód. Civil, reiterando que "las disposiciones de las leyes locales tendientes a substraer de la acción de los acreedores los bienes, recursos y rentas de ese Estado no pueden ser válidamente invocadas pues las relaciones entre acreedor y deudor son de la exclusiva legislación del Congreso Nacional"⁷¹⁷.

Ha dicho la CS que "al atribuir la Constitución al Congreso la facultad de dictar el Cód. Civil ha querido poner en sus manos lo referente a la organización de la familia, a los derechos reales, a las sucesiones, a las obligaciones y a los contratos, es decir, a todo lo que constituye el derecho común de los particulares considerados en el aspecto de sus relaciones privadas"⁷¹⁸. Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación y no les está permitido dictar los códigos después de haberlos sancionado el Congreso, precepto que no deja lugar a duda en cuanto a que todas las leyes que estatuyen sobre las relaciones privadas de los habitantes de la república, sean personas físicas o jurídicas, al ser del dominio de la legislación civil y comercial, están comprendidas entre las facultades de dictar los códigos fundamentales que la CN atribuye exclusivamente al Congreso⁷¹⁹.

En "SA Bodegas y Viñedos Arizu c. Provincia de Mendoza" (1929, Fallos 156:20) declaró la inconstitucionalidad de la ley de Mendoza sobre salario mínimo.

En materia de prescripción también tiene dicho desde antiguo que "Las leyes locales no pueden modificar los plazos fijados para la prescripción en las leyes de la Nación, sin violar el art. 67, inc. 11 (hoy 75, inc. 12) de la CN"⁷²⁰.

En "Sandoval, Héctor c. Provincia del Neuquén" rechazó la excepción de prescripción quinquenal opuesta con fundamento en el art. 191, inc. a) de la ley 1284 de la provincia de Neuquén, en la demanda que le iniciara un expleado del casino provincial, tendiente a obtener el resarcimiento de los daños derivados de la rescisión unilateral del contrato en razón del cual prestaba servicios. Sostuvo allí la Corte que "la facultad del Congreso Nacional para dictar tales códigos comprende la de establecer las formalidades necesarias para hacer efectivos los derechos que reglamenta. El efecto interruptivo del curso de la prescripción atribuido en el [art. 3986](#) del Cód. Civil a la demanda, aunque fuese planteada ante juez incompetente, constituye una formalidad propia del régimen de la prescripción liberatoria, comprendida dentro de las facultades de aquel para legislar de manera uniforme sobre los modos de extinción de las obligaciones, por lo que el superior tribunal no debió anteponer su ley local a dicho precepto de fondo"⁷²¹.

En "Inmar SA c. Entre Ríos, Provincia de y otro s/ejecutivo" (1994) rechazó la pretensión de la provincia de someter al régimen de consolidación de deudas y pago con títulos públicos a las obligaciones de dar suma de dinero surgidas de un título ejecutivo de carácter comercial (pagaré). Más recientemente, en "Banco del Suquía SA c. Juan Carlos Tomassini s/PVE apelación" (2002) declaró la inconstitucionalidad del art. 58 de la Constitución de la Provincia de Córdoba que establece la inembargabilidad de la vivienda única. Allí, la Corte reiteró los criterios antes expuestos y expresó que la determinación acerca de "qué bienes del deudor están sujetos al poder de agresión patrimonial del acreedor —y cuáles, en cambio, no lo están— es materia de la legislación común y, como tal, prerrogativa única del Congreso Nacional, lo cual impone concluir que no corresponde que las provincias incursionen en ese ámbito". Añadió que la ley nacional 14.394 prevé y regula la institución del bien de familia, con la diferencia que mientras ella exige una inscripción registral especial para hacer valer los efectos del bien de familia, para las normas provinciales la inscripción es innecesaria y el resguardo legal opera automáticamente.

Las materias civiles y comerciales han sido recientemente unificadas. El Cód. Civ. y Com. sancionado es el resultado de un particular entramado de fuerzas, que consagró normativamente (parte de) un cambio de filosofía política, social y económica que se reclamaba y que la Constitución Nacional convencionalizada ya reconocía *normativamente* como parte del acuerdo social y programa de gobierno.

Destacan como elementos de ese cambio de concepción del Código, la entronización de la Constitución en el título preliminar (para pensar desde allí la sistemática del Código)⁷²², la pluralidad del sistema de fuentes y su inserción en la lógica del sistema jurídico⁷²³, las numerosas e importantes normas procesales fijadas⁷²⁴ y la redefinición de las vinculaciones y límites existentes entre las esferas privadas y públicas de la vida de relación individual-social⁷²⁵. También aparece cierta apertura al pluralismo, a la (des)igualdad estructural, el reconocimiento y la legitimación de sujetos y bienes preferentemente tutelados, la desmercantilización de derechos fundamentales⁷²⁶, la colectivización de derechos y la intensificación de la regulación estatal en consonancia con dichos hechos. Ello contrasta con la tradición iluminista decimonónica, centrada en la individualidad, patrimonialidad, la igualdad formal y el perfeccionismo eurocentrista ilustrado (propietario, blanco, heterosexual y masculino) que recorrían la fisonomía del Código derogado⁷²⁷.

Una cuestión especial genera la regulación sobre *bancarrotas*. En Estados Unidos constituye una facultad del Congreso Federal, que regula la materia para todos los Estados de la Unión. Con ello, se procuró garantizar una legislación uniforme que permitiese realizar los fines inmediatos y mediatos involucrados en el desarrollo del comercio, las

obligaciones y la circulación de bienes y servicios. En nuestro país, que tomó de allí su fuente (art. I, sección 8.4, Constitución estadounidense), está claro que ella constituye una facultad del Congreso. Ello dio lugar a la sanción de la ley 24.522 y modificatorias (Ley de Concursos y Quiebras). La duda que se suscitó fue si dicha regulación era federal o común. Jurisprudencialmente se ha determinado que ella constituye legislación común que corresponde fiscalizar y aplicar a las autoridades locales (salvo que se acredite algún supuesto que determine la existencia de competencia federal).

Otra facultad que corresponde al Congreso es el establecimiento de juicios por jurados en materia penal. A pesar del claro mandato de la presente cláusula, lo establecido en los arts. 24 y 118 de la CN, el hecho de que la CS reconociese su instrumentación⁷²⁸ y que la reforma constitucional no solo no la derogara sino que la reafirmase, el legislador ha omitido su deber reglamentario. Algunas provincias, reivindicando las potestades conferidas por los arts. 5º, 75, inc. 12 y 121 de la CN (v.gr., organización de la justicia, determinación política, potestad de regular los códigos procesales, la vinculación entre derechos y reglas de discusión y la revalorización de los medios para la realización de los fines), han modificado sus Códigos Procesales Penales introduciendo el juicio por jurados. Remitimos a los comentarios efectuados a dichos artículos.

V. APLICACIÓN DEL DERECHO DE FONDO POR LAS AUTORIDADES PROVINCIALES

Conforme lo determina el artículo en comentario, la observancia y aplicación de la legislación de fondo corresponde a las autoridades de las provincias. Por ejemplo, el Cód. Civ. y Com. unificado regula todo lo atinente a la constitución y registro de personas jurídicas, en cuanto a sus reglas, requisitos y condiciones, pero tal reconocimiento y registro se encuentra a cargo en cada provincia por los organismos creados a ese efecto (Inspección de Personas Jurídicas o Registro de Personas Jurídicas). Otro tanto ocurre con la celebración e inscripción de los matrimonios: institución regulada por el Cód. Civ. y Com. y aplicada por autoridades administrativas (Registro Civil o equivalentes). La transmisión y registración de los inmuebles están reguladas en la legislación de fondo, pero se llevan a cabo ante organismos locales (Registros de la Propiedad Inmueble). La legislación laboral consagra una serie de derechos de los trabajadores, cuya fiscalización y "policía de control" corresponde a las autoridades de control de cada provincia. Así podrían seguir enumerándose ejemplos. Los propios establecimientos carcelarios provinciales constituyen organismos de aplicación del Cód. Penal en lo referido a la ejecución de la pena.

En lo que hace a la competencia de los tribunales ocurre lo mismo: pertenece a los tribunales locales de cada provincia, salvo que por más

que se trate de legislación común corresponda la competencia de un tribunal federal en razón de la persona que interviene en juicio o del lugar donde se han verificado los hechos del caso. Por ejemplo, si quien resulta actor o demandado es el Estado nacional, una provincia contra un vecino de otra provincia o si es parte un embajador extranjero (art. 116, CN).

Asimismo, si por ejemplo, en materia penal los hechos imputados se hubieren producido en un lugar sometido a la jurisdicción federal (los llamados establecimientos de utilidad nacional a los que se refiere el art. 75, inc. 30, CN o en el mar territorial) ello impone también el desplazamiento de la competencia desde el juez local al juez federal. A todo este problema de disquisición entre tribunales locales o federales en la aplicación del derecho común se refiere el art. 75, inc. 12 cuando expresa, con alguna oscuridad: "correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones". Recordemos que para determinar la competencia, la CS establece que deberán ponderarse: (i) de modo principal, los hechos que se relatan en el escrito de demanda y su exposición⁷²⁹; (ii) solo en la medida en que se adecue a ellos, el derecho que se invoca como fundamento de la pretensión; y (iii) la naturaleza jurídica de la relación existente entre las partes⁷³⁰.

En cuanto a la vinculación entre la aplicación de las leyes de fondo y la organización de justicia como potestad local, remitimos a las consideraciones efectuadas en los arts. 5º y 129.

VI. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, LEYES DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS Y NORMAS PROCESALES⁷³¹

Argentina es un Estado de estructura federal donde la potestad de sancionar los regímenes procesales (y administrativo) está reservada a las provincias.

El art. 75, inc. 12 de la CN prescribe que corresponde al Congreso Nacional "Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales (...)". Por su parte, el art. 121 reconoce que "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".

De ese modo, la primera conclusión general a la que puede arribarse es que en función del reparto constitucional de competencias (arts. 1º, 5º, 75, inc. 12, 121 y conchs.), son las provincias las que tienen el deber sancionar los Códigos Procesales en ejercicio de sus potestades propias, no delegadas⁷³².

No obstante ello, históricamente se han constatado, en diversas leyes comunes, disposiciones procesales⁷³³. El propio Código de Vélez contenía numerosas normas de naturaleza adjetiva o concerniente a materia procesal⁷³⁴.

Su incorporación generó posiciones encontradas en la doctrina autoral. Existían aquellos que sostenían que podían dictarse normas procesales para toda la Nación, en tanto sean para la aplicación de los códigos de fondo y permitan asegurar su eficacia (p. ej., divorcio) o cuando establezcan formalidades particulares para el ejercicio de determinados derechos. Otros postulaban, con un criterio tan restrictivo como desacertado y contradictorio, que lo único reservado a las provincias era la organización de los tribunales y la determinación de la competencia. Por último, estaban aquellos que consideraban que era conveniente establecer algún cuerpo normativo general sobre aspectos comunes⁷³⁵.

Por su parte, al analizar esas disposiciones, la Corte Suprema sostuvo la "constitucionalidad de la facultad del Congreso Nacional de dictar normas procesales con el fin de asegurar la efectividad de los derechos que consagra la legislación de fondo que le incumbe sancionar"⁷³⁶. Esta constituye una posición consolidada del Máximo Tribunal, seguida pacíficamente desde el precedente "Bernabé Correa" de 1923⁷³⁷.

El Cód. Civ. y Com. sancionado reitera dicha práctica. Sin embargo, la lectura aun más superficial, no solo permite advertir el aumento notorio de disposiciones procesales, sino también su mayor complejidad y especificidad. En este contexto, el interrogante que también vuelve a reeditarse es si estas disposiciones (todas o algunas) son válidas y, en todo caso, cuáles son las razones para sostener su afirmación o rechazo.

Rosales Cuello y Marino sostienen que "la inclusión de normas de derecho público en un Cód. Civ. y Com. no merece objeciones. El propio texto elaborado por Vélez incluye numerosas normas de derecho público que hacen difícil de justificar el carácter estrictamente privatista que históricamente se le ha asignado al Cód. Civil. En este punto es adecuado el enfoque de la Comisión Redactora al decir que debe haber comunicación entre la Constitución Nacional, los principios del derecho público y el derecho privado, ya que esa es la manera en que, en determinadas instituciones, es posible hacer efectiva la adecuada concreción de los derechos reconocidos en el Código de fondo. A fin de cuentas, no pueden darse los unos sin los otros y eso es lo que determina y justifica su incorporación en el Código"⁷³⁸.

Falcón expresa que "(...) si bien las normas procesales pueden estar contenidas en la legislación de fondo, para que ello sea viable en un país federal como el nuestro es necesario que la norma sustancial y la norma procesal contenida en la ley de fondo tengan una relación de necesidad y

de preservación de los intereses superiores y generales de la Nación, de modo que la regla procesal esté determinada como una solución adecuada en tanto una norma procesal distinta puede hacer cambiar el sentido dado por el legislador a la norma sustantiva"; aunque aclara que "(...) desde el punto de vista sistémico la cuestión tiene menos importancia, a menos que se avance decididamente sobre derechos que tienen las provincias de manera específica y exclusiva (como sería el caso de crear por la Nación tribunales provinciales), dado que el estudio del derecho sustancial por un lado y del procesal por el otro responde a un criterio analítico de estudio e investigación, pero que en la práctica del proceso desaparece"⁷³⁹.

De allí que este autor postule un criterio selectivo según la caracterización y tipo de norma. En ese sentido, argumenta que "algunas de las cuestiones sobre las que se expresa el nuevo Código, como por ejemplo sujetos, sociedades, representación, domicilio o prejudicialidad, tienen indudablemente una base sustancial necesaria y han sido resueltas bastante adecuadamente, respecto de problemas que estaban pendientes. Otras cuestiones no son propias del ordenamiento de fondo y resultan de algún modo concurrentes, como el caso del Recurso de Revisión al que afecta a través de la acción autónoma de nulidad para la cual fija un año como tiempo de la prescripción (art. 2564, inc. f)), la determinación de supuestos de improponibilidad objetiva de la demanda (o mejor dicho improponibilidad de la pretensión), lo que evita procesos inútiles, como en los casos de inadmisibilidad de la impugnación de filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos (regla del art. 577 que se reitera en los arts. 592 y 593), o la imposibilidad de contratar (arts. 1001 y 1002)"⁷⁴⁰. Por último, en relación con otras, destaca la importancia de la restricción operada, por tratarse "(...) de problemas específicamente procesales, como por ejemplo en el art. 6º cuando habla de la forma de contar los intervalos de derecho (...). O en otros aspectos cuando remite a procesos específicos del sistema procesal para el tratamiento de instituciones (...)", concluyendo en que "(...) el actual Cód. Civ. y Com. se ha excedido en el tratamiento de las cuestiones procesales, invadiendo en muchos aspectos el ámbito provincial"⁷⁴¹.

Por su parte, Leguisamón opina que "El nuevo Cód. Civ. y Com. contiene, traspassando el art. 75, inc. 12, de la CN, considerable cantidad de normas de naturaleza procesal, y también otras que impactan o influyen en el proceso judicial que, por tratarse de materia sustancial, deben ser reguladas por la legislación de fondo", precisando que "no es que no esté de acuerdo con lo que disponen tales normas, sino que estén incluidas en el Código sustantivo, puesto que, en palabras del senador Guinle en el

debate en la Cámara de Senadores —aunque en su intervención se refirió a la responsabilidad del Estado— se trata de 'una cuestión de competencias de la Constitución Nacional, que es lo que hay que respetar, y no la mera conveniencia'"⁷⁴².

Asimismo, de los fundamentos del Anteproyecto puede leerse que:

(i) "En el Proyecto de 1998 se incluyen normas relativas a la carga de la prueba en materia de responsabilidad, lo que ha sido recibido positivamente por la doctrina, ya que disminuye la litigiosidad y confiere seguridad en este tema", afirmando que "este tipo de normas *no es procesal*, sino que son *directivas sustantivas dirigidas al juez* a fin del dictado de la sentencia en ausencia de pruebas concretas sobre el tema a decidir. En tales casos, se establece cómo debe distribuir ese riesgo probatorio y a quién adjudicarlo" (el destacado nos pertenece).

(ii) En relación con el modo de contar los intervalos del derecho, "(...) este Título no ha merecido críticas, excepto en la cuestión referida al plazo de gracia que, como el propio proyecto lo dice, es *una cuestión procesal*. Teniendo en cuenta que, además de *no ser derecho de fondo*, este aspecto puede variar según las provincias y los temas regulatorios, esta Comisión no lo incorpora, dejando que cada ordenamiento procesal se ocupe de resolverlo, como sucede actualmente, excepto lo dispuesto en materia de prescripción, en tanto, en ese ámbito, resulta necesario dar una solución armónica en todo el territorio nacional" (el destacado es propio).

(iii) Analizando el matrimonio, "*Las modificaciones de fondo mencionadas producen transformaciones en el plano procedimental*. En efecto, se suprimen varias de las reglas que prevé el Cód. Civil en el art. 236, entre otras, las facultades judiciales de conciliación y la doble audiencia en un plazo de tiempo determinado. *No se establecen otras reglas específicas, por considerar que no resulta necesario avanzar sobre las reglas procesales locales*. Los cambios mencionados *mejoran el servicio de justicia al poner fin a ciertos debates sobre los cuales no hay criterios uniformes*, perjudicando al justiciable por la falta de seguridad jurídica" (el destacado nos pertenece).

(iv) "El Anteproyecto sigue la línea legislativa del Proyecto de 1998 que regula en un Título especial *cuestiones relativas a las acciones de estado de familia*, pero de un modo más amplio, extendiendo el Título no sólo a este tema sino también a los *procesos de familia en general*. En este sentido, se enumeran los *principios generales* de los procesos de familia, surgidos de los principales avances y consideraciones esgrimidas a la luz del *derecho procesal constitucional de la familia*".

(v) "En la regulación de estos aspectos (se refiere a los daños a los derechos de incidencia colectiva) se *han evitado las cuestiones*

procesales, que no corresponden al ámbito del Código. Sin embargo, es necesario dar algunas directivas genéricas y sustantivas sobre el funcionamiento de los procesos colectivos, tanto para las acciones reguladas en el Código como para suplir las que no han sido previstas en la legislación especial del derecho del consumidor".

De ello puede concluirse que las razones que primaron en los redactores del Código para incorporar disposiciones de naturaleza procesal, fue considerar que algunas de ellas eran derechos o "directivas" de fondo; que constituían medios (necesarios) para la efectividad de los derechos regulados y/o, que eran convenientes para uniformar criterios en todo el territorio y, de esa manera, mejorar la protección igualitaria de los derechos en juego.

Estas razones parecen estar en línea con el criterio que, tal como lo señalásemos, la Corte Suprema tiene en el punto. Sin embargo, hay algunos datos que pueden ponerlo en crisis y que complejizan la cuestión. Por ejemplo, el aumento de su número, el alcance de las disposiciones, su complejidad y especificidad. Otro dato ambivalente, según cómo se lea, es la posición y los argumentos dados por el Legislativo y Ejecutivo para eliminar cuestiones como las regulaciones de los procesos colectivos y mantener otras de similar índole.

Ante este escenario, Rosales Cuello y Marino sostienen que "No parece ya posible unificar todas las reglas que versan sobre aspectos procesales en una única categoría (v.gr., "normas procesales", "disposiciones procesales", etc.), ni tampoco su inclusión en un Código de fondo puede ser explicada —y eventualmente justificada— únicamente a la luz de la ya referida doctrina del Máximo Tribunal federal"⁷⁴³.

De todos modos, la posición del Código podría sustentarse en los siguientes argumentos:

(i) El hecho normativo de la constitucionalización del derecho y su recepción en el Código, los cuales conllevan pensar a las garantías para la realización de las prerrogativas como mecanismos constitutivos del derecho mismo (bajo el principio normativo de la indivisibilidad e interdependencia) e imprescindibles para su protección. Pensemos, por caso, en los estándares de mínima que el debido proceso colectivo constitucional-convencional supone.

(ii) La existencia de una serie de sujetos y bienes preferentemente tutelados (constitucional-convencionalmente), que requieren la construcción de pisos sustantivos y/o adjetivos mínimos en tanto componentes fundamentales de sus derechos, especialmente en el marco de un Estado federal como el nuestro.

La legislación contiene una serie de tutelas diferenciadas que cuentan con diversos esquemas de contenidos básicos comunes⁷⁴⁴, las cuales deben entenderse como medios que permiten garantizar la efectividad de derechos y que posibilitan a las jurisdicciones locales a ampliar el marco de protección en ejercicio de facultades concurrentes y/o propias. Con ello se obtiene una mejor protección del derecho, armonizando la interrelación de potestades dentro del marco de distribución constitucional de competencias.

(iii) La circunstancia de que las normas procesales incorporadas han sido instituidas con el fin de asegurar y maximizar la efectividad de los derechos que consagra el propio Código.

(iv) Debido a que los dispositivos procesales reglamentados responden, en líneas generales, a los recaudos de necesidad, especificidad y suficiencia que justifican su presencia en un Código de fondo.

(v) La imposición de este tipo de normas, en tanto garantías directamente vinculadas a los derechos reconocidos, procura generar uniformidad y homogeneizar su reconocimiento igualitario en todo el territorio, circunstancia que de otro modo podría verse socavada o desconocida.

(vi) Las particularidades de nuestro régimen federal, su estructura e intensidad, las cuales justificarían el dictado de disposiciones de este tipo. En ese sentido, la delegación realizada en pos de la sanción de normas comunes, sumado a la constitucionalización señalada y la importancia para la tutela de los derechos de reglas y estándares procesales (bajo la idea de presupuestos mínimos), permitiría afirmar su necesidad y conveniencia.

(vii) La omisión de sancionar reglamentaciones adecuadas y/o de controlar que las existentes respeten los estándares de mínima en términos unidimensionales (sustantivo-adjetivo), constituye una violación a los derechos humanos (directa o indirectamente vinculados) que entraña responsabilidad internacional.

En consonancia con ello, la Corte Interamericana de Justicia ha sostenido inveteradamente que "un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional"⁷⁴⁵.

Asimismo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone en su art. 27 que "una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46".

Además, tanto el PIDESC como el PIDCP expresamente establecen que los mismos son aplicables en toda la extensión territorial sin excepción o limitación de algún tipo. De ese modo, de manera idéntica prevén que "Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna" (arts. 28 y 50, respectivamente).

De allí que, como expone Dulitzky, "los Estados Federales parte de la Convención Americana son plenamente responsables a nivel internacional por las violaciones cometidas por acción o por omisión, por agentes estatales de sus unidades componentes. Además, el Estado Federal está obligado a adoptar las medidas necesarias a nivel interno para asegurar su cumplimiento en el ámbito de las provincias. Una lectura conjunta de los arts. 1º.1, 2º y 28 de la Convención implica que todo Estado parte de la Convención con estructura federal que no se encuentre garantizado el libre y pleno ejercicio de todos y cada uno de los derechos reconocidos en la Convención para todas las personas bajo su jurisdicción, independientemente de que las mismas se encuentren dentro del ámbito de competencias del gobierno federal o de una de las unidades territoriales de la federación, se encuentra en la obligación de adoptar la legislación o las medidas que sean necesarias según su ordenamiento interno para cumplir con ese fin"⁷⁴⁶.

El debate que deja latente el Cód. Civ. y Com. es el de la necesidad de contar con tantos códigos procesales como provincias tiene el país. La posición asumida por el Cód. Civ. y Com. fue hacer de la excepción la regla sin importar la atribución otorgada por las provincias.

Solamente México, en América Latina, mantiene el criterio de la existencia de un código procesal por estado. No puede atribuirse a esa decisión la crisis de la situación de la justicia en México, pero es uno de los factores que no ayudan a plasmar una reforma que mejore la actual situación. Entre 1890 y 1934, Brasil adscribió a un federalismo que otorgaba a los estados la potestad de dictar la legislación Procesal. Desde el año 1934, el Congreso Brasileño es el encargado de dictar el Código Procesal.

Al reconocer que los derechos y las vías para hacerlos efectivos constituyen una sola matriz, la discusión sobre medios esenciales que tiene, no resulta muy convincente. Frente al paulatino acercamiento de las legislaciones procesales en América Latina, la reserva de la propia regulación frente a un derecho sustantivo unificado debería ser nuevamente discutida. En los hechos, el gobierno *de facto* de la autodenominada Revolución Argentina impuso con la ley 17.454 de 1968, cuya estructura sigue dominando las legislaciones procesales locales, una uniformidad no resistida hasta el presente. Más que discutir aferrados a la práctica de quebrantar la regla se debería ver bajo qué perspectiva

normativa se brinda mayor efectividad a la hora de reclamar la vigencia efectiva de los derechos. Se debería hablar en serio de derechos y remedios, de ambos aspectos de una misma ecuación, ya que sin vías aptas todos los derechos son meras expectativas fácilmente vulnerables.

VII. CONFLICTOS Y PROCESOS COLECTIVOS: JURISDICCIÓN Y REGLAS⁷⁴⁷

Como mencionamos, dentro de la estructura federal, la potestad de sancionar los regímenes procesales (y administrativo) está reservada a las provincias (arts. 1º, 5º, 75, inc. 12, 121, 123 y concs.). En este marco, la regulación de los procesos colectivos aparecería como una potestad propia de las mismas.

Sin embargo, consideramos que esta clase de procesos conlleva una serie de dificultades adicionales que producen tensiones en el ejercicio de esa potestad y que deberían ser sopesadas al momento de legislar sobre la misma o de escrutar su constitucionalidad.

Entre esas dificultades, nos interesa señalar tres. La primera está asociada con el alcance y la dimensión que los conflictos colectivos suelen suponer. La segunda con el correcto procesamiento de esos conflictos, la reiteración de múltiples procesos en diversas jurisdicciones y la eficacia de una sentencia colectiva. La tercera, con el respeto por parte de las regulaciones locales de los estándares de mínima que el debido proceso colectivo constitucional-convencional supone.

Todas estas cuestiones nos interpelan acerca de la necesidad de trabajar seriamente en algún tipo de concertación en la materia. Las modalidades pueden ser múltiples. Puede trabajarse con un esquema estructural, de mínima o complementario. Lo importante, en todo caso, es entender que debe existir un trabajo conjunto (coordinación y/o concertación) que permita estructurar un sistema de procesamiento colectivo adecuado.

Al pensar en normas de presupuestos mínimos⁷⁴⁸, también es oportuno recordar la existencia, validez y necesidad del federalismo de concertación y la uniformidad del derecho sustantivo en juego (donde las potestades reglamentarias locales ceden o deben compatibilizarse). En ese sentido, debe entenderse que esos presupuestos mínimos (en términos de recursos, medios o justiciabilidad) son los que permiten garantizar la efectividad de los derechos que se reconocen. De allí, el deber de superar el control de su constitucionalidad-convencionalidad.

Lo expuesto cobra mayor importancia si tenemos en consideración que entre los regímenes procesales locales, en materia de tutela colectiva de derechos existentes pueden señalarse críticas similares a las ensayadas respecto de la LGA y la LDC⁷⁴⁹. Es decir, que no superarían un test de

razonabilidad, al no garantizar en debida forma los componentes fundamentales del debido proceso colectivo.

En la provincia de Buenos Aires, la ley 13.928 regula no solo el amparo individual sino el colectivo (art. 7º). De ese modo, a pesar de que al regular distintos aspectos del procesamiento colectivo observa algunos de los requisitos estructurales que la Corte Suprema reconociese en "Halabi", regula parcialmente algunos (como la representatividad adecuada) y omite otros (como modulaciones especiales en cautelares, ejecución, etc.). Asimismo, si bien las reglas pueden ser utilizadas por los jueces para tramitar conflictos colectivos bajo formas ordinarias, ello no suple la ausencia de un régimen coherente y sistémico.

Por su parte, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el amparo se encuentra regido por la [ley 2145](#), aunque carece de un trámite específico para regular los conflictos colectivos dentro de este, debido a que el art. 27 de la misma fue vetado por el Poder Ejecutivo⁷⁵⁰.

En la Pampa, la [ley 1352](#) establece el régimen de procedimientos para el amparo de los intereses difusos o derechos colectivos⁷⁵¹, la cual en su art. 11 reconoce que "el proceso se tramitará conforme a las normas establecidas en el Cód. Proc. Civ. y Com. de la Provincia para el proceso sumario, en cuanto no resulten específicamente modificadas por la presente ley". La ley V, nro. 84. de la provincia de Chubut, dispone en su art. 15 que "el juez o tribunal, a petición de parte o de oficio, subsanará todos los vicios e irregularidades del procedimiento, asegurando, dentro de la naturaleza sumarísima de esta vía, la vigencia del principio de contradicción (...)", agregando en su art. 16 que "las normas procesales establecidas en el Cód. Proc. Civ. y Com. para la sustanciación del proceso sumarísimo, son de aplicación subsidiaria en la tramitación de la acción de amparo". Por su parte, la [ley 6170](#) (Acción de amparo de la provincia de Corrientes) reconoce, en los amparos colectivos, el deber de impulso de oficio y con la mayor celeridad el proceso (art. 6º), remitiendo supletoriamente para la tramitación de la acción pertinente a las disposiciones del Cód. Proc. Civ. y Com. de la provincia para el juicio sumarísimo (art. 32). La provincia de Río Negro regula, a través de su ley 2279, el procedimiento para el ejercicio del amparo de los intereses difusos y/o derechos colectivos, estatuyendo diversos tipos de acciones para la protección de disímiles bienes y derechos colectivos (arts. 1º, 2º y concs.). Como vemos, estas reglamentaciones adolecen de déficits idénticos a los señalados con anterioridad.

Por último, debemos recordar que la omisión de sancionar reglamentaciones adecuadas y/o de controlar que las existentes respeten los estándares de mínima de todo proceso colectivo, constituye una violación a los derechos humanos (directa o indirectamente vinculados) que entraña responsabilidad internacional.

La reciente acordada 12/2016 pone en evidencia las objeciones señaladas, tanto al regular los aspectos asociados al deber de registración, su actualización o las reglas de prevención, como al reconocer que "sólo los tribunales nacionales federales, en el marco de procesos colectivos comprendidos en la acordada 32/2014, deberán ajustar su actuación" a lo establecido en ella (art. II) e "invitar a los superiores tribunales de justicia de las Provincias y de la Ciudad de Buenos Aires a celebrar convenios con esa Corte que permitan compartir la información almacenada y facilitar el acceso recíproco ilimitado a los registros respectivos" (art. III).

Art. 75, inc. 13.—

Reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí.

Comentario por Gustavo Arballo

I. UNA CLÁUSULA MULTIDIMENSIONAL

"Reglar el comercio" es una expresión que incluye una diversidad de manifestaciones que empoderan al Congreso de la Nación en dos dimensiones positivas: una es el de proveerlo de una amplia fuente de *intervención regulatoria* (incidiendo en un eje hipotético de "Estado vs. particulares y/o corporaciones") y la otra es la que le brinda una base genérica que habilita —también vastamente— la *regulación federal como prevalente* (incidiendo en un eje hipotético de "Estado federal vs. provincias").

En esta última dimensión, la "cláusula federal" también tiene una muy potente faz negativa: en una acepción muy frecuente no implica ya una habilitación para el Congreso, sino *una plataforma de descalificación de potestades locales* que puedan tener interferencia potencial en el comercio interprovincial. En ese aspecto, esta cláusula se conecta con el art. 126, CN que prohíbe a las provincias "expedir leyes sobre comercio o navegación interior o exterior"; así, su efecto se impone prevaleciendo frente al legislador local tanto en sus pretensiones de ejercer potestades tributarias como en sus manifestaciones regulatorias (permisos, cargas, obligaciones, etc.), exigidas para el desarrollo de una actividad.

Se habla así de la *cláusula comercial "durmiente" o "negativa"*: si el Congreso no ha ejercido sus potestades regulatorias, debe entenderse que su voluntad fue dejar libre la materia de toda regulación y por ello las normas locales pueden impugnarse si afectan el comercio interjurisdiccional.

Es importante aclarar que esta "cláusula comercial durmiente" (*dormant clause*) es de origen jurisprudencial (su desarrollo y denominación corresponden a la jurisprudencia norteamericana, más específicamente al voto del juez Marshall en "Gibbons v. Ogden" de 1824, que veremos más adelante) y no se debe confundir con la cláusula durmiente (a veces llamada "dormida") que sí está explicitada en el art. 126, CN y que se refiere a la posibilidad de las provincias de dictar Códigos de fondo mientras el Congreso no lo hubiera hecho.

II. ORIGEN DE LA CLÁUSULA: EL MODELO AMERICANO

Leída bajo el prisma del federalismo, puede decirse que en el balance de la *división vertical de poderes*, esta cláusula tiene un sesgo centralista no tanto por lo que le permite hacer al Congreso de la Nación, sino también —y especialmente— por sus implicancias de encapsulamiento y acotación de los poderes provinciales y municipales.

No se trata, por cierto, de un fenómeno inesperado, sino de parte del plan mismo del edificio constitucional federal. Esta cláusula, como tantas otras, tiene su fuente en la cláusula análoga de la Constitución de los EE.UU., lo que motivó que frecuentemente la Corte adoptara estándares nacidos en la jurisprudencia estadounidense, y nos obliga a hacer una rápida síntesis de la hermenéutica histórica de lo dispuesto en el art. 1º, secc. 8º, párr. 3º de la Constitución de Estados Unidos: "El Congreso tendrá poder (...) para regular el comercio de las naciones extranjeras, entre los varios estados y con las tribus indias".

Como se ha recordado en varios dictámenes de la procuración nacional, esta doctrina

"era la defendida por Hamilton, quien dejó escrito que 'la competencia entre los estados en materia de comercio sería otra fuente fecunda de contiendas, (...) alimentaríanse continuas animosidades que probablemente concluirían en graves perturbaciones de la tranquilidad pública (...)', así como por Madison, quien expresó que 'la necesidad de una autoridad de superintendencia sobre el comercio recíproco de los Estados Federados, ha sido demostrada con ejemplos de otros países y del nuestro mismo' (conf. *El Federalista*, nros. 7 y 42, ps. 25 y 185, respectivamente, Fondo de Cultura Económica, México, 1943)"⁷⁵².

Su desarrollo jurisprudencial ha sido fecundo —y no exento de controversias— y ello se produce por una razón elemental: en los Estados Unidos, ante la falta de una cláusula unificadora "de fondo" como la que

incluyó nuestra Constitución en el actual art. 75, inc. 12 (por el cual todo el derecho sustancial fue delegado a la Nación), resultaba especialmente necesario encontrar un punto de apoyo que pudiera justificar la progresiva atribución de funciones que fue adoptando el Estado central, en parte también como una continuidad del esfuerzo por revertir la fallida experiencia "confederal" previa a la Constitución de 1787. Esto era una parte del paradigma "federalista" de Johan Marshall, que implantaría en la jurisprudencia de los Estados Unidos los criterios de Hamilton, Madison y Jay⁷⁵³.

Es en esa lógica que debe leerse el seminal caso "Gibbons v. Ogden" de 1824⁷⁵⁴, que marcó el primer gran precedente a propósito de esta cláusula. La Corte le dio un lato alcance a su extensión, afirmando que "el poder del Congreso sobre el comercio interestatal es pleno y completo por sí mismo, puede ser ejercido en su más amplia medida, y no reconoce limitaciones aparte de aquellas establecidas en la Constitución".

Y, más importante aún, definió de un modo amplio su sentido mismo, considerando que no podía limitarse al tráfico tangible de compras y ventas de mercaderías, sin admitir que comprenda, por ejemplo —como interesaba al caso—, la regulación de la navegación. "Esto restringiría un término general, aplicable a muchos objetos, a uno de sus significados. El comercio, indudablemente, es tráfico, pero es algo más, es intercambio". Así es que desde las premisas adoptadas en "Gibbons", todo arco de relaciones, todo asunto u objeto que pueda proyectarse de algún modo a más de un Estado, está sujeta al influjo de la cláusula de comercio, y por ende susceptible de una regulación federal que se impone a la estadual⁷⁵⁵.

La cláusula estaba llamada a tener un rol clave para dar carta de ciudadanía a la creciente actividad regulatoria del Estado en "NLRB (National Labor Relations Board) v. Jones & Laughlin Steel Corp." de 1937⁷⁵⁶, en el que la Corte reconocerá que dentro de su esfera estaban comprendidas no solo las vías, los medios, las personas y las cosas del comercio interestatal, sino también toda actividad intraestatal que guardara una "sustancial relación" (*rational basis test*) con el comercio interestatal. Como dice Rey Martínez,

"El Tribunal, desde 1937, ha concedido gran libertad al Congreso a la hora de decidir si la actividad regulada afectaba al comercio, requiriendo tan sólo que tuviera un 'fundamento racional' o 'razonable' que permitiera justificar la necesidad de tal regulación para proteger el comercio interestatal. De acuerdo con este *rational basis test* (aplicado, en general, para el examen de toda la legislación socio-económica), el Tribunal ha sostenido la constitucionalidad de leyes federales que tenían una relación muy lejana con el comercio interestatal. ¡Incluso fue la cláusula de comercio y no la XIV Enmienda la invocada por el Tribunal Supremo para declarar la constitucionalidad de la legislación federal antidiscriminatoria, la famosa Civil Rights Act de 1964!"⁷⁵⁷.

La cláusula comercial se usó en 1942 en el caso de "Wickard v. Filburn" para avalar una legislación del Congreso Nacional —la *Agricultural Adjustment Act* de 1938— que restringía el consumo de trigo⁷⁵⁸. Allí se dio lugar a la doctrina de los "efectos agregados" sobre el comercio, lo que habilitaba al Congreso a regular acciones individuales y en principio locales que pudieran tener efectos acumulativos susceptibles de afectar el comercio interestadual. El estándar de apreciación judicial no exigiría al Congreso la prueba acabada de esa afectación, sino simplemente una discreta plausibilidad: que hubiera bases racionales para creer que podrían tener tal influencia.

La lógica orgánica y conglobante habilitaría al Congreso a actuar bajo la cobertura de esta cláusula en la regulación de aspectos de influencia mediata en la actividad interestadual comercial. Esta concepción también tuvo su evolución, denotada por los casos en que se discutían normas de salario y de jornada mínima impuestas por los estados. Un primer paso "localista" de la Corte fue el dado en "Hammer v. Dagenhart", fallado en contra de una ley del Congreso Federal por la que se prohibió el transporte en el comercio interestatal o exterior de cualquier artículo en cuya producción se hubiera empleado el trabajo de menores de 14 a 16 años, según el género de industria, o en jornadas superiores a 8 horas, o en más de 6 días por semana o después de las 7 de la noche o antes de las 6 de la mañana. La Corte celosamente se ciñó a observar que la ley estadual estaba regulando un eslabón exclusivamente "local" de la producción, de modo que el Congreso no podría legislar sobre esa materia⁷⁵⁹.

Sin embargo, el criterio variaría en 1941 en "US v. Darby", en el que la Corte validaría otra ley progresista, la *Fair Labor Standards Act*, que prohibía el embarque en el comercio interestatal de mercaderías que no fueran producidas con arreglo a pautas mínimas de trabajo: un salario mínimo federal, una jornada semanal de 44 horas y un jornal especial para los lapsos que un empleado trabaje por encima de ese límite.

"El motivo y propósito de la regulación presente es simplemente hacer efectivo el concepto del Congreso en materia de política pública de que el comercio interestatal no puede convertirse en instrumento de competencia para la distribución de artículos producidos en condiciones de trabajo inferiores, competencia que es injuriosa para el comercio y para los Estados de los cuales y hacia los cuales fluye el comercio. El motivo y propósito de una regulación del comercio interestatal son materias dejadas al juicio legislativo, sobre cuyo ejercicio la Constitución no coloca ninguna restricción y sobre el cual no se otorga ninguna fiscalización a los tribunales"⁷⁶⁰.

Dice al respecto Bidegain que "La opinión de la Corte, sustentada implícitamente en "Hammer v. Dagenhart" y en otros fallos, de que al utilizar la cláusula comercial para legislar en general sobre las condiciones económicas y sociales, el Congreso actuaba en una forma solapada y deshonesta, contrastó con el nuevo criterio del tribunal, que no sólo aprobó

el proceder del Congreso, sino que hizo emanar de aquella cláusula *una verdadera responsabilidad de la legislatura de asegurar que los canales del comercio interestatal no sean usados para fomentar o perpetuar condiciones deprimentes para el interés general*"⁷⁶¹.

El último cambio de paradigma de la Corte de los EE. UU. es el de su jurisprudencia de "United States v. Lopez" de 1995⁷⁶² en el que declara la inconstitucionalidad de una ley federal que prohíba la posesión de armas de fuego dentro o en los entornos de las escuelas.

En un fallo que marca el fin de la política de *deferencia* hacia el Congreso, la Corte observa que no hay "sustancial relación con el comercio" en los argumentos presentados por el Estado para justificar la ley en base a la cláusula en cuestión: se había alegado, en tal sentido, el posible impacto económico de los efectos desalentadores sobre los individuos para viajar a las áreas del país de alta criminalidad, y el hecho de que la violencia en escuelas apareje un impedimento para el adecuado desarrollo del proceso educacional, redundando en una "ciudadanía menos productiva". La Corte entendió, en suma, que la línea de implicancias justificantes que había propiciado en paralelo con el crecimiento de un Estado más regulador estaba sobreextendida: seguir ese camino iría a esfumar la distinción entre lo que es verdaderamente nacional y lo que es verdaderamente local. Los efectos de "Lopez" han marcado un cambio de tono que ha venido a acotar el alcance de las potestades del Congreso Federal.

Y este giro ha sido consistente con la decisión referente al plan de salud conocido como *Obamacare*. La mayoría de la Corte declaró constitucional el "mandato individual" que obligaba a todo individuo a contratar un seguro, pero lo hizo tomando el atajo de considerar la multa derivada de su incumplimiento como un impuesto, y rechazando el argumento que postulaba validar el sistema como un ejercicio legítimo de la regulación del comercio interestadual⁷⁶³.

El voto del *chief justice* Roberts trazó una diferencia entre "actividad" e "inactividad", diciendo que la cláusula habilita al Congreso para regular la primera, pero no para la segunda, al razonar que "el poder de regular el comercio presupone la existencia de actividad comercial a ser regulada". El sistema, observaba, obliga a las personas a participar activamente en el comercio mediante la compra de un producto, sobre la base de que el hecho de no hacerlo afecta el comercio interestatal. E interpretar la Cláusula de Comercio para permitirle al Congreso regular a los individuos precisamente porque no están haciendo nada abriría un dominio nuevo y potencialmente vasto a la autoridad del Congreso: lo autorizaría a regular lo que la gente *no* hace. Los constituyentes "le dieron al Congreso el poder de regular el comercio, pero no el de compeler a que la gente lo ejerza".

En este punto cabe decir que cuatro de los nueve jueces de la Corte suscribieron la opinión de la jueza Ginsburg, que si bien valida también el Obamacare, entiende que la distinción entre "actividad" e "inactividad" es artificial y que la cláusula del comercio puede regular ambas esferas, ya que de hecho pueden ser descriptas como el recíproco de la otra⁷⁶⁴.

III. SU ADOPCIÓN EN ARGENTINA

En nuestro país, en tanto, más allá de la adopción casi "literal" de la cláusula norteamericana por el constituyente de 1853, también tempranamente la doctrina cerró filas justificando la necesidad y el sentido unificador de este precepto, comenzando con el propio Juan Bautista Alberdi, cuando sostenía que la crucial cuestión del comercio exterior e interprovincial ("el grande agente de prosperidad de la República Argentina") "no debe estar, para su arreglo y gobierno, en manos de las autoridades de provincia, sí en las del gobierno central"⁷⁶⁵. De lo contrario, razonaba "bajo pretexto de reglar el comercio interior local, cada provincia ejercerla la facultad esencialmente nacional de establecer contribuciones aduaneras ó indirectas; porque un reglamento de comercio puede ser el medio de imponer un derecho de aduana, ó lo que es igual, de crear aduanas interiores".

Joaquín V. González reputaba, por ejemplo, "monstruoso como idea económica y absurdo como régimen de explotación, que una línea que sale de Buenos Aires y recorre cinco provincias, fuese gobernada, inspeccionada, gravada y regida por cada uno de los gobiernos por cuyos territorios atraviesa. Lejos de ser un agente de comercio y prosperidad, lo sería de desorden, de ruina, de pleitos, de divergencias entre provincias, pues cada una procuraría obtener las mayores ventajas para su comercio por las tarifas o los servicios directos"⁷⁶⁶.

En línea similar, otro autor clásico como Montes de Oca razonaba que "si se dejase a todos los Estados particulares la facultad de dictar disposiciones para el transporte e intercambio de mercaderías, no sería difícil ver reproducirse en la época contemporánea el hecho de que los derechos de tránsito mataron la producción industrial del país"⁷⁶⁷.

Dicho esto, y aun cuando el sesgo centralista de la cláusula —que veremos reflejado en la jurisprudencia— forma parte del plan constitucional, es posible argumentar, con Barrera Buteler, que su influencia ha devenido mayor a medida que se plasmó un proceso de integración económica nacional, de forma tal que la Constitución Nacional "otorga hoy una cuota de poder al gobierno federal que no era imaginable en el siglo XIX, porque el comercio puramente interno o local tiene una significación escasa en el mundo globalizado"⁷⁶⁸.

En los puntos siguientes veremos un análisis desdoblado a partir de dos fuentes locales de intersección con el comercio interprovincial: la que surge del poder de policía provincial y la que surge de los poderes tributarios provinciales.

IV. LA CLÁUSULA DE COMERCIO Y EL PODER DE POLICÍA LOCAL

Es canónica en nuestra jurisprudencia —e incluso aparecerá plasmado en la letra constitucional en el art. 75, inc. 30, CN— la aceptación de un poder de policía local, regulatorio, plasmado en su origen a cuestiones de seguridad y salubridad —casi, podría decirse, propios de un "Estado gendarme"—, y que en acepciones ulteriores reconoce ámbitos de proyección más ambiciosos y desarrollistas.

Curiosamente, veremos que la primera aparición de "Gibbons" en el repertorio de fallos de la Corte argentina se formula no con el sentido marshalliano de fortalecer el poder central, sino invocado *a contrario* para ratificar que la regulación de lo que sea materia de comercio interno de un Estado se puede definir dentro del nivel local. Ese es el uso que se le da en el fallo "Varios puesteros próximos al Mercado del Centro" de 1866⁷⁶⁹, donde los actores demandaban a un empresario que había obtenido la exclusividad para instalar puestos en un radio determinado; allí el caso norteamericano aparece citado como "Ogdeu contra Jibbou" (sic).

Más allá de una genérica "conurrencia", es claro que en la puesta en práctica del poder de policía local se puede generar una trayectoria de colisión con la atribución regulatoria comercial que la Constitución defiende al Congreso. Así, en la jurisprudencia contemporánea vemos casos en los que es frecuente la aplicación de la cláusula del art. 75, inc. 13, CN para controlar ejercicios regulatorios locales que colisionan ya con legislación nacional existente, o simplemente interfieren con el comercio.

En "The United River Plate Telephone Cía. Ltda. Unión Telefónica"⁷⁷⁰, un fallo de 1929, la Corte siguió el modelo norteamericano al afirmar que el vocablo comercio comprende, "además del tráfico mercantil y la circulación de efectos visibles y tangibles por todo el territorio de la Nación, la conducción de personas y la transmisión por telégrafo, teléfono u otro medio, de ideas, órdenes y convenios". La firma era concesionaria de un servicio público de comunicaciones sometido a jurisdicción nacional y exenta de todo gravamen provincial, y reclamaba por un impuesto que había establecido la provincia de Buenos Aires por inspección de agencias de sociedades anónimas. La Corte desestimó el planteo ponderando que la compañía no había llegado a acreditar que la tasa perturbaba la prohibición del servicio, pero dejó sentado el criterio que adopta la prelación federal, con la explícita adopción de los criterios de "Gibbons", diciendo que

"el vocablo comercio usado por la Constitución Americana igual al de nuestro inc. 12 del art. 67 [actual 75, inc. 13], ha sido interpretado en el sentido de comprender, además del tráfico mercantil y la circulación de efectos visibles y tangibles para todo el territorio de la Nación, la conducción de personas y la transmisión por telégrafo, teléfono u otro medio, de ideas, órdenes y convenios. (...). El poder para regular el comercio así comprendido es la facultad para prescribir las reglas a las cuales aquel se encuentra sometido y su ejercicio corresponde al Congreso de la Nación *de una manera tan completa como podría serlo en un país de régimen unitario*"⁷⁷¹.

Otros vectores de ampliación aparecen explicitados en fallos posteriores:

— El criterio fue llevado a su consecuencia lógica de impedir interferencias locales en un fallo de 1940 en el que la Corte contempló la posibilidad de que las restricciones sean indirectas, diciendo que "las provincias no se hallan autorizadas para dictar leyes o reglamentos de carácter general o municipal que comporten directa o indirectamente trabar o perturbar de cualquier modo (...) la libre circulación territorial o que puedan afectar el derecho de reglamentar el comercio, conferido al Congreso de la Nación con el carácter de una facultad exclusiva"⁷⁷².

— El caso de "Laboratorio Suarry" involucra una pieza publicitaria publicada por ese anunciante en la guía telefónica de Rosario de 1940. Se trataba de un aviso de la medicina "Geniol" y el laboratorio había sido multado por aplicación de una ley de la provincia de Santa Fe que requería una autorización previa del Consejo Médico para las publicaciones de ese carácter. La Corte entendió que esa exigencia de autorización previa de una autoridad local era —tal como lo planteaba la firma— obstructiva e incompatible con la facultad exclusiva del Gobierno de la Nación para reglar el comercio y las comunicaciones interprovinciales⁷⁷³.

— La Corte no aceptó la constitucionalidad de las limitaciones locales *transitorias* en contextos de emergencia ("Acuña Hermanos" de 1962⁷⁷⁴, a propósito de la prohibición de salida de ganado del territorio provincial).

— Se expandió el concepto en "ETMO Remolcador Guaraní c. Provincia de Buenos Aires" de 1977⁷⁷⁵, cuando dijo que si una actividad era mixta (implicaba tanto tráfico provincial como interprovincial) pero "indivisible", la competencia regulatoria era exclusivamente federal.

— Hizo extensiva la "federalidad" a las "actividades auxiliares" al comercio interjurisdiccional en "Doderó Viajes" de 1983⁷⁷⁶. En este fallo se rescata un razonamiento clarificador del criterio, cuando la Corte dice que la cláusula del comercio "persigue evitar que operaciones que de manera inescindible se desenvuelven en más de una jurisdicción, puedan ser sometidas, en virtud de los poderes inherentes de los estados en las que se desarrollan, a regulaciones múltiples que las obstruyan o encarezcan,

tornándolas desventajosas con relación a otras actividades similares". Ante esa posibilidad, la interferencia debe resolverse en favor de la legislación nacional por aplicación del principio de poderes implícitos y la regla de supremacía del [art. 30](#) de la CN.

— En varios precedentes la Corte sostuvo el criterio de que los poderes comerciales implicaban no solo los de la propia regulación, sino los implícitamente necesarios a tal fin, "conforme el principio de que quien tiene el deber de procurar un determinado fin tiene el derecho a disponer de los medios necesarios para su logro efectivo (...) no cabe sino concluir que este no puede ser enervado en el ejercicio de los poderes delegados, en tanto se mantenga en los límites razonables de los mismos conforme a las circunstancias"⁷⁷⁷.

Esto se refleja en la casuística moderna donde han prosperado diversas acciones iniciadas contra normativa local reguladora:

— Contra una ley que implicaba la prohibición de sacar vinos en envases de más de cinco litros fuera de la provincia ("Antonio González SA c. Provincia de Mendoza" de 1993)⁷⁷⁸;

— Contra registros provinciales de diversa índole: laboratorios y distribuidores de especialidades medicinales en "Baliarda" de 1998⁷⁷⁹; registros de productos domisanitarios en "Colgate Palmolive Argentina SA y otros c. Provincia de Buenos Aires" de 2003⁷⁸⁰; registros de los productos de origen animal de tránsito federal o interjurisdiccional, en "Molinos Río de La Plata SA c. Provincia de Buenos Aires" de 2009⁷⁸¹; obligación de inspección y aprobación de productos cosméticos para la higiene personal y perfumes en "Unilever c. Provincia de Buenos Aires" de 2013⁷⁸².

— Registros de productos domisanitarios en "Colgate Palmolive Argentina SA y otros c. Provincia de Buenos Aires" de 2003.

— Contra requerimiento de habilitaciones locales (cautelar despachada en el caso "Loveli" de 2001, promovido por una empresa dedicada a la comercialización de productos de óptica que limitaba la venta de estos artículos restringiéndola a las casas de ópticas habilitadas por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires)⁷⁸³;

— Contra leyes que restringían la salida de productos sin procesar fuera de la provincia (registramos en este sentido, casos como "Molinos Río de La Plata SA y otra c. Provincia de Misiones"⁷⁸⁴ de 2008, contra una ley local que, entre otras disposiciones, establecía que la totalidad de la yerba mate cosechada en la provincia y destinada al consumo interno nacional debe ser envasada en dicha jurisdicción, y "Nucete c. Provincia de La Rioja" de 2009, en el que se impugnaba una ley que prohibía el traslado de las aceitunas en crudo allí producidas fuera del territorio de la provincia⁷⁸⁵).

— Contra la pretensión provincial de realizar inspecciones higiénico-sanitarias de los productos elaborados en otras jurisdicciones e ingresados a su territorio antes de llegar a las "bocas de expendio", en "Logística La Serenísima SA c. Provincia de Mendoza"⁷⁸⁶ de 2012.

— Declarando la inconstitucionalidad, una norma local le imponía a las pesqueras la carga del procesamiento previo en establecimientos sitos en una provincia, la Corte dijo en "Antonio Barillari SA c. Buenos Aires" de 2012 que "tales restricciones funcionan como un derecho aduanero, afectando la entrada, salida y tránsito de un producto al imponerle a las mercaderías una carga que actúa como un obstáculo y prohibición en razón de su destino". El fallo se explaya también diciendo que en el sistema de la Constitución Nacional, las cláusulas contenidas en los arts. 9º al 12 "buscan asegurar un espacio económico único, libre de trabas fundadas en el hecho de que la circulación de bienes personas atraviese los límites provinciales. Se procura evitar acciones de inspiración proteccionista a favor de las actividades económicas internas de las provincias en contra de bienes servicios que provengan de las demás. Por dicha razón, tales preceptos liberan y dan garantías al movimiento interprovincial de personas y bienes"⁷⁸⁷.

V. LA CLÁUSULA DE COMERCIO Y EL PODER TRIBUTARIO LOCAL

Frecuentemente se ha utilizado la cláusula del Comercio en conjunción con las de los arts. 9º, 10 y 11 de la CN (prohibición de aduanas interiores y libertad de circulación de bienes) para invalidar *impuestos locales*. Se asume, con razón, que la tributación puede constituir una forma de interferencia en el comercio interprovincial.

Aun sin hacer referencia a esta cláusula, debe notarse que la primera declaración de inconstitucionalidad de nuestra historia se dictó justamente a propósito de un derecho de tránsito impuesto por un fisco local, en el caso "Domingo Mendoza c. Provincia de San Luis" de 1865⁷⁸⁸. Otros fallos clásicos especifican criterios luego muchas veces reiterados. En "Griet Hnos. c. Provincia de Tucumán" de 1922, dirá que "no puede afirmarse con verdad que el Congreso y una Legislatura provincial ejercen facultades concurrentes cuando el primero sanciona una ley de protección de un producto extranjero en uso de una determinada atribución constitucional exclusiva, y la segunda impone un gravamen a la elaboración industrial del producto similar interno, fundada, a su vez, en una facultad igualmente derivada de la Constitución"⁷⁸⁹. Y en "Bressani" de 1937, la Corte encontró inconstitucional un impuesto a las uvas cosechadas en Mendoza, del que estaban exentos las uvas que se vinificaran dentro del territorio de la provincia. El fallo contiene una frase que repetiría muchas veces en su jurisprudencia "La Constitución ha querido hacer un solo país para un solo pueblo, ha dicho con razón esta Corte: no habría Nación si cada provincia se condujera económicamente como una potencia independiente"⁷⁹⁰.

El corpus jurisprudencial en la materia, sistematizado por Spisso, deja como saldo dos criterios:

— Un *criterio de prohibición*: la imposibilidad de las provincias de imponer tributos a la entrada o salida de su territorio de mercaderías o personas, o que discriminen en perjuicio del comercio interjurisdiccional.

— Y su correlato de *permisión*: en principio, un gravamen que no imponga diferencias según el origen del producto no puede ser invalidado con fundamento en la cláusula comercial de la Constitución, que no puede ser invocada para cercenar facultades no delegadas por las provincias al Gobierno nacional⁷⁹¹.

En cuanto al primer criterio, implica no solo la prohibición de tributos establecidos directamente sobre los productos, como era el caso de "Domingo Mendoza c. Provincia de San Luis", sino también la prohibición de disponer alícuotas diferenciales según el lugar de radicación de la empresa que comercializa el producto, lo que —según se concluyó en una línea de fallos recientes— "genera una suerte de barrera aduanera, o de medidas proteccionistas, que alteran el concepto orgánico de comercio previsto en la Constitución Nacional"⁷⁹².

En cuanto al segundo criterio, la Corte ha advertido que "la concesión al Congreso Nacional del poder de sujetar a determinadas reglas el comercio provincial e interprovincial, así como la correlativa prohibición que impone el art. 108 [actual 126, CN] ciertamente no implica la abdicación del poder tributario provincial sobre aquellas actividades"⁷⁹³.

Así encontramos resueltos los casos "SADE c. Provincia de Mendoza"⁷⁹⁴ de 1989 en el que la Corte validó la aplicación de los impuestos locales discutidos por la empresa actora, considerando que la empresa no había acreditado que el gravamen haya restringido o dificultado la libre producción y distribución de energía— y "Adm. Nac. de Aduanas c. Municipalidad de Bahía Blanca"⁷⁹⁵ de 2001 —enfaticando que la Aduana no ha intentado siquiera demostrar de qué manera la pretensión tributaria local frustraría o dificultaría el cumplimiento de los fines nacionales que tiene a su cargo—.

Finalmente, desde "Transportes Vidal" ha quedado establecido, también en relación al transporte, que "las normas constitucionales sólo preservan el comercio interprovincial "de los gravámenes discriminatorios, de la superposición de tributos locales y de aquellos que encarezcan su desenvolvimiento al extremo de dificultar o impedir la libre circulación territorial"⁷⁹⁶.

En cuanto al comercio exterior, está claro que las provincias no pueden gravar con tributo alguno el ingreso o egreso de mercaderías o productos

desde o hacia el exterior, pues ello es facultad privativa de la Nación, art. 75, inc. 1º, CN. No obstante, sí pueden cobrar impuestos por los ingresos que en virtud de esas actividades perciban las personas o sociedades que tributan en su territorio⁷⁹⁷.

Cabe acotar, finalmente, que una perturbación del comercio puede darse tanto en forma positiva, por la tributación impuesta, como en forma negativa, por vía de exenciones discriminatorias. Esta cuestión aparece tratada en el caso "Hidroeléctrica El Chocón SA c. Provincia de Buenos Aires" de 1999. Un decreto provincial eximía del impuesto a usuarios industriales y comerciales de la provincia de Buenos Aires abastecidos por ESEBA SA, cooperativa eléctrica, entes mixtos municipales y prestadores privados que operaban al 6/5/1992. La empresa planteaba que así delimitada la exención, el impuesto se hacía efectivo únicamente a los usuarios industriales y comerciales abastecidos por empresas ajenas — como ella— a la jurisdicción bonaerense y que, por lo tanto, el sistema constituía una verdadera aduana interna, violando cláusulas constitucionales, disposiciones de, las leyes 15.336 y 24.065 y el compromiso asumido por la provincia demandada en el art. 1º, inc. 2º del Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, ratificado por la ley provincial 11.463. La Corte aceptó el planteo, afirmando que "la discriminación resultante (...) hace que las consecuencias del tributo así aplicado importe en los hechos una barrera aduanera que entorpece la libre circulación en detrimento de lo dispuesto en los arts. 9º, 10 y 11 de la CN"⁷⁹⁸.

VI. LA CLÁUSULA DE COMERCIO Y LA REGULACIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL

Aunque la facultad regulatoria aparece en la misma cláusula, la Corte ha dicho alguna vez que "la atribución federal de regular el comercio con las naciones extranjeras ha sido considerado distinto del de reglar el comercio interprovincial". La razón, según esa jurisprudencia, es que en cuanto al comercio interior "el objetivo de la Constitución fue asegurar la igualdad y la libertad del intercambio comercial entre las provincias, con el fin de impedir barreras", mientras que con relación al comercio exterior "el Gobierno federal actúa como una Nación soberana, no subordinado como principio a ningún poder reservado de los estados y, en varios aspectos, más amplios que el que atañe al comercio interno, bien que tan extenso como el arbitrio y la inteligencia del Congreso crea necesario comprenderla para realizar su propósito"⁷⁹⁹.

Se ha afirmado que entre sus propósitos puede estar válidamente comprendido "el derecho a defender la reserva de carga nacional y promover el equilibrio de la balanza de pagos".

Lo dicho recientemente da pie para hacer alguna consideración sobre el plano "exterior" de la cláusula de la regulación del comercio que históricamente ha generado escasa controversia, en la medida en que se asumía la autonomía absoluta del Estado federal para establecer su política comercial. Si bien esto es correcto en abstracto, debe decirse que la situación ha cambiado a partir de la adhesión de nuestro país a bloques y sistemas de integración.

En particular cabe señalar el Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación de 1994, incorporado a la legislación argentina por la ley 24.425. Significativamente, esta normativa, que propende a un principio de libre comercio, prohíbe en principio la utilización de las licencias "no automáticas" de importación o de exportación por parte de los países miembros, salvo que las mismas sean utilizadas en circunstancias excepcionales (tales como crisis en la balanza de pagos o aplicación de un régimen de salvaguardias), en un contexto que, desde la creación del GATT, busca la supresión de barreras para-arancelarias⁸⁰⁰.

A pesar de esta normativa, y de la exigencia de reserva de ley en la materia, los últimos años (concretamente a partir de 2012) se incrementó sustancialmente la exigencia de "Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación" (DJAI) y "Declaraciones Juradas de Servicios" (DJAS), implementadas por instrumentos de rango sublegal, con fines implícitos de política económica y cambiaria, que suscitaron demoras y rechazos en la cadena de importaciones.

El único caso resuelto por la Corte Suprema federal en este período ("El Brujo" de 2012⁸⁰¹) dedicó una mirada ciertamente complaciente a esta práctica, asumiendo que su objetivo (observar variaciones en el flujo del comercio exterior) era en abstracto legítimo y destacando —al desestimar la acción de inconstitucionalidad presentada— que la demandante no había llegado a acreditar de qué manera se vio impedido el ejercicio de su actividad comercial por el deber de control impuesto.

Distinta fue la respuesta a la que arribó el órgano de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio que, ante reclamaciones formuladas contra Argentina por la Unión Europea, Japón y los Estados Unidos, reputó que el procedimiento DJAI es incompatible con el párr. 1º del art. XI del GATT de 1994 y dio a nuestro país un plazo prudencial para adecuarse al sistema⁸⁰².

Más allá del carácter no autoejecutivo de estos pronunciamientos de solución de diferencias, es posible señalar que su "jurisprudencia" también debe ser tomada en cuenta para visibilizar que la potestad regulatoria del Congreso no se ejerce en el vacío, sino que está sujeta a estos condicionamientos derivados de tratados internacionales.

VII. LA CLÁUSULA DE COMERCIO Y LA FEDERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS INTERJURISDICCIONALES

Si bien las provincias tienen la potestad no delegada de regular los servicios públicos en su jurisdicción, esa exclusividad se pierde en la medida en que el servicio público se torne *interjurisdiccional*, en cuyo caso su regulación deviene federal por aplicación de la cláusula del comercio.

De ese modo, la federalización también se ha proclamado con respecto a servicios públicos interconectados, ya sea de teléfonos⁸⁰³, de energía⁸⁰⁴ o de radiodifusión⁸⁰⁵.

Por aplicación de estos criterios la Corte ha declarado inconstitucionalidad de leyes que imponían a las licenciatarias del servicio telefónico a instalar contadores de pulsos domiciliarios a requerimiento del usuario ("Telefónica de Argentina SA s/acción de inconstitucionalidad ley 2813" de 1998⁸⁰⁶) y a emitir facturas con discriminación de las llamadas ("Telefónica de Argentina SA c. Provincia de Mendoza" de 2003⁸⁰⁷ y "Telefónica de Argentina SA" de 2007⁸⁰⁸). También se ha declarado la inconstitucionalidad de una ley provincial que prohibía el cobro por reconexión o retiro de medidores y cualquier otro tipo de multas por facturas adeudadas por servicios de gas ("Camuzzi Gas del Sur SA c. Provincia de Río Negro" de 2008)⁸⁰⁹.

En esta lógica, y a propósito de una ley local que considerando eventuales consecuencias ecológicas postulaba modificar la traza de una línea de transmisión asociada a la Central Hidroeléctrica de Yacyretá —aprobada por las resoluciones del Ente Nacional Regulador de la Electricidad—, la Corte tuvo ocasión de afirmar en el caso "LITSA c. Provincia de Corrientes" de 1999 que "la policía ambiental no debe escapar a las condiciones exigibles a toda facultad concurrente, esto es, no resultar incompatible con el fin nacional perseguido, que debe prevalecer", lo que lo llevó a declarar improcedente esa exigencia provincial⁸¹⁰.

Con análoga argumentación rechazaría en 2007 la pretensión de la provincia de Buenos Aires de que la concesionaria Edenor afrontara a su costo la remoción de electroductos en el curso de la obra de entubamiento y canalización del arroyo Morón: "el servicio público —se dijo allí— se halla bajo la inspección y el control del poder concedente, con exclusión de toda voluntad extraña, lo cual resulta comprensible o, más bien, inevitable, por cuanto dentro de la coordinación armónica de intereses entre concedente —o titular— y concesionario —o delegado— no cabe la intromisión de otra autoridad soberana"⁸¹¹.

En suma, se ha dicho que en materia de servicios públicos se ha producido "un profundo proceso de absorción de facultades

reglamentarias por el Gobierno federal" —Perrino⁸¹²— o "una suerte de inmunidad" federal —Muñoz (h)⁸¹³—.

Ello nos confronta con el riesgo de que su expansión inhiba toda regulación local concurrente y legítima, lo cual —entendemos— implica una inaceptable tergiversación de la división vertical de poderes que es propia de un sistema de gobierno auténticamente federal.

VIII. LA CLÁUSULA DE COMERCIO Y LOS PODERES PROVINCIALES: SOLUCIONES CONCILIATORIAS

En este punto haremos una recopilación de cómo la jurisprudencia ha encontrado en muchos casos "compatibilidad" entre los poderes provinciales y la cláusula comercial, evitando criterios de anulación automática. Bien advierte Ziulu que "en la Constitución tienen el mismo valor la cláusula comercial, que las que les adjudican a las provincias su propio poder tributario y el ejercicio del poder de policía" postulando que "en una interpretación constitucional orgánica y sistemática tienen tanto valor unas como otras, y ambas deben estar orientadas al fin de la unión nacional"⁸¹⁴.

En sentido similar comenta Ricardo Muñoz que "la generalidad del precepto y su amplia redacción denota un instrumento que peligrosamente puede ser usado en contra de las posibilidades provinciales, y de ahí entonces, se encuentra la necesidad de interpretarlo en sus justos términos". La consecuencia nos obliga a fijar un estándar cuidadoso para su utilización, y este autor postula un criterio que presume la validez de la regulación local y solo propicia su invalidez cuando la restricción que ella implique para el comercio sea "sustancial" y represente "un verdadero obstáculo al intercambio comercial, poniendo en peligro verdaderamente la integración comercial y unidad de mercado interno".

De lo contrario, dice Muñoz, se llegaría "al absurdo de considerar que cualquier acto puede tener repercusiones sobre el comercio, y por tal, deberá ser declarado inconstitucional", despojando así a las provincias de la mayoría de sus competencias⁸¹⁵.

En este sentido, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de validar un *poder sancionatorio local*, que es el correlato necesario de la regulación. En "Giménez Vargas" de 1957 —a propósito de una multa impuesta a la empresa por haber puesto en circulación una partida de vino en infracción a disposiciones locales—, la Corte reconoció que mientras un artículo se produzca, venda y consuma en la provincia constituye un fenómeno de consumo interno, sometido a la jurisdicción exclusivamente local. "El Gobierno de la Nación —dijo— no puede impedir o estorbar a las provincias el ejercicio de aquellos poderes de gobierno que no han delegado o reservado, porque por esa vía podría llegar a anularlos por

completo"⁸¹⁶. Desde luego, como lo accesorio sigue la suerte de lo principal, la invalidez de un marco regulatorio implica la imposibilidad de aplicar multas por su incumplimiento.

No son frecuentes los casos en que se admitió la compatibilidad. Podemos citar el fallo "CAVIC" de 1970, en el que la Corte consideró que el derecho de propiedad no es afectado por la ley 3019 de la provincia de San Juan, que crea la Corporación Agroeconómica Vitícola Industrial y Comercial, pues, "si bien regula la producción, industrialización y comercialización de la uva, no lo hace en grado tal que aparezcan aniquilado el derecho, ya que los productores no están obligados a comerciar exclusivamente con la corporación, pudiendo hacerlo con otros adquirentes dentro y fuera de la provincia, y no se acredita que la contribución impuesta de hasta el 5% del importe de la venta de la producción anual sea irrazonable por lo desproporcionado"⁸¹⁷.

También en materia de transporte, la Corte tuvo ocasión de reconocer que en lo que implica la autorización de permitir paradas intermedias locales, es decir, en lo que hace al segmento *intrajurisdiccional*, las provincias mantienen una autoridad que no debe ser interpretada como una injerencia en las facultades que tiene el Gobierno federal en materia de transporte *interjurisdiccional* (caso "El Práctico SA" de 2011). La Corte habló entonces —con tono comprensivo y conciliador— de "las razonables y mínimas fricciones que la realidad impone y que deben ser toleradas en vista de la coexistencia, dentro del ordenamiento jurídico, de dos gobiernos, el nacional y el provincial, dotados de poderes específicos"⁸¹⁸.

Incluso en la resolución de fondo del caso "Baliarda" que vimos antes, y más allá de la invalidación del decreto que exigía un registro para los laboratorios, la Corte dejaba en *obiter dicta* abierta la posibilidad de que la disposición local "sea aplicada en la órbita (provincial) que le compete y en ella se mantenga"⁸¹⁹.

En el también citado "LITSA" de 1999, la Corte concedió que había legitimidad en la ley provincial en cuanto que imponía a la transportadora la pauta de que "a efectos de atenuar el impacto visual y la pérdida de valor paisajístico, las torres deberán ser emplazadas aprovechando la vegetación natural existente e implantando con especies nativas cortinas arbóreas que disimulen la presencia de dichos elementos", lo que —en tanto no importara modificar el trazado de la línea— reputó encuadrable en la competencia específica provincial en el plano ambiental⁸²⁰.

En esta enumeración marcamos finalmente un singular matiz que se visibiliza en un caso fallado en 2007, el de la Empresa Distribuidora de Electricidad de La Rioja (EDELAR SA) que impugnaba la ley 6907 de esa provincia. Se alegaba allí que esta contravenía disposiciones nacionales, toda vez que mientras el art. 30 bis de la ley 24.240 establece, para los

casos en que la factura carezca de la leyenda "no existen deudas pendientes", una presunción *iuris tantum* a favor del usuario, por el contrario, el art. 2º de la ley local consagra para la misma situación, una presunción *iuris et de iure* al disponer que la omisión del texto equivale a la certificación de que el usuario no registra deuda al día de la emisión de la factura. En el caso, la mayoría se remitió al criterio del procurador (Bausset) que entendió que "lo previsto en la ley 6907 no afecta lo dispuesto en las normas nacionales ni importa una colisión inaceptable, pues aquélla versa sobre materias que las provincias están autorizadas a regular en el marco del ejercicio del poder de policía"⁸²¹.

En este caso, por cierto, cabe subrayar un fragmento específico que es representativo de una situación en que la supletoriedad se atribuye a la legislación nacional, que cederá ante la más específica que se dicte por normativa local:

"Es preciso poner de relieve también que el legislador nacional, al sancionar la ley 24.240, dispuso que los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla, serán regidos por esas normas, aplicándose esa ley supletoriamente (art. 25). Es decir, prevé que en ese tipo de servicios no sólo las autoridades competentes regulen la modalidad de prestación y las relaciones entre prestadores y usuarios, sino que ese régimen tendrá precedencia sobre el general"⁸²².

La moraleja del caso es que aparece una ampliación de hecho de las facultades nacionales, ya que conforme a este criterio podrían también regular servicios públicos locales —al modo de la *dormant clause* de los Códigos, pero en sentido inverso, ya que el poder durmiente estará en cabeza del Estado federal—.

IX. LA CLÁUSULA DE COMERCIO Y LOS PODERES MUNICIPALES

De igual modo, la cláusula de comercio no ha sido obstáculo para que la Corte reconociera poderes concurrentes a los municipios, como se advierte del análisis de un par de binomios jurisprudenciales del año 1998.

El primero de ellos consiste en un par de acciones iniciadas por la empresa Telefónica de Argentina como concesionaria del servicio de telefonía. En una causa promovida contra la Municipalidad de General Pico (pero que involucraba a una familia de litigios análogos) se declaró inválida la pretensión de la comuna de cobrar *tasas municipales por el cableado aéreo*: la Corte hizo hincapié que se trataba de un servicio interestatal sujeto a la jurisdicción nacional y que en virtud de ella (por la Ley Nacional de Telecomunicaciones 19.798) estaba exento de todo gravamen local⁸²³.

Pero otra sería la respuesta dada a la misma empresa en una hipótesis similar pero distinguible: en el litigio planteado contra la Municipalidad de Chascomús, la Corte se expide validando la potestad municipal de requerir la *habilitación comercial* de las oficinas y de cobrar *tasas por publicidad urbana*. "Una elemental hermenéutica de los arts. 75 incs. 13 y 14, y 126 de la CN —dijo la Corte — lleva a la conclusión de que estos no fueron concebidos para invalidar absolutamente todos los tributos locales que inciden sobre el comercio interprovincial, reconociendo a este una inmunidad o privilegio que lo libere de la potestad de imposición general que corresponde a las provincias"⁸²⁴.

El segundo binomio se da en un par de casos también promovidos por una misma firma, en este caso la "Operadora de Estaciones de Servicio" que explotaba las áreas de servicio de la autopista La Plata-Buenos Aires. En un caso, la Corte acogió la demanda planteada por la empresa contra la Municipalidad de Escobar que había prohibido la construcción de una estación de servicio en el trazado, explicando en el fallo que ello implicaba una indebida interferencia en la potestad federal de promover una obra de beneficio común, e invocó al respecto la cláusula de la prosperidad del art. 75, inc. 18 de la CN⁸²⁵.

Sin embargo, en el litigio llevado por la misma empresa contra la Municipalidad de Avellaneda, la Corte rechazó el planteo de que la comuna demandada no tuviera competencia para exigir la habilitación municipal de sus unidades comerciales: esos poderes locales son "plenos", dijo el tribunal, en tanto "su ejercicio no vaya contra lo que constituye la razón de ser de la jurisdicción nacional en ellos: impedir que la comunicación entre los estados sea obstruida o estorbada de un modo innecesario por la legislación de estos últimos"⁸²⁶.

X. EL FUTURO DE LA CLÁUSULA DE COMERCIO

En primer lugar, hemos apuntado ya su relevancia en lo que concierne a la regulación del comercio exterior, un tema que ha recibido históricamente poca dedicación doctrinaria y jurisprudencial, y que aparece ahora redefinido desde el marco de tratados internacionales de comercio. Las frecuentes controversias comerciales entre países y bloques de comercio, así como la concentración de las decisiones de política comercial en el órgano ejecutivo, permiten suponer que habrá muchos temas a definir en cuanto al perfil "externo" del art. 75, inc. 13 que cobrará importancia práctica mayúscula —y plausiblemente persistente— en el futuro cercano.

Es también posible imaginar un futuro de esta cláusula en el aspecto al que clásicamente se le ha dedicado más atención: la regulación "interna". Tal como su pasado, el futuro de la cláusula de comercio es susceptible de ser entrevisto en dos dimensiones: una en la que concierne a la división

de poderes "horizontal" —entre ramas del Poder Federal—, y la otra, la "vertical", que implica el deslinde entre Nación y gobiernos locales que tanto nos ha ocupado en este comentario.

En relación con el primer rubro, no podemos dejar de advertir la esperable continuidad del fenómeno de que las potestades regulatorias del "Congreso Federal" —que son las que habilita en puridad la cláusula— suelen ser asumidas y aplicadas por el Poder Ejecutivo con la invocación de leyes genéricas que brindan un amplio y difuso espacio de actuación.

En cuanto a la función de la cláusula como deslinde de competencias entre Nación y provincias —la otra dimensión que subrayamos—, cabe preguntarse si es factible y deseable que la hermenéutica siga discurriendo sobre la base de este sesgo tan proclive a habilitar potestades crecientes para el Estado federal y tan receloso de la regulación local.

Lo cierto es que el espacio para el conflicto de leyes regulatorias aparece cada vez más expandido, porque la dinámica de la política subnacional nos muestra legislaturas más activas a la hora de ejercer potestades provinciales, y ello en parte constituye un fenómeno que es correlato de electorados más intensos que "localizan" mayores demandas en sus representantes más cercanos.

También se advierte en las últimas décadas cómo la regulación local trasciende el molde de los recurrentes intentos de tributación y regulación "proteccionista" (que eran la preocupación esencial del constituyente, y que constituyen la mayor parte de la "materia prima" de los casos litigados) para dar paso a regulaciones "de nueva generación", que buscan atender a fines de desarrollo humano, surtidas por concepciones progresistas y valoradas de los mercados. De hecho, incluso puede razonarse que una condición necesaria para definir a un mercado como eficiente es que no genere externalidades negativas, tanto en las que sean más directamente cuantificables (pérdidas de los beneficios de escala que supone un mercado único) como las que estén afectando aspectos aparentemente intangibles, pero de plausible impacto en la productividad o sustentabilidad del sistema.

En este contexto, una interpretación no esterilizante de la "cláusula comercial" debe evitar caer en reduccionismos: un análisis más profundo podría arrojar una conciliación entre esferas regulatorias sin sacrificios innecesarios, de modo que no quede vacía de contenido la potestad legislativa local en todo lo que no afecte la "unidad de mercado" que ha buscado el constituyente, buscando obtener virtuosos beneficios de escala.

De esta forma, puede observarse que, así como la concepción del comercio como "algo más amplio que el intercambio" inclinó

históricamente el fiel de la balanza a favor del Estado central, es posible que una concepción aún más comprensiva e integral de sus ramificaciones e implicancias pueda justificar un empalme, una reconciliación con otras fuentes de incidencia regulatoria que corresponden a facultades locales ciertamente no delegadas.

Art. 75, inc. 14.—

Arreglar y establecer los correos generales de la Nación.

Comentario por Federico M. Apostolidis

I. PRESENTACIÓN: EL CORREO NACIONAL

Este inciso tiene su origen directo en el texto constitucional sancionado en 1853. El inc. 13 del art. 67, numeración anterior a la reforma de 1994, ya disponía que al Poder Legislativo Nacional le correspondía "[a]rreglar y establecer las postas y correos generales de la Nación". Con dicha reforma, se suprimió la referencia a las antiguas postas, ya que se han quedado en el tiempo.

La primera referencia histórica que se tiene del correo en las tierras del Río de la Plata se sitúa en 1514 cuando, por Real Cédula del 14 de mayo, la reina Juana I de Castilla y Aragón designó a los tenientes del Correo Mayor en Buenos Aires como parte del sistema de comunicaciones por correspondencia entre España y las Indias⁸²⁷.

Mucho más adelante en el tiempo fue Rivadavia, quien en 1826 nacionalizó el correo y creó la respectiva Dirección General. Es recién en 1876, ya constituida la Nación, que se dicta la ley 816 que estableció y reguló la Dirección General de Correos y Telégrafos. Esta ley tuvo vigencia hasta 1973, año en el cual se sancionó su par 20.216, que modernizó el servicio⁸²⁸.

Esta cláusula constitucional sienta un principio básico: la federalización de las cuestiones atinentes a la regulación y el establecimiento de los correos en todo el territorio de la Nación.

Joaquín V. González señalaba que el correo era un instrumento y medio de correspondencia entre las diversas partes del territorio y con las naciones extranjeras⁸²⁹. Con mayor precisión, se trata del transporte, la

recepción y la entrega de correspondencia dentro del país o en relación con el exterior. Dentro de esta cláusula, nuestra tradición jurídica ha incluido al servicio telegráfico, consagrándose, así, un concepto amplio del servicio postal.

II. LAS RENTAS DE CORREO

Delimitado como fue introductoriamente el panorama, cabe precisar que, a los fines de obtener una visión más completa del asunto, resulta conveniente realizar la lectura de esta norma junto con el art. 4º de la Constitución; por cuanto este último estipula claramente que las rentas que se generen con motivo de la utilización de los servicios de correos integrarán exclusivamente el Tesoro Nacional.

La solución fiscal consagrada por el mencionado artículo es el correlato del carácter federal de la regulación postal y, como consecuencia de esta disposición, el acceso a esa específica fuente de ingresos les queda vedado a las provincias por el juego conjunto de estas cláusulas.

Ahora bien, la renta de correos que el art. 4º enuncia como propia del Estado federal es, en realidad, un recurso tributario. En efecto, estos fondos son generados con motivo de las tasas postales que se recaudan a los fines de financiar el servicio prestado a los particulares. Generalmente, el tributo se paga mediante la adquisición de "timbres" o "estampillas".

Hoy en día, la importancia de este recurso dentro de los fondos que integran el erario argentino es poca. Es más, en un principio, se lo llegó a considerar un gasto antes que un recurso.

En los debates constituyentes de 1853, José B. Gorostiaga⁸³⁰, al defender la federalización de los recursos aduaneros, afirmó que la renta de correos, antes de ser un recurso que produjera un beneficio a la Nación, iba a demandar, por ese entonces, considerables gastos para el sostén de postas y la construcción de caminos. También Alberdi, al comentar la Constitución sancionada en 1853, destacó que si bien el correo podía ser una verdadera fuente de renta nacional "[e]n su condición actual bien puede ser un gasto público más propiamente que una renta", aun cuando lo calificaba como el "más reproductivo de los gastos de la Nación"⁸³¹.

Probablemente, en épocas fundacionales de la unidad territorial del país, la referida circunstancia se debiera a la necesidad de que el Estado nacional fomentara, asegurara y ampliara los servicios de postas y la comunicación por correo. Asimismo, resultaba esencial que fuera el Gobierno nacional el que garantizara el servicio. Por un lado, por el carácter interjurisdiccional de la tarea y sus vinculaciones con el exterior y,

por el otro, porque en ese momento de la historia no estaban dadas las condiciones para la explotación y prestación por particulares.

Es necesario tener en cuenta que, dada las escasas posibilidades de comunicación dentro del amplio espacio territorial argentino, la importancia del correo, entre otras cosas, en lo social, económico, político, comercial, era esencial⁸³².

Ahora bien, son varios los interrogantes que pueden plantearse con motivo de la regulación constitucional de los correos. Entre ellos, puede mencionarse los siguientes: (i) ¿Pueden las provincias establecer correos propios? (ii) ¿Requiere la cláusula en comentario que el Estado monopolice la prestación del servicio y, de no ser así, que se delegue la gestión a un privado? (iii) ¿Cuál es el alcance de las competencias tributarias de las jurisdicciones locales con respecto al servicio postal? Trataré, en lo que sigue, de despejar las preguntas planteadas.

III. EL CARÁCTER FEDERAL DEL CORREO

El proyecto de Constitución elaborado por Juan B. Alberdi preveía en el art. 105 que las provincias no podían "legislar sobre, peajes, caminos y *postas*" —el destacado me pertenece—. Así, para el autor de "Las Bases", la regulación de los correos quedaba reservada exclusivamente al gobierno federal sin que las provincias pudieran regular algo al respecto.

Sin embargo, la Convención Constituyente se apartó parcialmente de esta idea y no incluyó, en el texto constitucional aprobado, dicha cláusula.

Durante las discusiones en la Asamblea Constituyente, también Gorostiaga expresó que debía quitarse del texto del por entonces art. 105 —actual art. 126— de la Constitución, sometido a debate, el apartado que se refería a la prohibición de las provincias de legislar en materia de peajes y *postas*. Con ello, se perseguía "evitar malas inteligencias (...), para que no pudiese ponerse en duda de que las Provincias podían establecer las que creyesen necesarias para su administración interior, a más de las que estableciese el Gobierno nacional"⁸³³.

No existe duda, entonces, de que a partir del sistema competencial establecido por la Constitución, la regulación del servicio de correos es facultad exclusiva de la Nación. En consecuencia, las provincias carecen de facultades para dictar normas que cumplan esa función o contradigan la que dicte el Gobierno federal. Sin perjuicio de este principio, se ha entendido que aquellas conservarían la facultad de establecer, dentro de los lindes de sus jurisdicciones, mensajerías u otros medios de comunicación que no sean correos⁸³⁴.

La concepción del correo como materia federal ha sido reconocida desde tiempo atrás. Así, se sostuvo que no resulta conveniente que las jurisdicciones locales reglamenten los correos, dado que la correspondencia atraviesa sus límites territoriales y no sería razonable suponer que tal actividad estuviera sometida, simultáneamente, a varias legislaciones diferentes⁸³⁵.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha defendido el carácter federal de las regulaciones sobre el servicio de correos. Sobre el punto, ha entendido el Alto Tribunal federal que "ninguna duda cabe que siendo el sistema de comunicaciones interprovinciales o internacional un aliado indispensable del comercio, el derecho de reglamentarlo corresponde de modo exclusivo al gobierno central" y que es deber del Congreso "vigilar que el intercambio entre los estados y la transmisión de las ideas por cualquier clase de sistema, desde el correo (...) hasta la telefonía, no sea obstruida de un modo innecesario por la legislación de los estados"⁸³⁶. En sentido similar, la Corte vinculó estrechamente al comercio con el sistema de comunicaciones y correos y sostuvo que la Constitución, a partir de los actuales incs. 13 y 14 del art. 75, *confiere a la Nación el poder de reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí, así como el de reglamentar el sistema de comunicaciones interprovinciales o internacionales dado su carácter de aliado indispensable de aquel*⁸³⁷.

Desde otro punto de vista, el Máximo Tribunal de la Nación ha destacado, con relación al Correo Oficial de la República Argentina, que aun cuando el servicio postal se rige por normas de carácter federal, tal circunstancia no excluye, sin más, al poder de policía ejercido por las provincias sino solo en la medida en que este interfiera indebidamente en el normal desenvolvimiento y cumplimiento del interés federal. En suma, para la Corte, las provincias pueden ejercer su poder de policía respecto del correo oficial siempre y cuando no se produzca una interferencia en el funcionamiento regular del servicio postal o una mengua relevante en la percepción de la renta pública contemplada en el art. 4º de la Constitución⁸³⁸.

IV. DEL MONOPOLIO ESTATAL AL MODELO DE CONCESIÓN

La segunda cuestión que ha generado algún tipo de debate en nuestra práctica constitucional, en derredor de la interpretación que cabe hacer a partir de la cláusula en estudio, es la vinculada con la titularidad de la prestación del servicio de postas y correos.

Preliminarmente, conviene deslindar dos tópicos diferentes, pero estrechamente conectados sobre este tema en particular. En primer orden, el interrogante a resolver es si el servicio debe quedar sometido al monopolio estatal o bien, si, por el contrario, puede desenvolverse en un

esquema de libre competencia más allá de la actuación gubernamental. La otra cuestión involucrada es la posibilidad del Estado de desprenderse de la gestión del servicio en beneficio de particulares.

Hoy en día se acepta que el servicio postal sea prestado en competencia y que, a la vez, pueda ser prestado también por agentes del sector privado. Esto es, se ha entendido que el texto constitucional no imposibilita que otros sujetos, además del Estado, puedan prestar el servicio.

De su lado, también se admite, a partir de la interpretación del inciso, que el Estado pueda desligarse de la gestión de la actividad postal y delegue este cometido público en un particular mediante la figura del contrato de concesión de servicios públicos. Sin embargo, lo que siempre queda a cargo de la organización estatal es la actividad de regulación y reglamentación del servicio.

Algunos autores, si bien adherían a esta interpretación, sugerían que aun cuando se permitiera la privatización, ella no podría ser absoluta; es decir, que el Estado no podría dejar de prestar el servicio y desprenderse de la función. De lo contrario, se privaría al erario de percibir las llamadas rentas de correos (conf. art. 4º, CN)⁸³⁹.

Más allá de ello, creo que una razonable interpretación de la cláusula constitucional no lleva a impedir que el Estado encomiende a un tercero la prestación del servicio postal, desligándose totalmente de la gestión del servicio. Bastaría pues que aquel garantizara su existencia y la reglamentara.

De su lado, si esto ocurriera, no podría entenderse, a partir de ello, que se estuviera efectuando un sacrificio en la percepción de la renta pública, ya que los ingresos de que gozaría el Estado con motivo de su competencia sobre los correos se generarían en virtud del canon o la retribución que los concesionarios pagarían para el ejercicio de la función.

Establecido lo anterior, en lo que resta del apartado, haré una somera reseña histórica sobre la evolución de este tema en la legislación nacional.

Durante los primeros años de la vigencia de la Constitución, como ya se dijo, la prestación del servicio postal no se concebía como una facultad sino como un deber a cargo del Estado. Como consecuencia de ello, era el Gobierno federal el que monopolizaba el servicio y asumía su prestación. Así lo preveía la ley 816.

Con la sanción de la [ley 20.216](#), dicha circunstancia no varió en lo sustancial y el principio rector continuó siendo —pese a unas pocas y puntuales excepciones— la monopolización estatal del servicio postal.

Más adelante, al comenzar la década de 1990, la [ley 23.696](#), de Reforma del Estado, permitió iniciar una nueva etapa, la que se concretó, finalmente, con el dictado del dec. 214/PEN/1992. A través de este reglamento, se declaró sujeta a privatización la participación estatal en la empresa de correos. Así las cosas, se habilitó la posibilidad de que se concesionara el servicio público de referencia, para ser prestado por particulares y bajo un esquema de libre competencia, lo que se consagró, definitivamente, poco tiempo después.

Ello no obstante, el decreto reservó las facultades estatales sobre la regulación y contralor del servicio. Para cumplir con tal cometido, se creó la Comisión Nacional de Correos y Telégrafos (que, luego, pasó a formar parte de la Comisión Nacional de Comunicaciones —conf. dec. 660/PEN/1996—).

El dec. 1087/PEN/1993 avanzó todavía más y suprimió el monopolio postal. A partir de entonces, "[e]l mercado postal local e internacional será abierto y competitivo" (art. 1º).

Siguiendo este camino hacia la privatización, finalmente, se licitó la participación estatal en la empresa nacional de correos y, por consiguiente, el servicio postal fue adjudicado, mediante un contrato de concesión, a Correo Argentino SA, empresa que se hizo cargo de las prestaciones que cumplía la organización empresarial estatal (conf. decs. 265/PEN/1997 y 840/PEN/1997). La concesión tuvo vigencia hasta el 2003, año en que el contrato fue rescindido por el Estado. Tras la ruptura, el servicio fue reasumido y su prestación quedó a cargo de la empresa estatal "Correo Oficial de la República Argentina SA" (conf. dec. 721/PEN/2004). Cabe destacar que esta sociedad funciona, en la actualidad, en competencia con otros prestadores privados.

Lo último que ha de señalarse en esta especie de evolución histórica, es la instauración, a través de la ley 27.078, de un nuevo organismo para ejercer la regulación del servicio de correos: la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

V. LA RENTA DE CORREOS COMO RECURSO NACIONAL Y LAS FACULTADES FISCALES DE LAS PROVINCIAS

Tempranamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la facultad de las provincias "para darse leyes y ordenanzas de impuestos y, en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 108 de la Constitución [hoy 126]; siendo la creación de impuestos, elección de objetos imponibles y formalidades de percepción, del resorte propio de las provincias, porque entre los derechos que hacen a la autonomía de ellas es primordial el de imponer contribuciones y percibirlas sin

intervención de autoridad extraña (Fallos 7:373; 105:273; 114:282; 137:212; 150:419)"⁸⁴⁰. Empero, como se ha sostenido, las competencias fiscales no podrán ser ejercidas con relación a las actividades que "expresamente han sido reservadas para la Nación, tales como las de correo y aduana"⁸⁴¹.

A partir de estas pautas, el Máximo Tribunal federal ha establecido una práctica interpretativa según la cual, en virtud de lo dispuesto por claras disposiciones constitucionales, las jurisdicciones locales no se encuentran facultadas para ejercer sus competencias tributarias —sea mediante la creación de un impuesto o incidiendo respecto de los ingresos percibidos con motivo de su ejercicio— con respecto a actividades que, como el correo, son privativas del Gobierno nacional⁸⁴².

En especial, la Corte se ha pronunciado en cuanto a las interacciones entre el servicio postal y la posibilidad de que sea sometido a tributación en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos. En el caso "Tucumán, Provincia de c. Empresa Nacional de Correos y Telégrafos —ENCOTEL— s/ejecución fiscal"⁸⁴³, el Alto Tribunal resolvió que "resulta inconstitucional gravar con el impuesto local a los ingresos brutos las actividades realizadas por ENCOTEL, pues esa pretensión encuentra límite en lo establecido por los arts. 4º y 17 de la CN; es así que la renta de correos integra el grupo de recursos con los cuales se forma el Tesoro Nacional (...) y la naturaleza de esa renta es ajena a los resultados que pueda arrojar la actividad de la empresa nacional. Debe reputarse, entonces, reñido con la intangibilidad inherente a la magnitud de los ingresos que constituyen la renta mencionada, admitir la detracción que, como costo adicional para el ejercicio de la actividad de ENCOTEL en la provincia, significa la tributación local sobre los ingresos brutos".

Para finalizar, cabe resaltar que la Corte no ha descartado de forma absoluta el ejercicio de la competencia tributaria local respecto de la actividad postal. Así, el Tribunal ha convalidado la pretensión de un Municipio de exigir al Correo Oficial de la República Argentina SA el pago de las tasas por habilitación y por inspección a comercios e industrias.

En este sentido, se afirmó que dichas tasas son consecuencia de facultades que, por su naturaleza, son propias del poder de policía que corresponde a los municipios, y que, en el caso, no interferían en absoluto con el servicio que presta el Correo Oficial⁸⁴⁴.

Arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias, crear otras nuevas, y determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales, que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias.

Se remite al artículo "Una mirada al territorio: los arts. 13 y 75 inc. 15 de la Constitución Nacional", que opera también como comentario a este inciso.

Art. 75, inc. 16.—

Corresponde al Congreso: (...) 16.) Proveer a la seguridad de las fronteras.

Comentario por Nicolás Gabriel Tauber Sanz

Concordancias: Preámbulo; arts. 21; 52; 75, incs. 27, 28; 99, incs. 12, 13, 14, 15; 126, CN.

I. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD DE LAS FRONTERAS

La norma está íntimamente vinculada con el Preámbulo, respecto del fin de proveer a la defensa común, y con la potestad del Congreso de arreglar los límites del territorio nacional según lo establece el inc. 15 del art. 75 de la CN.

La Asamblea Constituyente de 1994, al igual que el constituyente de 1949, suprimió la referencia a "los indios" en consonancia con el nuevo tratamiento que la Constitución Nacional reconoce a los pueblos originarios⁸⁴⁵. Este nuevo tratamiento, que aunque insuficiente implica un avance respecto de la Constitución de 1860, se encuentra plasmado en el inc. 17 del art. 75, en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional del inc. 22 del art. 75 —en particular del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 26 y 27), la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 2º y 5º), y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial—, y en el Convenio 169 de la OIT⁸⁴⁶.

Eliminada la referencia a "los indios", la norma refiere a la seguridad de las fronteras internacionales de la Nación⁸⁴⁷. Resulta importante advertir

que el constituyente utilizó la palabra "seguridad" y no "defensa" de la frontera. La elección del término "seguridad" permite interpretar que la norma no refiere, necesariamente, a una situación referida a la defensa como un asunto militar. De hecho, el constituyente utilizó el término "defensa" en el Preámbulo y en los arts. 21 y 75, inc. 2º de la Carta Magna. Este último refiere a la defensa y a la seguridad común como dos cuestiones diferentes.

Es relevante también tener en cuenta que el significado de la palabra "seguridad" no refiere a la defensa⁸⁴⁸, ni tampoco es un sinónimo de ella⁸⁴⁹. La doctrina no le ha dedicado mayor espacio al análisis de esta norma, no problematizando este punto.

II. REGLAMENTACIÓN LEGAL DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

Las normas infra constitucionales relativas a la seguridad de las fronteras son el dec.-ley 15.385 (norma *de facto*), y la [ley 23.554](#).

La norma *de facto* 15.385 crea las "zonas de seguridad": a las zonas situadas en las fronteras como "zonas de seguridad de fronteras" y a las zonas circundantes de aquellos establecimientos militares o civiles del interior que interesen especialmente a la defensa del país, como "zonas de seguridad del interior" (art. 1º).

Las "zonas de seguridad de fronteras" están conformadas por territorios adyacentes a las fronteras terrestres y marítimas de la Nación. Las zonas de seguridad de fronteras tienen un ancho máximo de 150 km, en el caso de las terrestres y de 50 km, en el de las marítimas (art. 2º).

Sobre dichas zonas impone un control estatal especial declarando la conveniencia que los territorios integrantes de las zonas de fronteras pertenezcan a ciudadanos argentinos nativos, crea la Comisión Nacional de Zonas de Seguridad como órgano encargado de velar por el cumplimiento de la norma y establece que la seguridad y represión de los delitos federales en dichas zonas estarán a cargo de la Gendarmería Nacional y de la Prefectura Naval Argentina (arts. 4º, 5º, 6º, 7º y 8º).

Con la vuelta de la democracia, el 10/12/1983, el Congreso sancionó la [ley 23.554](#) (Ley de Defensa Nacional) estableciendo que la Prefectura Naval Argentina y la Gendarmería Nacional son las autoridades a cargo del "permanente control y vigilancia de las fronteras" (art. 31).

El decreto de necesidad y urgencia 1993/2010 transfirió la Gendarmería Nacional y la Prefectura Naval Argentina al ámbito del Ministerio de Seguridad de la Nación.

III. CONCLUSIÓN

1. La Constitución Nacional pone en cabeza del Congreso de la Nación proveer a la seguridad de las fronteras, siendo el único poder que está facultado para determinar todo lo relativo al cumplimiento de su función.

2. El Congreso ha decidido que la seguridad de las fronteras se encuentre a cargo de dos fuerzas de seguridad federales: la Gendarmería y la Prefectura.

Art. 75, inc. 17.—

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.

Comentario por Silvina Ramírez

La recepción normativa de los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución argentina data de 1994, fecha de la última reforma constitucional. Como precedente, la Constitución histórica de 1853-1860 contemplaba solo una norma (art. 67, inc. 15) que hacía alusión al trato pacífico en la frontera y la conversión de los indios al catolicismo. Partiendo de ese contenido, no podemos dejar de reconocer los avances en la materia, así como destacar que si bien el art. 75, inc. 17 es insuficiente y claramente perfectible, representa un avance en el abordaje de los derechos indígenas en el constitucionalismo argentino.

El contenido de este artículo genera consecuencias jurídicas relevantes. La discusión en la Asamblea Constituyente hubiera requerido mayor profundidad, no solo porque un solo artículo no puede gestar una transformación necesaria para los pueblos indígenas y sus derechos, sino porque su formulación hubiera requerido mayor claridad para no dejar resquicios a una interpretación arbitraria⁸⁵⁰. Por otra parte, luego de más de dos décadas de su promulgación, la doctrina no ha profundizado en el

contenido y los alcances de los derechos contemplados, lo que sigue provocando aplicaciones heterogéneas y un estado de situación muchas veces incierto que podría haber sido saldado con un mayor protagonismo de la reflexión alrededor del significado del artículo.

De todas formas, en América Latina, en las últimas dos décadas el debate ha sido muy fructífero e ilumina algunas discusiones sostenidas en Argentina. Los derechos territoriales, la gestión de los recursos naturales y la educación intercultural han sido sometidos a diferentes análisis, y es en aquellos debates en donde muchas veces se nutre la discusión argentina. Un actor destacable que surgió en el escenario de los derechos de los pueblos indígenas es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La labor tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), como de la Corte Interamericana (CIDH) a través de sus sentencias, ha suplido la ausencia de una doctrina argentina más robusta alrededor de estos derechos.

Los puntos neurálgicos de este artículo son:

- Preexistencia
- Educación bilingüe e intercultural
- Personería jurídica
- Propiedad comunitaria indígena
- Gestión de sus recursos naturales
- Atribuciones concurrentes de la provincia y la nación

Cada uno de estos aspectos, y los consiguientes derechos que generan, amerita una discusión particular. Así, las interpretaciones jurisprudenciales internas han sido disímiles pero los debates doctrinarios van acompañando la etapa de reconocimiento estatal de los derechos indígenas, otorgándoles alcances que van más allá del desarrollo en las esferas locales.

I. PREEXISTENCIA

El reconocimiento constitucional de la preexistencia es uno de los fundamentos más potentes para contemplar derechos específicos y diferenciados. Si los pueblos indígenas eran anteriores en el tiempo a la conformación de los Estados modernos, su primacía temporal, su posterior despojo, conquista y casi exterminio generaron una justificación histórica para el reconocimiento y una obligación estatal de reparación.

La preexistencia está estrechamente vinculada al reconocimiento, dado que no se gestan nuevas realidades, sino que se admite la existencia, anterior a la creación del Estado, de pueblos originarios que ya poblaban este territorio cuando se inició el proceso de colonización y conquista. No es una cuestión menor interpretarlo de esta manera, por las consecuencias que genera.

En el caso de Argentina, la incorporación del reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas fue un acierto. La preexistencia es el fundamento principal de un abanico de derechos que encuentra en el derecho a la tierra y al territorio su núcleo más duro. La preexistencia, así entendida, los habilita para demandar legítimamente por el reconocimiento de participación, de consulta, del uso de su lengua, de educación bilingüe, solo por mencionar algunos derechos.

El reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas en nuestro territorio se convierte en el punto de partida para la protección del resto de los derechos. Los derechos de los pueblos indígenas no constituyen una "concesión" otorgada por del Estado sino por el contrario, son derechos que encuentran su justificación precisamente en la preexistencia. Esta tiene al menos tres dimensiones que contribuyen a evaluar su importancia: la dimensión fáctica, la dimensión jurídica y la dimensión política. En cuanto a la dimensión fáctica, se pretende poner de relieve una continuidad histórica que tiene su punto inicial antes de la conformación de los Estados modernos. Es así que esta "prelación en el tiempo" es determinante para identificar las consecuencias constitucionales. Esta dimensión se encuentra vinculada a la jurídica, dado que "el hecho" de la preexistencia es la que justifica la existencia de derechos específicos. Por último, la dimensión política está relacionada con la necesaria construcción de ciudadanía, una ciudadanía diferenciada, que reconozca a los pueblos indígenas como sujetos políticos, precisamente por su condición de habitantes que ocupaban el territorio con anterioridad a la conquista y colonización.

II. EDUCACIÓN BILINGÜE E INTERCULTURAL

La educación bilingüe e intercultural, si bien en principio parecería no ser un tema problemático, siempre presenta problemas interpretativos a la hora de determinar su contenido y alcances. No solo existe la cláusula constitucional de mención, sino que es un derecho receptado tanto en el Convenio 169 de la OIT (art. 28), como en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas (arts. 13 y 14), complementados ambos instrumentos específicos con lo contenido en la Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas.

Hualpa sostiene correctamente que la implementación de los programas de educación está a cargo de las provincias⁸⁵¹, lo que da lugar a una multiplicidad de situaciones. Por ejemplo, la falta de docentes indígenas, tanto en Neuquén como en Chaco, ha dado lugar a acciones judiciales (Juzgado de Junín de los Andes, 17/8/2000, "Painefilu, Mariano José y otros c. Consejo Provincial de Educación s/amparo"; Juzgado Civil y Comercial nro. 6 de Resistencia, Chaco, 4/12/2008, "Instituto del Aborigen Chaqueño (IDACH) y Pueblos indígenas Qomk, Wichí y Mocoví c. Gobierno de la Provincia del Chaco y/o quien resulte responsable s/acción de amparo") que fueron resueltas favorablemente a favor de los solicitantes.

Es importante recalcar que, más allá de la disposición constitucional, este derecho no está suficientemente garantizado, y son excepcionales los lugares en donde se dispone de docentes indígenas o en donde se garantiza el aprendizaje en lengua indígena, no obstante el desarrollo a nivel federal del Programa Nacional de Educación Intercultural Bilingüe (PNEIB).

III. DERECHOS TERRITORIALES Y GESTIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES

Por otra parte, se ha destacado la centralidad que adquieren para los pueblos indígenas los derechos territoriales, incorporados en nuestra Constitución con la fórmula "(...) posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan". Alrededor de ellos se ha tejido una interpretación sólida sobre su contenido, que va desde la desplegada por los órganos de interpretación del propio Convenio 169 (la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones —CEACR—) hasta las sentencias de la CIDH, que inició su jurisprudencia con un caso de referencia: "Awás Tingni vs Nicaragua" de 2001. Todas las sentencias han destacado la relevancia de este derecho por la relación especial que establecen los pueblos indígenas con su hábitat, considerando a los territorios indígenas como la base de su espiritualidad y como una condición para su sobrevivencia como pueblos, etc.

Desde esta comprensión de lo que es el territorio, la CIDH ha avanzado en su conceptualización en posteriores sentencias ("Yakie Axa vs Paraguay" de 2005, "Sawhoyamaya vs Paraguay" de 2006, "Saramaka vs Suriname" de 2007, "Xákmok Kásek vs Paraguay" de 2010) que dan cuenta de la relevancia y robustez del contenido de los derechos de propiedad comunal para los pueblos indígenas. Su definición está atada a los recursos naturales y su gestión. En sus sentencias, podemos identificar algunos aspectos sobresalientes que se reiteran en todas ellas. Así, la CIDH sostiene:

— El art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) protege la propiedad privada de los particulares y la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas.

— Los Estados tienen la obligación de demarcar y titular oficialmente los territorios indígenas.

— El art. 21 de la CADH protege los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales usados tradicionalmente.

— Los Estados tienen el deber de consulta cuando limitan los derechos de propiedad.

— El Estado debe asegurar su participación efectiva en el plan de desarrollo.

— El Estado debe garantizar que se beneficien razonablemente del plan.

— El Estado debe llevar adelante un estudio previo de impacto socio-ambiental, antes de tomar cualquier medida que pueda alterar o incidir en el hábitat indígena.

Si bien cada uno de los países tiene una legislación diferenciada en lo que hace a la protección del territorio y los recursos naturales, en el caso de Argentina la cogestión es un mandato constitucional. Sin embargo, el sistema federal y la distribución de competencias han generado muchos debates y tensiones que lejos están de superarse.

En Argentina, los conflictos territoriales ocupan un lugar central en las relaciones de los pueblos indígenas con el Estado. El desconocimiento del art. 75, inc. 17 en algunos casos, y la austeridad de las políticas públicas diseñadas para cumplirlo, han generado un nivel de tensión importante a la par que van gestando jurisprudencia, tanto federal como provincial, que a veces reconoce y otras veces desconoce los derechos constitucionales. Esto se complejiza en el caso de los recursos naturales (minerales, petróleo, bosques, agua), dado que en la actualidad es imposible deslindar reclamos territoriales de gestión de los recursos naturales. Por lo cual, su aprovechamiento configura un campo específico de discusión, que se traslada tanto al ámbito de las provincias como al de la nación, e impacta directamente en las causas judiciales, que eventualmente criminalizan las demandas de los pueblos indígenas.

Como ejemplos de la anterior afirmación, se reseñan sucintamente algunos casos que dan cuenta de la jurisprudencia vigente. El caso de la "Comunidad Potae Napocna Navogoh La Primavera" es uno de los más paradigmáticos. Esta comunidad realiza desde hace varios años

denuncias por la apropiación ilegítima de sus tierras de ocupación tradicional por parte de particulares, del Estado nacional, así como de la provincia de Formosa.

Durante el año 2010, en el marco del reclamo por la construcción de un Instituto de la Universidad Nacional de Formosa (autorizado por el Gobierno provincial), se realizó un corte de una ruta nacional. Como consecuencia, se desató una feroz represión policial que causó la muerte de Roberto López y graves heridas a Samuel Garcete, decenas de heridos de variable gravedad, detenciones prolongadas y continuó con la quema de las viviendas junto a las pertenencias de los miembros de la comunidad. En esa oportunidad se procesó a uno de los líderes indígenas por la muerte de un policía.

Actualmente, en "Comunidad Indígena Toba La Primavera - Navogoh c. Formosa, Provincia y otros s/medida cautelar", que se tramita ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se rechazó el pedido de incumplimiento de las medidas cautelares invocadas por la comunidad indígena, con el argumento, entre otros, de una superposición de causas en el orden provincial. Las complicaciones que se derivan de numerosas causas judiciales en cabezas de diferentes jurisdicciones generan también solapamiento de decisiones y, en definitiva, una protección poco clara de los derechos.

En el "caso de la Comunidad Longko Purran", en la provincia del Neuquén, integrantes de la comunidad fueron imputados por el delito de usurpación, tras haber impedido la realización de actividades por parte de una empresa petrolera, a la que se le había otorgado una concesión en territorio de la comunidad sin consulta previa.

Luego de numerosas intervenciones policiales y después de cinco años, los imputados fueron absueltos ya que en ningún momento habían actuado con violencia o intimidación. Incluso uno de los jueces resaltó que ejercían sus derechos territoriales (expte. 3302/04 de la Cámara Penal de Zapala).

En otro caso central en la provincia del Neuquén, el conflicto se suscita en una villa turística, en donde se demanda territorio con un alto valor inmobiliario. En "Comunidad Paichil Antriao", en el año 2005, un particular llevó operarios para realizar tareas en las tierras de la comunidad, cuyo ingreso fue rechazado por sus miembros. La situación derivó en hechos de violencia, con cuatro personas con heridas ante la insistencia por parte del grupo que intentaba acceder. Todos los afectados denunciaron el hecho, pero la causa penal se siguió exclusivamente contra un miembro de la comunidad. Las lesiones de los miembros de la comunidad nunca se investigaron. Años después, luego de un juicio oral y público, el imputado

fue absuelto porque su defensa del territorio habría sido justificada (expte. 59/07 de la secretaría correccional del juzgado de Villa La Angostura).

Asimismo, el conflicto en torno al territorio de la comunidad, el cual incluyó varios intentos de desalojo, violencia y hostigamiento policial, tuvo a su vez como respuesta por parte del Estado una importante criminalización, siendo catorce (14) las causas penales iniciadas contra más de 30 indígenas imputados. Una de ellas fue a juicio oral y resultaron absueltos los cinco imputados; en una se dictó el sobreseimiento y otras dos prescribieron. Los delitos que se imputaron fueron usurpación y desobediencia a orden judicial⁸⁵².

Una de las sentencias provinciales ejemplares por proteger los derechos de los pueblos indígenas es el caso de la "Comunidad Mapuche Mellao Morales", en la provincia del Neuquén. El territorio de la comunidad fue concesionado a una empresa minera para llevar adelante tareas de exploración y/o explotación. Se argumentó que en ningún momento se consultó a la comunidad, tal como lo dispone la normativa constitucional. Así: "(...) Alega que, al conceder la opción de compra sin la pertinente consulta— se la ha conferido a una empresa privada la facultad de ejercer el derecho previsto en el [art. 156](#) del Cód. de Minería, en oposición al art. 75 inc. 17 de la CN que reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y la propiedad comunitaria de su territorio con carácter no enajenable, intransmisible e inembargable (...) ⁸⁵³".

Se destaca en la medida cautelar solicitada, la "prohibición de no innovar". Dice la resolución interlocutoria: "(...) En prieta síntesis, la actora expone que el pedido se funda en el peligro que implica sobre los derechos comunitarios, el avance en la ejecución del contrato impugnado, ya sea consolidándose mediante inscripción de dominio minero permitiendo la posterior transferencia del contrato o la obtención de licencias de exploración o explotación minera, lo que generaría hechos irreparables al territorio de la Comunidad Mapuche (...)".

Por ello, y aunque no se reconoce competente, el Tribunal Superior de Justicia decide mantener la medida cautelar: "No obstante ello y atendiendo a la excepcionalidad del caso, el TS resolvió acoger la medida cautelar de 'prohibición de innovar' solicitada por la Comunidad Mellao Morales". En tal sentido, la resolución considera que "el compromiso de los derechos que surgen involucrados en el caso, debidamente fundados en el escrito postulatorio (a la propiedad comunitaria del territorio; de consulta; de participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten; de la protección y preservación del medioambiente en el territorio) imponen que deba acordarse la tutela solicitada, de modo de aventar el riesgo de que el tiempo que insuma el proceso, convierta en ilusorios los derechos que se intentan proteger". "Esta medida cautelar de no innovar se extiende a todas aquellas acciones

que de realizarse implican el avance de la ejecución del contrato firmado entre CORMINE y Emprendimientos Mineros SA"⁸⁵⁴.

La decisión judicial en este caso se presenta como una ejemplar. Un Tribunal Superior de Justicia considera que hasta tanto se resuelvan las cuestiones de fondo deben paralizarse acciones que degradarían los derechos en juego, es una muestra de cómo pueden protegerse los derechos de los pueblos indígenas contemplados en la Constitución. El razonamiento jurídico del Tribunal apunta a preservar los derechos de cualquier acto que luego conviertan el caso en abstracto.

Sin agotar los casos, de "buena y mala" judicialización que existen en nuestra jurisprudencia, mencionamos uno que conjuga reivindicaciones territoriales, explotación de los recursos naturales por parte de las empresas y criminalización de la demanda indígena a partir de un exceso en la imputación de líderes indígenas. En 2015 se llevó adelante un juicio por jurados en un caso notable, ya que un hecho de lesiones derivadas del impacto de una piedra arrojada desde la comunidad derivó en la calificación jurídica de tentativa de homicidio. La resistencia de la comunidad a un intento de desalojo en la provincia del Neuquén, resistencia debida a los incumplimientos por parte del Estado nacional y provincial al no resguardar los derechos territoriales de la comunidad Winkul Newen, es criminalizada a través del juzgamiento de sus líderes. El juicio concluyó con un fallo de no culpabilidad por parte del jurado. Esta causa ha sido considerada por un amplio espectro de organizaciones sociales y personalidades como un claro avance represivo para garantizar la explotación hidrocarburífera en la región⁸⁵⁵.

Las tensiones y los conflictos alrededor de las reivindicaciones territoriales de los pueblos indígenas se profundizaron en 2017. No solo porque el Estado incumplió con su obligación de garantizar y hacer efectivos los derechos indígenas, avanzando en la demarcación del territorio indígena (tal como lo dispone la ley de emergencia en materia de posesión y propiedad comunitaria indígena 26.160 de 2006, y su última prórroga, la ley 27.400 de 2017) sino porque en algunos casos, las demandas por este incumplimiento fueron acalladas a través de la criminalización de miembros de las comunidades indígenas, atravesados asimismo por hechos de violencia que fueron signos distintivos de las políticas públicas en el último año.

IV. EL DERECHO A LA CONSULTA

El derecho a la consulta es un instrumento destacado para la posibilidad de goce y defensa de los derechos indígenas; a través del ejercicio del derecho a la consulta, los pueblos indígenas pueden formar genuinamente parte del Estado. Se convierten en interlocutores, en sujetos políticos que hacen llegar sus voces sobre medidas, regulaciones, acciones que

directamente los involucran. A pesar de que en la Constitución argentina no está incluida específicamente, la vigencia del Convenio 169 de la OIT⁸⁵⁶, que sí lo incluye, lo convierte también en un derecho vigente en el país.

Este derecho se encuentra íntimamente vinculado a los derechos territoriales y sobre los recursos naturales ya mencionados. Precisamente porque en la actualidad se impone un modelo de desarrollo basado en actividades extractivas que asolan los territorios demandados por pueblos indígenas, la posibilidad de ejercer este derecho se convierte en una llave que abre la puerta a la protección y defensa de sus territorios.

No obstante, este derecho es incumplido permanentemente. A modo de explicación, algunos doctrinarios afirman que al no encontrarse reglamentado no puede implementarse un procedimiento que hasta este momento es ajeno a la legislación argentina. Esta explicación es defectuosa, en la medida en que, por una parte, los instrumentos internacionales y su hermenéutica no señalan la necesidad de la reglamentación; por otra parte, aunque exista una ley de consulta, esta debe ser una ley marco, que contemple algunos aspectos del proceso pero sin señalar —tarea que sería imposible— con detalle todos los pasos que se deben seguir para cumplirlo, algo que deberá ser construido *ad hoc* siguiendo ciertos contenidos mínimos.

Un ejemplo destacable de cómo los mismos pueblos indígenas intentan que su derecho a la consulta sea respetado es la elaboración de un procedimiento de consulta previa y consentimiento previo, libre e informado, consensuado por las comunidades de los pueblos Atacama y Kolla del territorio de la Cuenca de las Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc, para asegurar que la explotación del litio en las salinas sea respetada⁸⁵⁷.

Si bien el Estado ha vulnerado también en este caso el derecho de las comunidades indígenas, es notable que hayan sido las propias comunidades las que identificaron y describieron un proceso para cumplir con el objetivo de consulta y consentimiento, y así garantizar el derecho.

Una sentencia de trascendencia significativa para los pueblos indígenas fue la dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 7/10/2014. En ella se deja sin efecto una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Chubut, que denegaba el legítimo reclamo de una comunidad indígena de ejercer sus derechos constitucionales.

Estos derechos, entre otros, son los de consulta y participación, centrales para la construcción de un Estado intercultural. El fallo "Pilquiman, Crecencio c. Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural s/acción de amparo" es el eslabón final de un camino de recursos

judiciales que llegó, a nivel provincial, al Tribunal Superior de Justicia de Neuquén⁸⁵⁸ para, finalmente, desembocar en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Los hechos son simples: el Sr. Pilquiman, miembro de una comunidad indígena, demanda al Instituto Autárquico de Colonización (IAC) de Chubut por haber adjudicado en venta a un particular una superficie aproximada de 2500 hectáreas en donde se encuentra un cementerio de la comunidad indígena, solicitando la nulidad de la resolución. Por otra parte, demanda se respeten los derechos de participación y consulta respecto del territorio y los recursos naturales, tal como están contemplados en la Constitución Nacional y en el Convenio 169 de la OIT.

La CS, en el fallo de mención, decide hacer lugar al pedido de la comunidad indígena, en el entendido de que efectivamente se estaban violando derechos constitucionales. En su consid. 6º afirma, en primer lugar, su respeto al principio federal y luego enfatiza la idea muy extendida de que la Corte es el último intérprete y salvaguarda final de los derechos contemplados en la Constitución Nacional.

La Corte reconoce que el derecho a la consulta y el derecho a la participación deben ser respetados y ameritan una respuesta que el Tribunal provincial dejó de lado, invocando consideraciones formales. En este caso, entonces, la Corte combina su condición de último intérprete constitucional con el respeto al principio federal, ordenando que el TS de la provincia resuelva sobre el conflicto sometido a su consideración.

La Argentina se encuentra unos pasos atrás de las discusiones que se dan en gran parte de los países latinoamericanos sobre los derechos indígenas. El derecho a la consulta no es la excepción. La sentencia de la Corte mencionada es un paso adelante, y debates incipientes en el ámbito parlamentario sobre un posible y futuro proyecto de ley de consulta también forman parte de una instalación del tema.

Sentencias como la que aquí presentamos son un paso inicial de notable importancia para respetar efectivamente el derecho a la consulta. A su vez, indican que el Estado a través de su máxima instancia judicial está visualizando sus compromisos internacionales y con la Constitución. En ese sentido, puede convertirse en el inicio de una jurisprudencia sólida, que refuerce el derecho a la consulta en otras instancias estatales.

Las comunidades indígenas y organizaciones indígenas sostienen como una de las banderas de su lucha actual alcanzar este derecho. A pesar de que son conscientes de las dificultades y los desafíos, estratégicamente demandar por consulta visibiliza la lucha por sus territorios y los sitúa como genuinos interlocutores del Estado. El caso de la explotación del yacimiento petrolífero no convencional Vaca Muerta en

la provincia de Neuquén, utilizando la técnica del *fracking*, es un buen ejemplo de cómo las comunidades indígenas organizadas reclaman no solo por sus derechos territoriales, sino por el respeto a su derecho a ser consultados en temas que les afectan directamente.

V. PERSONERÍA JURÍDICA

Si bien la personería jurídica fue incluida en el artículo de mención como un derecho, se ha convertido con el paso del tiempo en un condicionamiento, ya que las comunidades indígenas "necesitan" esta personería para una serie de acciones, tales como accionar judicialmente de forma colectiva, solicitar cualquier tipo de ayuda a las autoridades del Estado, en definitiva, para presentarse colectivamente.

Esta situación se complejiza al menos por dos razones. La primera, que los requisitos para asumir la personería jurídica son disímiles, y muchas veces esta depende de la voluntad política de quien la otorga. La segunda, que existen personerías jurídicas pertenecientes a dos jurisdicciones diferenciadas: la nacional y la provincial. Esto genera situaciones anómalas, dado que en ocasiones no excepcionales, una comunidad indígena puede gozar de personería a nivel nacional pero serle denegada a nivel provincial (o viceversa). Las consecuencias son diversas, pero la que mayor impacto causa es cuando una comunidad goza de las dos personerías jurídicas (nacional y provincial) otorgada a dos autoridades diferentes y muchas veces enfrentadas. Esta situación, conocida como de "doble comando", no hace sino provocar enfrentamientos internos y fragmentaciones que no colaboran para alcanzar una relación diferente con el Estado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 10/12/2013 declaró inconstitucional el decreto del Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén nro. 1184 de 2002, en el que se subordinaba la concesión de la personería jurídica a la corroboración de la identidad indígena, discerniendo si se encontraban frente a una comunidad. De la mano de esta determinación, el Estado exige a las comunidades indígenas un conjunto de requisitos que puedan acreditar su condición de indígena.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación establece que "tanto la Nación como las provincias tienen la competencia suficiente de reglamentación en materia de derechos de los pueblos originarios en sus respectivas jurisdicciones, siempre que ello no implique por parte de los estados provinciales una contradicción o disminución de los estándares establecidos en el orden normativo federal". "(...) El adecuado respeto al régimen federal de gobierno impone a los estados locales a la hora de ejercer su potestad legisferante y reglamentaria reconocer y aceptar los respectivos estándares de referencia fijados a nivel normativa federal cuyas disposiciones constituyen una guía de contenidos mínimos a tener

en cuenta por todas las provincias que integran el Estado argentino". Una resolución que traza los límites y alcances de las facultades concurrentes en materia indígena que también el constituyente incluyó en este artículo.

Este fallo es destacable y central para los pueblos indígenas, "ya que puede considerarse uno de los más avanzados precedentes a nivel de la Corte en materia indígena; aclara los términos de la competencia en relación a la registración de comunidades indígenas; confirma el criterio de la autoidentificación como el criterio central para el reconocimiento de la identidad indígena y, por primera vez, fija los términos de las competencias concurrentes entre el ámbito federal y provincial que se prevé en el art. 75 inc. 17 y declara inválida una norma por haberse incumplido la consulta previa del art. 6º del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo"⁸⁵⁹.

VI. ATRIBUCIONES CONCURRENTES DE LA PROVINCIA Y LA NACIÓN

El sistema federal de la República Argentina, en consonancia con el fallo reseñado en el apartado anterior, complejiza el efectivo goce de los derechos. Las atribuciones concurrentes, no obstante fueron pensadas como un reaseguro de los derechos, generan tensiones como las que se dan alrededor, por ejemplo, de la personería jurídica; por otra parte, no se encuentran claramente delimitadas las competencias de ambas esferas de gobierno.

La tensión normativa que traduce esta falta de claridad, más allá de la prácticamente inexistente doctrina que le dedicó muy poco espacio a clarificar cómo deben armonizarse estos artículos, es la conjunción del art. 75, inc. 17 y el art. 124. El art. 124 establece que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en sus territorios. El art. 75, inc. 17 concede a los pueblos indígenas participación en la gestión de los recursos naturales. Las provincias no suelen respetar este último artículo y concebirlo como un mandato constitucional, antes bien consideran que es una atribución a su elección, lo que provoca constantes enfrentamientos con la jurisdicción provincial.

VII. MATRIZ CONSTITUCIONAL LIBERAL VS. DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Si se toman en serio los derechos colectivos, y dentro de estos los derechos de los pueblos indígenas, debería cambiarse definitivamente la matriz constitucional y construir Estados en los que no solo los derechos, sino también su parte organizativa, puedan ser repensados⁸⁶⁰. Desde esa perspectiva, la pregunta sigue siendo, en el mientras tanto, ¿es posible la convivencia entre una matriz liberal y los derechos colectivos?

Si prestamos atención a los elementos fácticos, la primera respuesta es afirmativa: es posible la convivencia entre la matriz constitucional liberal y los derechos colectivos. Las constituciones conservan sus particularidades no obstante vayan sumándose nuevos derechos.

Sin embargo, la respuesta es negativa cuando se evalúa cuál ha sido el devenir de los derechos colectivos *vis a vis* los derechos individuales. En primer lugar, las dificultades que existen para considerarlos directamente operativos, algo totalmente indiscutible en el caso de los derechos individuales.

En el caso de los derechos de los pueblos indígenas, este problema se agudiza. Existen aún constitucionalistas que sostienen la no operatividad de estos derechos hasta que sean reglamentados. Así: "(...) Se trata de una norma esencialmente programática que requiere la sanción de leyes reglamentarias que le brinden operatividad velando, especialmente, de no lesionar el principio de igualdad establecido por el art. 16 de la CN. Mientras no sea sancionada esa norma, es plenamente aplicable la [ley 23.302](#) y sus eventuales decretos reglamentarios, anteriores a la reforma constitucional de 1994"⁸⁶¹.

De la mano de la transformación de la matriz constitucional, se vuelve necesaria una resignificación del principio de igualdad. La igualdad como principio y como derecho constituye uno de los pilares de nuestro Estado democrático, republicano y federal. Cuando se incluye en los textos constitucionales una norma específica que contempla los derechos de los pueblos indígenas, algunas concepciones ponen de relieve el trato diferencial y por lo tanto, una evidente violación de este principio⁸⁶².

Vale la pena entonces manifestar enfáticamente la incorrección de esta concepción y la relevancia del principio de igualdad que hace, precisamente, que se reconozcan los derechos de los pueblos originarios. La fórmula clásica del principio de igualdad "tratar a todos los seres humanos con la misma consideración y respeto" debe ser entendida en el caso de los pueblos indígenas como un "trato diferente", para poder incluir precisamente en ese trato una cosmovisión, una cultura, una espiritualidad diferente⁸⁶³.

Es precisamente para honrar ese principio de igualdad que las Constituciones en América Latina y los instrumentos internacionales incluyen un texto que deja consignado un abanico de derechos, y que también señalan como una suerte de "reparación histórica" el respeto a rajatabla de los mismos. Las leyes (y en ellas incluimos la Constitución de un Estado) no transforman por sí solas la realidad, pero sin lugar a duda se convierten en una herramienta potente para luchar por la defensa de los derechos. En el caso de los pueblos indígenas, históricamente invisibilizados, la existencia de una "buena norma constitucional" no solo

que repara en parte ese olvido histórico, sino que vuelve a colocar en la agenda pública reivindicaciones legítimas que no pueden ser nuevamente postergadas.

Art. 75, inc. 18.—

Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.

Comentario por Gustavo Arballo

I. UNA CLÁUSULA ORIGINAL Y MULTIPROPÓSITO

A diferencia de la "cláusula comercial" del art. 75, inc. 13, CN, en la atribución de este poder regulador de fomento, el constituyente argentino ha sido original: no existe una norma tal en su modelo, la Constitución de los Estados Unidos de 1787. Esto se explica porque nuestra Constitución no era un simple arreglo de competencias, sino que tenía un plan o ideario específicamente desarrollista, claramente descripto por Alberdi en las *Bases* en las que propone un texto muy similar para esta norma, y que se hace explícito en el Preámbulo de la Constitución. Esto implica que no existe un acervo de precedentes o prácticas que se puedan tomar como referencia del derecho comparado para la interpretación de esta cláusula.

En una mirada estructural, la disposición que nos ocupa tiene tres vectores identificables: uno de orden "desarrollista" en términos económicos generales, uno de tenor "federalista" que hace hincapié en el adelanto y bienestar de las provincias y otro de índole "educativa", que se encarna en la alusión al "progreso de la ilustración". Queda claro que el constituyente de 1853-1860 ya vinculaba la idea del progreso con el equilibrio regional y con el desarrollo humano, vale decir, no con una visión puramente economicista.

Como se verá más adelante, estos conceptos serán luego puestos en valor y desarrollados en un lenguaje e ideario más contemporáneo con la cláusula del art. 75, inc. 19, también llamada "nueva cláusula del progreso", o "cláusula del bienestar". Por tal razón, en buena medida, estas dos cláusulas deben leerse no aisladamente sino en su conjugación a través del prisma más moderno dado por nuestro último constituyente.

En cuanto a los instrumentos aludidos, la enumeración aparece como meramente ejemplificativa⁸⁶⁴ y no tiene ningún sentido deóntico específico. Ni siquiera puede hablarse de una enumeración "programática", pues el Congreso no está obligado a explorar ríos interiores, o a promover la importación del capital como objetivos deseables por sí mismos, sino en la medida en que —según su juicio— ellos contribuyan a alcanzar alguno de aquellos fines de progreso *lato sensu* considerado. Agudamente ha señalado Sagüés, que por su elasticidad, la cláusula se puede interpretar (e invocar) tanto con objetivos estatistas como auspiciantes de la libre empresa⁸⁶⁵.

De hecho, esta cláusula ha servido para la validación de planes que impliquen tanto políticas reguladoras como desreguladoras, habilitando un amplio arco de sistemas de intervención estatal en materia económica.

La cláusula tuvo un sentido que se revitalizaría una vez superada la etapa del individualismo liberal, y sería especialmente relevante en la década de 1960. Se aprecia ello

— En el clásico fallo "Cine Callao" de 1960, que establecía la obligación de contratar "números vivos" en cines de determinada capacidad, la Corte apeló a esta cláusula para trascender la concepción "estrecha" o *narrow* del poder de policía: "La doctrina amplia del poder de policía ha tenido siempre, en el derecho argentino, la firme base de sustentación proveniente del art. 67, inc. 16 [hoy 75, inc. 18] de la CN, que representa una de las previsiones de mayor valía entre las diversas que atañen a la organización económico-social de la Nación y de las provincias, toda vez que —con sujeción a los límites fijados por la propia Constitución— supone la anticipada habilitación de los recursos o técnicas que en cada uno de los estados por que atraviase el desarrollo del país, resulten aptos para impulsarlo"⁸⁶⁶.

— En "Fernández Orquín"⁸⁶⁷ de 1966, la Corte Suprema validó un sistema de congelamiento del arrendamiento de fundos rurales. Propició allí una "interpretación dinámica de la Constitución Nacional" que se imponga a la simple consagración de libertades individuales. Y entendió que siendo lícita la promoción del bienestar general, el Congreso estaba autorizado a adoptar medidas conducentes para el bien común bajo el marco de esta *cláusula del progreso*, ello siempre que las restricciones de

los derechos individuales resultantes no constituyeran cargas exorbitantes o expoliatorias (lo que juzgó que no sucedía en el caso).

Es así que este inciso da pie a una nueva expansión de los poderes federales en la década de 1960, tanto en el eje de *particulares/Estado* (aceptando reglamentaciones de gran intensidad) como en el eje *Nación/Provincias* (validando poderes del Congreso de la Nación en áreas que estaban exentas de regulación o estaban siendo reguladas exclusivamente por las provincias). Y en línea con la elasticidad antes mencionada, cabe traer a colación una constatación de Martín Oyhanarte sobre su utilización en ese período: la postura —a fin de cuentas, una de sentido deferente— "tuvo igual vigor durante la etapa de Frondizi, donde se procuró dar al sector privado más libertad, como durante la etapa de Illia, donde se implementó un sistema de mayor dirigismo"⁸⁶⁸. Lo cierto es que esta deferencia tal vez nos diga algo acerca del federalismo, pero también de una tendencia que lo excede: de la Corte como un poder judicial que rara vez se comporta en disonancia con los ciclos políticos en que opera.

Cabe aclarar que la interpretación de las potestades de fomento demanda una mirada "contemporánea" y no "originalista", por lo que debe asumirse que otras formas de "progreso" no captadas en la visión del siglo XIX calzan dentro de este mandato (desarrollo de las comunicaciones, tráfico aéreo, etc.), criterio que puede hacerse extensivo al *desarrollo humano y social* como correlato y complemento necesario del puramente económico y de infraestructura, y que es el que aparece evidentemente captado en el art. 75, inc. 19, CN.

II. PODERES CONCURRENTES DE FOMENTO

Hay otra lectura conjunta que debe encararse también en la dimensión federal, y es la que correlaciona esta cláusula con la del art. 125, CN, la otra "cláusula del progreso" de las provincias, que las habilita a "promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios".

Nuevamente tenemos aquí, entonces, un caso de "doble atribución" y la consiguiente posibilidad de conflictos e interferencias.

Esta "doble habilitación" constitucional implica que estas facultades regulatorias con fines de progreso, desarrollo o bienestar general no son exclusivas ni de Nación ni de provincias sino que ambos órdenes políticos pueden ejercerlas en forma *concurrente*. Claro que tal concurrencia es *asimétrica*, en la medida en que está condicionada por los criterios que

otorgan primacía a las normativas federales en caso de conflicto o "incompatibilidad".

III. PREVALENCIA DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Alberdi priorizaba la dimensión federal del poder de fomento, al que reputaba esencialmente "nacional ó general" razonando que los privilegios o las concesiones no servirían de estímulo si cada provincia pudiera anularlos o no las reconociera⁸⁶⁹.

Un campo en donde esta consecuencia derivó con frecuencia en la invalidación de potestades locales se dio a partir de los regímenes de fomento que concedían exenciones tributarias. La Corte ha reconocido precedente, como principio, que el Gobierno nacional libere a determinadas entidades o actividades del pago de gravámenes nacionales y locales siempre que lo estime adecuado al mejor desempeño y funcionamiento de un establecimiento de utilidad nacional, o bien, consienta la imposición local a empresas cuyas actividades contribuyan al logro de tal interés.

Un fallo clásico al respecto es "Ferrocarril Central Argentino c. Provincia de Santa Fe" de 1897, en el que la Corte dijo que "para los fines de gobierno, de política, de reglamentación del comercio interprovincial o simplemente como medio de estímulo, cree conveniente acordar el privilegio de la exención de impuestos locales, esta disposición será perfectamente constitucional, porque ella no importará sino el ejercicio de una facultad del Poder Legislativo, cuyas sanciones priman sobre cualquier disposición en contrario, que pudieran contener las Constituciones o leyes de provincia". Se razonaba allí que de lo contrario "las provincias, haciendo uso de su facultad de imponer, podrían llegar a hacer imposible la realización de las concesiones y el goce de los privilegios que el Congreso acordara"⁸⁷⁰. Este sistema, consolidado en la jurisprudencia ulterior⁸⁷¹, también ha sido de aplicación frecuente en concesiones de servicios públicos nacionales⁸⁷².

Cabe decir que la doctrina que favorece las exenciones se mantiene hasta la actualidad⁸⁷³, aunque la Corte —reporta Spisso— ha resaltado su carácter excepcional, advirtiendo que la dispensa establecida por leyes nacionales no debía entenderse con alcance indiscriminado y absoluto, sino que —por el contrario, atento a su carácter excepcional— es menester que se la juzgue atendiendo a la naturaleza de la actividad desarrollada por quien la invoca y la índole del tributo, so pena de cercenar, de otro modo, las facultades impositivas de las provincias, que estas deben ejercer en su ámbito propio, en tanto no hayan sido delegadas al Gobierno federal⁸⁷⁴.

IV. LA CLÁUSULA DEL PROGRESO Y EL PODER DE POLICÍA LOCAL

Como consecuencia del principio de prevalencia de la legislación nacional, la consecuencia práctica que la Corte aplicó en casos de solapamiento fue la de que el "poder de policía" de las provincias debe ser "desplazado" cuando su ejercicio se oponga a la legislación nacional dictada con base en la "cláusula del progreso"⁸⁷⁵.

Tres casos de la época moderna nos muestran aplicaciones concretas de esta tendencia.

— En "Disco c. Provincia de Mendoza" de 1989, la Corte acogió favorablemente la impugnación contra una ley local que establecía horarios de apertura de diversos comercios y restringía sus horarios de apertura en sábados y domingos. En defensa de la legislación provincial se alegaba que esa legislación había sido dictada en ejercicio del poder de policía no delegado —laboral y de comercio—.

La Corte reconoce en efecto que "tanto el Congreso como las provincias tienen el poder de dictar leyes sobre promoción de la industria", tratándose de "funciones concurrentes que, manteniéndose en sus propias esferas jurisdiccionales, permitan su coexistencia legislativa", pero advierte que el principio de concurrencia encuentra límites toda vez que haya una intersección entre el ejercicio concreto de los poderes locales de modo que vengan a obstruir o alterar el poder delegado al Congreso en el art. 75, el que "no puede ser enervado (...) so pena de convertir en ilusorios los propósitos y objetivos de las citadas facultades que fincan en la necesidad de procurar eficazmente el bien común de la Nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan las provincias".

Para el dictamen, la interferencia debe resolverse en favor de la legislación nacional por aplicación del principio de poderes implícitos y la regla de supremacía del [art. 30](#) de la CN: "conforme el principio de que quien tiene el deber de procurar un determinado fin tiene el derecho a disponer de los medios necesarios para su logro efectivo y habida cuenta de los objetivos enunciados en el Preámbulo y los deberes facultades establecidas en los incs. 12, 13, 18 y 30 del [art. 67](#) de la CN tiene razón de causa final y móvil principal del Gobierno Federal, no cabe sino concluir que este no puede ser enervado en el ejercicio de los poderes delegados, en tanto se mantenga en los límites razonables de los mismos conforme a las circunstancias. Este es, por lo demás, el principio de supremacía que consagra el [art. 31](#) de la CN".

— También se aplicó la preeminencia del regulador nacional en el caso "Leiva" de 1992. En este caso se trató el conflicto entre una ley de la provincia de Entre Ríos con la [ley 22.990](#) que establece el régimen de utilización de la sangre humana.

Allí la Corte entendió que la ley nacional se enmarcaba dentro del "razonable ejercicio de atribuciones que competen al legislador nacional en virtud de lo dispuesto en la primera parte del inc. 16 del art. 67 [se refiere al actual art. 75, inc. 18] de la CN y el objetivo enunciado en su Preámbulo"⁸⁷⁶. Reconoce entonces el fallo que "el poder de policía que ejerce la Nación ocasionalmente puede entrar en colisión con el que se hayan reservado las provincias, lo cual no obsta al principio de la concurrencia de ambos poderes" y que en tal caso la invalidación no es automática.

En primer lugar, dice, "el ejercicio de facultades concurrentes sólo puede considerarse incompatible cuando media una repugnancia efectiva, de tal modo que el conflicto deviene inconciliable". En segundo lugar, establece el criterio rector para resolver esos casos de colisión: "la preeminencia debe ser establecida en función de los fines queridos por la Constitución y el interés general en juego".

— La causa "Boto", resuelta en 1997, trataba de un planteo de inconstitucionalidad contra el decreto 6732/87 de la provincia de Buenos Aires que había establecido importes mínimos que debían percibir los trabajadores médicos en relación de dependencia.

En la interpretación que hacía en su dictamen ante la Corte, el procurador Agüero Iturbe dijo que "parece indiscutible que cuando, como ocurre en la especie, una provincia regula sobre los aranceles mínimos de una profesión liberal, está legítimamente ejerciendo su poder de policía no delegado y el contrato de trabajo, que se celebre a la luz de la legislación nacional que lo regula, no podría violentar tales preceptos de policía local, igual que si se tratara de otros referidos a la salubridad, moralidad o higiene", criterio sostenido por el tribunal, entre otros, en la causa "Pravaz" de 1974⁸⁷⁷, y que también adoptaría la fracción disidente del caso que nos ocupa, resuelto en una votación muy dividida (5-4)⁸⁷⁸.

La mayoría, en cambio, acogerá el planteo de inconstitucionalidad. Su acercamiento al tema incluyó una regla general, conforme al cual la normativa provincial debía invalidarse cuando:

a) el Congreso de la Nación hubiera inequívocamente prohibido, con base en la "cláusula del progreso" prevista en el inc. 18 del art. 75 de la CN, que dicho poder sea ejercido por las provincias;

b) se demuestre que, por las circunstancias del pleito, la normativa provincial dificulta o impide el adecuado cumplimiento de los propósitos del Congreso de la Nación contenidos en la normativa federal dictada con fundamento en la citada "cláusula del progreso".

La Corte hace notar que estas excepciones "se encuentran, desde el punto de vista lógico, en niveles diferentes", explicando su funcionamiento del siguiente modo: solo si no se configura la hipótesis esbozada en el apartado "a", debe el intérprete interrogarse si se da la hipótesis "b", que fue la que entendió verificada en el caso⁸⁷⁹.

V. DESARROLLO Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS RÉGIMENES DE FOMENTO

Pocas veces se ha planteado este asunto, de modo que al analizarlo no podemos apelar a criterios jurisprudenciales o doctrinarios que lo hayan abordado. ¿Puede ser judicialable un régimen de fomento?

Es dable plantear al respecto varias cuestiones constitucionales. Una pregunta es si puede existir un "derecho a ser fomentado", esto es, a ser sujeto beneficiario a un régimen de fomento. O, en segundo lugar, si existe un derecho a demandar una distribución equitativa en los beneficios de un sistema promocional, o si el legislador es completamente discrecional. Finalmente, también podríamos plantearnos si el legislador tiene el derecho de suspender o revocar sistemas de fomento establecidos en el marco de esta cláusula.

Al abordar estas cuestiones, debemos recordar que estamos frente a lo que clásicamente se consideró una cláusula "programática", y que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema establecida en el caso "Q. C." de 2012 —aplicable en lo conceptual a la cláusula que nos ocupa, aunque no se trate de derechos fundamentales como salud o vivienda— cabe identificar con más precisión como de una *operatividad derivada*, ya que su implementación requiere de legislación del Congreso y de decisiones de la administración pública.

Esto implica que existe un margen amplio de posibilidades y una consecuente discrecionalidad (parafraseando a "Q. C.", "es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno") pero que, en todo caso, las normas que marcan estas obligaciones de hacer a cargo del Estado están siempre sujetas al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial⁸⁸⁰. De ello se sigue que el fomento no puede ser un privilegio caprichosamente otorgado, ni de naturaleza arbitraria. El control de la actividad estatal no puede limitarse a la evaluación de las restricciones, sino que también debe comprender el escrutinio constitucional de los beneficios y de las prestaciones preferenciales que el Estado otorgue.

La posibilidad de cambios en regímenes de fomento no aparece impedida *per se* en la Constitución, pero su naturaleza misma no cumpliría su fin si no existe una protección del sistema en términos de previsibilidad o seguridad jurídica. Este criterio debe compatibilizarse con aquel principio

bien conocido que establece que nadie tiene derecho al mantenimiento de una legislación o reglamentación determinada⁸⁸¹.

En protección de la seguridad jurídica, el poder judicial puede ejercer el control de constitucionalidad de varias formas:

— *considerar la posibilidad de indemnizaciones por la responsabilidad del Estado-legislador en los casos en que de ello se siga un "sacrificio especial", conforme a la doctrina de los casos "Arrupé" y "Establecimientos Americanos Gratry"*⁸⁸²;

— *reconocer la protección constitucional a los casos en los que el régimen de fomento ha generado derechos adquiridos, como lo ha hecho la Corte Suprema en el caso "Cerro Vanguardia" de 2009 en relación con la garantía de "estabilidad fiscal"*⁸⁸³;

— *considerar con atención los casos en los que se plantee desigualdad inadmisibles o arbitrariedad en la legislación de fomento, a fin de solicitar inclusiones y exclusiones en sus beneficiarios, o cambios en su sentido.* Hemos visto un ejemplo de ello en relación con impuestos provinciales, en el caso "El Chocón" que reportamos en la sección dedicada a la cláusula de comercio y el poder tributario local en nuestro comentario al art. 75, inc. 13, CN.

— *evaluar los casos de "desviación de poder" en los que una medida de fomento se utiliza con fines no constitucionales.*

Existe una jurisprudencia que puede encuadrarse en este último punto. En el caso "Editorial Río Negro", la Corte aceptó la demanda de un periódico contra la provincia de Neuquén, sobre la base de que se le había retirado al demandante abruptamente la publicidad oficial luego de la publicación de varias notas críticas. La Corte reconoció que, si bien no puede afirmarse la existencia de un derecho a recibir una determinada cantidad de publicidad oficial, sí "existe un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos", en particular. La primera opción para un Estado es dar o no publicidad, y esa decisión permanece dentro del ámbito de la discrecionalidad estatal. Pero, si decide darla, no puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios sobre la base de criterios discriminatorios, y en todo caso debe mantener siempre una pauta mínima general para evitar desnaturalizaciones⁸⁸⁴.

De este breve examen se extraen dos consecuencias:

— tenemos, por cierto, un caso especial que incide sobre el estatus de especial protección que tiene en nuestro sistema la libertad de prensa,

pero el argumento es válido *mutatis mutandis* para reconocer los vectores posibles del control judicial de regímenes de fomento;

— la naturaleza "local" de la potestad no impide el eventual control de constitucionalidad de la razonabilidad y no arbitrariedad de los medios de fomento, como lo demuestra el caso "Río Negro", precisamente resuelto por la Corte Suprema en el litigio contra una provincia.

Art. 75, inc. 19.—

Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.

Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen.

Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

Comentario por Horacio Javier Etchichury

I. INTRODUCCIÓN

Incorporado en la reforma de 1994, se conoce a este inciso como la "cláusula del nuevo progreso"⁸⁸⁵, o del "nuevo desarrollo"⁸⁸⁶. La Convención intentó aquí delinear un modelo socioeconómico y cultural para las décadas siguientes⁸⁸⁷, expresión de un compromiso entre las fuerzas políticas con mayor número de bancas. Se negoció junto a lo que la prensa de entonces denominó "paquete federal", centrado en la cuestión

de la coparticipación⁸⁸⁸. El texto adoptado complementa la tradicional "cláusula del progreso", esto es, el inc. 18 aprobado en 1853⁸⁸⁹ e inspirado por Alberdi⁸⁹⁰.

Se divide en cuatro párrafos. Uno se refiere al desarrollo humano; el segundo, al crecimiento armónico del país. La tercera parte fija pautas para la legislación educativa, mientras la protección de la cultura ocupa el último apartado. El acuerdo político se manifiesta en la heterogeneidad de objetivos e instrumentos asignados al Congreso. El texto deja ver la tensión entre las bancadas de Santa Fe y la conducción del Ministerio de Economía, en un debate a distancia seguido diariamente por la prensa de la época⁸⁹¹. En opinión de Cayuso, la tónica general del inciso subraya la orientación hacia el Estado social de derecho, atendiendo necesidades básicas y las diferencias geográficas⁸⁹². Este lenguaje propio del constitucionalismo social y del intervencionismo estatal se ponía en juego mientras el gobierno buscaba reducir el gasto público⁸⁹³. Esto preocupaba al presidente Carlos Menem, quien llamó a la Convención a mantenerse dentro de lo acordado en el Pacto de Olivos, para no poner en riesgo el plan económico entonces vigente⁸⁹⁴.

La cláusula establece directivas para el Congreso. Le señala objetivos a conseguir mediante su actividad legislativa, presupuestaria y de control; da prioridad a ciertos instrumentos de política y, a la vez, fija requisitos para las normas a dictar en ciertas áreas. Por una parte, expande el llamado "poder de policía del bienestar"⁸⁹⁵, dando espacio a la intervención del Parlamento en numerosas áreas; por la otra, restringe parcialmente las opciones abiertas a su discreción. En síntesis, es una norma "programática"⁸⁹⁶, que no establece plazos de ejecución, pero incluye tramos que podrían emplearse en el control judicial de constitucionalidad. También ofrece pautas interpretativas para otros pasajes de la Constitución.

II. DESARROLLO HUMANO, PRODUCTIVIDAD Y CRECIMIENTO ARMÓNICO

Pocos años antes de la reforma, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) había dado a conocer el concepto de desarrollo humano, definido como "un proceso para ampliar las opciones abiertas a las personas", incluyendo las de "llevar una vida larga y saludable, adquirir conocimiento y acceder a los recursos necesarios para tener un nivel de vida decente"⁸⁹⁷. No basta expandir el ingreso y la riqueza, sino que el eje —según el PNUD— deben ser las personas, la formación de sus capacidades y el uso que ellas hagan de estas. Las cifras del PBI no representan un indicador adecuado y —añade el organismo— el crecimiento por sí mismo no conduce al progreso humano, si no se adoptan —p. ej.— medidas para una "distribución razonablemente equitativa del ingreso"⁸⁹⁸. Este inciso, sin embargo, no incluye pautas redistributivas.

No toda la doctrina, sin embargo, liga directamente este pasaje con la noción propuesta por el PNUD; algunas opiniones remiten a concepciones más amplias⁸⁹⁹.

La noción de "progreso económico", por su parte, es diferente al crecimiento y al desarrollo. Según se explicó en la Convención, consiste en aprovechar todas las potencialidades del país, pero con "equidad, justicia y solidaridad", con una dirección ética determinada⁹⁰⁰.

A propuesta del convencional Antonio Cafiero (Partido Justicialista-Buenos Aires) se incorporó la expresión "con justicia social"⁹⁰¹. Hay quienes encuentran allí el rechazo de la Convención al programa económico entonces en curso⁹⁰², una muestra más de la disputa entre el ala política del Gobierno y el Ministerio de Economía. La CS —integrada por conjueces— utilizó esta noción en "Berçaitz" (1974)⁹⁰³, en el que luego de equipararla con el "bienestar general", la definió como "la justicia en su más alta expresión": consiste en ordenar los recursos y la actividad de los sujetos para "lograr que todos y cada uno (...) participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización". La Corte retomó esta fórmula en "Gentini" (2008)⁹⁰⁴, al resolver sobre las acciones de empresas privatizadas otorgadas al personal.

2.1. Productividad

Desde un punto de vista económico, la productividad es la cantidad de producto generado por la incorporación de una nueva unidad de un insumo⁹⁰⁵. Numerosos elementos pueden afectarla: la destreza de quienes trabajan, la cantidad y calidad de los medios de producción, o el nivel de organización del proceso productivo⁹⁰⁶. Este pasaje fija como objetivo para el Congreso fomentar el aumento de bienes rendidos al año por el conjunto de la economía nacional. No hay referencia a qué factores de la producción (tierra, trabajo o capital) deben incrementarse o explotarse de manera más intensa. Por su parte, Sagüés entiende que este tramo del inciso permite la expropiación de tierras improductivas⁹⁰⁷.

La referencia a la productividad mereció la crítica del convencional Carlos Auyero (Frente Grande - Buenos Aires). Señaló que era una muestra de la "ausencia de definiciones progresistas en materia económica"⁹⁰⁸. En el marco del Plan de Convertibilidad y de las restricciones a la emisión monetaria fijadas por la [ley 23.928](#), los aumentos salariales solo podían darse a partir de incrementos en la productividad⁹⁰⁹. Sin nuevas inversiones de capital, la producción solo puede aumentar a partir de una mayor explotación de la mano de obra. Allí radica el riesgo, en nuestra opinión, de la alusión a la productividad tal como quedó fijada en este inciso. Por otra parte, el convencional Auyero objetó la ausencia —en el despacho consensuado por justicialismo y radicalismo— de un rol definido para el Estado; destacó que el dictamen de su partido incluía a las

pequeñas y medianas empresas y fijaba la sustentabilidad como condición para el progreso.

2.2. Empleo, formación profesional y desarrollo científico y tecnológico

La tasa oficial de desempleo aumentaba de modo sostenido desde 1989; al inaugurarse la Convención reformadora alcanzaba casi el 11%⁹¹⁰. Ello explica en parte la inclusión de la generación de empleo en este inciso. Sagüés afirma que no hay obligación de crear puestos estatales, sino de brindar condiciones para que la iniciativa privada (en principio) provea empleos⁹¹¹. En rigor, esta cláusula debe leerse a la luz del derecho a trabajar previsto en el art. 6º del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), dotado de jerarquía constitucional. Allí se fija como una obligación de los Estados adoptar medidas para lograr "ocupación plena y productiva". No basta promover la creación de empleos, sino que el objetivo es eliminar la desocupación⁹¹².

La formación profesional de los trabajadores puede verse como un objetivo en sí mismo, o bien —en opinión de Gelli— como un medio señalado por la Constitución Nacional (CN) para alcanzar el desarrollo humano⁹¹³. El art. 6º.2 del PDESC obliga al Estado a brindar esta formación, destinada a garantizar el derecho a trabajar. De modo que el sentido último de este objetivo no es solo aumentar la productividad, sino cumplir el compromiso estatal con la vigencia efectiva de los derechos.

El mismo carácter de objetivo e instrumento para el desarrollo humano puede reconocerse en la investigación y el desarrollo científico y tecnológico. A la vez, el art. 15 del PDESC garantiza no solo la libertad para la investigación, sino también el derecho a gozar de los beneficios que cada avance científico genere. Bajo esta lectura, la ciencia no solo sirve como insumo para la productividad de la economía, sino para el objetivo más amplio del desarrollo humano, porque cada persona debe aprovecharlo, con independencia de su rol en la estructura económica. En cuanto a la "difusión" del desarrollo científico, son aplicables algunas observaciones que hacemos más abajo respecto de la circulación de las obras de autor.

2.3. Defensa del valor de la moneda

Este pasaje complementa el inc. 11: el Congreso no solo debe fijar el valor, sino también defenderlo, aunque el texto no aclara contra qué. La inflación —entendida como un alza generalizada y sostenida de los precios— parece una amenaza relevante. Sagüés sostiene que este tramo implica rechazar la emisión sin respaldo adecuado, aunque no impide la corrección del valor de la moneda argentina frente a otras⁹¹⁴. Cabe señalar que existen explicaciones alternativas sobre la inflación, que incorporan —

además de la emisión— otros factores de la economía, tales como el aumento en la demanda o en los costos⁹¹⁵. Por lo tanto, es más preciso concluir que el texto habilita al Congreso a combatir la inflación (en tanto afectación del valor del signo monetario) sin inclinarse por una teoría específica.

La convencional María Sánchez García (UCR - La Pampa) expresó que esta cláusula era una defensa del plan del ministro de Economía⁹¹⁶, que limitaba la emisión a la cantidad de reservas en manos del Banco Central de la República Argentina (BCRA)⁹¹⁷. Efectivamente, "preservar el valor de la moneda" se había establecido en 1992 como "misión primaria y fundamental" del BCRA en el art. 1º de su carta orgánica ([ley 24.144](#)).

El paso del tiempo permite separar la cláusula de su contexto inicial. No significa que solo sea admisible una política altamente restrictiva de la emisión (tal como la sostenida entre 1991 y 2001). En primer lugar, por las ya mencionadas diferentes visiones sobre el origen de la inflación. Además, condicionar la emisión a la disponibilidad de reservas en otra moneda puede significar, en los hechos, la renuncia a ejercer la atribución otorgada al Congreso en el inc. 11⁹¹⁸. Finalmente, tal política puede afectar los demás objetivos del inciso (generación de empleo o desarrollo humano)⁹¹⁹.

2.4. Crecimiento armónico y población

Al promover el "crecimiento armónico", el inciso parte de reconocer que —más allá de la igualdad jurídica de las provincias, implícitamente consagrada en los arts. 5º y 13 de la CN— hay grados distintos de desarrollo en cada lugar. El Congreso debe lograr la igualdad "real" entre las provincias, incluso a través de políticas diferenciadas⁹²⁰. La federación reconoce a cada unidad subnacional el mismo rango formal. La desigualdad históricamente acumulada exige acciones específicas a fin de restablecer el equilibrio y la armonía en el plano material. Se establece al Senado como cámara de origen para estas iniciativas: probablemente se intenta dar un punto de partida más favorable a las provincias menos pobladas (que están en desventaja numérica en Diputados).

A diferencia del texto aprobado en 1853, que tomaba a la inmigración (particularmente la europea, según el art. 25) como instrumento principal para poblar el país, aquí no se favorece ninguna vía específica. Por el contexto, puede suponerse que se promueve una redistribución de los habitantes en el territorio, como un modo de superar los desequilibrios regionales. Poblar no significa aquí necesariamente elevar el número de personas (ya sea por incremento de la natalidad o por inmigración). Sagüés, en cambio, interpreta que este pasaje promueve aumentar la población, una finalidad que juzga "discutible" frente a modelos alternativos de sociedades que controlan su población⁹²¹.

III. EDUCACIÓN Y CULTURA

El penúltimo párrafo confiere al Congreso la atribución de legislar las líneas centrales de la educación. Debe hacerlo consolidando la unión nacional sin descuidar las particularidades locales, y respetando ciertas pautas especificadas en este apartado.

Tal legislación —en principio— debe centrarse en aspectos de interés federal, respetando las competencias provinciales⁹²². Gelli afirma que la educación común es "competencia primaria de las provincias"⁹²³, aunque realmente el art. 5º de la CN no prohíbe a la Nación proveer educación primaria (como efectivamente lo hizo, en particular a partir de la sanción de la ley 4874 o "Ley Láinez" en 1905).

Álvarez y Scioscioli destacan la "responsabilidad indelegable" del Estado federal en el financiamiento educativo; esto genera obligaciones activas directas, de proveer recursos y personal⁹²⁴. Este pasaje es correlativo del art. 13 del PDESC, que establece el derecho de toda persona a la educación, desde el nivel elemental hasta el superior. En 1992, el Gobierno nacional transfirió a las provincias —mediante la ley 24.049— la mayoría de las instituciones nacionales de enseñanza media. Probablemente ello explique la inclusión del término "indelegable".

Las leyes en la materia deben prever mecanismos para la participación de la familia⁹²⁵ y la sociedad. La educación ofrece así un nivel más profundo de democratización: no puede quedar exclusivamente en manos del funcionariado estatal. Bajo esta premisa, serían inconstitucionales los reglamentos escolares que no prevean modalidades de participación⁹²⁶.

A la vez, esa participación no puede ser una vía para afectar derechos. A modo de ejemplo: las familias no pueden introducir normas discriminatorias en la reglamentación escolar ni censurar contenidos curriculares, como tampoco limitar la libertad de cátedra o los derechos laborales de docentes. La referencia a la "sociedad" genera interrogantes por tratarse de un sujeto de difícil identificación en instancias concretas. ¿Qué personas o instituciones podrían participar a nombre de la "sociedad"? ¿Fundaciones, organizaciones de la sociedad civil, cámaras empresarias, entidades religiosas, sindicatos? Rosatti ofrece una respuesta, a partir de cláusulas constitucionales que encomiendan tareas educativas a ciertas entidades, tales como los partidos políticos (art. 37), las organizaciones ambientalistas (art. 41) o de consumidores (art. 42), o las comunidades indígenas (art. 75, inc. 17)⁹²⁷. Sin embargo, estos artículos no parecen referirse al sistema educativo financiado "indelegablemente" por el Estado nacional, sino a instancias diferentes.

La promoción de los valores democráticos exige —al menos— su inclusión entre los contenidos de la enseñanza. Esto coincide con el art.

13 del PDESC, que establece entre los objetivos de la educación "fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales" y "capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre"⁹²⁸.

Este párrafo reitera la prohibición de discriminar y la igualdad real de oportunidades (mencionada en el inc. 23 del art. 75), en referencia aquí al ámbito educativo. Sin embargo, agrega una nueva variante: la *igualdad real de posibilidades*. Esta noción exige una labor hermenéutica adicional, ya que no puede reducirse a la igualdad "de oportunidades" o "de trato": de ser así, la convención reformadora no habría utilizado una expresión diferente. Su alcance parece limitarse al ámbito educativo.

A primera vista, esta noción implica que las normas que dicte el Congreso en materia educativa deben asegurar los elementos materiales para poder educarse. En el *Diccionario de la Lengua Española* el término "posibilidad" significa "aptitud o facultad para hacer o no hacer algo" (segunda acepción) o bien "medios disponibles, hacienda propia" (tercera acepción)⁹²⁹. Exige un mayor compromiso de recursos que la simple igualdad de oportunidades o de trato.

No se incluyeron en el texto ciertas propuestas del despacho minoritario, tales como la "prescindencia religiosa" y la "libertad de cátedra", además de un porcentaje mínimo obligatorio del PBI como presupuesto para educación y cultura⁹³⁰. Los bloques más numerosos entendieron que la prohibición de discriminar resultaba suficiente protección⁹³¹.

3.1. Gratuidad y equidad

Estas dos pautas específicas se establecen para la educación pública estatal⁹³² y son aplicables a todos los niveles de enseñanza⁹³³.

En su informe por mayoría, el convencional Jesús Rodríguez (UCR - Capital Federal) explicó la relación entre ambas nociones. Se trata de "directivas infranqueables"⁹³⁴: se suman sin debilitarse mutuamente. La equidad se aplica cuando la gratuidad no es suficiente: es necesario proveer asistencia adicional, ligada al caso concreto. Alfredo Bravo (Partido Socialista - Capital Federal), dirigente gremial docente, pidió retirar la palabra "equidad", porque vuelve dudosa la garantía de gratuidad. Rodríguez rechazó el pedido, insistiendo en que no sería posible arancelar la enseñanza pública. Su par Tulio del Bono (PJ - San Juan), en aquel momento Rector de la Universidad Nacional de San Juan, coincidió con la interpretación de Rodríguez, pero explicó que la fórmula era el resultado de un "compromiso"⁹³⁵.

Precisamente, la convencional Adriana Puiggrós (Frente Grande - Capital Federal) destacó que la cuestión educativa, al igual que el resto de la cláusula del "nuevo progreso", formaba parte de la negociación más amplia por el esquema de coparticipación; por ello este texto acordado entre los bloques radical y justicialista⁹³⁶ incluía el término "equidad", un concepto impulsado por organizaciones ligadas al neoliberalismo⁹³⁷. Leyó en sesión declaraciones del ministro de Educación de entonces, publicadas ese mismo día, en las que el funcionario indicaba que mediante la noción de "equidad" se podría habilitar el cobro de aranceles⁹³⁸. Ello ocurrió pocos meses más tarde, mediante el [art. 59, inc. c\)](#) de la [ley 24.521](#) (o Ley de Educación Superior) que permitía cobrar "tasas por los estudios de grado".

La discusión continuó en la doctrina constitucional. Álvarez y Scioscioli⁹³⁹ sostienen la interpretación del convencional Rodríguez. Por su parte, Gelli afirma que la equidad "fortalece" a la gratuidad "pero no [a] convierte en un principio absoluto"; debe analizarse la conveniencia del arancelamiento universitario⁹⁴⁰. Funda su interpretación en el principio de "solidaridad". Sin embargo, observamos que ese principio se halla en el inc. 2º, por lo que no resulta pertinente para la interpretación que Gelli propone del inc. 19. Cayuso entiende que darle sentido absoluto a uno de los términos implica eliminar al otro; por ello, "la gratuidad cobra su máxima fuerza cuando se trata de asegurar el acceso a la misma a los grupos tradicionalmente excluidos"⁹⁴¹. Nuevamente la gratuidad aparece como una forma atenuada de la onerosidad. Dalla Vía concuerda con las lecturas débiles del término; la gratuidad "funcionará en la medida en que sea equitativa", es un "principio orientador", no absoluto, "flexible", un "objetivo a alcanzar"⁹⁴². Por último, Sagüés considera legítima la alternativa del arancelamiento, aunque discutible⁹⁴³. En octubre de 2015, la ley 27.204 modificó la Ley de Educación Superior y estableció expresamente la gratuidad del nivel de grado universitario, dejando abierta la posibilidad del arancelamiento de los estudios de posgrado (aunque el texto constitucional no distingue entre niveles).

La CS ha variado parcialmente su interpretación del texto. En "UNC" (1999)⁹⁴⁴, obligó a que la Universidad Nacional de Córdoba incluyera en sus Estatutos la noción de equidad junto a la de gratuidad en los estudios. Más tarde, en "UNGS" (2008)⁹⁴⁵, sostuvo que —en virtud de la autonomía universitaria— no era necesaria la mención explícita del término "equidad" en el Estatuto de la Universidad Nacional de General Sarmiento.

La decisión ofrece aspectos problemáticos. Luego de transcribir las palabras del convencional Rodríguez citadas más arriba, la mayoría del tribunal propone una visión diferente. No se afecta la "relación armónica" entre ambas nociones —afirma— cuando "por aplicación del principio de equidad y para lograr la igualdad real de oportunidades (...) se dispusiere recurrir a contribuciones o cánones (...), con el fin de instrumentar un

sistema de educación superior que efectivamente posibilite que los sectores más postergados en lo económico tengan acceso real a las carreras de pregrado y grado"⁹⁴⁶. La equidad no agrega asistencia a quien la necesite. Sirve para imponer contribuciones, siempre que se destinen a que personas de ingresos bajos puedan estar en la universidad. Se propone un muy limitado programa redistributivo: transferir fondos de un grupo de estudiantes a otro con menos ingresos. Así se evita una redistribución más amplia, que financie becas con impuestos afrontados por los estratos de mayor riqueza (asistan o no a la universidad pública). Más aún: bajo esta lectura, nada impide arancelar la educación primaria y secundaria, siempre que el objetivo sea asistir a los "sectores más postergados". La Corte no logra dar vigencia simultánea a la gratuidad y la equidad: la primera se reduce en virtud de la segunda. Resulta difícil comprender por qué el tribunal cita y luego descarta —sin argumentar suficientemente— la propuesta del convencional Rodríguez, que sí permite que ambas nociones convivan en toda su extensión.

3.2. Autonomía y autarquía de las universidades nacionales

La autarquía es el poder de administrar los recursos que provea el presupuesto nacional y los propios que obtenga la universidad; no impide el control de sus cuentas ni permite violar el principio de gratuidad. La autonomía se define, en general, como la capacidad de las instituciones universitarias para gobernarse a sí mismas⁹⁴⁷, y ello sirve también a la autonomía científica y académica⁹⁴⁸. No es soberanía, ni exime a las universidades del control de razonabilidad sobre sus decisiones⁹⁴⁹.

La autonomía surge —aunque sin mención explícita— en la [ley 1597](#) (o Ley Avellaneda), sancionada en 1885. Ella permitía a las universidades sancionar sus propios estatutos, elegir sus autoridades y designar profesores. La ley reservaba al Poder Ejecutivo dos facultades importantes: aprobar los estatutos (art. 2º) y participar en el nombramiento de docentes (arts. 1º y 3º). Levantada como bandera por la Reforma de 1918, eclipsada por la legislación universitaria del primer peronismo (ley 13.031⁹⁵⁰), reivindicada tras el golpe de 1955, sepultada nuevamente por las dictaduras de Onganía (leyes 16.912 y 17.245) y Videla (ley 22.207), la autonomía fue restaurada por el gobierno de Alfonsín tras una intervención normalizadora (dec. 154/1983)⁹⁵¹. Así ingresó a la Constitución argentina en 1994, consagrando el modelo tradicional universitario⁹⁵². Sin embargo, la Ley de Educación Superior de 1995 regula varios aspectos de la vida institucional de las universidades (por ejemplo, fijando el porcentaje de representación docente en órganos directivos o el período de mandato de las autoridades).

La CS trató en "Monges" (1996)⁹⁵³ la constitucionalidad del art. 50 de la Ley de Educación Superior, que permitía —en universidades con más de 50.000 estudiantes— que las Facultades definieran por sí mismas los

mecanismos de ingreso y egreso de estudiantes. La Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires —conducida por un decano opositor al rector— había establecido un curso destinado a seleccionar ingresantes. El Consejo Superior de la Universidad dejó sin efecto la decisión de la Facultad. La Corte, por mayoría, resolvió que la ley no había afectado la autonomía universitaria al otorgar la atribución a las Facultades de decidir sobre el ingreso. Más aún: sostuvo que el Congreso, por sí mismo, tenía competencia para regular la admisión de estudiantes, y que la había delegado en órganos universitarios; ello reforzaba la autonomía⁹⁵⁴.

En un fallo posterior, "UNNE" (1999)⁹⁵⁵, el tribunal declaró inconstitucional el estatuto de la Universidad Nacional del Nordeste por no incluir representación no docente en la Asamblea Universitaria. Convalidó así el [art. 53](#) de la [ley 24.521](#), que requiere la presencia de ese claustro en los órganos de gobierno.

Recientemente, la Corte confirmó que la autonomía no impide el "ejercicio de las potestades que la Constitución confiere al Congreso para adoptar medidas que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por otras normas que conforman el ordenamiento jurídico". Así lo expuso en "Rivas" (2016)⁹⁵⁶, al resolver que la Universidad Nacional de Mar del Plata debía abonar a uno de sus docentes el adicional salarial para veteranos de la Guerra de Malvinas de manera íntegra y no —como entendía la Universidad— según la dedicación horaria.

3.3. Cultura

En su último párrafo, este inciso ordena proteger mediante legislación la identidad y pluralidad cultural. Si consideramos —con Herskovits— a la cultura como "la parte del ambiente hecha por el hombre"⁹⁵⁷, aquella que —siguiendo a Geertz— está formada por signos y es interpretable⁹⁵⁸, la Argentina actual ofrece a primera vista diversidad cultural. Ello explica —particularmente con nuestro trasfondo histórico de represión y censura⁹⁵⁹— la preocupación por tutelar esa multiplicidad de signos creados y renovados cotidianamente. En el mismo sentido puede leerse el reconocimiento de la "preexistencia cultural" de los pueblos indígenas argentinos (art. 75, inc. 17), o el respeto debido al "modo de vida" de quienes habitan las islas Malvinas (Disposición Transitoria Primera). El art. 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos consagra el derecho de las distintas minorías a "tener su propia vida cultural". Sin embargo, los constituyentes dejaron sentada la noción de que —más allá de la pluralidad— existe una "identidad", algo en común, subyacente a la comunidad completa (o quizá, la misma pluralidad es el contenido de esa identidad). No se prevén medios específicos para brindar esa protección doble, en tensión permanente. Gelli encuentra en el texto, como contenido general, una autorización para financiar políticas culturales⁹⁶⁰.

La libre creación y circulación de las obras del autor aparece —en principio— como una aplicación específica de la libertad de expresión⁹⁶¹ y del denominado derecho a la ciencia y la cultura, consagrado en el art. 15 del PDESC. La circulación de las creaciones tiene hoy límites artificiales creados y sostenidos en virtud de la ley 11.723 de propiedad intelectual, tal como explica Busaniche⁹⁶². Por ejemplo: en Argentina no se permite reproducir total o parcialmente una obra con fines educativos (salvo que sean menos de mil palabras), no hay tampoco excepción a favor de las bibliotecas y el período de exclusividad posterior a la muerte del autor se ha aumentado (por última vez en 1997, llevándose a 70 años). Esta norma merece una revisión a la luz de la Observación General 17 (2005) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que critica los regímenes actuales de propiedad intelectual, destacando que ella no tiene rango de derecho humano⁹⁶³. Por otra parte, Sagüés observa que la protección del patrimonio artístico, incluso entendida como uno de los "intereses difusos", puede limitar la circulación de obras, por ejemplo, para evitar su salida al exterior⁹⁶⁴.

La frase sobre protección de espacios culturales y audiovisuales fue solicitada por el convencional Fernando Solanas (Frente Grande - Buenos Aires). En principio, parece destinada a espacios físicos, cuya supervivencia podría sostenerse mediante normas tuitivas, tales como las que abarcan a las bibliotecas populares ([ley 23.551](#)). Una segunda lectura puede aludir a espacios de comunicación en medios, que el Congreso podría proteger o estimular bajo políticas específicas destinadas a dar vitalidad a la esfera pública; propuestas en este sentido pueden encontrarse en los trabajos de C. Edwin Baker⁹⁶⁵ y Yochai Benkler⁹⁶⁶.

Art. 75, inc. 20.—

Establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia; crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones, dar pensiones, decretar honores, y conceder amnistías generales.

Comentario por Brenda Dvoskin

I. CONCEPTO

El Congreso de la Nación tiene la facultad de dictar leyes de amnistía de acuerdo con el art. 75, inc. 20, de la Constitución. En virtud de que las leyes de amnistía son sancionadas en uso de esta facultad, la Corte

Suprema ha considerado que son leyes federales⁹⁶⁷. Las amnistías son actos legislativos de carácter general: esto significa que se refieren a una conducta delictiva determinada y se aplican a todos los sujetos comprendidos en esa conducta. La amnistía no deroga la ley penal, sino que desincrimina la conducta durante un período determinado. En consecuencia, extingue la acción penal y hace cesar la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares⁹⁶⁸. Las leyes de amnistía pueden impedir la investigación judicial o bien pueden alcanzar delitos ya juzgados⁹⁶⁹. Asimismo, los efectos de la amnistía son más amplios que los del indulto ya que la desincriminación del hecho tiene consecuencias, por ejemplo, en relación con la eventual reincidencia⁹⁷⁰.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema, las amnistías tradicionalmente se pensaban para desincriminar delitos políticos y se conceptualizaban como una herramienta de "pacificación" que podría ser apta para resolver determinados conflictos sociales⁹⁷¹. Existen al menos dos límites en la Constitución a los delitos que pueden ser alcanzados por una Ley de Amnistía. Por un lado, no puede alcanzar a aquellos delitos cuya amnistía está prohibida por tratados internacionales. Por otro lado, tampoco puede alcanzar a aquellos delitos cometidos por los propios legisladores, como el previsto en el [art. 29](#) de la CN⁹⁷². Sobre estos dos puntos, volveremos más adelante en este capítulo.

En Argentina y en Latinoamérica en general, las amnistías han sido usuales en los procesos de transición democrática luego de los regímenes dictatoriales del siglo pasado. Especialmente en este contexto, estas leyes suscitan conflictos de justicia y de legitimidad. En particular, las cuestiones jurídicas que han rodeado más recientemente a estas leyes han girado en torno a su compatibilidad con tratados internacionales de derechos humanos. A continuación, nos centraremos en las amnistías sancionadas en Argentina en relación con las violaciones a derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar.

II. LEY DE AUTOAMNISTÍA

La primera ley de amnistía en relación con estos crímenes fue el dec.-ley 22.924, sancionado el 23/9/1983 durante la presidencia *de facto* del general Bignone, poco antes de que se realizaran las elecciones para el nuevo gobierno democrático. Esta ley incluyó "los delitos cometidos con motivación o finalidad terrorista o subversiva, desde el 25/5/1973 hasta el 17/6/1982" así como "las acciones dirigidas a prevenir, conjurar o poner fin a las referidas actividades terroristas o subversivas". Además de suprimir las penas correspondientes, la ley prohibió la investigación de estos hechos.

La ley representaba un obstáculo difícil de superar a fines de esclarecer y sancionar estas violaciones de derechos humanos. En la doctrina, se postularon al menos dos argumentos para justificar la invalidez de la autoamnistía cuando aún estaba vigente. Por un lado, Genaro Carrió y Carlos Nino consideraban que esta autoamnistía era incompatible con el [art. 29](#) de la CN, que prohíbe el otorgamiento de poderes extraordinarios al Ejecutivo. Dado que el decreto-ley amnistiaba e impedía la investigación de las acciones de un Poder Ejecutivo que había hecho uso de facultades legislativas, sostenían que la ley violaba el precepto constitucional⁹⁷³. Esta interpretación tiene sustento en precedentes de la Corte Suprema como "Perón, Juan Domingo y otros s/traición". Allí, la Corte dijo que los delitos de "traición a la patria" representan "un límite infranqueable que el Congreso no puede desconocer o sortear mediante el ejercicio de su facultad de conceder amnistías"⁹⁷⁴. Por otro lado, Carlos Nino desafiaba la validez de toda la legislación sancionada durante el gobierno *de facto* porque consideraba que solo las normas de origen democrático gozaban de la presunción de aceptabilidad moral⁹⁷⁵.

Negar la fuerza obligatoria del dec.-ley 22.924 desde su nacimiento era importante pues, de otro modo, aun si fuese derogada la autoamnistía, la obligación de aplicar la ley penal más benigna suponía un desafío para enjuiciar a quienes habían sido beneficiados por la autoamnistía. En efecto, cuando la [ley 23.040](#) derogó⁹⁷⁶ la Ley de Autoamnistía sancionada por el general Bignone y se inició el histórico juicio a las juntas militares, los acusados Videla, Massera, Agosti y Viola alegaron que la [ley 23.040](#) violaba el principio de irretroactividad penal y que debía aplicarse, en cambio, la Ley de Autoamnistía 22.924 por ser la ley penal más benigna.

La Corte consideró que los planteos de la defensa no eran atendibles porque "no se ha dictado una ley penal posterior al hecho del proceso, sino que se derogó una norma que excusaba hechos ilícitos anteriores, plenamente incriminados al tiempo de su comisión, restableciéndose el sistema vigente; de donde el posible conflicto debe considerarse entablado entre la [ley 23.040](#) y el art. 2º del Cód. Penal. La similar jerarquía de las normas en juego permite, entonces, que la cuestión quede expresamente resuelta por la ley posterior (...)"⁹⁷⁷.

El tribunal también señaló que, si bien en algunos casos se habían reconocido ciertos derechos adquiridos durante gobiernos *de facto* por cuestiones de seguridad jurídica, tal reconocimiento no correspondía cuando "tales normas configurasen un evidente abuso de poder frente a las garantías y derechos esenciales de los individuos, o bien un palmario exceso en el uso de las facultades que ejercitaran los poderes públicos que se desempeñasen en sustitución de las autoridades legítimas. (...) [N]o puede existir un derecho de propiedad —como por extensión del art. 17 de la Constitución se ha interpretado en los recursos— ni aducirse el

cercenamiento de derechos adquiridos mediante la ley *de facto* 22.924, que pretendió excusar de responsabilidad penal a quienes abusando del poder político, cometieron graves crímenes comunes"⁹⁷⁸.

III. LEYES DE OBEDIENCIA DEBIDA Y DE PUNTO FINAL

En 1986 y 1987, se dictaron dos nuevas leyes conocidas como las leyes de Obediencia Debida⁹⁷⁹ y de Punto Final⁹⁸⁰. Estas normas dispusieron, respectivamente, la eximición de responsabilidad de los oficiales de menor rango y un límite temporal para la presentación de denuncias por los delitos cometidos durante la dictadura militar, con excepción del delito de apropiación de niños.

Si bien la Ley de Obediencia Debida sea probablemente el ejemplo más usual de una ley de amnistía en Argentina, su carácter fue controvertido. En este sentido, el juez Bacqué sostuvo que no podía tratarse de una amnistía dado que, de acuerdo con el art. 3º de esa disposición, la ley se aplicaba únicamente a las causas pendientes, es decir, a aquellas en las que no hubiese recaído sentencia⁹⁸¹. En su entender, este alcance limitado significaba que la ley no tenía el carácter general propio de las amnistías, sino que había sido dictada en ejercicio de la función judicial, lo cual infringía el principio de división de poderes⁹⁸².

Las leyes fueron derogadas y declaradas nulas por el Congreso Nacional y luego declaradas inconstitucionales por el Poder Judicial. Estas decisiones fueron producto de un largo camino que describimos brevemente a continuación.

IV. PRIMERA POSICIÓN DE LA CORTE EN RELACIÓN CON LA VALIDEZ DE LAS LEYES DE OBEDIENCIA DEBIDA Y DE PUNTO FINAL: CASO "CAMPS"

En un primer momento, la Corte Suprema sostuvo la constitucionalidad de la ley 23.521, por ejemplo, en el caso "Camps"⁹⁸³. La sentencia de la Corte se basó centralmente en el supuesto carácter no revisable de la decisión del Congreso. Así, la Corte razonó que dictar amnistías era una decisión de política discrecional que el Poder Legislativo estaba constitucionalmente autorizado para tomar y, por ello, no correspondía analizar su conveniencia⁹⁸⁴. El juez Petracchi analizó los graves defectos de la ley en cuestión, pero también consideró que se trataba de una decisión política no revisable⁹⁸⁵.

Como fue señalado, el juez Bacqué, en su voto en disidencia, consideró que, dado el ámbito restringido de aplicación de la ley, esta resultaba violatoria de la división de poderes y, por lo tanto, inconstitucional. Asimismo, Bacqué explicó que aun si se hubiese tratado de una ley de amnistía, el Poder Legislativo carecía de facultades para sancionar amnistías en relación con el delito de tortura, pues "la finalidad primordial

de la amnistía es la de alcanzar sólo a los delitos políticos y a los comunes que tuviesen una relación atendible con el móvil político alegado [y, en consecuencia, quedan] excluidos de los beneficios de la amnistía los delitos de características atroces o aberrantes"⁹⁸⁶.

V. REFORMA DE 1994 Y JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La incorporación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la Constitución Nacional, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la actividad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tuvieron un gran impacto en la jurisprudencia argentina en materia de amnistías. La reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a la Convención Americana y otros tratados de derechos humanos. En esta sección, presentamos algunos de los casos de la Corte Interamericana que mayor efecto tuvieron en los tribunales domésticos en tanto sirvieron para justificar jurídicamente la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521.

En primer lugar, en el caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", la Corte Interamericana estableció que los Estados estaban obligados, de acuerdo con la Convención, a investigar y sancionar determinadas violaciones de derechos humanos⁹⁸⁷. Llegó a esta conclusión a partir del art. 1º.1 de la Convención, según el cual "[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su pleno y libre ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (...)"⁹⁸⁸. La Corte consideró que las leyes de amnistía también violaban el derecho a la protección judicial, consagrado en el art. 25 de la Convención, y las garantías judiciales reconocidas en el art. 8º.

Por otra parte, el 2/10/1992, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó el Informe 28/92⁹⁸⁹. En este informe, la Comisión aplicó la interpretación establecida en "Velásquez Rodríguez" en el escenario argentino. De este modo, consideró que las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final, así como el dec. 1002/1989⁹⁹⁰, eran incompatibles con la Convención. Sobre esta premisa, recomendó al Estado esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de los delitos ocurridos durante la última dictadura militar.

La Comisión volvió a intervenir en 2000, cuando se firmó el Acuerdo de Solución Amistosa entre el Estado argentino y la señora Lapacó, quien había fracasado en los tribunales argentinos en el intento de que la justicia esclareciera lo ocurrido con su hija Alejandra Lapacó, desaparecida durante el gobierno militar. En este acuerdo, el Estado argentino se comprometió a garantizar el derecho a la verdad y a hacer todos los

esfuerzos necesarios para esclarecer lo ocurrido con las personas desaparecidas⁹⁹¹.

Sobre la base de la interpretación establecida en "Velásquez Rodríguez", la Corte Interamericana decidió sobre la convencionalidad de distintas leyes de amnistía en una gran cantidad de casos. Uno de ellos fue "Barrios Altos vs. Perú", que años más tarde tendría especial incidencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Este caso se refirió a una masacre que tuvo lugar en Perú en 1991. Un grupo paramilitar formado por miembros de las Fuerzas Armadas del Perú y afiliado al gobierno de Alberto Fujimori mató a quince personas cuando entró a un barrio humilde de Perú en busca de algunos miembros del grupo terrorista Sendero Luminoso. Algún tiempo después, comenzó la investigación judicial de los hechos. Sin embargo, la ley 26.479 impidió el avance de este proceso.

La Corte Interamericana resolvió la incompatibilidad de esa ley de amnistía con la Convención en los siguientes términos: "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas"⁹⁹². Al igual que lo había hecho en "Velásquez Rodríguez", el tribunal internacional razonó que esta ley había violado el derecho de las víctimas a ser oídas por un juez (art. 8º.1 de la Convención) y el derecho a la protección judicial (art. 25 de la Convención). Asimismo, la ley de amnistía impedía "la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el art. 1º.1 de la Convención"⁹⁹³. Gargarella señala que la Corte Interamericana no hizo ninguna consideración específica sobre el hecho de que esa ley de amnistía había sido sancionada por quienes se beneficiarían de ella y a través de un mecanismo de decisión cuestionable y de poca legitimidad democrática⁹⁹⁴.

Por último, en el caso "Gelman v. Uruguay", la Corte Interamericana volvió a discutir la compatibilidad entre las leyes de amnistía y la Convención Americana. Aunque la decisión no ha tenido impacto en la jurisprudencia argentina, plantea algunas cuestiones interesantes sobre las leyes de amnistía en el marco del sistema interamericano. En este caso, se discutió la validez de la ley de amnistía uruguaya que impidió el avance de determinados juicios contra los responsables por los crímenes cometidos durante la última dictadura que tuvo lugar en Uruguay. Al igual que en casos anteriores, la Corte Interamericana resolvió la invalidez de la amnistía sobre la interpretación que ya había realizado del art. 1º.1 de la Convención.

El caso tiene interés porque, a diferencia del caso peruano, esta ley fue ratificada mediante dos plebiscitos populares de gran participación ciudadana, lo que *a priori* parecería indicar un alto nivel de legitimidad democrática. Sin embargo, el tribunal se refirió muy brevemente a la particular legitimidad democrática de esta ley de amnistía en comparación con otras leyes análogas sancionadas en la región. En este sentido, dijo que la "sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del derecho internacional (...) La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales (...)"⁹⁹⁵.

VI. SEGUNDA ETAPA: ADOPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Los tribunales domésticos utilizaron el desarrollo jurisprudencial del sistema interamericano para justificar la invalidez de las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final⁹⁹⁶.

En un primer momento, la Corte Suprema continuó sosteniendo que las investigaciones no podían avanzar por la vía penal⁹⁹⁷. Sin embargo, en 1998, en el caso "Urteaga", resolvió que, en los casos de desaparecidos, era procedente la acción de *habeas data*, figura incorporada en la reforma de 1994, a fines de investigar los hechos ocurridos y el paradero de los desaparecidos⁹⁹⁸.

En el mismo año, el Congreso Nacional derogó las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final⁹⁹⁹. Sin embargo, la ley no anulaba los efectos ya cumplidos por las leyes de amnistía. Años más tarde, en 2003, el Congreso sancionó una nueva ley, que declaró nulas las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final¹⁰⁰⁰. De todos modos, aún quedaban obstáculos por resolver para habilitar la reapertura de los juicios. En particular, los crímenes se encontraban *prima facie* prescriptos y la derogación de las leyes de amnistía con carácter retroactivo estaba en tensión con el principio de irretroactividad de la ley penal.

Por un lado, en relación con la prescripción, la Corte sentó su postura en el caso "Arancibia Clavel"¹⁰⁰¹. En esta oportunidad, el tribunal estableció que las leyes de prescripción penal domésticas habían quedado desplazadas por tratados internacionales, en particular por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Sin embargo, la Convención había sido ratificada con posterioridad a la comisión de los hechos¹⁰⁰² y la Corte ya había establecido que la prescripción conformaba parte de la ley penal y, por lo tanto, no podía aplicarse retroactivamente¹⁰⁰³. En este sentido, el tribunal resolvió que la Convención no establecía la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, sino que reafirmaba este principio como

parte de la costumbre internacional, ya vigente e imperativo al momento de la comisión de los hechos.

Por otro lado, la cuestión sobre el principio de irretroactividad fue tratada cuando la Corte, finalmente, declaró la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final en el caso "Simón"¹⁰⁰⁴.

Aunque los ocho votos concurrentes presentan argumentos diferentes, es indudable la influencia de la jurisprudencia del sistema interamericano en todos ellos. En particular, el juez Petracchi, quien modificó el criterio que había sostenido en "Camps", decidió casi exclusivamente sobre la base del derecho internacional. Justificó el cambio de criterio a partir de la incorporación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados en la reforma constitucional de 1994. Además, entendió que la Convención debía ser aplicada tal como había sido interpretada por la Corte Interamericana. En particular, dijo que las conclusiones de "Barrios Altos" debían ser trasladadas a los casos argentinos¹⁰⁰⁵. Así, concluyó que "la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de 'irretroactividad' de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos"¹⁰⁰⁶. En consecuencia, de acuerdo con esta interpretación, la obligación internacional del Estado argentino de investigar y sancionar estos crímenes no podía ser incumplida por la existencia de garantías reconocidas en el derecho interno.

Otro de los argumentos principales desarrollados por los jueces en esa oportunidad fue que no se configuraba un supuesto de aplicación retroactiva de la ley penal porque la imprescriptibilidad de estos crímenes era una norma de derecho internacional ya receptada en el actual art. 118 de la Constitución¹⁰⁰⁷.

El juez Fayt, en disidencia, entendió que los tratados internacionales, en particular la Convención Americana y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, no podían determinar la imprescriptibilidad de los crímenes cometidos con anterioridad a su ratificación por no cumplir con el requisito de ley previa. En relación con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, Fayt se expresó en el siguiente sentido:

"(...) de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tampoco se deriva necesariamente la posibilidad de aplicación retroactiva del principio de imprescriptibilidad. En efecto, de su examen no puede concluirse sin más que la omisión de los jueces de aplicar ex post facto las normas mencionadas [los tratados internacionales], vulnera la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por lo tanto, genere responsabilidad internacional. Al respecto cabe puntualizar que la Corte Interamericana jamás ha afirmado

expresamente que para cumplir con el deber de garantía deba aplicarse una norma que vulnere el principio de legalidad, establecido, por otra parte, en el art. 9º de la Convención Americana y cuyo cumplimiento también ha de asegurarse como deber de garantía del Estado parte"¹⁰⁰⁸.

Otro eje fundamental de discusión en "Simón" fue la validez de la ley 25.779, que había declarado la nulidad de las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final. La cuestión en debate era si el Poder Legislativo estaba facultado para dictar la nulidad de una norma o si esta era una función exclusivamente judicial. Aquí, los jueces presentaron posiciones marcadamente diferentes aunque la mayoría coincidió en su validez. Por un lado, el juez Maqueda concluyó que la declaración de nulidad hecha por el Congreso se encontraba dentro de las potestades legislativas pues entendía que el control constitucional de las leyes y asegurar que todo el ordenamiento legal argentino se adecuara a las normas de mayor jerarquía eran tareas de todos los poderes: "(...) sin duda el Poder Legislativo, en su condición de órgano representativo de la voluntad popular en el contexto de un Estado constitucional de derecho, es el primer obligado a dar cuenta del grado de adecuación de su accionar en los términos del mandato constitucional"¹⁰⁰⁹.

Por otra parte, la posición contraria fue desarrollada en el voto del juez Petracchi. De acuerdo con esta postura, la ley 25.779 solo podía ser declarada válida en tanto llegaba a la conclusión jurídicamente correcta, pero Petracchi no admitió que el Poder Legislativo tuviese la facultad de anular leyes: "(...) queda claro que el contenido mismo de lo declarado por la ley 25.779 coincide con lo que los jueces deben declarar con relación a las leyes referidas. Diferente sería la cuestión, si la nulidad declarada por la ley fuera contraria a derecho. Pero, en la medida en que las leyes deben ser efectivamente anuladas, declarar la inconstitucionalidad de dicha norma para luego resolver en el caso tal como ella lo establece constituiría un formalismo vacío (...) Su efecto vinculante para los jueces sólo deriva, en rigor, de que la doctrina que ella consagra es la correcta: la nulidad insalvable de las leyes 23.942 y 23.521"¹⁰¹⁰.

A su vez, desde una posición que podría calificarse como intermedia, el juez Zaffaroni decía que "[e]l Congreso Nacional no está habilitado en general para anular leyes"¹⁰¹¹. En este sentido, Zaffaroni explicó que reconocer esta facultad al Congreso significaría desconocer el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa¹⁰¹². Sin embargo, en este caso particular, en el que el Poder Legislativo había sancionado la ley en cumplimiento de sus obligaciones internacionales y en el marco de una situación de suma gravedad institucional, el juez falló a favor de la constitucionalidad de la ley.

Este breve recorrido histórico permite indagar sobre las usuales dificultades jurídicas y éticas que presentan las leyes de amnistía. En

general, muestran soluciones posibles a las tensiones entre necesidades políticas y el valor justicia. En Argentina, si en un primer momento la visión de la Corte fue más deferente a la discrecionalidad del Poder Legislativo, el reclamo de la sociedad y de organizaciones internacionales por investigar judicialmente a los responsables de los crímenes de la última dictadura militar condujeron a adoptar una visión más restrictiva de esta facultad del Congreso.

AMNISTÍAS Y TRIBUNALES INTERNACIONALES. UNA REFLEXIÓN A PARTIR DEL CASO "GELMAN"

Comentario por Roberto Gargarella¹⁰¹³

El 24/2/2011, al resolver el caso "Gelman vs. Uruguay", la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) condenó a Uruguay por la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y el nacimiento en cautiverio de su hija Macarena Gelman, durante la dictadura militar¹⁰¹⁴. En su fallo, la Corte sostuvo que Uruguay debía remover todo obstáculo que permitiera la impunidad de los responsables del hecho. En tal sentido, consideró que la ley 15.848, de *Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado* ("Ley de Caducidad"), promulgada el 22/12/1986, que impedía que fueran llevados a juicio quienes habían cometido graves violaciones de derechos humanos durante la dictadura militar, resultaba carente de efectos jurídicos, dada su incompatibilidad con la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Al mismo tiempo, consideró que no constituía un impedimento para dejar sin efecto a la ley, el hecho de que la misma hubiera sido aprobada democráticamente, y luego respaldada popularmente a través de *dos consultas directas con la ciudadanía*.

En lo que sigue concentraré mi análisis en dos tópicos centrales: el primero, vinculado con la *democracia*; y el segundo, vinculado con los *derechos*.

I. DEMOCRACIA. EL PROBLEMA DE LA GRADACIÓN DEMOCRÁTICA

La cuestión democrática resulta central, como veremos, en el marco de la causa "Gelman". Los jueces de la Corte IDH le dedican al tema algunos de sus considerandos más importantes. Así, en el apart. 238 de su decisión, la Corte manifiesta que

"El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia (...) se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquel".

A renglón seguido, en su consid. 239, la Corte extendió y clarificó su posición en la materia al sostener que

"La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana".

De este modo, y en fuertes términos, la Corte se apresuró a restar validez a la Ley de Caducidad¹⁰¹⁵. E inmediatamente, y en el mismo párrafo, el tribunal hizo lo propio, también, con las dos consultas directas hechas por el gobierno rioplatense a la ciudadanía del país: en primer lugar, el recurso de *referéndum* (párr. 2º del art. 79 de la Constitución del Uruguay), en abril de 1989; y más luego, un *plebiscito* (literal A del art. 331 de la Constitución del Uruguay), sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los arts. 1º a 4º de la ley, el 25/10/2009.

Una primera pregunta que genera lo decidido por la Corte se vincula con el lugar en donde aparece la tensión denunciada entre las decisiones democráticas del caso, y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Más específicamente: ¿cuál era el aspecto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que estaba siendo desafiado por las decisiones democráticas tomadas en Uruguay? La respuesta había sido anticipada por la Corte, y era retomada ahora en la sección F de su decisión, referida a "Las amnistías y la jurisprudencia de esta Corte". Allí, la Corte volvió a insistir sobre la idea según la cual "las leyes de amnistía, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu del Pacto de San José (de Costa Rica)." Esta idea ya había sido expresada por la Corte, de otro modo, en casos como "Barrios Altos vs. Perú", del 2001, y su decisión se relacionaba también con lo dicho en sus fallos "La Cantuta vs. Perú", del 2006; "Almonacid Arellano vs. Chile", del 2006; y "Gomes Lund vs. Brasil", del 2010¹⁰¹⁶. Ello así, pues las amnistías (agregó el tribunal en su decisión de "Gelman", consid. 226) impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos y, consecuentemente, el acceso de las víctimas y sus familiares a la verdad

de lo ocurrido y a las reparaciones correspondientes, obstaculizando así el pleno, oportuno y efectivo imperio de la justicia en los casos pertinentes, favoreciendo, en cambio, la impunidad y la arbitrariedad, afectando, además, seriamente el estado de derecho, motivos por los que se ha declarado que, a la luz del Derecho Internacional, ellas carecen de efectos jurídicos.

Lo señalado por la Corte IDH en la materia resulta difícil de aceptar por varios motivos, algunos de los cuales examinaremos en el marco de este trabajo. Por el momento, llamaría la atención sobre una primera cuestión, que tiene que ver con lo siguiente. Latinoamérica tiene una larga historia de amnistías y leyes de perdón, y esa historia se tornó especialmente densa y poblada en las últimas décadas a raíz de dos motivos bien conocidos: por un lado, la grave oleada de quiebras democráticas y masivas violaciones de derechos humanos producidas, muy en particular, desde comienzos de la década del 70; y por otro, la desigualdad política y económica que desde siempre ha afectado a la región, y que se ha manifestado también en la presencia de actores con enorme capacidad de acción y presión sobre los poderes políticos democráticos.

Ahora bien, por una diversidad de razones (relacionadas por caso con el aprendizaje mutuo que se dio en todos estos años entre los distintos países de la región, los temores y entusiasmos generados por las experiencias vecinas, las diferentes maneras en que se dio la transición en los distintos países, la mayor fortaleza o debilidad de sus actores civiles, etc.), las amnistías que fueron apareciendo en la región respondieron a motivaciones diversas, y adquirieron formas y contenidos también diferentes. De allí que la decisión de la Corte de considerar igualmente carentes de validez jurídica a *todas* las amnistías aparecidas frente a graves violaciones de derechos humanos, a pesar de sus diferencias evidentes y relevantes, pueda resultar, en principio, poco sutil y, finalmente, injusta.

Ello así, en particular, teniendo en cuenta un elemento especialmente importante y diferenciador entre las diversas amnistías producidas: su diferente *legitimidad democrática*. Es aquí donde aparece la dificultad que denominara *problema de la gradación democrática*.

Quisiera ilustrar las diferencias que señalo haciendo referencia a cuatro amnistías —según entiendo, muy diversas entre sí— aparecidas en la región durante los últimos 30 años. Me refiero a i) la autoamnistía dictada por el Proceso de Reorganización Nacional de la Argentina, antes de abandonar el poder; ii) la autoamnistía dictada por el régimen de Alberto Fujimori, en Perú, luego de producida la masacre de Barrios Altos; iii) las leyes de perdón dictadas por el gobierno democrático de Raúl Alfonsín, en la Argentina, para poner término a los juzgamientos contra los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas

en el país desde 1976 y iv) la Ley de Caducidad dictada en el Uruguay y respaldada a través de dos procesos de consulta popular. Doy a continuación algunos datos sobre estas, solo para quien no esté básicamente familiarizado con alguna de ellas.

i) La primera de las amnistías mencionadas se relaciona con la ley 22.934 o "Ley de Autoamnistía" que fue dictada bajo el gobierno del dictador general Bignone, el 23/9/1983, a semanas de la asunción del nuevo gobierno democrático de la Argentina, que habría de estar encabezado por el presidente Raúl Alfonsín. La norma en cuestión se dictó con el explícito objetivo de "pacificar al país" y asegurar la "reconciliación social", y vino a perdonar todos los actos "subversivos o antisubversivos" cometidos entre mayo de 1973 y junio de 1982, cubriendo a los responsables directos de los crímenes en cuestión y a quienes habían colaborado con ellos. La amnistía, por supuesto, se dictó bajo condiciones de máximas restricciones a las libertades políticas y civiles, y ausencia de instituciones que expresaran o fueran responsables ante la voluntad popular¹⁰¹⁷.

ii) La segunda amnistía a la que quiero hacer referencia es la que dictó el presidente Alberto Fujimori tiempo después de que se produjera la masacre de Barrios Altos, en una barriada pobre en Perú, el 3/11/1991. La masacre había sido cometida por un escuadrón parapolicial, cercano al gobierno, en búsqueda de miembros del grupo terrorista Sendero Luminoso, y había generado una honda conmoción social, que derivó en la apertura de un proceso político y judicial en busca de los responsables de esta. El Congreso, sin embargo, impidió la prosecución de las investigaciones a través de la ley 26.479, aprobada el 14/6/1995, que determinó una amnistía general para todos los involucrados en el hecho, y que se extendió a todas las violaciones de derechos humanos cometidas luego de mayo de 1980¹⁰¹⁸. Dos hechos adicionales merecen destacarse en torno a esta amnistía. Por un lado, la decisión legislativa del caso fue tomada luego de que Fujimori cerrara el Congreso y lograra controlar por completo el tablero político, a la vez que restringía severamente el debate democrático a través de acciones sobre la prensa y las organizaciones políticas y sindicales capaces de desafiar su autoridad. Por otro lado, debe señalarse que, luego de caído Fujimori, la investigación sobre la masacre fue reabierta y el caso llegó a instancias de la Corte Interamericana. Así fue como, en una decisión del 14/3/2001, la Corte IDH, en el citado fallo "Barrios Altos", consideró la invalidez de este tipo de amnistías.

iii) La tercera amnistía en la que pienso tiene que ver, en verdad, con una serie de decisiones tomadas por el gobierno de Raúl Alfonsín en la Argentina, preocupado por el desarrollo que había adoptado el histórico juicio a las juntas militares que él mismo había promovido. Una primera muestra de tales medidas de perdón apareció en abril de 1986, cuando el Ministerio del Interior dictó una serie de "instrucciones" a los fiscales, para

que concentraran su acción persecutoria sobre los altos jefes militares, antes que en la oficialidad más joven. De modo más relevante, apareció luego la ley 23.492 o "Ley de Punto Final" dictada en diciembre de 1986, que estableció la caducidad de la acción penal contra los imputados en casos de desaparición forzada de personas, si estos no eran llamados a declarar en un plazo de 60 días (y considerando que ya habían transcurrido dos años de la apertura de los juicios). La ley, que procuró poner un "punto final" al proceso de remoción del pasado, solo serviría para acelerar la apertura de nuevas causas, contradiciendo así su propósito inicial. Por ello mismo, la norma sería seguida por otra ley, la 23.521 o Ley de Obediencia Debida, dictada el 4/6/1987. Esta vino a establecer una presunción *iuris et de iure* (es decir, que no admitía prueba en contrario), respecto de los delitos cometidos durante el Proceso militar, en la medida en que estos hubieran sido realizados en cumplimiento de órdenes de sus superiores en rango militar. Es importante anotar, además, que la norma fue dictada al poco tiempo de una grave rebelión de oficiales jóvenes, en la Semana Santa de 1987¹⁰¹⁹. Ambas leyes —las de Punto Final y Obediencia Debida— resultarían invalidadas años después por el propio Congreso argentino, a la vez que anuladas por la Corte Suprema en el caso "Simón"¹⁰²⁰ —esto último, tiempo después de que en el fallo "Camps"¹⁰²¹ la Corte las hubieran considerado como válidas.

iv) La última ley de amnistía a la que quiero referirme es la Ley de Caducidad uruguaya, objeto de estudio principal en este escrito¹⁰²². Al respecto, quisiera señalar que esta fue aprobada por el parlamento uruguayo el 22/12/1986, y luego considerada constitucional por la Suprema Corte de Justicia uruguaya, en el año 1988. Más tarde, y tal como anticipara, la ley resultó puesta bajo escrutinio popular en dos oportunidades¹⁰²³. La primera ocasión tuvo que ver con un referéndum organizado por una Comisión Nacional Pro Referéndum creada en 1987. El escrutinio se realizó en abril de 1989, y se propuso derogar los primeros 4 artículos de la Ley de Caducidad. La ley, sin embargo, fue sostenida por el 58% de los votos. Años después, y ya con el Frente Amplio en el poder (agrupación que no había propuesto, en su plataforma electoral, derogar ni anular la ley en cuestión), la ciudadanía llegó a juntar 340.000 firmas (más de las 260.000 necesarias) para hacer un plebiscito sobre la norma objetada. El plebiscito se terminó realizando el 25/10/2009, y en él se propuso anular y declarar inexistentes a los primeros 4 artículos de la ley 15.848. Los votos a favor de la invalidación de la ley llegaron aproximadamente al 48%, con lo cual la misma mantuvo su vigencia¹⁰²⁴.

Teniendo en cuenta estas cuatro amnistías, es posible llamar la atención sobre la diferencia sustantiva que se advierte entre tales estrategias normativas de perdón. Podemos hablar aquí de una clara *gradación* entre estas, en lo relativo a su legitimidad democrática¹⁰²⁵.

En efecto, a la luz del *racconto* histórico anterior podríamos decir que la primera de las normas citadas, i) dispuesta por el general Bignone, nos refiere a una amnistía dispuesta por un cruento régimen militar, a favor de sí mismo, en su peor momento de popularidad. Es decir, se trató en este caso de una norma situada en un *extremo de falta de legitimidad*.

En segundo lugar tenemos a ii), una norma impulsada por el presidente peruano Fujimori, y aprobada por el (conocido como) nuevo Congreso Constituyente Democrático en 1995, que apareciera luego de que el Congreso fuera cerrado por el (auto)golpe del 5/4/1992, impulsado por el propio presidente Fujimori (los miembros del nuevo Congreso unicameral de Perú aún no habían tomado posesión de sus cargos), y en un contexto de fuertes restricciones a los derechos civiles y políticos. Es decir, nos encontramos aquí con una ley que goza de una muy baja presunción de validez o, lo que es lo mismo para nuestros propósitos, de una *muy baja legitimidad democrática*.

Luego nos encontramos con iii), las leyes de perdón promovidas por el gobierno democrático de Raúl Alfonsín, aprobadas por el Congreso nacional y respaldadas luego por la Corte Suprema. Y, aunque es siempre difícil medir la legitimidad de una norma, podría decirse que las leyes de perdón alfonsinistas se dieron en un contexto de amplias libertades civiles y políticas, movilización ciudadana en las calles y amplia disputa y debate público. Lo dicho, de todos modos, no debe impedirnos reconocer que, al mismo tiempo, tales normas surgieron a partir de indebidas presiones militares, que culminaron en la fuerte asonada de Semana Santa. De este modo, podríamos decir que en este caso nos encontramos con normas, en principio, *democráticamente legítimas*, aunque al mismo tiempo golpeadas en su legitimidad por la presión ilegítima de los sectores militares¹⁰²⁶.

Finalmente llegamos a iv), el caso de Uruguay, en donde volvemos a encontrarnos con una norma de amnistía dictada dentro de un contexto de plenas libertades civiles y políticas, aunque afectada tanto por los miedos esperables (y típicos en cualquier democracia) que podía generar el ejemplo argentino, como por presiones (en muchos casos inaceptables) ejercidas por los militares uruguayos (aunque no en forma de asonada, como en el caso argentino)¹⁰²⁷. La legitimidad de la norma en cuestión, por lo demás, resultó notablemente reforzada por la presencia de dos consultas populares, entendidas naturalmente como máxima expresión de la soberanía popular. Podemos hablar aquí, entonces, de una norma *democráticamente legítima, en un grado significativo*.

Las diferencias que separan, por caso, la autoamnistía de la dictadura militar argentina y la Ley de Caducidad uruguaya resultan extraordinarias, y ameritan, cuanto menos, un proceso de estudio y distinción trabajoso y cuidado. Como sostuviera Carlos Nino en su momento, no había mayores

razones para considerar válida la autoamnistía, que luego (en cierta medida siguiendo sus invocaciones) derogara el Congreso argentino¹⁰²⁸. Sin embargo, debiera ser claro, el caso de la Ley de Caducidad planteaba un asunto por completo distinto al de la autoamnistía militar en la Argentina —un caso que involucraba a un complejo, atribulado, conflictivo, pero en todo caso deliberado proceso de reflexión colectiva.

La Corte IDH, en su sentencia, debió haber hecho un especial esfuerzo argumentativo para distinguir unas amnistías de otras, en su sentencia. Ello, no simplemente por pretensión académica o teórica, sino en respeto de lo que significa para la ciudadanía lograr acuerdos democráticos de nivel semejante. Si una norma goza de (cierta) legitimidad democrática, ella no puede ser, luego, simplemente desafiada como si se tratara de una norma emanada de una dictadura. *En otros términos, existe un problema serio cuando se toman como idénticas —por caso— normas ilegítimas de un modo extremo y normas democráticamente legítimas, en un grado significativo.*

Al respecto, es interesante recordar que, en el caso que aquí más nos interesa, el de Uruguay, encumbrados dirigentes y juristas vinculados con el gobierno del Frente Amplio, supieron reconocer bien el significado de los reiterados pronunciamientos mayoritarios en respaldo de la norma de perdón. Ello, más allá del hecho de que muchos de tales individuos estuvieran convencidos de la necesidad de juzgar a todos los responsables de la comisión de crímenes masivos y militaran, en consecuencia, en pos de tal objetivo.

Contra tales manifestaciones, el enfoque adoptado por la Corte IDH en el fallo "Gelman" se mostró esquemático y carente de matices. Para la Corte, simplemente, las amnistías se encontraban prohibidas en todos los casos. Los jueces de la Corte dejaron en claro que la incompatibilidad con la Convención de Derechos Humanos no se limitaba a las "autoamnistías" sino que alcanzaba a todo tipo de amnistías, porque lo relevante no era "el proceso de adopción" de la norma o "la autoridad que emitió la ley de amnistía," sino "su *ratio legis*", es decir, "dejar impunes graves violaciones al derecho internacional" (consid. 229). Más gravemente aún, y por si lo anterior no fuera suficientemente claro, la Corte señaló entonces que, para el caso específico del Uruguay, el hecho de que "la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional." Para la Corte, la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana "no deriva de una cuestión formal, como su origen", sino de su aspecto material. Es decir, la expresión de un Congreso soberano, tanto como la organización ciudadana de un referéndum primero, y luego de un plebiscito, representaban cuestiones meramente *formales*, que poco tenían que ver con la validez sustantiva de la ley¹⁰²⁹.

En definitiva, en menos de 10 renglones, y básicamente sin dar argumentos, el pronunciamiento de la Corte IDH en "Gelman" desautorizó sin atenuantes ni matices la decisión del Congreso uruguayo, ratificada por la voluntad de más del 50% de la población expresada de modo limpio y directo. El problema que identificáramos como de la *gradación democrática* quedaba de este modo expuesto, de la forma más grave.

II. DERECHOS. EL PROBLEMA DEL DESACUERDO Y LA DESCONFIANZA HACIA LAS MAYORÍAS

Mucho de lo dicho y no dicho por la Corte IDH en "Gelman", en materia de democracia, puede ser entendido mejor cuando se reconoce cuáles fueron sus supuestos al referirse a la idea de derechos. Aunque el fallo "Gelman" es suficientemente explícito al respecto, existe un fundamental antecedente de este que revela, aun mejor que el propio fallo, la concepción que se tornó entonces relevante en relación con las nociones de democracia y derechos.

El antecedente al que me refiero es el caso "Nibia Sabalsagaray Curutchet", decidido el 19/10/2009, y a través del cual la Suprema Corte de Justicia de Uruguay declaró por unanimidad que la Ley de Caducidad era inconstitucional, alegando que violaba la separación de poderes y que no podía ser considerada una ley de amnistía¹⁰³⁰. Se trata de un antecedente que la Corte IDH tomó primaria y explícitamente en cuenta para fundar su propia decisión en "Gelman".

En "Nibia Sabalsagaray", la Corte uruguaya defendió una posición teórica peculiar para fundamentar su fallo. En el núcleo central de esta, la Corte i) hizo una separación estricta entre el ámbito de la democracia y el ámbito de los derechos; ii) sostuvo que cualquier interferencia democrática con el ámbito de los derechos debía ser, en principio, considerada inválida y iii) mantuvo que era el Poder Judicial el que tenía competencia exclusiva para llevar a cabo dicha invalidación.

Siguiendo muy de cerca al pensamiento del iusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli¹⁰³¹ (autoridad de referencia permanente de la jurisprudencia latinoamericana en cuestiones relacionadas con el castigo penal), la Corte uruguaya afirmó que todo lo relativo a los derechos se ubicaba dentro de una (así llamada por Ferrajoli) *esfera de lo no decidible*:

"Como sostiene Luigi Ferrajoli, las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la 'democracia sustancial' que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría (...) bajo pena de invalidez" (caso "Nibia Sabalsagaray Curutchet", p. 30).

Luego, y citando de modo directo al autor italiano (más en particular, a su trabajo *Democracia y garantismo*), la Corte sostuvo que

"las cuestiones pertenecientes a la que he llamado 'esfera de lo decidible', los derechos fundamentales están sustraídos a la esfera de la decisión política y pertenecen a la que he llamado 'esfera de lo no decidible' (...) Siempre que se quiere tutelar un derecho como fundamental se lo sustrae a la política, es decir, a los poderes de la mayoría (...) como derecho inviolable, indisponible e inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción" (ibíd., p. 32).

Como reconociera la propia Corte uruguaya en su argumento, la idea de la *esfera de lo no decidible* por ella suscripta era paralela a la que el filósofo argentino Ernesto Garzón Valdés definiera como el *coto vedado* o la que el italiano Norberto Bobbio llamara el *territorio inviolable*. La idea resultante era, entonces, que para todos los casos (y vuelvo aquí a citar a la Corte uruguaya) "ninguna mayoría alcanzada en el Parlamento o la ratificación por el Cuerpo Electoral —ni aún si lograra la unanimidad— podría impedir que la Suprema Corte de Justicia declarara inconstitucional una ley [violatoria de derechos] (ibíd., p. 31)".

La Corte uruguaya también fue enfática sobre este último punto, referido a la modalidad y los alcances de las facultades del Poder Judicial. Sostuvo al respecto que "el análisis de aplicabilidad de una norma legal al caso concreto en función de su compatibilidad o conciliabilidad con las disposiciones y principios de la Carta está reservado, exclusivamente, al Poder Judicial, en la figura de su órgano jerarca" (ibíd., p. 34).

La Corte IDH parece seguir directamente a la decisión de la Corte uruguaya en este respecto. En el párr. 239, citando al fallo "Nibia Sabalsagaray Curutchet" sostiene que "la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las mayorías en instancias democráticas". De este modo, la Corte IDH no solo retomaba lo dicho por el supremo tribunal uruguayo sino también, y a través de este, lo señalado por Luigi Ferrajoli. Diego García Sayán, en su condición de presidente de la Corte IDH, reafirmó este punto recientemente, recuperando esta exacta cita, para luego agregar que "el límite de la decisión para las mayorías es, pues, el respeto a los derechos de las personas. Y eso porque así ha sido soberanamente decidido por los estados cuando se han hecho parte de tratados internacionales de derechos humanos"¹⁰³².

La contundencia de todas estas afirmaciones oscurece, sin embargo, la dificultad que identificáramos como el *problema del desacuerdo*, basada en el hecho de que tenemos (y seguiremos teniendo) desacuerdos radicales y razonables en relación con los derechos que queremos

proteger. Por supuesto, sería muy tranquilizador para todos nosotros si pudiéramos acordar primero, entre todos, una lista de derechos para consagrarlos inmediatamente luego en la Constitución o en una Carta de Derechos Humanos, con carácter de irrenunciables, incondicionales e inviolables por cualquier decisión mayoritaria (e incluso unánime, agregaría la Corte IDH). Empero, ocurre que disentimos, razonablemente, sobre cuáles son esos derechos y cuáles sus contenidos y contornos. Fundamentalmente de ello se trata lo que el jurista Jeremy Waldron definiera como *el hecho del desacuerdo*: nuestra vida en sociedad se encuentra decisivamente marcada por razonables y persistentes desacuerdos en materia de justicia y derechos¹⁰³³. Con el mismo Waldron también podríamos agregar algo que resulta particularmente relevante en este contexto, y es que frente a la existencia de esos profundos desacuerdos, son pocas las alternativas que nos quedan abiertas para seguir actuando juntos, más allá de continuar debatiendo hasta recurrir, finalmente, a procesos de toma de decisión basados en el uso de la regla mayoritaria.

Lo dicho no significa renunciar a la idea de derechos ni implica colapsar a la misma, simplemente, en la idea de democracia. Lo dicho pretende, más bien, objetar la estrategia contraria, esto, es decir, objetar la estrategia que pretende, simplemente, aislar a la idea de derechos de todo contacto con la noción de regla mayoritaria. En este punto, cabría señalar junto con Waldron, nuevamente, que la pretensión de independizar la discusión de los derechos del recurso a la regla de la mayoría se frustra apenas comienza a andar. Ello es lo que se advierte, claramente, en casi cualquiera de las decisiones de tribunales como la Corte IDH. Tales decisiones reflejan los dos aspectos que aquí se enfatizan: por un lado, un razonable desacuerdo interno (entre los jueces, en este caso) y, por otro, y a partir de allí, el recurso a la regla mayoritaria (en este caso, interna al tribunal) como método para zanjar ese desacuerdo.

Si la Corte uruguaya o la Corte IDH se niegan a dar este paso, ello se debe a dos supuestos adicionales (tan difíciles de sostener como el que niega el hecho del desacuerdo), que parecen estar presentes en su razonamiento. El primero de tales supuestos es el que vincula a la regla mayoritaria con una tendencia a la toma de decisiones irracionales e irrazonables y el segundo, que aparece como la contracara del primero, es el que vincula al Poder Judicial con la toma de decisiones racionales y razonables.

Ambos supuestos, por lo demás, se encuentran sistemáticamente presentes en la obra de Ferrajoli, que aparece como decisivo apoyo teórico de los tribunales citados en materias como la que nos ocupa. En definitiva, este tipo de supuestos relacionados con la irracionalidad propia de las mayorías y la necesidad (consiguiente) del control judicial, parecen ser los que han hecho posible que tribunales como los citados afirmen, con la

convicción con que lo han hecho, que las cuestiones de derechos deben ser de competencia *exclusiva* del Poder Judicial; que consideren básicamente irrelevante que una amnistía haya sido "aprobada por un régimen democrático y aún ratificada por la ciudadanía en dos ocasiones" o que califiquen a la decisión del Congreso uruguayo primero, al referéndum luego, y al plebiscito más tarde, como expresiones meramente "formales," completamente carentes de importancia a la hora de evaluar la validez de la ley.

Una excelente ilustración de cómo es que el *problema del desacuerdo* sobre el contenido de los derechos impacta en la práctica decisoria de los tribunales aparece, justamente, en el caso "Gelman" que aquí nos ocupa. El ejemplo en el que pienso no se refiere a una cuestión marginal al fallo sino a otra que se encuentra, más bien, en su mismo centro. Pienso en una de las razones centrales que alega la Corte IDH para justificar su decisión de considerar a la Ley de Caducidad como contraria a lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos. Si la Corte condena a Uruguay en su fallo, como violando la Convención a través del dictado de la Ley de Caducidad, ello se debe a que los Estados —dice la Corte— tienen la obligación de "sancionar" a los responsables de cometer crímenes graves. Dicho deber se desprende, según nos aclara la Corte IDH, de "la obligación de garantía consagrada en el art. 1º.1 de la Convención Americana" (párr. 189 de "Gelman"). Tal artículo —agrega el tribunal— obliga a los Estados a "prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos" (ibíd., párr. 190).

Ocurre, sin embargo, que cuando uno lee el art. 1º.1 de la Convención Americana, no se encuentra en absoluto con esa férrea y detalladísima serie de obligaciones enunciadas por la Corte IDH. El art. 1º.1 de la Convención lee como sigue:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En suma, una de las principales razones alegadas por la Corte IDH para condenar a Uruguay por su incumplimiento con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigente tiene que ver con un artículo de la Convención que en ningún momento hace referencia más o menos explícita a los deberes de "prevenir," "investigar", "sancionar", restablecer y "reparar" los "daños producidos por la violación de los derechos

humanos" —deberes que, según la Corte IDH, Uruguay no habría cumplimentado. Tales deberes se derivan, en definitiva, de una interpretación jurídica, cuanto menos muy polémica (y que, por lo demás, se contradice con las expresiones democráticas del Congreso y la ciudadanía uruguayas), hecha por el tribunal. Con este ejemplo, entonces, podemos reconocer de un modo claro qué es lo que significa y qué es lo que implica no tomar en cuenta el *problema del desacuerdo*, cuando meditamos sobre el sentido, significado y alcance de los derechos.

III. CONCLUSIONES

Razones como las hasta aquí expuestas son las que nos permiten poner en cuestión a la decisión tomada en el caso "Gelman". Ello, sintéticamente, por partir de una visión de la democracia (no solo basada en la desconfianza hacia la ciudadanía, sino además) "plana", es decir, incapaz de reconocer matices relevantes, en cuanto a la robustez y la legitimidad de las decisiones públicas; y por asumir una idea de los derechos rígida, por completo desacoplada de la discusión democrática (consistente con una defensa dogmática del control judicial y del consiguiente papel de los tribunales internacionales en la protección de los derechos humanos).

Art. 75, inc. 21—

Admitir o desechar los motivos de dimisión del presidente o vicepresidente de la República; y declarar el caso de proceder a nueva elección.

Comentario por Matías A. Sucunza

Esta disposición reconoce como antecedente lo preceptuado en el art. 67, inc. 6º del Proyecto de Alberdi, aunque su consagración originaria en la Constitución de 1853 agregaba que correspondía al Congreso hacer el escrutinio y rectificación de la elección de los integrantes de la fórmula presidencial una vez elegidos por el Colegio Electoral.

La sustitución de la elección indirecta por la directa explica la supresión de dicha facultad. No obstante ello, algunos autores consideran que no se le puede negar al Congreso el control político-reglamentario de la elección del presidente y vicepresidente en la medida en que él les toma juramento¹⁰³⁴.

El artículo en comentario se encuentra directamente vinculado con lo establecido en el art. 88 de la CN, en tanto regula el procedimiento de la renuncia como causal de acefalía. La renuncia del presidente o vice deberá ser presentada ante el Congreso, que podrá aceptar o no los motivos de la misma pero no rechazarla, declarando la ocasión de proceder a una nueva elección¹⁰³⁵.

La posibilidad de rechazar la renuncia parece como poco probable, sea por razones institucionales (los conflictos que generaría mantener a una persona que no quiere permanecer en el cargo diagramando, coordinando y ejecutando la acción de gobierno), personales (la decisión es personal), políticas (generaría crisis y debilidad al interior del gobierno y partido), jurídicas (se trata de una obligación personal, donde solo podría utilizar formas conminatorias para exigir su cumplimiento) o estructurales (no socavar la división de poderes mediante una decisión coercitiva contraproducente).

La envergadura del cargo y la responsabilidad que implica conlleva que ese tipo de decisiones se adopten con seriedad, obedeciendo generalmente a contextos de crisis¹⁰³⁶ o cuestiones de salud. Por eso mismo, el Congreso debería tener la madurez político-institucional suficiente como para saber efectuar ante este suceso de por sí complejo, valoraciones, juicios, medidas, opiniones y decisiones que aporten mejor y mayor estabilidad al sistema democrático.

Asimismo, la propia literalidad de la cláusula ratifica dicho entendimiento, al prescribir que el Congreso puede admitir o desechar los motivos de la dimisión, pero no la misma. El hecho de que se reserve la aceptación de los motivos puede ser relevante para fijar su posición, asumir su responsabilidad institucional y valorar-determinar eventuales reproches de responsabilidad vinculados u otras cuestiones accesorias.

Si renuncian ambos, el Congreso tiene la atribución para establecer la sucesión hasta que un nuevo presidente sea electo, aplicándose idéntica modalidad en caso de asunción del vice del cargo presidencial y vacante del primero¹⁰³⁷. Como apuntamos en nuestro comentario pertinente, dicha exigencia ha sido reglamentada, aplicándose el procedimiento y orden establecido en el art. 1º de la ley 20.972, hasta tanto se proceda a una nueva elección.

De todas formas, la práctica ha sido la de no cubrir el cargo del vicepresidente sea por la muerte de este (Marcos Paz o Francisco Beiró), por renuncia (Carlos Álvarez) o por asunción de la titularidad del Ejecutivo (Victorino de la Plaza, Ramón Castillo o María Estela Martínez de Perón). Solo una vez se llamó a elecciones generales para cubrir la vacancia del cargo de vicepresidente, cuando falleció el vicepresidente Quijano (resultó elegido Alberto Teisaire). Esto obedece a distintas razones —entre las

cuales destaca el rol secundario asignado al vicepresidente— y tiene una serie de consecuencias problemáticas para el normal desenvolvimiento del gobierno y la relación entre poderes, las cuales debiesen servir para pensar y generar cambios que fortalezcan la institucionalidad. Remitimos a las consideraciones efectuadas en los arts. 57, 58 y 88.

La Cámara Nacional Electoral ha entendido que la evaluación de conveniencia de convocar a comicios para cubrir el cargo de vicepresidente en los términos del art. 75, inc. 21 de la CN es privativa del Congreso y que no puede ser ejercida ni revisada por otra rama del Gobierno ya que es propia, peculiar, singular y exclusiva de aquel poder¹⁰³⁸.

Consideramos que la reivindicación de la noción de cuestión política no justiciable a la que apela siempre es un problema, sobremanera cuando se la ha utilizado para legitimar decisiones que restringen derechos, imposibilitando su justiciabilidad. La Constitución Nacional y la Ley de Acefalía establecen requisitos y procedimientos para proveer los cargos ausentes y restablecer la institucionalidad. Su omisión o ejercicio indebido habilita su exigibilidad y justiciabilidad, siempre que se construya un caso en el que se demuestre la existencia de una afectación actual o probable de un interés jurídicamente protegido. El respeto de las formas republicanas y democráticas conforma parte directa de nuestros derechos políticos-civiles, involucrando indirectamente todos los demás. La Corte ha tenido en los últimos años pronunciamientos que han reafirmado la necesidad de respetar los procedimientos establecidos como parte de la institucionalidad. En estos casos, la intervención del Poder Judicial debiera limitarse a ejercer una intervención eminentemente procedimentalista deferente de la voluntad política mayoritaria, sin perjuicio de controlar todos aquellos elementos reglados que las normas en cuestión fijan como condicionamientos al ejercicio (no omisión) de dicha potestad.

Art. 75, 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 Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

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.

Comentario por Samanta Biscardi

I. JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El art. 75, inc. 22 de la CN faculta al Congreso Nacional a aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede y dispone claramente que "los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes".

A su vez, el [art. 31](#) de la CN establece que "esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados que en consecuencia se dicten con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación".

La cuestión de la jerarquía de los tratados frente a las leyes, sin embargo, ha producido mucho debate doctrinario y jurisprudencial.

1.1. Jerarquía de los tratados internacionales antes de la reforma constitucional de 1994

Los preceptos constitucionales precedentemente transcritos no permiten extraer una pauta clara de interpretación respecto de la jerarquía ostentada en nuestro sistema normativo por los tratados internacionales. En uno de sus primeros precedentes, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo hincapié en la supremacía de los tratados internacionales respecto de las leyes¹⁰³⁹. Luego, sostuvo la igualdad jerárquica entre ambas fuentes, pues entendió que no surgía del texto de la Constitución un orden de prelación entre ellas, sino una igualdad jerárquica; por lo que era aplicable —al tratarse de normas de igual jerarquía— el principio de "ley posterior deroga ley anterior"¹⁰⁴⁰. Afirmó para ello que "*ni el art. 31 ni*

el 100 de la CN atribuyen prelación o superioridad a los tratados respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos —leyes y tratados— son igualmente calificados como Ley Suprema de la Nación, y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno"¹⁰⁴¹.

Esta indecisión parecía haberse terminado con la sentencia recaída en el caso "Ekmekdjian c. Sofovich", en el que la CS afirmó —a partir de la entrada en vigencia de la Convención de Viena¹⁰⁴²— que los instrumentos internacionales habían adquirido jerarquía superior a las leyes. Su razonamiento se asentó en el art. 27 de la referida convención, que inhabilita —por parte de los Estados signatarios— la invocación de normas de derecho interno como justificación para incumplir disposiciones de un tratado internacional.

Sin embargo, el precedente no zanja la cuestión, pues el argumento utilizado por la CS confunde el problema de la jerarquía de las normas con la existencia de una unidad en el ordenamiento jurídico. Ello es así porque, en realidad, la Convención de Viena solo puede establecer —al solo efecto de la responsabilidad *internacional* del Estado— que el derecho *interno* del país suscriptor no podrá nunca justificar un incumplimiento en el orden internacional. Sin embargo, de ninguna manera se sigue de esta imposibilidad de evitar —en el orden internacional— la eventual responsabilidad del Estado la existencia de una relación jerárquica en el orden *interno*.

Esta objeción no obturó a que el Máximo Tribunal confirmara la postura fijada en "Ekmekdjian" —esto es, que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena *impone necesariamente* a los órganos del Estado argentino dar prioridad absoluta a un tratado internacional ante un eventual conflicto con una norma interna contraria— en fallos posteriores¹⁰⁴³. Ello ocurrió aun en casos en los que esta primacía de los tratados internacionales se encontraba subordinada a la aseguración de los principios de derecho público constitucionales¹⁰⁴⁴. Esta interpretación del art. 27 de la Convención de Viena parecía tener como consecuencia necesaria la asignación de prevalencia de *todo* el derecho internacional sobre el derecho interno, incluyendo la CN; dado que —en los términos del art. 27 de la Convención de Viena— una manda constitucional tampoco podría ser invocada a los fines de justificar el incumplimiento con un tratado internacional. Pese a ello, la CS se encargó de aclarar que los tratados no eran jerárquicamente superiores a la Constitución Nacional¹⁰⁴⁵.

1.2. Jerarquía de los tratados internacionales con posterioridad a la reforma constitucional de 1994

La reforma constitucional de 1994 se propuso zanjar la cuestión referida a la jerarquía de los instrumentos internacionales. Así, se estableció de

forma expresa en el "nuevo" art. 75, inc. 22 que los tratados "tienen jerarquía superior a las leyes". Además, el artículo enumera una serie de convenciones de derechos humanos a las que se les confirió "jerarquía constitucional", pudiendo adquirir igual estatus otros tratados de derechos humanos mediante la intervención del Congreso, con una mayoría especial. Asimismo, el texto reformado calificó la mentada "jerarquía constitucional", afirmando que las enumeradas convenciones la recibían "en las condiciones de su vigencia", que dichos instrumentos "no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución", y que deben entenderse "complementarios de los derechos y garantías en ella reconocidos". Cabe formular algunas aclaraciones al respecto.

1) "no derogan artículo alguno"

La posición que actualmente sostiene la CS es que la afirmación del constituyente de que los tratados en cuestión "'no derogan"' artículo alguno de la primera parte de la CN" ha sido *descriptiva*. En tal sentido, sostuvo que en la aseveración importa que el constituyente *ha examinado* el contenido de los tratados constitucionales al momento de su incorporación, y *ha verificado* su adecuación a los preceptos constitucionales¹⁰⁴⁶. Es por ello que "la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir"¹⁰⁴⁷. La necesaria conclusión del Tribunal ha sido que "las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente". Esta doctrina es reiterada en casos posteriores¹⁰⁴⁸.

De acuerdo con esta doctrina, pareciera ser que cuando el Congreso de la Nación otorga jerarquía constitucional a un tratado internacional — conforme lo establecido en el art. 75, inc. 22— se encuentra en realidad ejerciendo *funciones constituyentes*, pues realizaría el mentado juicio de comprobación de compatibilidad entre cada instrumento internacional y las cláusulas constitucionales. Repárese al respecto que la CS ha expresado que esta comprobación —por ser facultad constituyente— no puede ser revisada por el Tribunal¹⁰⁴⁹. Así, afirmó que "la armonía y concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente que los poderes constituidos no pueden discutir"¹⁰⁵⁰.

En contra de esta postura se manifestaron los ministros Fayt y Belluscio, quienes entienden la expresión constitucional de que las convenciones internacionales incorporadas no derogan cláusula alguna de la CN como un *mandato normativo*. Es por esa razón que sostuvieron que la CS debe controlar *en cada caso en que esté llamada a resolver* la

adecuación de los tratados internacionales a los preceptos constitucionales¹⁰⁵¹, postulando que los referidos instrumentos de derechos humanos configuran normas constitucionales *de segundo rango*, por lo que la comprobación de su adecuación a la CN no puede omitirse.

2) "en las condiciones de su vigencia"

Se ha dicho, entendemos que con razón, que esta afirmación contenida en la CN es ambigua¹⁰⁵²; y así, ha dado lugar a diversas interpretaciones.

Parte de la doctrina ha sostenido que la condición expresada en la cláusula se refiere al modo en que han sido aprobados y ratificados los tratados internacionales; esto es, con las respectivas reservas y declaraciones interpretativas¹⁰⁵³. Una reserva constituye una declaración unilateral realizada por el Estado al momento de firmar, ratificar, aceptar, aprobar o adherirse a un instrumento internacional, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado¹⁰⁵⁴. Las declaraciones interpretativas han sido asimiladas a las reservas en los casos en que el país pretenda dar un alcance específico a la obligación asumida¹⁰⁵⁵.

La CS, por su lado, también se ha ocupado de interpretar el significado de la remisión a "las condiciones de su vigencia". En "Giroidi"¹⁰⁵⁶, la Corte Federal señaló que la jerarquía otorgada en la reforma constitucional de 1994 a la Convención Americana de Derechos Humanos *en las condiciones de su vigencia* importaba que la misma rige en nuestro país *del mismo modo* que lo hace en el ámbito internacional, "considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación"¹⁰⁵⁷. En virtud de ello, dictaminó que "la aludida jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana" porque actuar de otro modo "podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional"¹⁰⁵⁸.

El Máximo Tribunal abordó una vez más la cuestión en "Arancibia Clavel"¹⁰⁵⁹, afirmando que la interpretación correcta de la CN implicaba que los tratados "deben ser aplicados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional incluyendo, en su caso, la jurisprudencia internacional relativa a esos tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente"¹⁰⁶⁰. Como puede apreciarse, conforme las decisiones reseñadas, la jurisprudencia de la Corte Interamericana da Derechos Humanos (Corte IDH) pasó de ser una "guía" para los tribunales internos a ser obligatoria, en línea con lo dicho en "Ekmekdjian" acerca

imposibilidad de aducir normativa de origen interno para no cumplir con los tratados internacionales¹⁰⁶¹. En el caso puntual de este fallo, tomó como obligatorio el precedente "Barrios Altos"¹⁰⁶², un caso fallado por la Corte IDH en el cual se condena a otro país del sistema interamericano. La doctrina que emana de este caso ("Arancibia Clavel" y la obligatoriedad del precedente "Barrios Altos") es luego utilizada para la anulación de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final en "Simón"¹⁰⁶³.

Ahora bien, los casos reseñados presentan la particularidad de referirse a la posibilidad y condiciones de persecución penal de presuntos autores crímenes de lesa humanidad, casos en los cuales la realidad política de los países había impedido que estas personas respondieran frente a los tribunales con normativa de dudosa legitimidad¹⁰⁶⁴.

II. LA RELACIÓN CON LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2.1. La obligatoriedad de las sentencias

Hasta aquí, la significación específica de la interpretación del vocablo "en las condiciones de su vigencia". Sin embargo, se ha planteado ante la Corte Suprema la específica cuestión relativa al impacto que una sentencia en la instancia internacional tiene respecto de un fallo de nuestro Máximo Tribunal.

En el fallo "Espósito", la Corte Suprema analizó el caso de la muerte de Walter Bulacio, víctima de represión policial. En el proceso penal local se había declarado extinguida la acción penal por prescripción de la acción. La cuestión fue luego llevada a los estrados internacionales, donde el Estado argentino reconoció su responsabilidad internacional¹⁰⁶⁵. Luego de la condena a la Argentina en sede internacional¹⁰⁶⁶, se planteó un recurso ante la Corte Suprema y el tribunal aceptó el recurso apartándose de las reglas generales de su competencia¹⁰⁶⁷ —esto es, aun frente a la inexistencia de cuestión federal¹⁰⁶⁸— pues de lo contrario "contravendría lo decidido por la Corte Interamericana"¹⁰⁶⁹. Afirmó que es deber de la Corte "subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional"¹⁰⁷⁰ dado que "el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado"¹⁰⁷¹; tanto así que, a pesar de protestar que "esta Corte no comparte el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de la resolución del tribunal internacional mencionado", remarcando asimismo que "hacer caer sobre el propio imputado los efectos de la infracción a ese deber (...) produce una restricción del derecho de defensa difícil de legitimar a la luz del derecho a la inviolabilidad de dicho derecho conforme el art. 18CN", sobre todo cuando "el acusado no ha tenido posibilidad alguna de discutirlos", la CS no tiene otra opción más que seguir la decisión de un tribunal internacional juzgando la responsabilidad del Estado. Así, asumió que "se

plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado Argentino por la Jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana debe fallar en sentido inverso a su propio criterio"¹⁰⁷².

La Corte dio un paso más en el caso "Derecho"¹⁰⁷³. René Derecho había sido sobreseído parcial y definitivamente por la extinción de la acción penal por prescripción en una causa originada por la supuesta tortura infligida en una comisaría en 1988 a Juan Francisco Bueno Alves, quien recurrió la decisión argumentando que se trataba de un crimen de lesa humanidad. La CS, haciendo suyo el dictamen del procurador, no estuvo de acuerdo con esa calificación y confirmó la extinción de la acción¹⁰⁷⁴. Paralelamente, Bueno Alves llevó su caso al sistema interamericano, proceso en el cual la Corte IDH dictó sentencia considerando respecto de los hechos denunciados que si bien "no significaba que debían ser calificados 'per se' como delito de lesa humanidad, sí se trataba de una violación grave de derechos humanos"¹⁰⁷⁵. En consecuencia, dispuso que "el Estado debe realizar inmediatamente las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que la ley prevea. El Estado debe asegurar que la víctima tenga pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones y procesos, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana". Munido del decisorio, Bueno Alves ocurrió en queja a la CS, que desechó el fallo anterior e interpretó que la orden de investigar de la Corte IDH implicaba aplicar el precedente "Bulacio", dado que "cuando la Corte IDH ha dado otro alcance a la reparación estadual ha sido categórica". Ello, una vez más, para asegurarse de no incurrir en responsabilidad internacional¹⁰⁷⁶. En esa misma inteligencia, en la causa "Góngora", el Tribunal revocó una decisión de la Cámara Federal de Casación Penal, y consideró que una interpretación de buena fe de la Convención Belem do Pará y sus objetivos, sumada a la específica obligación de establecer un "procedimiento legal justo y eficaz para la mujer", que incluía "un juicio oportuno" (cfr. el inc. f), del artículo citado), la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral era improcedente; por lo que entendió que no correspondía otorgar al imputado el beneficio de suspensión de juicio a prueba que correspondía según los parámetros del Cód. Proc. Penal¹⁰⁷⁷.

Al respecto, me permito una crítica desde la lógica, pues considero que el argumento de la responsabilidad internacional confunde dos órdenes. El cumplimiento o no de ciertas obligaciones internacionales, en muchos casos por no reconocerles legitimidad o por entender que se exceden de su ámbito funcional, es una cuestión predominantemente política¹⁰⁷⁸, de la

que no depende de modo alguno la aplicación en el ámbito interno de los tratados de derechos humanos incorporados por el art. 75, inc. 22. Para que quede claro: la vigencia de los derechos allí reconocidos se debe a una decisión soberana del pueblo argentino mediante su incorporación a la Constitución Nacional y son ley suprema de la Nación más allá de las decisiones de la Corte IDH¹⁰⁷⁹. Entonces, la posibilidad de cumplimiento de las sentencias internacionales, que debe evaluar el PEN por sus atribuciones constitucionales (RREE) no implica que no se encuentre vigente el tratado en el orden interno.

2.2. Los "mejores esfuerzos" frente a la Comisión Interamericana

Posteriormente, en "Carranza Latrubesse"¹⁰⁸⁰ se planteó la pregunta respecto de la obligatoriedad de los informes realizados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el marco del art. 51.2 de la Convención Americana. El actor había sido removido de su cargo de juez de primera instancia de la provincia del Chubut mediante un decreto dictado por el PEN *de facto* de dicha provincia el 17/6/1976. Restablecida la democracia, promovió en junio de 1984 una acción reclamando la nulidad de esa medida y la reparación de los daños (mas no la reposición en el cargo). El tribunal entendió que la causa configuraba una cuestión política no justiciable y el recurso extraordinario federal no fue admitido. Con posterioridad, el actor presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado argentino, sosteniendo que se había violado su derecho a las garantías judiciales del art. 8º de la Convención. La Comisión recomendó al Estado la indemnización a Carranza Latrubesse.

Una vez más, a pesar de su decisión anterior, la CS aceptó el caso y sostuvo que, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, debe realizar sus *mejores esfuerzos* para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos. También valoró que la única defensa contra el requerimiento del Carranza Latrubesse había consistido en ignorar las recomendaciones en juego y escudarse en que estas carecen de carácter vinculante, sin realizar conducta alguna tendiente al cumplimiento de las recomendaciones del organismo internacional. En consecuencia, sostuvo que corresponde *reconocer el carácter obligatorio para el Estado de las recomendaciones del art. 51.2 de la Convención Americana formuladas en el caso*, pues es evidente que dicho resultado es el que impone el "sentido" que debe atribuirse a los términos del citado precepto tanto en el "contexto" específico cuanto en el general en el que están insertos, atendiendo al "objeto y fin" del régimen de peticiones y de la Convención Americana en su integralidad.

Lo dicho en este último caso parece contradecir lo aseverado en un precedente anterior, cuando el Tribunal sostuvo que "si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquel debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la comisión, *ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido*, al no tratarse aquellas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial. Es que la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se repunte, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales — equiparable al recurso de revisión—, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional"¹⁰⁸¹.

2.3. La inexistencia de cuarta instancia

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió luego, en una nueva composición, respecto de un pedido formulado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación para que cumpla, en lo que corresponda y de conformidad con su competencia, la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso "Fontevecchia y D'Amico c. Argentina", en fecha 29/11/2011¹⁰⁸².

En dicha sentencia se declaró que el Estado argentino había violado el derecho a la libertad de expresión de los peticionantes (art. 13, CADH) en virtud del fallo dictado en la causa "Menem, Carlos Saúl c. Editorial Perfil SA y otros s/daños y perjuicios - sumario" —Fallos 324:2895—. El tribunal interamericano dispuso que el Estado argentino debía: a) dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias; b) publicar un resumen oficial de su sentencia elaborado por la Corte Suprema, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, así como publicar la sentencia completa de la Corte Interamericana en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema y c) entregar las sumas reconocidas en dicho fallo, comprensivas del reintegro de los montos de condena oportunamente fijados en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, como de los correspondientes a las reparaciones admitidas en su decisión internacional (daño material, gastos derivados del trámite del proceso interno como del procedimiento internacional).

La Corte Suprema sostuvo que "las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este" pero afirmó que "dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado

argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana". Así, señaló que el sistema interamericano de protección de derechos humanos es de carácter subsidiario según propia jurisprudencia de la CADH, por lo que no constituye "una "cuarta instancia" que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales, sino que es "subsidiaria, coadyuvante y complementaria".

En consecuencia, entendió que "dejar sin efecto la sentencia dictada por esta Corte Suprema en la causa 'Menem' implicaría transformar a dicho tribunal, efectivamente, en una 'cuarta instancia' revisora de las sentencias dictadas por esta Corte, en clara violación de los principios estructurantes del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema". A su vez, aseguró que "dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino". Así, interpretó que en el [art. 27](#) de la CN se consagra una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad (con cita de Fallos 316:1669); encontrándose entre dichos principios "el carácter de esta Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme surge del art. 108 de la CN". Concluyó que "revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los [arts. 27](#) y 108 de la CN".

Como se puede observar, se trata de un viraje importante respecto de su jurisprudencia reciente, decidido con la disidencia del ministro Maqueda que insistió en los precedentes "Bulacio" y "Derecho" considerando que el tribunal debía sin más dejar sin efecto la sentencia y todas sus consecuencias posteriores.

El ministro Rosatti, quien integró la mayoría por su voto, intentó una tercera solución entendiendo que "en un contexto de 'diálogo jurisprudencial' que procure mantener la convergencia decisional entre los órganos con competencias para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional, reconociendo a la Corte IDH como último intérprete de la CADH (art. 62, pts. 1 y 3 CADH) y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como último intérprete de la Constitución Nacional argentina (arts. 116 y 117 de la CN), cabe concluir que la reparación ordenada en la sentencia de la Corte Interamericana encuentra adecuada satisfacción mediante la concreción de las medidas mencionadas (...) no siendo posible concretar la revocación formal del decisorio nacional —si es ello lo que se pretende— sin violentar lo dispuesto por los arts. 27 y 75 inc. 22) de la CN, cláusulas por cuya observancia esta Corte debe velar".

A pesar del diferente lenguaje, entendemos que esta posición suscribe por completo la posición mayoritaria expresada precedentemente.

III. NOTAS CRÍTICAS

Desde un punto de vista democrático, la existencia misma del control de constitucionalidad de las decisiones mayoritarias ya es problemática. Esta tensión, a la que se le ha dado el nombre de "dificultad contramayoritaria"¹⁰⁸³, expresa la objeción que puede hacerse desde una teoría democrática a la potestad de juezas y jueces —quienes no son elegidos por el pueblo— de invalidar una ley surgida del debate democrático.

Imaginemos cuánto se agudiza el problema si dejamos esta facultad en manos de un órgano que no es parte de nuestras instituciones democráticas. Los miembros de nuestra CS tienen legitimidad democrática derivada por ser su nombramiento conforme al procedimiento establecido en la Constitución y con intervención parlamentaria, permitiendo cierto escrutinio y control por parte de la ciudadanía¹⁰⁸⁴. También está establecido un mecanismo de control democrático sobre su desempeño mediante un procedimiento para su remoción¹⁰⁸⁵. Sumado a estos mecanismos de rendición de cuentas formales, existen otros de carácter informal, como por ejemplo el hecho de que la CS precise conservar cierta legitimidad para la observancia de sus fallos por otros poderes dada la inexistencia de mecanismos de coerción penal o económica¹⁰⁸⁶ a su disposición; o el hecho de que, como todo tribunal, se encuentra restringido y limitado¹⁰⁸⁷ al fallar por su pertenencia a cierta sociedad, o por la necesidad de mantener cierto capital simbólico¹⁰⁸⁸. Sin olvidar, claro, que las normas que aplican —a pesar de su inevitable interpretación— surgen de mecanismos de expresión de voluntad popular.

Ninguno de estos mecanismos de *accountability*, sin embargo, es aplicable a la jurisprudencia internacional. Aun cuando algunos tratan de señalar que estos organismos, en especial la Corte IDH, tienen mecanismos de construcción de su jurisprudencia que con credenciales democráticas¹⁰⁸⁹, ellas son cuanto menos débiles¹⁰⁹⁰. Entonces, si reconocemos tensiones entre el control de constitucionalidad ejercido por la CS y nuestra soberanía normativa, más preocupante aún ha de ser la imposición de la interpretación dada a nuestros derechos por la Corte IDH, un cuerpo sin crédito democrático y cuya función explícita y específica es aplicar la Convención y en esa operación no tener aprecio por las normas e instituciones democráticas de los países. No existe forma de compatibilizar la renuncia de la CS a su rol y el reconocimiento de otra autoridad como definitiva con la noción de autogobierno colectivo. Estas objeciones encuentran más fuerza aun frente a los organismos de seguimiento de las convenciones, dada su integración por "expertos

independientes" que supervisan en todos los Estados parte la aplicación del tratado de que se trate.

IV. LAS REPERCUSIONES

Es interesante comentar que la Corte Interamericana rechazó el razonamiento de la Corte Suprema en "Fontevecchia". Sostuvo que "en el cumplimiento del deber de 'dejar sin efecto' las sentencias internas que se determinaron en la Sentencia del presente caso como violatorias de la Convención Americana, correspondía a Argentina identificar cuáles acciones implementar o por cuál vía de su derecho interno podía cumplir con lo ordenado por este Tribunal". Sostuvo que la interpretación de que lo solicitado era "sinónimo de revocar" la sentencia no era necesariamente correcta, puesto que la Corte IDH había establecido que el Estado argentino debía implementar "las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias" para "dejar sin efecto" tales sentencias". Así, insistió que "el Estado podría adoptar algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia, para dar cumplimiento a la medida de reparación ordenada, como por ejemplo la eliminación de su publicación de la páginas web de la Corte Suprema de Justicia y del Centro de Información Judicial, o que se mantenga su publicación pero se le realice algún tipo de anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana".

Así, reafirmó que la Corte IDH "ya ha establecido que la determinación de la obligatoriedad de uno de sus fallos no puede quedar al arbitrio de un órgano del Estado, especialmente de aquel que generó la violación a derechos humanos, tal como en el presente caso, cuya violación se configuró por una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puesto que sería inadmisibles subordinar el mecanismo de protección previsto en la Convención Americana a restricciones que hagan inoperante la función del Tribunal. Ello tornaría incierto el acceso a la justicia que es parte del sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en la Convención", y criticó a la CS por arrogarse "una función que no le corresponde, la de determinar cuándo este Tribunal actúa en el marco de sus competencias. Se recuerda que es la propia Corte Interamericana, como todo órgano internacional con funciones jurisdiccionales, la que tiene el poder inherente de determinar el alcance de sus propias competencias" recordando que "bajo el derecho internacional siempre que un Estado es encontrado responsable de un hecho internacionalmente ilícito que haya producido un daño, surge para ese Estado la obligación de repararlo íntegramente, que no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando para ello disposiciones o dificultades de su derecho interno. En lo relativo a las modalidades de reparación, el derecho internacional ha considerado que la reparación puede adoptar distintas formas que van más allá de la indemnización".

Luego, sostuvo que "para el derecho internacional es absolutamente irrelevante el órgano del Estado cuya acción u omisión causó el hecho internacionalmente ilícito, de manera tal que cualquier órgano del Estado, independientemente de sus funciones o jerarquía, puede generar la responsabilidad internacional del Estado. Las decisiones de los máximos tribunales internos pueden acarrear la responsabilidad internacional de los Estados, como lo ha declarado este Tribunal en varios casos"; aclarando que "al pronunciarse sobre decisiones judiciales internas la Corte Interamericana no actúa como una cuarta instancia revisora de las sentencias dictadas por los tribunales internos, sino que determina si estos han incurrido en sus decisiones en alguna violación de los derechos humanos u obligaciones internacionales reconocidos en los tratados sobre los cuales este Tribunal tiene competencia".

Asimismo, advirtió que "corresponde al Estado asegurar que no se torne ilusoria la efectividad del Sistema Interamericano al someter a las víctimas a un complejo proceso a nivel internacional, para que después del mismo, quede al arbitrio de órganos del Estado cuándo deben ser cumplidas las reparaciones ordenadas para subsanar la violación en su perjuicio. La ejecución de las Sentencias de la Corte Interamericana es parte fundamental del derecho de acceso a la justicia internacional. Lo contrario supone la negación misma de este derecho para víctimas de violaciones de derechos humanos que se encuentran amparadas por una sentencia de la Corte Interamericana".

Por último, declaró constatado que "se encuentra pendiente el cumplimiento de la reparación relativa a 'dejar sin efecto' la condena civil impuesta a los señores Fontevecchia y D'Amico, así como todas sus consecuencias, ordenada en el punto dispositivo segundo y párr. 105 de la Sentencia" por lo que "se requiere que Argentina, teniendo en cuenta sus obligaciones internacionales (*supra* consids. 12 a 14) así como que la medida no necesariamente implica revocar la sentencia interna (*supra* consid. 16), identifique para este caso concreto alguna medida o acción que permita garantizar una adecuada reparación para las víctimas en lo relativo a dicha atribución de responsabilidad civil".

V. FINAL

La jurisprudencia vigente, entonces, parece haberse hecho de parte de las críticas que esbozáramos en trabajos anteriores¹⁰⁹¹ cuando sostuvimos que "la incremental deferencia y sumisión a la CADH y a sus organismos —Comisión IDH y Corte IDH— no es constitucionalmente aceptable" y que "se ha abierto una vía de reforma constitucional distinta a la del art. 30: cada decisión de la Corte IDH tiene potencial reformador, y cada vez que se otorga jerarquía constitucional a un tratado se abre la puerta a interpretaciones autoritativas de organismos internacionales que, a su vez, pueden modificar el texto constitucional, que ha pasado a segundo plano

frente a una internacionalización de la Constitución". Ello, claro está, con la exigencia de que los tribunales de la Nación deben cumplir sin dudas con lo establecido por el bloque de constitucionalidad federal.

Es decir que la postura que desde aquí abonamos es garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos humanos reconocidos en la Constitución —ya sea en su parte dogmática o mediante la incorporación de tratados— mediante la efectiva aplicación de dichos instrumentos por los tribunales argentinos, sin depender del reconocimiento o interpretación que de ellos haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La omisión de proceder de este modo hará incurrir en responsabilidad de los funcionarios públicos así obligados, no por los tribunales internacionales, sino por nuestra Constitución Nacional.

LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL

Comentario por Leonardo Filippini

I

El derecho de cada uno de los Estados se origina y funciona conforme a reglas y principios distintos de las reglas y principios del derecho internacional. Esto permite identificar con cierta sencillez un orden jurídico internacional diferente del de cada uno de los Estados. Pensemos en un ejemplo claro: una ley se sanciona a través del procedimiento previsto en la Constitución y su validez y legalidad se afirma sobre la base de lo que la Constitución dice. Esa ley, además, solo rige respecto de las personas sujetas a la jurisdicción del Estado que la sancionó. Un tratado, en cambio, nace a través de un procedimiento regulado por el derecho internacional, sus condiciones de vigencia y validez están regidas por el derecho internacional y está llamado a regir sobre las relaciones jurídicas entre los Estados. Lo mismo puede decirse de las demás fuentes del derecho tanto nacional como internacional. No es difícil identificar, en principio, espacios de acción propios y separados para el derecho nacional y el internacional.

Sin embargo, tampoco es difícil intuir que, aunque el derecho internacional y el derecho nacional estén llamados a operar en distintos planos, los puntos de contacto son múltiples. Esto se hace obvio si pensamos que, como regla, es el mismo y único Estado nacional el que produce ambos tipos de normas. El mismo Estado regulado en una Constitución, por cierto, es el sujeto del derecho internacional obligado por

un tratado. Y si avanzamos más, tampoco es difícil notar que los efectos concretos del derecho nacional e internacional también operan en definitiva sobre las mismas personas e instituciones. Una deuda soberana internacional será soportada muy probablemente por las personas individuales que tributan al Estado nacional endeudado y una declaración de guerra, por internacional que resulte, indudablemente pone en riesgo a cada uno de los seres humanos de las naciones en armas.

La idea aquí no es avanzar una teoría acabada sobre la mejor manera de caracterizar esta complejidad, sino asumir desde el inicio todas sus dimensiones posibles. El derecho nacional o interno y el derecho internacional operan en planos distintos. Pero a la vez, es evidente que se trata de una separación solo tajante en lo formal, pues el sujeto sobre el que recaen las obligaciones internas e internacionales es el mismo Estado nacional y los efectos concretos de unas y otras repercuten sobre las personas que habitan ese mismo Estado.

¿Cómo deben relacionarse, entonces, las normas del derecho interno y del derecho internacional? Si un tratado consagra una regla, ¿ella puede ser directamente exigible ante un juez en el Estado que ratificó el tratado? ¿El derecho internacional, en consecuencia, es directamente derecho interno también? Es decir ¿un tratado rige "puertas adentro"? ¿No habíamos afirmado que un tratado regula la vida del Estado "puertas afuera" pero sin efectos al interior?

Pensemos, por ejemplo, en un tratado internacional que prohíbe la utilización de un determinado mineral en la confección de neumáticos para autos, conforme a estándares ambientales altamente exigentes. Está claro que ese tratado impide exportar neumáticos así confeccionados a otros países contratantes. Pero ¿prohíbe también la producción destinada al consumo local cuando no existe otra tecnología disponible para su fabricación nacional? ¿Cómo contestaría a esta pregunta el proveedor local de ese mineral y el fabricante de neumáticos? ¿Qué diría el propietario de un vehículo? ¿Las cámaras importadoras? ¿Y los trabajadores de la planta de fabricación? ¿Quién resulta beneficiado, en cada caso de una u otra solución?

Ahora el tratado en cuestión es uno que prohíbe la participación de niños menores de doce años en la producción de manufacturas en las que intervienen componentes tóxicos. U otro que establece que, en materia penal, toda persona imputada de un delito tiene derecho a un recurso para discutir la legalidad de la sentencia. O uno que prohíbe la circuncisión femenina forzada. ¿Estamos inclinados a pensar favorablemente respecto de su incorporación inmediata al ordenamiento interno? Ahora volvamos a pensar en tratados con cláusulas de arbitraje internacional en caso de conflictos con inversores extranjeros, o en aquellos que establecen

sistemas globales de calificación de riesgo crediticio como condición de habilitación de líneas de préstamos a los Estados.

II

Dado que podemos pretender ser una comunidad política organizada en torno a ciertos acuerdos compartidos ampliamente ¿cuáles razones fundan el mejor arreglo institucional ante la pregunta por la incorporación interna de las reglas de los tratados al derecho nacional?

Las respuestas a estas preguntas se agrupan clásicamente en torno a dos modelos de referencia. Uno, llamado dualista o pluralista, contiene a las teorías que sostienen que el derecho internacional no es parte, ni es exigible como derecho interno a menos que una decisión del Estado nacional así lo consagre. Es decir que el derecho interno y el derecho internacional siempre operan en distintos planos. La condición para que una regla de derecho internacional funcione como derecho interno es, justamente, que exista una regla del mismo derecho interno que así lo disponga.

El otro grupo de repuestas se agrupa en torno a la posición denominada monismo, para la cual el derecho interno y el derecho internacional conforman un único universo de reglas, sin necesidad de que el Estado, luego de asumir una obligación internacional, exprese nada más acerca de la recepción de la regla internacional como regla interna propia.

El dualismo parece acomodar mejor que el monismo ciertas necesidades locales y abreva en la promesa de una mejor revisión, por parte las autoridades nacionales, de una norma que será luego inmediatamente exigible. Permitiría, en este sentido, administrar algo mejor los tiempos, o hacer enmiendas atendiendo a los intereses o necesidades locales. El monismo, por su lado, parece responder más adecuadamente a un ideal regulativo de coherencia valorativa, ajustando el comportamiento y obrar estatal a pautas homogéneas tanto respecto de la propia jurisdicción como en la relación con otras jurisdicciones nacionales.

Estos modelos puros presentan más complejidades en los casos concretos. Algunos arreglos constitucionales definen una u otra solución —o variaciones de ellas— según cual fuere la norma internacional en cuestión. Puede haber soluciones matizadas según hablemos de tratados, costumbre o principios generales del derecho. O diferentes respuestas si distinguimos las preguntas por el valor de la letra misma del tratado, de aquellas referidas al valor de las resoluciones de cuerpos o tribunales internacionales. En cualquier caso, sigue siendo útil el planteo general según el cual, una comunidad política no puede omitir decidir qué hacer

con las reglas y decisiones del derecho internacional frente a las normas y decisiones de su derecho interno.

III

Una cuestión conexas a la de la incorporación del derecho internacional al derecho interno, sea esta automática o a través de una norma de recepción, es la de su jerarquía. Es decir, una vez que una comunidad decide integrar una regla de derecho internacional a su derecho interno, ¿en qué lugar debe quedar esa regla? ¿Es el derecho internacional incorporado superior o igual a las leyes? ¿Es posible hacer una formulación general o es necesario tomar una decisión caso a caso? ¿Es posible modificar en el tiempo esos arreglos, por ejemplo, derogando en el derecho interno una regla contenida en un tratado? ¿Y qué ocurre con la Constitución, en países como Argentina, estructurados en torno a una norma superior? ¿Puede un tratado modificar una regla de la Constitución?

La cuestión de la jerarquía es repetidamente discutida también. Y no depende necesariamente de la adscripción de un modelo dualista o monista de recepción del derecho internacional. Una vez incorporada una regla al derecho interno surge la pregunta, de múltiples respuestas acerca de su relación con las demás.

El derecho internacional obliga a los Estados y los Estados son los sujetos obligados, aunque como dijimos, los Estados cumplen con el derecho internacional a través del funcionamiento de sus propias instituciones, regidas por el derecho interno. El derecho internacional, sin embargo, no obliga a la adopción de un modelo u otro de arreglo institucional nacional. Sin embargo, el Estado responde por la violación al derecho internacional de cualquiera de sus poderes o instituciones, e incluso de algunos particulares, de modo que cada Estado debe asegurar que su derecho interno no impide el cumplimiento del derecho internacional. En algunas ocasiones, con todo, el derecho internacional especifica alguna obligación que solo puede ser cumplida por algún órgano del Estado, por ejemplo, cuanto un tratado exige adoptar una determinada legislación respecto de alguna materia.

El derecho internacional, en síntesis, nos dice poco acerca de cómo debe ordenarse cada Estado. Pero es de un peso concluyente, no obstante, la obligación de cumplir con el derecho internacional, cualquiera fuera el arreglo interno constitucional o legal de un Estado. Frente al derecho internacional, el derecho interno nunca puede impedir cumplir con los deberes internacionales del Estado. El principio subyacente es sencillo: las promesas deben cumplirse. Y si hemos prometido algo a un vecino, ninguna revisión doméstica de esa promesa puede justificar deshonorar la palabra empeñada.

Monismo o dualismo son opciones igualmente válidas frente al derecho internacional en tanto ellas sean diseñadas y ejecutadas de manera de no contravenir el derecho internacional. En 1949, la Declaración de Derechos y Deberes de los Estados, preparada por la Comisión de Derecho Internacional ya establecía en su art. 13 que "Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes de derecho internacional, y no puede invocar disposiciones de su propia constitución o de sus leyes como excusa para dejar de cumplir este deber". Y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece en su art. 27 que "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

El derecho internacional no llega a exigirnos, en general, que sus disposiciones sean aplicables por los tribunales nacionales, pero en muchos casos la incorrecta aplicación del derecho internacional o la ausencia de aplicación de sus principios generan responsabilidad internacional al Estado. A la inversa, en ocasiones, algunas cuestiones del derecho interno deben ser estudiadas en sede internacional a fin de verificar si ello da cumplimiento a una obligación internacional. Por ejemplo, si un proceso judicial nacional satisface las exigencias de un juicio justo contenidas en un tratado de derechos humanos. En estos casos, el derecho interno es un hecho que debe acreditarse y para tal determinación puede incluso considerarse el modo en que las cortes nacionales aplican ordinariamente un instituto. Nuevamente, intento disputar cualquier distinción tajante entre derechos interno e internacional.

Así, para determinar a la luz de un tratado comercial si una empresa extranjera recibió un trato equitativo en su operatoria en el mercado local, deberemos observar el derecho nacional y el modo en que de ordinario esas normas se aplican en la porción del mercado relevante. Algo parecido ocurre frente a la regla del agotamiento de los recursos internos que exige que una reclamación internacional solo se admita si la parte ofendida ha intentado y agotado antes las vías para obtener satisfacción a su pedido en el Estado cuestionado. Analizar si ello ocurrió o no, en cada caso, exige, indudablemente revisar el derecho interno. Todo lo dicho ha engendrado además una rica jurisprudencia nacional con intervenciones judiciales adoptadas para anticipar o prevenir una posible condena internacional, es decir, adoptando en sede interna, la obligación internacional como autorización para una actuación judicial.

IV

El derecho constitucional argentino es receptivo del derecho internacional desde el texto original de la Constitución de 1853/60. A partir de la restauración democrática en 1983, además, la interpretación y la práctica constitucional fueron abriendo progresivamente cada vez más espacios de intervención al derecho internacional. La reforma de 1994 y la

posterior interpretación de la Corte Suprema han terminado de definir un esquema de alta receptividad del derecho internacional. Un monismo intenso con alta jerarquización interna de las normas internacionales.

El derecho argentino sirve como ejemplo de un arreglo institucional frente a las preguntas iniciales acerca de la integración y jerarquía del derecho internacional. Por un lado, el Estado argentino es hoy intensamente monista en términos de integración. Incluso asegura una acción de amparo judicial a cualquier habitante que pretenda exigir un derecho consagrado en un tratado. Por el otro lado, también otorga un elevado nivel jerárquico a las reglas del derecho internacional que hacen parte de su derecho. Varios tratados integran la Constitución y la Corte Suprema ha ofrecido interpretaciones altamente receptivas de la costumbre internacional, modificando criterios jurisprudenciales anteriormente vigentes sobre el alcance de algunos derechos de la Constitución.

Cuatro normas de la Constitución —tres del texto de 1853/60 y el art. 75.22 de la constitución reformada en 1994— ofrecen los lineamientos del arreglo constitucional argentino acerca de cómo abordar las preguntas por la integración y jerarquía del derecho internacional. El derecho internacional integra el derecho argentino sin necesidad de ningún procedimiento adicional y lo hace con rango superior a las leyes. La cuestión más discutida hoy, tal vez, es la del lugar del derecho internacional frente a la propia Constitución. En materia de derechos humanos, las decisiones del constituyente en 1994 y luego en dos oportunidades del legislador ordinario han sido las de considerar que más de una decena de tratados y dos declaraciones tienen igual jerarquía que la Constitución.

El [art. 31](#) de la CN siempre consideró que los tratados internacionales eran "ley suprema de la Nación", es decir, derecho federal que las provincias debían obedecer: el art. 118 (antes 102) siempre incluyó el reconocimiento a la existencia del "derecho de gentes" una expresión que hoy podemos considerar sin mayores problemas como equivalente a "derecho internacional", incluyendo en ella a la costumbre internacional y las demás fuentes. El art. 27, finalmente, dispone que el Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución

Sobre la base de esos artículos, presentes en la CN de 1853/60, pueden realizarse dos afirmaciones: El derecho internacional no necesita de ninguna aprobación adicional para ser parte del derecho argentino y esto abarca a todas las fuentes del derecho internacional. Hasta aquí, los acuerdos fuertes.

No obstante lo recién señalado, la práctica constitucional debatió mucho hasta la reforma de 1994 la cuestión acerca de la jerarquía de tales normas, la exigibilidad judicial o no de los derechos contenidos en los tratados y el alcance de la regla del art. 118, CN.

Hasta 1992, la Corte sostenía que los tratados y las leyes tenían igual jerarquía. A consecuencia de ello, una ley posterior o especial podía restringir el alcance de un tratado en el derecho interno. Respecto de la operatividad del derecho internacional discutía si los derechos consagrados en los tratados, más allá de ser considerados parte del derecho interno, eran inmediatamente exigibles o, en cambio, necesitaban de algún tipo de adaptación o autorización para regir. Bajo este manto, en verdad, se ocultaba una pulsión dualista, pues considerar al derecho de un tratado como programático lo hacía depender, en los hechos, de una decisión nacional adicional para regir efectivamente un asunto.

Con relación al "derecho de gentes" existía —y para algunos todavía existe— la duda acerca de si en efecto, esa cláusula permitía internalizar reglas internacionales surgidas de fuentes distintas a los tratados en la jurisdicción nacional, o si, en cambio, el art. 118 era una regla jurisdiccional en virtud de la cual solo se afirma la jurisdicción nacional para delitos cometidos fuera de la jurisdicción que, naturalmente, solo podían estar reglados por el derecho internacional y no por el derecho argentino —como, por ejemplo, la piratería—. Para algunos, el art. 118 autoriza a los jueces argentinos a aplicar "el derecho de gentes" en todos los casos. Para otros solo implica que los delitos ocurridos fuera de la jurisdicción nacional podrán ser juzgados por jueces argentinos aplicando el derecho internacional. Esta última visión hoy es minoritaria y la práctica constitucional argentina acude a la aplicación de reglas del derecho internacional consuetudinario sin más comprobaciones que la efectiva verificación de la existencia misma de tal costumbre.

El caso "Ekmekdjian c. Sofovich" en 1992 y la reforma constitucional de 1994, poco después, intensificaron la presencia del derecho internacional en el orden jurídico argentino. En 1992, la Corte varió de modo contundente su consideración con relación a la jerarquía interna de los tratados y se pronunció también respecto de la operatividad inmediata de todas sus cláusulas. Para llegar a su conclusión respecto de la superioridad de los tratados por encima de las leyes, el tribunal expuso dos argumentos. Por un lado, asignó a la Constitución una interpretación de acuerdo con la cual no quedaban dudas acerca de la superioridad del derecho de los tratados respecto de las leyes. Por otro lado, y no obstante la suficiencia, a juicio de la Corte, del argumento recién reseñado, el tribunal agregó que el otorgamiento de supremacía a los tratados se seguía del art. 27 de la Convención de Viena. Además de ello, la Corte

asignó a los tribunales encargados de la aplicación de los tratados la función de orientar la recta aplicación del tratado respectivo.

En 1994, la Constitución fue reformada y la Asamblea Constituyente saldó definitivamente toda posible ambigüedad interpretativa acerca de la jerarquía del derecho internacional de los tratados. La Constitución ahora ubica a todos los tratados por encima de la ley y a más de una decena de instrumentos de derechos humanos en pie de igualdad con la Constitución, con un mecanismo específico para incorporar nuevos tratados de derechos humanos con esta jerarquía.

Una de las consecuencias del nuevo arreglo ha sido, indudablemente, la necesidad de adecuar la ley nacional al derecho internacional, ahora de mayor jerarquía. Un caso emblemático es "Gioldi", de 1995, en el que la Corte declaró inconstitucional una limitación al recurso de casación establecida por el Cód. Proc. Penal por ser incompatible con el derecho a recurrir del fallo de condena establecido en el art. 8º.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La ley fue declarada inconstitucional por su incompatibilidad con el tratado, inaugurando un nuevo orden jurídico interno.

La reforma de 1994 estableció además que los instrumentos constitucionalizados regían "en las condiciones de su vigencia". Esta expresión, curiosamente, recibió dos interpretaciones distintas. En la Asamblea Constituyente de 1994, los convencionales que la propiciaron le atribuyeron un alcance bastante ajustado. Entendieron que las "condiciones de vigencia" exigían atender al conjunto de reservas formuladas y al exacto alcance, en consecuencia, de su vigor internacional. En "Gioldi", la Corte, sin embargo, a poco de producida la reforma, entendió que los instrumentos internacionales debían observarse en el derecho interno considerando el modo concreto en que eran aplicados e interpretados por los órganos internacionales llamados a su aplicación. Pero el tema aún no está saldado.

En 1994, durante las discusiones de la Convención Constituyente en efecto se debatió fuertemente en torno al alcance de la expresión "en las condiciones de su vigencia", en especial con relación a la discusión sobre aborto. El convencional García Lema, por ejemplo, explicó que "[l]as medidas de acción positiva previstas en el art. 67, parten de la definición del concepto de niño que resulta de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las condiciones de su vigencia, incluyendo las reservas y manifestaciones realizadas por la República Argentina al momento de ratificarla". Por lo tanto, a su criterio, ya estaba "claro que se trata de la protección del niño desde el momento de la concepción". En función de ello, entendía que "cuando se remite al Congreso para que legisle sobre medidas de acción positiva se le remite la obligación de legislar en los términos de un derecho que ya ha sido incorporado en la Constitución

Nacional en las condiciones que acabo de señalar". Una mención adicional específica en este aspecto dijo, "sería lisa y llanamente redundante"¹⁰⁹².

Para el convencional Barra "(...) con las reformas que vamos a introducir a la Constitución y con las cláusulas que no hemos modificado ni vamos a modificar, los tratados ingresan a nuestro ordenamiento jurídico interno y obligan al país con el exterior sólo cuando son aprobados por ley del Congreso y ratificados con el depósito que debe hacer el Poder Ejecutivo, como corresponde, según las normas del derecho internacional. Por lo tanto, sólo en los términos de la ley que los aprueba y sólo en los términos de las reservas y declaraciones interpretativas que se introducen en el momento de realizarse el depósito por parte del Poder Ejecutivo, los tratados tienen validez para nosotros". Para Barra, entonces, "(...) en la norma que acabamos de aprobar referida al nuevo texto del inc. 19) del art. 67, se expresa que estos tratados tienen rango constitucional en las condiciones de su vigencia. A ello agregaría que, implícitamente, en todos los casos, cualquier tratado —se refiera a lo que se refiera— está ubicado en el rango que le corresponde, según esta jerarquía que estamos estableciendo en este momento, y tiene efectos jurídicos en las condiciones de su vigencia (...)". En consecuencia, "no parece oportuno que se realice este debate en este momento, simplemente porque ya está en el texto que tenemos que votar"¹⁰⁹³.

Es decir, que para quienes defendieron el dictamen aprobado por la Asamblea Constituyente, la fórmula "en las condiciones de su vigencia" implicaba que los tratados e instrumentos solo regían, en el arreglo constitucional argentino, con las declaraciones y reservas formuladas por el Estado.

Pero la Corte, como vimos, pronto adoptó una interpretación mucho más dinámica y expansiva acerca del contenido de esta expresión y ya en 1995 afirmó que la Constitución nos exige observar el modo concreto en el que los instrumentos incorporados a la Constitución son aplicados, considerando, para ello, la jurisprudencia de sus órganos de aplicación (caso "Giroldi", de 1995).

Además de ello, a través del procedimiento regulado por el art. 75.22 *in fine* de la CN se incluyeron tres tratados más a los ya incluidos en 1994: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Además de los tratados efectivamente incorporados, existen varias iniciativas más bajo examen del Congreso, en las que se propone otorgar jerarquía constitucional a otros tratados, como la Convención de Belem do Pará, el Convenio 169 de la OIT, o la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales.

Nuevas incorporaciones podrían hacer más complejo todavía el panorama, además de que, en definitiva, cualquier tratado que remita su aplicación a un órgano transnacional o internacional nos reconduce una y otra vez a la pregunta por la última palabra. Y es muy dudoso que la cláusula de "las condiciones de su vigencia" tenga mucho para ofrecer en ausencia de un marco teórico más completo acerca del tipo de práctica constitucional que consideramos más apropiada. Por ahora, todo indica que el camino del dualismo con fuerte impronta nacional no se compadece con una práctica sostenida desde 1983 a favor de la integración y la aceptación de múltiples foros y órganos internacionales en la formación de las decisiones.

VI

La decisión de incorporar una serie de instrumentos internacionales a la Constitución ha iluminado aún más el interrogante sobre modo adecuado de resolver los conflictos que pueden aparecer entre normas y principios de la Constitución frente al derecho internacional constitucionalizado. Como regla, parece que no deberían existir demasiadas tensiones entre una Constitución de corte liberal y una serie de tratados y declaraciones de derechos humanos. Empero, la práctica constitucional y algunos ejemplos posibles generan interés en torno a la pregunta por la relación del derecho internacional constitucionalizado y la Constitución.

¿Dice algo nuestra Constitución acerca del aborto? ¿Esos contenidos son reafirmados o desafiados por el derecho internacional de rango constitucional? ¿Hay límites al instituto del asilo diplomático en nuestra Constitución o a la suspensión de derechos y garantías durante el estado de sitio?, ¿los hay en los instrumentos constitucionalizados? Y suponiendo que detectamos casos insalvables en los que la Constitución y el derecho internacional constitucionalizado son divergentes ¿cómo deberían resolverse? ¿Y esta solución debe ser diferente frente a las discrepancias con el derecho internacional no constitucionalizado? ¿Existe, efectivamente, tal subespecie del derecho internacional a la luz de criterios como los de "Ekemekdjian" y "Girolldi"?

Muchos creen que la Constitución siempre debe prevalecer. Y para algunos autores, existen dos reglas expresas del propio texto constitucional que limitan, en efecto, la posibilidad de reducir el alcance de los derechos de la Constitución sobre la base del derecho internacional. El art. 27 de la Constitución indica que ningún tratado negociado y ratificado por el Gobierno federal puede violentar "los principios de derecho público establecidos en esta Constitución". Por otro lado, el art. 75.22 expresamente señala que los instrumentos constitucionalizados "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella

reconocidos". Sobre la base de ambas normas, en caso de contradicción, la Constitución regiría por encima de las reglas del derecho internacional constitucionalizado y del derecho internacional, cualquiera sea su fuente. Ninguna regla del derecho internacional, cualquiera sea su fuente, bajo esta luz, podría contradecir el texto constitucional. Es conocida la posición del juez Fayt en este sentido, señalando que el art. 27 de la Constitución limita la posibilidad de integración del derecho internacional y que incluso la ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional en 1994 es un límite adicional a la posibilidad de modificar la primera parte de la Constitución.

Otra corriente de opinión y la propia Corte, por cierto, no son tan contundentes y tienden a exigir, antes bien, un esfuerzo interpretativo que impida considerar a ninguna regla internacional —al menos las de rango constitucional— en colisión con la Constitución. Una contradicción reclama un nuevo examen del asunto y una nueva interpretación de las reglas en juego hasta lograr una integración armónica de los materiales constitucionales e internacionales constitucionalizados. De este modo, se arriba a un criterio de fuerte compromiso monista. Los instrumentos constitucionalizados deben entenderse y aplicarse observado muy especialmente el modo en que los órganos internacionales respectivos los interpretan y aplican (doctrina de "Ekemekdjian" y "Giroidi") y toda posible tensión entre los instrumentos y la constitución debe resolverse privilegiando la armonía e integridad de todo el bloque constitucional de derechos ("Chocobar" y "Monges").

Esa manera de entender la cuestión se ha extendido expresamente incluso a ciertas reglas consuetudinarias que pueden considerarse *jus cogens*, en particular en lo relativo a la reapertura de los procesos penales por los crímenes del terrorismo de Estado. A la luz de casos como "Arancibia Clavel" (2004) y "Simón" (2005), en efecto, discutimos la cuestión del principio de legalidad en materia penal, la posible aplicación retroactiva de tipos penales fundados en la costumbre internacional, en incluso la aplicación de fallos o resoluciones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, como el Informe CIDH 28/92, o del caso "Barrios Altos" de la Corte IDH. Discusiones similares, han aparecido también en la práctica jurisprudencial argentina frente a la necesidad de cumplir con decisiones de órganos internacionales de supervisión, tal como ocurrió en los casos "Cantos", "Espósito", "Derecho" o "Carranza Latrubesse".

La práctica constitucional dominante supone que la Constitución Nacional debía ser leída e interpretada de un modo compatible con el derecho internacional constitucionalizados y con el derecho internacional consuetudinario con rango de *jus cogens*, de modo de privilegiar la consistencia valorativa del bloque normativo de rango constitucional y de evitar responsabilidad internacional por el incumplimiento de obligaciones

internacionales. En el caso "Maza" de 2009, incluso, el juez Zaffaroni llegó a hablar de la "obsolescencia" de algunas cláusulas constitucionales frente a los principios expresados por el constituyente en 1994 a través de la inclusión de reglas del derecho internacional de los derechos humanos.

VII

Hoy parece consolidada, en síntesis, la integración armónica del derecho internacional constitucionalizado con la Constitución, aun cuando ello implica y parece exigir la reinterpretación de reglas de la propia Constitución. La crítica aún vigente a esta posición es que, en ciertos casos, la pretendida armonización estaría dejando de lado o directamente violentando la Constitución. Ambas posiciones se vinculan fuertemente con las virtudes que cada una encuentra en la solución del monismo y del dualismo en términos de recepción del derecho internacional y por ello la fuerte atención que venimos poniendo sobre el rango constitucional o no del derecho internacional involucrado no termina de aportar soluciones definitivas.

La pregunta por la calidad de las reglas a las que estamos dispuestos a asignar autoridad —y con ello rendir obediencia— no se puede responder de modo definitivo sobre la sola base del rango que la Constitución le otorgue en el derecho interno a cada tratado, dispositivo o resolución del derecho internacional, en ausencia de un compromiso de nuestra comunidad acerca de qué significa prometer algo a otras. No se trata tanto de precisar el lugar de un tratado en la Constitución como de una reflexión acerca de si y cómo pretendemos, en términos constitucionales, participar de un sistema de reglas globales.

La presencia creciente del derecho internacional para la resolución de conflictos va generando además nuevos desafíos frente a una realidad cambiante. En "Sancor", por ejemplo, la Corte argentina debió analizar si correspondía al tribunal o no solicitar una opinión consultiva a un órgano del Mercosur a efectos de clarificar la recta interpretación de un arreglo regional. Los jueces tuvieron posiciones encontradas acerca de la claridad del tratado y, con ello, sobre la necesidad de recurrir a la consulta internacional.

El derecho internacional también plantea una ampliación de la esfera regulada por el derecho federal. En la medida en que más cuestiones son definidas a través de tratados y procedimientos de arreglo internacional de disputas cada vez más sofisticados se hace notorio también que el espacio regulatorio de las provincias se acota. También se amplían con ello, naturalmente, los casos susceptibles de ser atendidos por la jurisdicción federal.

Finalmente, y aun a costa de sugerir relativizar el interés de mucho de lo escrito aquí, es innegable que los procesos de formación de reglas de comportamiento global, por un lado, permean las prácticas políticas a nivel subnacional y, por otro, tampoco reflejan a nivel global la geografía de los Estados en sus interacciones internacionales. La dinámica de las comunicaciones y los mercados exigen también pensar nuestras opciones constitucionales bajo formatos más dúctiles que aquellos a los que recurrimos hace apenas 20 años, en el último ejercicio constituyente.

Art. 75, inc. 23—

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

Comentario por Demian Zayat

I. INTRODUCCIÓN. IGUALDAD COMO NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD COMO NO SOMETIMIENTO

Este artículo de la Constitución reconoce las acciones afirmativas que el Congreso debe legislar y promover para garantizar la igualdad real de oportunidades y trato entre distintos grupos, con el objetivo de favorecer a aquellos históricamente desaventajados. Esta cláusula establece de modo expreso el ideal de la igualdad como no sometimiento, complementando de este modo el principio de igualdad como no discriminación establecido en el art. 16. El segundo párrafo del artículo, por su parte, establece la obligación de sancionar un régimen de seguridad social integral que proteja al niño hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y a la madre durante el embarazo y la lactancia.

Es posible interpretar el principio de igualdad de dos modos distintos¹⁰⁹⁴. En una primera interpretación, que llamaremos de "igualdad como no discriminación"¹⁰⁹⁵ se entiende la igualdad de modo individual y

únicamente ajustada al criterio de razonabilidad en la relación entre medios y fines. Esta interpretación se elabora en tres pasos¹⁰⁹⁶. En primer lugar, la idea por la cual la igualdad implica tratar del mismo modo las situaciones similares. Así, desde sus inicios, la Corte Suprema ha entendido que "la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes, según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquier otra inteligencia o excepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza y al interés social"¹⁰⁹⁷. En un segundo paso, se acepta que el Estado realice distinciones y trate algunas situaciones de modo diferente que otras, y lo que pasa a ser central en la discusión es cómo trazar la línea entre distinciones permisibles y aquellas que no lo son. Esto da lugar al tercer paso, sobre la prohibición de la discriminación "arbitraria", y de este modo el criterio rector será la razonabilidad del criterio. Esto es, cómo se ajustan los medios adoptados a los fines pretendidos.

De este modo, en esta idea de la igualdad como "no discriminación", el control o el estándar que requieren los tribunales es la *mera razonabilidad* de la reglamentación: adecuación de medios afines, analizando para ello qué tan ajustados son esos medios a los fines pretendidos por la norma. Solo se podrán invalidar los medios que no estén razonablemente relacionados con los fines buscados por la norma.

Para ello, en un primer momento, el juzgador deberá identificar cuál es el criterio real que se está utilizando para hacer la diferencia (los medios). Luego deberá identificar el interés estatal, y si ese fin es legítimo. Y, por último, deberá analizar si los medios utilizados están razonablemente ajustados a los fines legítimos identificados¹⁰⁹⁸. Esto podrá permitir un cierto desajuste, ya sea que el criterio sea sobreinclusivo o subinclusivo, para lograr el fin deseado¹⁰⁹⁹, y solo se anularán aquellos medios cuyo desajuste sea mayor a lo razonable¹¹⁰⁰.

Por su parte, el otro modo de interpretar la igualdad es aquel que podemos denominar "igualdad como no sometimiento"¹¹⁰¹. Esta interpretación tiene en cuenta la realidad social y la diferencia de poder que existe entre los distintos grupos de personas, en virtud de una historia social de desigualdad. Aquí, el objetivo del principio de igualdad es abolir la opresión como forma de relación social, en donde algunas personas dominan, explotan, marginalizan, denigran e infligen violencia sobre otros. Las identidades diversas, ya sea por los distintos roles en la división del trabajo que ocupan las personas o por sus diferencias en características personales, nunca justifican las relaciones sociales desiguales mencionadas anteriormente¹¹⁰². Esta teoría entiende la igualdad como una característica relacional, donde se deben integrar las demandas de igual reconocimiento con aquellas de igual redistribución¹¹⁰³.

Esta interpretación reconoce la existencia de grupos identitarios que resultaron sojuzgados históricamente, y la tiene en cuenta al momento de

analizar el conflicto sobre la igualdad. Aquí la idea de grupo es la de una entidad con identidad propia, más allá de la de sus miembros, en la que existe una interdependencia entre la identidad y el bienestar de los miembros y del grupo¹¹⁰⁴. El principio de igualdad debe prevenir no solo la discriminación sino también las leyes que crean o perpetúan una estructura social de castas¹¹⁰⁵. Por su parte, el Estado debe apoyar a los grupos desfavorecidos históricamente a revertir esa situación. A esto es lo que tenderán las acciones afirmativas establecidas en este artículo de la Constitución.

El art. 75, inc. 23 toma en consideración una historia de exclusión social, económica y política de ciertos grupos, en especial de las mujeres, niños, ancianos y personas con discapacidad, y establece una obligación positiva a cargo del Congreso y de los otros poderes del Estado para remediarla. Para ello, los tribunales podrán utilizar, en caso de ser aplicables, la teoría de las categorías sospechosas. Sin embargo, habrá que tener cuidado en cómo se utiliza esta doctrina, ya que no es lo mismo la aplicación de las categorías sospechosas en una interpretación de la igualdad como no discriminación, que su utilización en una interpretación de igualdad como no sometimiento. Esto no ha sido expuesto claramente por nuestra jurisprudencia, y por ello será necesario detenernos en las distintas interpretaciones de las categorías sospechosas para ver cuál es la que ordena este artículo de la Constitución.

II. LAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS

Nuestra Corte Suprema, siguiendo a su par estadounidense, adoptó la doctrina de las categorías sospechosas en aquellos casos en los que el criterio utilizado por la ley para realizar una distinción es uno que se presupone irrelevante desde el punto de vista moral. Así, por ejemplo, cuando el art. 1º, inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que los Estados respetarán los derechos sin discriminación algún "por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" establece una presunción de inconstitucionalidad de todo trato diferenciado en virtud de estos criterios. En estos supuestos, la Corte Suprema exigió un análisis de la razonabilidad más estricto e invirtió la carga de la prueba: ahora será el Estado el que tenga que probar que tiene un interés estatal urgente en sostener la diferenciación, y que el medio utilizado es el que mejor se ajusta a los fines.

En el fallo "Repetto"¹¹⁰⁶, esta idea de un criterio más estricto de razonabilidad para algunas categorías empieza a asomar a través del voto de los jueces Petracchi y Bacqué. Finalmente, esta doctrina llega a la mayoría del tribunal en los casos "Hoof" ¹¹⁰⁷ y "Gottschau"¹¹⁰⁸, en los que la Corte Suprema explicitó lo que entiende por categoría sospechosa. Así,

dijo que "cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el 'origen nacional' —como sucede en el *sub lite*—corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar". En estos casos se invierte la carga de la prueba y el estándar de razonabilidad será agravado, en el sentido de que se requiere "una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica 'adecuación' a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada". De este modo, la doctrina de las categorías sospechosas establece un examen con tres elementos característicos: en primer lugar, el criterio se presume inconstitucional y se invierte la carga de la prueba sobre la constitucionalidad. En segundo lugar, se requiere que el propósito de la clasificación sea sustancial y no meramente conveniente. Y por último, la adecuación de los medios al fin debe ser lo más ajustada posible, esto es, que la categoría no sea ni sobre ni subinclusiva.

En los tres fallos mencionados estaba en juego el criterio de la nacionalidad¹¹⁰⁹ y la acción había sido presentada por un ciudadano extranjero, cuestionando una norma que le impedía acceder a un cargo público. La Corte, para establecer el criterio de razonabilidad agravado tuvo en cuenta lo establecido por el art. 20 de la CN, que garantiza los mismos derechos a los extranjeros que a los nacionales. De este modo, entendió que cuando se utilice la calidad de extranjero para denegar un derecho, el Estado debe probar que los fines que se tuvieron en cuenta son sustanciales, y que los medios son aquellos menos restrictivos, es decir, una adecuación lo más ajustada posible.

¿Es este el criterio a utilizar cuando la norma afecta a un grupo de los especialmente protegidos por el art. 75, inc. 23? Parecería que sí. Si las autoridades aprueban una norma que incurre en una categoría sospechosa *en contra* del grupo de las mujeres, niños, ancianos o personas con discapacidad, resulta claro que esto perpetuará la desventaja del grupo y por ello debe ser presumida como inconstitucional, aplicándole el estándar de las categorías sospechosas.

¿Y si utiliza esta misma clasificación para *beneficiar* a estos grupos? En ese caso no se deberá aplicar la doctrina de las categorías sospechosas y habrá que analizar la distinción únicamente bajo el estándar de la mera razonabilidad.

Esto no es del todo claro y ha dado mucha discusión en la doctrina estadounidense. El punto es si una ley puede utilizar el criterio de sexo,

por ejemplo, para favorecer a las mujeres, o si ese es un criterio prohibido. Lo mismo con la raza, el estatus nacional, el idioma, etc. Si entendemos que utilizar estos criterios del art. 1º, inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos está siempre prohibido, aun cuando se lo haga para *beneficiar* al grupo protegido, las acciones afirmativas estarán en serios problemas ya que no podría justificarse la utilización de la categoría "sexo" para beneficiar a las mujeres, la categoría "raza" para beneficiar a los afrodescendientes o la categoría "nacionalidad" para beneficiar a los inmigrantes, etc.

Los programas de acciones afirmativas fueron cuestionados en la jurisprudencia de los Estados Unidos por miembros de los grupos dominantes. En el caso "Bakke"¹¹¹⁰, un candidato blanco que no había sido admitido en la Escuela de Medicina de la Universidad de Davis, California, inició una acción judicial cuestionando el programa de acción afirmativa, en tanto, alegó, no se lo había admitido en virtud de su raza. La Corte Suprema, en el voto del juez del juez Powell entendió que la raza sí podía ser una característica a tener en cuenta, pero que el programa que establecía un cupo fijo para personas afroamericanas era inconstitucional. Desde entonces, comenzó una seguidilla de acciones judiciales contra diversos programas de acción afirmativa en Estados Unidos.

La discusión pasa sobre todo en analizar qué tipo de escrutinio utilizar cuando la clasificación es *benigna* al grupo protegido. En "Croson"¹¹¹¹ se cuestionó un programa de la ciudad de Richmond que requería que los contratistas de obra pública subcontraten al menos 30% del monto de la obra con empresas de dueños pertenecientes a minorías, y la Corte Suprema estadounidense estableció que el estándar a utilizar sería el de escrutinio estricto, aun cuando se pretendiera favorecer a un grupo protegido. Al año siguiente, en "Metro Broadcasting"¹¹¹² se estableció que si el programa es para favorecer a un grupo protegido el estándar debía ser el de escrutinio intermedio¹¹¹³. Sin embargo, en "Adarand"¹¹¹⁴ se volvió a requerir un escrutinio estricto para los programas de acciones afirmativas.

Con respecto a los programas de acciones afirmativas en las universidades, en "Grutter"¹¹¹⁵ la Corte estableció que el nivel de escrutinio iba a ser el estricto, pero al mismo tiempo efectuó una deferencia hacia la apreciación de la universidad sobre la diversidad como un objetivo esencial para su misión educacional. De este modo, el plan de la Escuela de Derecho de la Universidad de Michigan logró superar un escrutinio estricto, y fue sostenido. Sin embargo, en "Fisher I"¹¹¹⁶ esta deferencia fue dejada sin efecto y se reafirmó que el estándar a aplicar sería el escrutinio estricto, con una revisión judicial estricta de los objetivos (sin deferencia al criterio de la Universidad). De todos modos, el programa de la Universidad de Texas logró pasar este escrutinio estricto en "Fisher II"¹¹¹⁷.

Sin embargo, más allá de que algún programa con objetivos concretos y precisos que únicamente pueda lograrse con un criterio sensible a la raza (el supuesto en "Fisher II"), que logre superar el escrutinio estricto, entiendo que la utilización de este estándar para clasificaciones *benignas* es equivocada. Como señaló Ronald Dworkin, "(...) Si aquellos a quienes la ley perjudica no constituyen una clase 'sospechosa' —si sólo son miembros de un negocio particular y no son diferentes de sus conciudadanos en algún aspecto históricamente asociado con la hostilidad o el prejuicio— entonces esa ley debe ser sometida sólo a un escrutinio 'relajado': es constitucional a menos que pueda demostrarse que no sirve en absoluto a ningún propósito o fin"¹¹¹⁸. En los casos que la clasificación perjudique a una clase históricamente discriminada debe utilizarse el escrutinio estricto, pero en cambio, cuando una ley (sancionada por el grupo históricamente poderoso) perjudique a alguien de este grupo de la mayoría con poder, ya no será sospechosa, y allí el estándar deberá ser el de la mera razonabilidad.

Esta es la consecuencia de entender el principio de igualdad como no sometimiento. Esto implica que las categorías prohibidas no son simétricas¹¹¹⁹, sino que solo operan en una dirección: no se puede discriminar por sexo para perjudicar a las mujeres, no se puede discriminar por nacionalidad para perjudicar a los extranjeros, no se puede discriminar por raza para perjudicar a los afrodescendientes, etc.

El art. 75, inc. 23 de la CN adopta expresamente este criterio: hay que crear programas de acción afirmativa para favorecer especialmente a mujeres, niños, ancianos y personas con discapacidad. Por su parte, el art. 75, inc. 17 nos indica que debemos proteger y respetar especialmente a los pueblos originarios; y el art. 20 nos indica que debemos proteger a los extranjeros. Más allá de alguna referencia en el art. 37 a la igualdad real entre "mujeres y varones", lo cierto es que nuestra Constitución tiene una clara protección a grupos en particular históricamente víctimas de la discriminación. Es por ello, que aquí, difícilmente podría darse esta discusión sobre qué estándar aplicar al escrutinio de los programas de acción afirmativa.

Los casos de categorías sospechosas que resolvió nuestra Corte Suprema siempre apuntaban contra la clase protegida: "Repetto", "Hooft" y "Gottschau" eran sobre clasificaciones contra los extranjeros, y "González de Delgado"¹¹²⁰ era sobre la eliminación de una discriminación contra las mujeres. La Corte aún no fijó este argumento de modo expreso, aunque el voto del juez Petracchi en "González de Delgado" puede ser entendido como interpretando el principio de igualdad como no sometimiento¹¹²¹.

Sin embargo, en el caso "Z., J. J."¹¹²², la Corte aplicó el escrutinio estricto de la doctrina de las categorías sospechosas y declaró

inconstitucional una ley que no incluía en la nómina de beneficiarios de una pensión al concubino varón y que solo contemplaba el caso de la conviviente mujer. De este modo, entendió que lo prohibido era el uso de la categoría "sexo" ya sea utilizada contra las mujeres o contra los varones. Bajo una perspectiva de la igualdad como no sometimiento este caso debió haberse fallado de acuerdo con el estándar de la mera razonabilidad, y no del escrutinio estricto. Sin embargo, es cierto que no era claro que la clasificación no fuera *benigna* hacia las mujeres, ya que las leyes que establecían la pensión para la mujer y no para el varón eran consecuencia de entender que la mujer no podía ser parte del mercado laboral y por ello, al morir el concubino varón quedarían sin protección, lo que ameritaría que sucedieran esa pensión. Habrá que esperar hasta que exista un caso más claro para ver si la Corte aplica de modo expreso la interpretación del principio de igualdad como no sometimiento para las acciones afirmativas.

Por su parte, la Cámara Nacional Electoral resolvió recientemente que una lista de precandidatos/as a diputados/as nacionales no puede estar integrada únicamente por candidatas mujeres. Entendió de este modo a las acciones afirmativas como parte del principio a la igualdad como no discriminación, y no —como correspondía— dentro del principio de igualdad como no sometimiento. El tribunal, entendió que "las libres convicciones del juzgador también encuentran fundamento en el sentido común; de modo que no puede sino generar asombro y rechazo la pretensión de oficializar una lista compuesta en su totalidad por un solo género", y resolvió no oficializar la lista de Ciudad Futura. Entendió que el cupo femenino establecido por la ley 24.012 se sancionó en resguardo de los derechos de las mujeres a gozar de iguales oportunidades que los hombres en la postulación para cargos políticos, pero que "ello no implica que no deba resguardarse idéntico derecho para los hombres"¹¹²³.

III. ACCIONES AFIRMATIVAS COMO REMEDIOS JUDICIALES

Ya sea que *las normas utilicen categorías sospechosas* contra las clases protegidas o sea que existe en *los hechos un trato desigual* contra algún miembro de esas clases, o una práctica o norma neutra con *impacto desproporcionado* sobre alguno de estos grupos protegidos¹¹²⁴, los tribunales, al momento de resolver el conflicto pueden establecer medidas afirmativas como remedios de esta desigualdad. Estos remedios pueden incluir cupos o decisiones más o menos similares para revertir la desigualdad probada judicialmente.

En el pionero caso "Freddo"¹¹²⁵, la Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil ordenó a la demandada, que solo contrataba varones para la atención al público, a contratar solo mujeres hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad. Esto implica que luego de la sentencia, la empresa no pudo contratar más trabajadores hombres hasta al menos equiparar la diversidad de género entre la fuerza de trabajo. Podría

entenderse que esto es una medida de acción afirmativa para lograr la igualdad real en el ámbito de trabajo.

Algo similar se resolvió en el caso "Sisnero"¹¹²⁶, en el que una mujer demandó a una empresa de colectivos urbanos de Salta y a la Autoridad Metropolitana de Transporte, en razón de sentirse discriminada porque, pese a reunir todos los requisitos para el cargo, le denegaron varias veces el trabajo en virtud de que era mujer. En este caso, la Corte Suprema terminó de delinear el test a aplicar a las situaciones de *trato desigual* en los hechos que había esbozado en "Pellicori"¹¹²⁷, y consideró que si la actora logró acreditar *prima facie* su caso, se debía invertir la carga de la prueba y sería el demandado quien debía demostrar que existía una razón objetiva y ajena a cualquier discriminación para justificar el trato desigual¹¹²⁸.

Como la demandada no brindó una justificación no discriminatoria¹¹²⁹, la Corte consideró probado el trato desigual y reenvió el caso para que Suprema Corte Salteña fijara el modo de revertir la situación de discriminación. En esa revisión, el Máximo Tribunal local, basándose analógicamente en el Código Electoral, estableció que se realizaría una lista con las postulantes mujeres y se debían contratar dos mujeres por cada hombre hasta alcanzar progresivamente un 30% de mujeres en su planta de conductores¹¹³⁰.

Por su parte, la [ley 23.592](#) solo establece que cuando exista un trato discriminatorio, a pedido del damnificado se dejará sin efecto el acto o cesar en su realización y reparar el daño moral y material ocasionados (art. 1º). La discusión pasará entonces por la amplitud de la reparación del daño y su integralidad. Por ello, las sentencias también podrían incluir la realización de campañas de concientización y sensibilización sobre los efectos negativos de la discriminación, pedidos de disculpas públicas y todo lo que pueda tender a reparar el trato desigual, y prevenir su repetición¹¹³¹.

IV. ACCIONES AFIRMATIVAS EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El art. 75, inc. 23 menciona en especial al grupo de mujeres, niños, ancianos y personas con discapacidad. Asimismo, el art. 20 menciona a los extranjeros y el 75, inc. 17 a los pueblos originarios. Diversos tratados internacionales sobre derechos humanos han avanzado en la protección especial de estos grupos y han establecido la posibilidad de promover medidas de acción afirmativa en particular.

Así, por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) establece en su art. 4º.1 que "La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de

carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato". El texto de la convención hace hincapié en el carácter temporal que supuestamente tienen estas medidas. Habrá que entender que serán necesarias hasta que la igualdad en los hechos sea una realidad, lo que está lejos de suceder en nuestras sociedades¹¹³². Por ello, estas medidas —si bien transitorias— están constitucionalizadas o incluidas en los pactos internacionales, esto es, instrumentos pensados para regir durante un gran lapso de tiempo.

Por su parte, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en su art. 1º inc. 4º establece que "Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron". Esto será aplicable a los sujetos protegidos por la Convención, tanto a migrantes como a descendientes de grupos raciales que merezcan especial protección.

De modo similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva 18/03 referida a migrantes indocumentados estableció no solo la facultad, sino la obligación de adoptar medidas afirmativas para garantizar la igualdad real entre los grupos. Así, dijo que "Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas"¹¹³³. Lo mismo dijo en el caso "Atala Rizzo", cuando entendió que "Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas"¹¹³⁴.

Con respecto a las personas con discapacidad, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece en su art. 27, inc. 1º.h referido al trabajo, que los Estados adoptarán medidas para "promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas". Asimismo, la Convención establece que para no discriminar a las personas con discapacidad habrá que realizar los "ajustes razonables" que no contraigan una carga indebida o desproporcionada para garantizar el goce

o ejercicio en igualdad de condiciones. Esto implica que, como lo ha sostenido la Corte Suprema estadounidense, la denegación de ajustes razonables constituye un caso de trato desigual¹¹³⁵.

V. RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL

El segundo párrafo del art. 75, inc. 23 establece que el Congreso deberá dictar un régimen de la seguridad social especial e integral para los niños, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y la lactancia. Este régimen de seguridad social para niños "en situación de desamparo" no impide que se utilice un sistema de protección universal y no focalizado por situación socioeconómica.

Con respecto al límite temporal de la enseñanza elemental, puede entenderse por la educación obligatoria, que de acuerdo con la ley 26.206 es hasta la finalización de la educación secundaria, lo que coincidirá en principio con la mayoría de edad.

La Asignación Universal por Hijo, aprobada por el DNU 1602/2009, puede constituir este régimen de protección tanto de los niños en situación de desamparo como de las madres durante el embarazo que menciona el artículo de la Constitución. Lamentablemente, esta política no fue adoptada por el Congreso, como señala el artículo, sino por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, puede entenderse que es la reglamentación de este artículo de la Constitución.

Art. 75, inc. 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 sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos a este inciso exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Comentario por Julián Rotenberg

La reforma constitucional de 1994 incorporó el inc. 24 reflejando la tendencia integracionista iniciada por Europa a mediados de siglo XX y seguida por los países de Latinoamérica en las siguientes décadas, que culminó con la creación del Mercosur a través del Tratado de Asunción de 1991. Esta cláusula debe ser leída en conjunto con el inc. 22, que consagró la jerarquía constitucional de determinados tratados de derechos humanos y la supremacía de todos los tratados por sobre las leyes.

En términos generales, esta norma se enmarca en el procedimiento de celebración de tratados internacionales según lo establece la Constitución, que ha dado en caracterizarse como "acto complejo federal". El inciso regula la etapa de aprobación por el Poder Legislativo de tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción en organizaciones supranacionales. En otras palabras, estos tratados pueden crear órganos con capacidad para emitir normas tanto de aplicación general (regulaciones de alcance general) como particular (como decisiones judiciales o arbitrales), obligatorias para los Estados partes y sus habitantes.

La particular característica de este tipo de tratados explica el hecho de que se establezcan requisitos especiales, más exigentes, para su aprobación. El texto establece que los tratados de integración celebrados con Estados de Latinoamérica deben ser aprobados con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En cuanto a los tratados de integración que se concluyan con otros Estados, el inciso establece un procedimiento de doble votación: en primer lugar, el Congreso debe declarar la conveniencia de su aprobación con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, y luego, dentro de los ciento veinte días siguientes, debe aprobarlos con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Para la terminación de los compromisos contraídos por el Estado en virtud de tratados de integración, el Poder Ejecutivo podrá realizar la denuncia, pero "se exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara" para que el Poder Ejecutivo inicie los procedimientos correspondientes.

En cuanto a la relación de estos tratados con el derecho nacional, de conformidad con el inc. 22 los tratados son superiores a las leyes. Por otro lado, el inc. 24 establece que las "normas dictadas en su consecuencia",

es decir, las normas emanadas de los órganos supraestatales creados por los tratados de integración, que pueden ir desde normas de alcance general a decisiones jurisprudenciales, se encuentran jerárquicamente por encima de las leyes nacionales, y al mismo tiempo por debajo de la Constitución Nacional. De este modo, el derecho de la integración está sujeto al control de constitucionalidad.

Art. 75, inc. 25.—

Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz.

Comentario por Nicolás Gabriel Tauber Sanz

I. EL COMPROMISO CONSTITUCIONAL CON LA PAZ

La República Argentina se encuentra profundamente comprometida con el valor de la paz.

Este compromiso, a nivel constitucional, se manifiesta en el Preámbulo, que fija como uno de los fines de la Constitución Nacional "(...) proveer a la defensa común (...)", en el art. 21, que establece como finalidad de las fuerzas armadas la "(...) defensa de la patria y de esta Constitución (...)", y en el art. 27, que establece la obligación del Gobierno federal de afianzar sus relaciones de paz con las potencias extranjeras.

Este compromiso fue reforzado por la incorporación de la República Argentina al seno de las Naciones Unidas y la incorporación con jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos del art. 75, inc. 22 de la CN.

La Carta de las Naciones Unidas, en su Preámbulo, declara que "Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles (...) y con tales finalidades a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos, a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que nos e usará; la fuerza armada sino en servicio del interés común (...)". En su art. 1º establece que "Los Propósitos de las Naciones Unidas son: 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar

amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos a la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir al quebrantamiento de la paz; 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y a tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal (...)" En su art. 2º manda que "Para la realización de los Propósitos consignados en el art. 1º, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes principios: (...) 4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o de cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas". Por su parte, el art. 51 de la Carta establece "(...) el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas (...)" como única excepción a la prohibición del uso de la fuerza armada.

Por su parte, los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional establecen mandatos obligatorios respecto de la conservación y fomento de la paz.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), en su Preámbulo, considera "(...) que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (...)", estableciendo expresamente, en su art. 1º que "Todos los seres humanos (...) deben comportarse fraternalmente los unos con los otros" y en su art. 29, inc. 3º, que "Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas".

La Declaración Americana de Derechos Humanos (DADH) establece, en su Preámbulo, la obligación de todos los hombres de "(...) conducirse fraternalmente los unos con los otros (...)" y en su art. 34 establece que "Toda persona hábil tiene el deber de prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y conservación (...)".

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCS), la Convención Contra las Torturas y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Sobre los Derechos del Niño, en sus Preámbulos refieren a la paz como uno de los principios rectores utilizando la misma formulación que la DUDH.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en su art. 13, inc. 5º, y el PIDCS, en su art. 20, inc. 1º, establecen la obligación de los Estados de prohibir, por ley, toda propaganda a favor de la guerra.

La Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, en su Preámbulo, establece que la discriminación por motivos de raza, color u origen étnico "(...) constituye un obstáculo a las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones y puede perturbar, la paz y la seguridad entre los pueblos (...)".

La Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, en su Preámbulo, afirma "(...) que el fortalecimiento de la paz y seguridad internacionales, el alivio de la tensión internacional, la cooperación mutua entre todos los Estados con independencia de sus sistemas económicos y sociales, el desarme general y completo, (...) así como el respeto de la soberanía nacional y de la integridad territorial, promoverán el progreso y el desarrollo sociales y, en consecuencia, contribuirán al logro de la plena igualdad entre el hombre y la mujer".

Entiendo que el bloque federal de constitucionalidad impone que la declaración de guerra solo puede fundarse en la existencia, actual o inminente, de una agresión externa contra la soberanía nacional, en la situación de legítima defensa individual o colectiva (art. 51 de la Carta de ONU) o a solicitud del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (arts. 43 ss. de la Carta de ONU).

II. AUTORIZACIÓN PREVIA PARA DECLARAR LA GUERRA O HACER LA PAZ

La Constitución Nacional regula el acto de declaración de guerra o de hacer la paz como un acto federal complejo en el que intervienen el Congreso y el Poder Ejecutivo.

El Congreso, en forma previa, autoriza a declarar la guerra o hacer la paz y posteriormente el presidente declara la guerra o hace la paz.

La autorización del Congreso es imprescindible para iniciar una guerra, ya sea mediante declaración como para dar inicio concreto a las hostilidades, como para prestar ayuda a terceros países en guerra¹¹³⁶.

La autorización previa del Congreso no admite excepciones. Es imprescindible aun cuando el estado de guerra sea consecuencia del cumplimiento de un tratado o convenio internacional.

La decisión de declarar la guerra o hacer la paz debe tomarla el Congreso dada su gravísima trascendencia política y jurídica para la vida de la Nación y de sus habitantes. En esta línea, Bidegain señalaba que

"este es el aspecto de la política internacional en que el Congreso asume el papel principal. Se comprende que decisiones tan trascendentes para la comunidad como la guerra y la paz sean resueltas por el órgano que más directamente ejerce su representación y refleja su influencia"¹¹³⁷.

La Constitución Nacional da tal prevalencia al Congreso en esta materia que en su art. 99, inc. 15 establece que la guerra declarada por el presidente, previamente autorizada por el Congreso, debe ser objeto de aprobación posterior por su parte. Así el Congreso tiene la atribución de no aprobar la declaración de guerra del presidente y mandarlo a poner fin a la campaña militar "(...) aunque la autorización haya comprendido una delegación para tomar decisiones acerca del desarrollo y término de las operaciones"¹¹³⁸. De esta forma es el Congreso el que tiene, en todo momento, el poder de decisión sobre el particular.

Lo dicho no implica que el presidente, en su carácter de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, deba permanecer pasivo ante una invasión extranjera por no tener autorización del Congreso. Ante una invasión extranjera, el presidente está obligado a defender a la Nación por la fuerza, aun sin declaración alguna del Congreso. Al respecto, la doctrina constitucional es conteste en que "Si la guerra proviene de una invasión hecha por una potencia extranjera, el presidente está no sólo autorizado, sino obligado a resistirla por la fuerza. No inicia la guerra, pero debe aceptar la provocación sin esperar una autorización especial del Congreso"¹¹³⁹.

Lo que implican, los arts. 75, inc. 25 y el 99, inc. 15 de la CN, es que la Constitución Nacional impone, como requisito ineludible, la decisión del Congreso Nacional para emprender una guerra ofensiva o involucrarse en un conflicto bélico internacional por fuera de las tareas de defensa nacional que sean imprescindibles.

También resulta imprescindible la decisión del Congreso para autorizar al presidente a hacer o declarar la paz con un beligerante. Vedia sostenía que "Se entiende aquí que el poder que autorizó la guerra debe ser el mejor juez de las causas que aconsejen ponerle término. Caso se ha querido evitar el peligro de que, en un momento de debilidad, pudieran ser comprometidos los destinos del país o esterilizados los sacrificios hechos"¹¹⁴⁰.

Esto no implica que el presidente, en su carácter de Jefe Supremo de la Nación y Comandante en Jefe, no pueda disponer el cese de las hostilidades debiendo dicha decisión ser aprobada por el Congreso. Afirmando esto en el entendimiento que el cese de las hostilidades no tiene los mismos efectos que la declaración de paz. Sobre este punto, Bidegain sostenía que "el presidente puede, por sí sólo, ordenar armisticios, en su capacidad de comandante en jefe, pero el mero cese de las hostilidades

no implica legalmente la terminación del estado de guerra, que continúa hasta la ratificación y entrada en vigencia del Tratado de Paz"¹¹⁴¹.

III. DECLARACIÓN DE NEUTRALIDAD

Ante la existencia de una guerra existe la posibilidad de que el Estado no quiera involucrarse en la misma y se mantenga neutral. Neutral es todo Estado que no participa en una guerra. La decisión de no involucrarse en una guerra suele exteriorizarse, aunque no es obligatorio, mediante una declaración de neutralidad. La Constitución no hace referencia alguna a esta situación. En la práctica tal declaración fue efectuada por el presidente¹¹⁴².

Parte de la doctrina entiende que, por sus efectos, la neutralidad debería ser objeto de autorización por parte del Congreso¹¹⁴³.

Entiendo que la paz es un valor constitucional en el que todos los poderes de la Nación están comprometidos. Siendo la neutralidad una situación de paz considero que tanto el presidente, en uso de sus atribuciones como Jefe Supremo de la Nación (art. 99, inc. 1º, CN) y representante de la Nación ante las organizaciones internacionales y naciones extranjeras (art. 99, inc. 11, CN), como el Congreso en ejercicio de sus atribuciones de autorizar la declaración de guerra o declarar la paz (art. 75, inc. 25) pueden declararla válidamente.

Refuerzan esta conclusión los hechos de que su declaración no es obligatoria, que la neutralidad es el estado natural de cualquier nación (ante un conflicto bélico que no lo afecta en forma directa) y no que esta no tiene como efecto el involucramiento de la Nación en un conflicto bélico sino que, por el contrario, implica mantenerse al margen.

IV. EFECTOS DE LA AUTORIZACIÓN

El principal efecto de la decisión del Congreso es habilitar al presidente para declarar la guerra o hacer la paz.

La atribución del presidente de declarar la guerra o hacer la paz debe respetar los límites determinados por los términos de la autorización dictada por el Congreso siempre dentro de los límites determinados en la autorización.

Declarada la guerra, el presidente, en su condición de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, tiene amplias facultades en el terreno táctico, técnico y estratégico¹¹⁴⁴.

En cuanto a la interpretación y aplicación de los poderes de guerra por parte del Congreso y del presidente, la jurisprudencia de la CS ha

entendido que resulta valiosa la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el entendimiento de que "Tratándose de disposiciones que (...) han sido trasladados casi al pie de la letra o por lo menos con identidad de propósitos de análogas normas de la constitución de los Estados Unidos de América, no sería prudente subestimar los valiosos elementos de interpretación y aplicación que allí sirvieron para aquilatar el alcance de dichos preceptos, con mayor razón frente al silencio de las actas del Congreso General Constituyente de 1853, al laconismo de los textos constitucionales y a la inadecuada jurisprudencia federal argentina"¹¹⁴⁵.

La autorización para declarar la guerra no implica el establecimiento del estado de sitio, el que debe ser declarado en forma específica, en caso de ser indispensable, ante un ataque exterior. No debe perderse de vista que el estado de guerra no está previsto en el art. 23 de la CN como causal del establecimiento del estado de sitio¹¹⁴⁶.

V. CONTROL JUDICIAL SOBRE LA DECISIÓN DEL CONGRESO

La declaración de guerra ha sido declarada cuestión no justiciable por la jurisprudencia de la CS fundado tal criterio en que se trata de un "(...) acto de autoridad y soberanía (...) "¹¹⁴⁷.

Esta posición es compartida en doctrina por Gelli, Marienhoff¹¹⁴⁸ y Bidart Campos. Me permito no compartir esta posición, ya que entiendo que el bloque federal de constitucionalidad impone que la declaración de guerra solo puede fundarse en la existencia, actual o inminente, de una agresión externa contra la soberanía nacional, en la situación de legítima defensa individual o colectiva (art. 51 de la Carta de ONU) o a solicitud del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (arts. 43 y ss. de la Carta de ONU).

Bidart Campos, al fundar su criterio realiza una importante aclaración, al decir que "Hay que observar que la constitución no somete la declaración de guerra a condicionamiento o requisitos de situación, como sí lo hace cuando prevé en qué casos procede la intervención federal o el estado de sitio; ello significa que respetada la competencia formal antes referida, depende del criterio, la discreción y la prudencia del congreso y del poder ejecutivo declarar o hacer la guerra, y la paz. Esta advertencia es importante para comprender que el hecho de la guerra en sí mismo no puede ser reputado inconstitucional, porque dispuesta la guerra por los órganos competentes, la guerra queda habilitada por la constitución"¹¹⁴⁹.

Igual criterio sustenta Gelli, quien sostiene que "(...) el hacer lugar a la protección de los derechos personales por parte de los tribunales puede implicar el control del debido proceso adjetivo en la declaración de guerra, como por ejemplo si esta se efectúa sin autorización del Congreso y una persona convocada a la defensa nacional alega no la falta de necesidad,

oportunidad o conveniencia en la decisión política, sino la violación del procedimiento para efectuar la declaración de guerra"¹¹⁵⁰.

De lo sostenido por estos autores se desprende que consideran justiciable el respeto al debido proceso adjetivo del acto de declaración de guerra.

Por su parte, los actos dictados por el Congreso y el presidente en el marco de la situación de guerra se encuentran plenamente sujetos a control judicial.

Así lo ha reconocido la CS en el caso "Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano c. Nación"¹¹⁵¹ cuando resolvió que "El ejercicio de las atribuciones conferidas al presidente de la Nación en materia de poderes de guerra debe realizarse dentro del ámbito institucional, sin desviarse de los fines para los que esas atribuciones fueron otorgadas. La afectación de la propiedad privada, durante la investigación administrativa, a fines extraños al conflicto bélico instalación y funcionamiento de establecimientos oficiales de educación, en el inmueble afectado, aunque de interés público indubitable, y que ha producido beneficios al Estado, crea la obligación de restituirlos a su titular". El su voto, el Dr. Boffi Boggero, sostuvo que "El principio, fundado en la supremacía constitucional, según el cual las facultades privativas de un Poder no constituyen facultades incontrolables por el Poder Judicial, es aplicable a los 'poderes de guerra', para deslindar los ejercidos razonablemente y los que han ido más allá de su fundamento y finalidad. La posición contraria podría hacer ilusorios los derechos del individuo, entre los cuales se encuentra el de 'propiedad'".

Es decir que los actos que limiten restrinjan o afecten derechos de particulares durante la guerra están sujetos a control judicial adjetivo y sustantivo.

Este criterio ya había sido sostenido por el Dr. Casares, en su voto en disidencia en "Merck", cuando sostuvo "Que de esta sujeción de la guerra, —acto de enjuiciamiento—, a la ley natural, síguese la obligación de subordinar al orden jurídico positivo interno la ejecución de lo que el Estado en guerra haya de hacer con las personas y los bienes que se encuentren bajo la fe de su derecho nacional. Porque la guerra no está sobre toda ley, el Estado que la hace no puede considerarse con motivo y en ocasión de ella, relevado de las subordinaciones que su propio orden jurídico, instaurado para regir en toda circunstancia, impone a sus facultades respecto a las personas y los bienes que antes de iniciarse el estado bélico habían sido acogidas por el imperio de su jurisdicción. Al hacer la guerra el Estado asume posición y responsabilidad de juez, y lo que pueda hacer, —sin comprometer la suerte de la guerra—, mediante sus propias y

ordinarias instituciones, debe hacerlo para el afianzamiento de la justicia que con ella se procura"¹¹⁵².

Este criterio, compartido por Gelli y Bidart Campos, implica que los poderes de guerra no se encuentran por encima de la Constitución, sino que por el contrario deben ejecutarse conforme a ella, que mantiene su pleno imperio en toda circunstancia.

No existe razón o circunstancia que habilite a las autoridades a violar la Constitución.

VI. CONCLUSIÓN

1. La paz es un valor fundamental con el cual la República Argentina se encuentra comprometida constitucionalmente.

2. El bloque federal de constitucionalidad impone que la declaración de guerra solo puede fundarse en la existencia, actual o inminente, de una agresión externa contra la soberanía nacional, en la situación de legítima defensa individual o colectiva (art. 51 de la Carta de ONU) o a solicitud del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (arts. 43 y ss. de la Carta de ONU).

3. La autorización del Congreso es imprescindible para iniciar una guerra, ya sea mediante declaración como para dar inicio concreto a las hostilidades, y para hacer la paz.

4. Ante una invasión extranjera, el presidente está habilitado y obligado a defender a la Nación por la fuerza, aun sin declaración alguna del Congreso.

5. No existe previsión constitucional referente a la declaración de neutralidad, la que puede ser declarada tanto por el presidente como por el Congreso.

6. La autorización o la declaración de guerra no implica el establecimiento del estado de sitio.

7. La declaración de guerra ha sido declarada por la CS cuestión no justiciable, salvo en cuanto al debido proceso adjetivo del acto de declaración de guerra.

8. Los actos que limiten, restrinjan o afecten derechos de particulares durante la guerra están sujetos a control judicial adjetivo y sustantivo.

9. No existe razón o circunstancia que habilite a las autoridades a violar la Constitución.

Art. 75, inc. 26.—

Facultar al Poder Ejecutivo para ordenar represalias, y establecer reglamentos para las presas.

Comentario por Nicolás Gabriel Tauber Sanz

I. POTESTADES DEL CONGRESO

Por medio de este inciso se atribuyen dos potestades al Congreso: 1) la de autorizar al presidente a ordenar represalias, y 2) establecer reglamentos para las presas.

La reforma constitucional de 1949, y luego la de 1994, modificaron este inciso que en su redacción anterior establecía "Conceder patentes de corso y de represalias, y establecer reglamentos para las presas".

En la redacción anterior era directamente el Congreso el que concedía las patentes de corso y de represalias. En su redacción actual el Congreso no concede, sino que autoriza al presidente a ordenar represalias, eliminándose las patentes de corso.

La redacción del inciso podría ser considerada confusa pudiéndose entender que permite que el Congreso autorice al presidente a establecer reglamentos para las presas. Entiendo que la norma es clara en cuanto a que refiere a dos supuestos distintos a los que separa con una coma. Asimismo, en línea con los objetivos de la reforma constitucional de 1994 de atenuar el presidencialismo, siendo que se trata de la potestad de emitir una norma de alcance general, y dado que la reforma solamente afectó a la primera parte del inciso y dejó incólume la segunda (en la norma anterior ambas eran atribución del Congreso), entiendo que el inciso reconoce al Congreso, sin lugar a duda, la potestad de establecer los reglamentos para las presas.

II. PATENTES DE CORSO Y REPRESALIAS

Las reformas constitucionales de 1949 y 1994 suprimieron la potestad de "Conceder patentes de corso y de represalias". Para entender las implicancias de la modificación debemos primero definir estos conceptos.

Ramela definía la patente de corso como "(...) la autorización que un gobierno da a un particular para armar un buque por su cuenta con el fin de hostilizar al enemigo"¹¹⁵³. Agustín De Vedia la definió como "piratería legal"¹¹⁵⁴. Joaquín V. González enseñaba "que significa autorizar al corsario trasponer los límites de la Nación para hostilizar al enemigo fuera de ellos, o en sus propias aguas"¹¹⁵⁵.

En nuestro país ha existido legislación sobre patentes de corso¹¹⁵⁶. Los corsarios fueron un recurso utilizado en la guerra de independencia contra España¹¹⁵⁷ y en la guerra contra el Brasil¹¹⁵⁸.

Las represalias han sido definidas como "todos los medios admisibles en el derecho de las naciones, por los cuales los súbditos de un Estado ofendido por otro en las personas de sus ciudadanos, o en su capacidad colectiva, o en sus bienes retribuyen la ofensa o procurar recuperar la integridad de su soberanía. Pueden ser precursoras, preliminares, o un modo de empezar una guerra, y también la guerra misma, como en el caso de represalias generales"¹¹⁵⁹. Según Ramella es "el derecho que tiene el Estado que es víctima de acciones contrarias al derecho internacional por parte de otro Estado, de contestar con otras acciones contrarias al derecho internacional"¹¹⁶⁰.

Las patentes de corso fueron prohibidas por el Tratado de París de 1856, que declaró diversos principios de derecho marítimo, al que la República Argentina adhirió a través de la ley 90 de la Confederación Argentina en 1856¹¹⁶¹.

Las reformas de 1949 y 1994, al suprimir la potestad de "conceder patentes de corso y represalias" eliminaron las patentes de corso (piratería) y mantuvieron las represalias impidiendo que las mismas sean llevadas a cabo por particulares.

La Constitución permite solo al Estado adoptar represalias siendo las mismas "medidas de coerción de un estado, lesionado en sus derechos por otro, dirigidas contra bienes determinados: el no pago de una deuda vencida, una prohibición de exportar, el embargo de un buque, el bloqueo de un buque, el bloqueo pacífico de un puerto o de una costa, e incluso la ocupación de un territorio"¹¹⁶².

Las represalias solo pueden ser adoptadas por el Estado por medio de un acto federal complejo. El Congreso tiene la atribución de autorizar al presidente a ordenarlas y este las determina, dentro de los límites fijados por el acto de autorización.

III. LAS PRESAS

Las presas son propias de la guerra marítima. En sus orígenes se trataba de "(...) un derecho reconocido en la guerra marítima, el que los buques destinados a sostenerla, puedan perseguir las naves mercantes del enemigo y apoderarse de ellas, así como hacer prisioneros a sus tripulantes y adueñarse de las mercaderías que transportan (...) "¹¹⁶³.

Luego de la prohibición internacional a la concesión de patentes de corso, incorporada al derecho federal por la ley 90 de 1865, y la eliminación del texto constitucional de la potestad de conceder patentes de corso y de represalias a particulares, las presas constituyen una acción estatal "por la cual buques y mercaderías enemigas, o neutrales que violen un bloqueo o transporten contrabando o auxilios contrarios a los deberes de neutralidad, pueden ser objeto de botín, es decir, de confiscación" ¹¹⁶⁴.

La doctrina entiende que el derecho de presa marítima constituye una excepción a la prohibición impuesta por el art. 17 de la CN, condicionada por el derecho internacional a "(...) que exista un procedimiento ante los tribunales de presa del Estado captor, para decidir sobre el destino definitivo de tales bienes" ¹¹⁶⁵.

Joaquín V. González sostenía que "Esta facultad de reglamentar las presas no se considera accesoria o derivada de poder de guerra, sino más bien del de establecer tribunales de justicia (sentencias de la SC Estados Unidos, caso citado de "Brown v. Est. U.", en *Cranch*, t. 8, p. 10); pero la Constitución, al colocarlo entre los poderes especiales del Congreso para proveer a la defensa común, atribuye al conocimiento de los conflictos y causas que sean consecuencia de las presas a la justicia federal, la que tiene a su cargo la aplicación de las leyes internacionales que deben surtir efectos en el territorio o bajo la soberanía nacional (Constitución, art. 100; Ley de Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales del 14/9/1863, art. 1º, incs. 7º, 8º y 9º)" ¹¹⁶⁶.

La Constitución, entonces, otorga al Congreso la facultad de legislar atribuyendo competencia a un tribunal federal y estableciendo un procedimiento que respete la garantía del debido proceso y de defensa en juicio.

IV. CONCLUSIÓN

1) La única autoridad que puede autorizar represalias y reglamentar las presas es el Congreso de la Nación.

2) Solo el Estado puede ejecutar represalias y presas marítimas bajo órdenes y mando del presidente de la Nación, conforme los límites fijados por el Congreso al autorizarlas.

3) No se encuentran previstas en la Constitución y se encuentran prohibidas por el derecho internacional, receptado por nuestro país, las patentes de corso.

4) El Congreso de la Nación es la autoridad que debe reglamentar las presas estableciendo un procedimiento que respete las garantías del debido proceso y la defensa en juicio.

5) Es de competencia de los tribunales federales todo lo concerniente al derecho de presas y represalias.

Art. 75, inc. 27.—

Fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno.

Comentario por Nicolás Gabriel Tauber Sanz

I. PODERES DEL CONGRESO RESPECTO DE LAS FUERZAS ARMADAS

La Constitución atribuye al Congreso Nacional el poder de organización de las fuerzas armadas como único cuerpo armado encargado de la defensa nacional.

Este poder de organización comprende:

1) La potestad de decidir —"fijar" es el término utilizado por el constituyente— la composición de las fuerzas armadas, su equipamiento y su presupuesto.

2) El poder de dictar las normas que determinen sus funciones específicas, las normas relativas a la organización, gobierno, régimen de justicia y disciplinario.

II. FUERZAS ARMADAS. COMPETENCIA FEDERAL EXCLUSIVA. PROHIBICIÓN DE MILICIAS PROVINCIALES

La reforma de 1994, al igual que lo había hecho el constituyente de 1949, modificó la redacción anterior sustituyendo el término "fuerzas de línea" por el de "fuerzas armadas" y eliminó el entonces inc. 24, que

atribuía al Congreso autorizar a las provincias a reunir las milicias provinciales¹¹⁶⁷.

La modificación introducida en el inc. 23 (hoy 27) y la supresión del ex inc. 24 deben leerse conjuntamente con la decisión de mantener la vigencia del art. 126 de la CN que establece "Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden (...) armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal (...)".

La eliminación de las milicias provinciales fue dispuesta por primera vez en la reforma constitucional de 1949. El tema fue motivo de debate y el criterio actual fue defendido por los convencionales Valenzuela y Bagnasco, quienes argumentaron respecto de la necesidad de un ejército único, alegando que "las milicias son un resabio de la época anterior a la organización nacional"¹¹⁶⁸.

La reforma constitucional de 1994 dispuso, expresa y claramente, que todos los poderes referidos a la defensa nacional son de carácter federal y determinó la existencia de un solo cuerpo armado para cumplir tal finalidad federal: las Fuerzas Armadas de la Nación¹¹⁶⁹.

Este poder ha sido delegado expresamente por las provincias (arts. 75, incs. 16, 25, 26, 27 y 28; y 99, incs. 1º, 13, 14 y 15) que tienen prohibido organizar milicias provinciales.

En cuanto a la previsión excepcional del art. 126 de la CN, la facultad provincial solo nace en el supuesto "(...) de un peligro tan inminente que no admita dilación". La existencia de fuerzas armadas desplegadas y en estado operativo en todo el territorio nacional, así como el avance de los sistemas de comunicaciones y de transportes hacen casi imposible la aplicación de esta previsión.

En este punto, Sagüés propone "la armonización" de las previsiones del art. 126, toma como sinónimos los términos milicias y policía y sostiene que "las provincias pueden contar con milicias, pero no movilizarlas (es decir, "levantarlas", agruparlas con fines de ataque a otra provincia o Estado), excepto para las dos hipótesis de mención en el art. 126"¹¹⁷⁰.

Por mi parte, entiendo que la previsión del art. 126 de la CN no implica una excepción a la prohibición de milicias provinciales. La Constitución prohíbe la existencia de milicias o ejércitos provinciales, esto es, al mando de autoridades provinciales. Lo único que admite con carácter excepcional, en "(...) caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación (...)", es que las provincias "armen buques o levanten ejércitos" encontrándose tales fuerzas al mando del

Poder Ejecutivo de la Nación, siempre y en todo momento, en virtud de lo establecido por el art. 99, incs. 1º, 13, 14 y 15 de la CN.

Consecuencia de esto es que:

1) Toda disposición existente en las constituciones provinciales que permita la creación de milicias provinciales es inconstitucional, y por tanto insanablemente nula de nulidad absoluta, por regular materia expresamente delegada al Gobierno federal¹¹⁷¹.

Varias provincias contienen disposiciones constitucionales relativas a la existencia de milicias provinciales en violación al texto de la Constitución Nacional vigente. Es el caso de las Constituciones provinciales de Corrientes (arts. 118, inc. 13 y 162, inc. 13)¹¹⁷², de San Luis (arts. 144, inc. 11 y 168, incs. 16 y 17)¹¹⁷³, de Mendoza (arts. 99, inc. 14 y 128, incs. 12, 17 y 18)¹¹⁷⁴, de La Pampa (art. 68, inc. 20)¹¹⁷⁵ y de Buenos Aires (art. 144, incs. 12, 13 y 14)¹¹⁷⁶. Es dable resaltar que las constituciones de Mendoza (1916) y San Luis (1987) son anteriores a la reforma de la Constitución Nacional de 1994 y que en el caso de la Constitución de la provincia de Buenos Aires se hace referencia expresa al [art. 67, inc. 24](#) de la CN, cuando el mismo había sido eliminado por el constituyente federal de 1994.

2) Todo acto de conformación de milicias por parte de una provincia es susceptible de ser causal de intervención federal en el entendimiento de que su constitución pone en peligro la paz interior o es un acto preparatorio a un acto de hostilidad prohibido por el art. 127 de la CN¹¹⁷⁷.

La exclusividad federal en materia militar se encuentra al servicio directo del cumplimiento efectivo de los objetivos de constituir la unión nacional y proveer a la defensa común, fijados por el constituyente en el Preámbulo.

III. FINALIDAD DE LAS FUERZAS ARMADAS: DEFENSA NACIONAL

La Constitución Nacional establece la finalidad de las fuerzas armadas en el Preámbulo al fijar como objetivo *proveer a la defensa común* y en el art. 21, cuando establece las condiciones bajo las cuales los ciudadanos están obligados "a armarse en defensa de la patria y de esta Constitución".

En primer lugar, la constitución habla de *defensa*.

Las fuerzas armadas tienen como fin la *defensa*, no encontrándose habilitados los poderes constituidos para utilizarlas para atacar a otras naciones. La función de defensa responde al compromiso constitucional con la paz del que dan cuenta el art. 27 que establece que "El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz (...)", los arts. 75, inc. 25 y 99, inc. 12, que establecen el carácter de acto federal complejo de la

declaración de guerra (que implica de por sí un compromiso con la paz al dificultar que el recurso de la guerra resulte eficaz ya que la autorización pone al otro Estado en aviso de la inminencia de la agresión) y de los principios de derecho internacional establecidos en la Carta de las Naciones Unidas¹¹⁷⁸ y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional del art. 75, inc. 22¹¹⁷⁹.

En segundo lugar, el constituyente utilizó la palabra *patria*¹¹⁸⁰.

La Ley de Defensa Nacional ([ley 23.554](#)) en línea con el Preámbulo, y los arts. 21 y 75, inc. 27 reafirma que el rol de las fuerzas armadas es "enfrentar las agresiones de origen externo"¹¹⁸¹ y que "se deberá tener permanentemente en cuenta la diferencia fundamental que separa a la Defensa Nacional de la Seguridad Interior"¹¹⁸².

En este punto es dable señalar que el legislador, al reafirmar el rol de las fuerzas armadas utilizó la palabra "agresión", que tiene un significado concreto y particular fijado por el derecho internacional. Las Naciones Unidas han definido, a través de la res. 3314 de la Asamblea General de 1974, el significado de "agresión" utilizado en la Carta de Naciones Unidas, de la siguiente forma: "La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente Definición"¹¹⁸³.

Esta definición de "agresión" fue incorporada al art. 8º bis del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹¹⁸⁴.

Ambas normas internacionales delimitan el significado del término utilizado por la [ley 23.554](#) de manera tal que la "agresión de origen externo" que habilita la intervención de las fuerzas armadas debe provenir de otro Estado.

Por estas razones entiendo que el bloque federal de constitucionalidad establece claramente que la finalidad de las fuerzas armadas es la defensa de la patria frente a una agresión de un Estado extranjero a fin de garantizar la soberanía e integridad nacional y el autogobierno colectivo de sus habitantes.

IV. ATRIBUCIÓN DE FIJAR LAS FUERZAS ARMADAS

La atribución de "fijar" las fuerzas armadas de la Nación refiere a la facultad de determinar el sistema de reclutamiento de tropas, la cantidad de efectivos, su asignación a cada una de las armas que integran las fuerzas armadas, la cantidad, calidad y tipo de armamento y recursos bélicos, así como los fondos necesarios para constituir las fuerzas armadas.

En cuanto al sistema de reclutamiento rigen la Ley de Defensa Nacional (ley 23.554) y la Ley de Servicio Militar Voluntario (ley 24.249). La primera establece que todas las personas físicas y jurídicas pueden ser requeridas a fin de asegurar la defensa nacional, mientras que la segunda establece a tales fines un sistema de reclutamiento voluntario, existiendo la posibilidad, en caso de que no se llegaran a cubrir con soldados voluntarios los cupos fijados, que el Poder Ejecutivo requiera al Congreso Nacional, expresando las circunstancias y razones que motivan la solicitud, la sanción de una ley que lo autorice a convocar en los términos de la ley 17.531, por un período máximo de un año, a los ciudadanos que en el año de la prestación del servicio militar cumplan 18 años de edad¹¹⁸⁵.

Para profundizar respecto al sistema de reclutamiento me remito al comentario del art. 21 de la CN.

En cuanto a las disposiciones respecto del personal y del equipamiento de las fuerzas armadas rige la ley 24.948, que fija las bases políticas, orgánicas y funcionales fundamentales para la restructuración de las fuerzas armadas (art. 1º de la ley).

La asignación de los fondos necesarios para asegurar su funcionamiento es determinada por la ley de presupuesto, y la que surge de la aplicación del título V de la ley 24.948.

V. ORGANIZACIÓN Y GOBIERNO DE LAS FUERZAS ARMADAS

El Congreso es el que determina la organización y estructura de las fuerzas armadas, encontrándose su jefatura máxima en cabeza del presidente de la Nación por imperio del art. 99, inc. 12 de la CN.

El Congreso reguló la organización y gobierno de las fuerzas armadas en la ley 23.554, reafirmando que el rol de las fuerzas armadas es "enfrentar las agresiones de origen externo"¹¹⁸⁶ y que "se deberá tener permanentemente en cuenta la diferencia fundamental que separa a la Defensa Nacional de la Seguridad Interior"¹¹⁸⁷, y designando los integrantes del Sistema de Defensa Nacional¹¹⁸⁸ (arts. 9º a 19 de la ley).

Constituyen las fuerzas armadas el Ejército Argentino, la Armada de la República Argentina y la Fuerza Aérea Argentina (art. 21), los cuales dependen de los jefes del Estado Mayor (art. 22), que a su vez dependen del ministro de Defensa (art. 23), siendo todos ellos designados por el presidente de la Nación entre los generales, almirantes o brigadieres en actividad (art. 23). Estos jefes del Estado Mayor Conjunto son quienes ejercen el gobierno y la administración de sus respectivas fuerzas (art. 24), siempre bajo el mando del presidente de la Nación (art. 99, inc. 12, CN y art. 10 de la ley 23.554).

VI. RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y DE JUSTICIA DE LAS FUERZAS ARMADAS

Entre las normas que la Constitución atribuye al Congreso dictar a fin de organizar el funcionamiento y gobierno de las fuerzas armadas se encuentran las que integran su sistema de justicia. En el marco de sus atribuciones, el Congreso dictó la ley 26.394 creando un nuevo Sistema de Justicia Militar que derogó al Código de Justicia Militar. A fin de realizar un análisis constitucional del régimen de justicia militar resulta conveniente comenzar con un breve repaso por el sistema anterior.

6.1. El Código de Justicia Militar

Hasta el año 2009 rigió el Código de Justicia Militar (CJM), sancionado en 1951 y reformado en 1984 por la ley 23.049, que establecía la jurisdicción militar encargada de investigar y juzgar los "delitos y faltas esencialmente militares, considerándose como de este carácter todas las infracciones que, por afectar la existencia de la institución militar, exclusivamente las leyes militares prevén y sancionan" (art. 108, CJM).

El régimen anterior excluía, en tiempo de paz, el juzgamiento de civiles por parte de tribunales militares y lo permitía en casos expresamente determinados en tiempo de guerra (art. 110, CJM).

Las faltas y los delitos se regulaban conjuntamente distinguiéndose en función de las sanciones previstas para unas y otras. El CJM establecía para los delitos militares pena de muerte, reclusión, prisión mayor, prisión menor y degradación. En caso de las faltas preveía destitución, suspensión de empleo, arresto, suspensión de mando, apercibimiento, confinamiento, exclusión del servicio, remoción de clase, suspensión de suboficiales y clases, recargo de servicio, calabozo y fajina.

Su juzgamiento se encontraba a cargo miembros de las fuerzas armadas designados por el presidente de la Nación y sujetos a su poder disciplinario. Los juzgadores no tenían el deber de excusarse, ni podían ser recusados. El defensor del acusado debía ser militar en servicio activo o retiro y estaban sujetos a la disciplina militar, encontrándose limitados en el ejercicio de la defensa. El procedimiento no garantizaba acceso a revisión plena, ni siquiera en el ámbito de la justicia militar¹¹⁸⁹.

6.2. Jurisprudencia sobre jurisdicción militar: CS y Corte IDH

La jurisprudencia de la CS ha reconocido la constitucionalidad de los tribunales militares sobre personal militar, considerando que no se violaba la prohibición de fueros personales del art. 16 de la CN entendiendo que "La jurisdicción, pues, de los consejos de guerra o de los tribunales militares, en todos los delitos que importen una sublevación de tropas o de individuos del ejército, no ha sido establecida por una razón puramente

personal, derivada del carácter militar del delincuente, sino por razón de que la ley que resulta infringida, por la necesidad suprema del orden y de la disciplina, cuya guarda inmediata está confiada, en todas las legislaciones del mundo a las autoridades militares"¹¹⁹⁰.

De esta forma, introdujo la distinción entre fueros personales y fueros reales alegando que la Constitución prohibía los primeros y admitía los segundos. Al respecto, Bidart Campos sostenía que "Para reconocer carácter constitucional de fuero real a la jurisdicción militar no basta que los hechos que juzga sean infracciones a la ley militar que rige a las fuerzas armadas, porque lo esencial y decisivo es que esa ley militar que sanciona infracciones incluya en su categoría únicamente a los hechos que real y estrictamente dañan a la organización castrense, límite que no se guarda cuando — por ej.— se califican como infracciones militares a delitos comunes que, aunque puedan ser conexos con el servicio castrense, pertenecen al campo general del derecho penal común"¹¹⁹¹.

Hasta la sanción de la ley 23.049, que reforma del Código de Justicia Militar, era prácticamente imposible acceder a una revisión judicial de las sentencias dictadas por los tribunales militares. Solamente existía la posibilidad de interponer un recurso extraordinario ante la CS basado en cuestiones de competencia o en violaciones al debido proceso adjetivo. Recién con la reforma de la ley 23.049 se habilitó la procedencia de un recurso amplio ante la Cámara Federal de Apelaciones a la que también se facultó para avocarse en caso de demoras injustificadas del fuero militar¹¹⁹².

Ante la sanción de esta última reforma al CJM, la CS consideró que ya no existía agravio respecto de la violación de la garantía del juez natural, la cual quedaba satisfecha con la posibilidad de acceder a una revisión judicial amplia de las sentencias de los tribunales militares¹¹⁹³.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso "Castillo Petruzzi"¹¹⁹⁴ resolvió que el juzgamiento de civiles por parte de tribunales militares viola el art. 8º.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos en tanto y en cuanto priva a las personas de ser juzgadas por tribunales de justicia ordinarios conforme a procedimientos legales ordinarios e integrados por "jueces" cuya imparcialidad no está garantizada por encontrarse dentro de la órbita castrense, la que a su vez está inmersa en el combate contra los grupos insurgentes y es la encargada del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos¹¹⁹⁵.

En los casos "Palamara Iribarne vs. Chile"¹¹⁹⁶ la Corte IDH, resolvió que los jueces militares no cumplen con los requisitos de independencia e imparcialidad mínimos exigibles dado "(...) que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares descrita en los párrafos

precedentes supone que, en general, sus integrantes sean militares en servicio activo, estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. Todo ello conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad".

La Corte IDH admite la existencia de la justicia militar pero ha establecido que la jurisdicción penal militar debe tener un alcance restrictivo y excepcional, debiendo solo alcanzar al juzgamiento de militares en servicio activo¹¹⁹⁷, en ocasión del cumplimiento de funciones de defensa y seguridad exterior del Estado¹¹⁹⁸, por la comisión de delitos o faltas que atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar¹¹⁹⁹ y respetando siempre el principio de legalidad así como el cumplimiento de todos los extremos requeridos por el tipo penal¹²⁰⁰.

Por su parte, resulta relevante señalar que el Estado argentino en el caso "Rodolfo Correa Belisle vs. Argentina" se comprometió, en el marco de una resolución amistosa ante la Comisión de Derechos Humanos, a impulsar una reforma integral del sistema de justicia disciplinario y penal militar¹²⁰¹.

Con posterioridad a la suscripción del acuerdo de solución amistosa ante la CIDH, la CS emite sentencia en el caso "López"¹²⁰² declarando que el Código de Justicia Militar violaba el derecho a ser juzgado por un juez imparcial e independiente¹²⁰³, así como el derecho a la defensa en juicio, dado que no se garantizaba el derecho a ser defendido por un abogado de confianza¹²⁰⁴.

6.3. El nuevo Sistema de Justicia Militar

La ley 26.394 derogó el Código de Justicia Militar, eliminando la jurisdicción militar respecto de civiles en todos los casos, la cual únicamente subsiste respecto del personal con estado militar en tiempo de guerra y con carácter excepcional, incorporó algunos de los delitos militares del CJM al Cód. Penal y derogó otros, diferenció claramente el derecho penal militar y el derecho disciplinario militar, transformó algunas figuras delictivas en faltas, varias faltas fueron derogadas y eliminó la pena de muerte¹²⁰⁵.

Con la sanción del nuevo Código de Justicia Militar se derogó la pena de muerte del único ámbito en el que una norma (inconstitucional, por cierto) la preveía.

6.3.1. El sistema de juzgamiento de delitos militares

El nuevo sistema impide (en todos los casos y bajo cualquier circunstancia) el juzgamiento de civiles por parte de autoridades militares derogó la jurisdicción militar para tiempos de paz, transformando al derecho penal militar en derecho penal especial dentro del Cód. Penal, sometiendo a todo el personal militar a la justicia federal por la comisión de delitos militares, y eliminó la pena de muerte.

El nuevo régimen de la ley 26.394 impide el sometimiento de civiles a tribunales militares, tanto en tiempo de paz o de guerra. Bajo la normativa vigente, un civil nunca puede ser objeto de juzgamiento por parte de autoridades militares. En esta inteligencia, el art. 187 bis del Cód. Proc. Penal establece que en caso de que un civil sea sorprendido en flagrancia, en zona de combate, lo remitirá de inmediato a disposición del juez federal competente y si el traslado no fuese competente convocará a un juez (ya sea federal, nacional o provincial) y lo pondrá a su disposición¹²⁰⁶.

En tiempo de guerra, el personal militar también se encuentra sujeto a la jurisdicción civil a cargo de la justicia federal. Este principio general lo impone el art. 1º del anexo II, "Procedimiento Penal Militar Para Tiempo de Guerra y otros Conflictos Armados" creado por la ley 26.394: "Los delitos cometidos por militares en tiempo de guerra o en ocasión de otros conflictos armados serán investigados y juzgados según el régimen ordinario previsto para tiempo de paz (...)".

La jurisdicción militar quedó reducida exclusiva y excepcionalmente para juzgar los delitos cometidos únicamente por militares en tiempo de guerra o en ocasión de otros conflictos armados "cuando las dificultades provenientes de las condiciones de la guerra o de las operaciones iniciadas sean manifiestas e insuperables y la demora en el juzgamiento pudiere ocasionar perjuicios en la eficiencia operativa o en la capacidad de combate", según lo establece el mismo art. 1º del anexo II. En estos casos, el juzgamiento de los delitos militares estará a cargo de "Jueces de instrucción militar"¹²⁰⁷ y de "Consejos de Guerra Especiales", designados por el presidente de la Nación e integrados por tres oficiales superiores que posean título de abogado¹²⁰⁸. El militar imputado tiene derecho a designar libremente su abogado de confianza¹²⁰⁹. Durante el procedimiento "se dará estricto cumplimiento, en cuanto sea posible a lo previsto por el Código Procesal Penal de la Nación"¹²¹⁰. Las decisiones de los jueces de instrucción son susceptibles de reposición o apelables ante el "Consejo de Guerra Especial"¹²¹¹, mientras que las decisiones de los Consejos de Guerra solo adquirirán firmeza cuando las partes desistan de los recursos establecidos una vez restablecido el tiempo de paz¹²¹², pudiendo las partes interponer los recursos previstos en el Cód. Proc. Penal a partir del restablecimiento de las circunstancias de normalidad¹²¹³.

Fuera de esta excepción, que debe ser interpretada restrictivamente, rige el principio general que somete a todo el personal militar al fuero civil

de la justicia federal, establecida por el mismo artículo, aún en tiempo de guerra o en ocasión de otros conflictos armados.

En atención al carácter de excepción que tiene la competencia de la jurisdicción militar, que es siempre precaria, en caso de cesar las circunstancias que impidieron el juzgamiento por parte de la justicia federal, aun estando en guerra, las causas penales iniciadas y en trámite deben ser remitidas a los tribunales civiles, "salvo que ya hubiera dado inicio el debate"¹²¹⁴.

6.3.2. Incorporación de los delitos militares al Código Penal de la Nación

La ley 26.394 incorporó algunos de los delitos del CJM al Cód. Penal. De esta forma, el derecho penal militar se unificó con el resto de la normativa penal. Esta unificación dentro del Cód. Penal se realizó de dos maneras. Algunos fueron incorporados como delitos nuevos que solo pueden ser cometidos por militares y otros lo fueron como circunstancias agravantes de delitos ya previstos por el derecho penal común, que pueden ser cometidos por civiles, pero la pena se agrava en caso de ser cometidos por un militar¹²¹⁵.

En atención a que el carácter de ser "militar" es un elemento objetivo del tipo penal y constituye circunstancia agravante de varios de los delitos previstos en la ley 26.394, se incorporó al Cód. Penal el art. 77 que define el término "militar"¹²¹⁶.

Los delitos militares que pueden ser cometidos solamente por personal militar previstos en el CJM, que fueron incorporados como nuevos delitos al Cód. Penal son: 1) "Vías de hecho contra el superior" (arts. 656 al 662, CJM) transformado en "Atentado contra la autoridad pública" (art. 238 bis, Cód. Penal); 2) "Insubordinación agravada" (arts. 667 y 668, CJM), en "Resistencia o desobediencia a una orden" (art. 238 ter, Cód. Penal); 3) "Motín" (arts. 683 al 696, CJM), en "Petición tumultuosa" (art. 241 bis, Cód. Penal); 4) "Abuso de autoridad" (art. 702 al 704, CJM), en "Abuso de autoridad" (art. 249 bis, Cód. Penal); 5) "Usurpación de mando" (arts. 705 al 707, CJM), en "Usurpación de autoridad" (art. 246, Cód. Penal); 6) "Infracción de deberes de centinela y violación de consigna" (art. 731 a 735, CJM), en "Abandono de funciones de control" (art. 250 bis, Cód. Penal) y 7) "Deserción" (arts. 716 a 728, CJM), en "Abandono de servicio" (art. 252, Cód. Penal).

En cuanto a los delitos militares contenidos en el CJM susceptibles de ser cometidos únicamente por personal militar que fueron incorporados al Cód. Penal como agravantes de tipos penales generales, tenemos que distintas previsiones relativas a los capítulos respecto de "Vías de hecho contra un superior", "Traición" e "Instigación a cometer delitos" pasaron a

ser agravantes de los delitos de "Homicidio" (art. 80, inc. 10, Cód. Penal), "Traición" (art. 215, Cód. Penal), "Creación de peligro de actos hostiles o declaración de guerra" (art. 219, Cód. Penal), "Violación de tratados concluidos con naciones extranjeras" (art. 220, Cód. Penal), "Instigación a la sustracción del servicio militar" (art. 209 bis, Cód. Penal) y "Secuestro extorsivo" (art. 142 bis, Cód. Penal).

Los nuevos delitos militares que solo pueden ser cometidos por militares son el de "Emprendimiento de operación militar sin orden, uso indebido de armas, sometimiento arbitrario de la población civil, y orden o ejercicio de cualquier tipo de violencia innecesaria contra cualquier persona" (art. 253 bis, Cód. Penal) y el "Homicidio imprudente" (art. 235 ter, Cód. Penal).

Luego se crearon tres nuevos delitos militares "comunes". Estos delitos pueden ser cometidos tanto por civiles como por militares, previendo los tipos un agravamiento de la pena cuando el autor sea militar. Así se crearon los delitos de "Violación de instrucciones militares en tiempo de conflicto armado" (art. 240 bis, Cód. Penal), "Incitación pública a la sustracción al servicio militar en tiempo de conflicto armado" (art. 209 bis, Cód. Penal) y "Revelación de secretos industriales y tecnológicos" (art. 222, Cód. Penal).

6.3.3. El nuevo sistema disciplinario

La ley 26.394 separó el ámbito penal del disciplinario dentro del sistema de justicia militar creando el Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas (CDFA).

La finalidad del Código de Disciplina es garantizar la disciplina militar entendida esta como "un instrumento al servicio exclusivo del cumplimiento eficiente de las funciones, tareas y objetivos que la Constitución Nacional, las leyes dictadas en su consecuencia, y las órdenes de su comandante en jefe, le encomiendan a todo el personal militar de las fuerzas armadas"¹²¹⁷.

El sistema disciplinario es autónomo de la acción penal y de la pena impuesta por los jueces, pudiéndose aplicar sanción disciplinaria con independencia del desarrollo del proceso penal¹²¹⁸.

El Código de Disciplina organiza las conductas que configuran faltas disciplinarias catalogándolas como "faltas leves" (art. 9º), "faltas graves" (arts. 10 y 11) y "faltas gravísimas" (arts. 12 y 13), a cada una de las cuales le corresponde un tipo de sanción. Las faltas leves o graves podrán ser sancionadas con apercibimiento, arresto simple o riguroso de hasta 5 días. Las faltas graves podrán ser sancionadas con arresto simple o riguroso de hasta 60 días. Las faltas gravísimas serán sancionadas con destitución.

A partir del art. 29 organiza el procedimiento aplicable, el cual dependerá de la gravedad de la falta. Si se trata de una falta leve o grave que no impliquen una sanción de más de 5 días de arresto, la impone directa e inmediatamente quien ostenta la potestad disciplinaria dejando constancia en el Libro Registro de Novedades¹²¹⁹. El procedimiento se va complejizando hasta llegar al correspondiente a las faltas gravísimas, el cual consta de una etapa de instrucción y otra de juzgamiento en audiencia oral¹²²⁰.

VII. CONCLUSIÓN

1. La Constitución atribuye al Congreso Nacional el poder de determinar composición, equipamiento, presupuesto, gobierno y organización de las fuerzas armadas como único cuerpo armado encargado de la defensa nacional.

2. La Constitución Nacional dispone, expresa y claramente, que todos los poderes referidos a la defensa nacional son de carácter federal y determina la existencia de un solo cuerpo armado para cumplir tal finalidad federal: las Fuerzas Armadas de la Nación.

3. Las provincias tienen prohibido levantar milicias o ejércitos. Toda disposición que en las Constituciones provinciales permita la creación de milicias provinciales es inconstitucional. Todo acto de conformación de milicias por parte de una provincia es susceptible de ser causal de intervención federal.

4. Le corresponde exclusivamente a la Cámara de Diputados la iniciativa legislativa en materia de reclutamiento de tropas. El régimen de reclutamiento actualmente vigente es el servicio militar voluntario.

5. El Congreso reguló, por [ley 23.554](#) de conformidad con el Preámbulo y los arts. 21 y 75, inc. 27 de la CN, la organización y el gobierno de las fuerzas armadas definiendo que el rol de las fuerzas armadas es enfrentar todo acto de agresión de un Estado extranjero y que se integran por el Ejército Argentino, la Armada de la República Argentina y la Fuerza Aérea Argentina.

6. La jurisprudencia de la Corte IDH estableció que el juzgamiento de civiles por parte de tribunales militares viola el art. 8º.1 de la CADH. En el plano nacional, la CS en el caso "López" declaró la inconstitucionalidad del Código de Justicia Militar.

7. La ley 26.394 derogó el Código de Justicia Militar creando un nuevo Sistema de Justicia Militar que eliminó la jurisdicción militar respecto de civiles en todos los casos, la que solo subsiste respecto de militares en tiempo de guerra con carácter excepcional, incorporó algunos de los

delitos militares del CJM al Cód. Penal de la Nación y derogó otros; diferenció el derecho penal militar y el derecho disciplinario militar, transformó algunas figuras delictivas en faltas, derogó varias faltas y eliminó la pena de muerte.

8. El nuevo Sistema de Justicia Militar, al prohibir el juzgamiento de civiles por parte de tribunales militares, sin excepciones, elimina toda base legal que permita sostener la posibilidad de implantar la ley marcial y adecúa la legislación con los términos de nuestra Constitución Nacional y la Convención Americana de Derechos Humanos. La Constitución excluye expresamente la ley marcial, la que es repugnante a su sistema.

Art. 75, inc. 28.—

Permitir la introducción de tropas Extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él.

Comentario por Nicolás Gabriel Tauber Sanz

I. SITUACIÓN QUE COMPROMETE LA PAZ Y LAS RELACIONES EXTERIORES DE LA NACIÓN

Es el Congreso el que debe permitir la introducción de tropas extranjeras y la salida de las fuerzas nacionales dada su atribución de "proveer a la seguridad de las fronteras", autorizar al presidente "a declarar la guerra o hacer la paz" y decidir respecto de la fijación, la organización y el gobierno de las fuerzas armadas.

Montes de Oca sostenía que "es una consecuencia inmediata y necesaria de la facultad de declarar la guerra y hacer la paz. El permiso dado a los ejércitos extranjeros para cruzar el territorio de la República pudiera considerarse como una violación de la neutralidad que, en caso de guerra entre dos potencias extrañas, la Nación estuviera obligada a observar. Esa violación es un preliminar que puede ser considerado como un casus belli, y en consecuencia el poder legislador es el que, en circunstancias extremas, debe dictar las medidas que aquellas exijan (...)"¹²²¹.

Dada las implicancias, los peligros y las consecuencias que tiene el ejercicio de este poder derivado de la soberanía¹²²² respecto de la Nación,

el constituyente atribuyó al órgano que representa al pueblo y a las provincias la decisión sobre este asunto tan sensible.

II. NECESIDAD DE PERMISO PREVIO DE ALCANCE PARTICULAR

La Constitución exige que el Congreso emita un acto de alcance particular con carácter previo permitiendo, en cada caso, el ingreso de tropas extranjeras o la salida del país de fuerzas armadas propias.

La norma constitucional no contempla ninguna excepción a tal permiso previo, ni realiza distinción entre ambas hipótesis de manera tal que siempre y en todos los casos se impone la decisión del Congreso antes de que el hecho se produzca.

Por esta razón, Gelli¹²²³ —en opinión que comparto— considera que se actuó en violación de la Constitución Nacional cuando, en ocasión de la "Guerra del Golfo", el presidente decidió enviar dos buques de guerra (el destructor Almirante Brown y la corbeta Spiro) alegando que no requería permiso del Congreso por tratarse de una misión dispuesta por Naciones Unidas para facilitar la paz¹²²⁴. En efecto, la disposición constitucional es clara y requiere permiso previo del Congreso de la Nación en todos los casos.

En 2004, el Congreso dictó la ley 25.880, reglamentando el art. 75, inc. 28 de la CN, estableciendo expresamente el carácter previo y particular del permiso del Congreso para cada ingreso o salida de tropas (art. 4º), su carácter restrictivo (art. 7º), la potestad de revocar las autorizaciones conferidas (art. 9º), la necesidad de permiso aun para el caso de cumplimientos de convenios marco de cooperación aprobados por ley (art. 12) y la prohibición de disponer el ingreso o egreso de tropas por parte del Poder Ejecutivo durante el receso del Congreso, teniendo la obligación de convocarlo a sesiones extraordinarias (art. 13).

Un particular análisis merece el art. 6º de la ley que habilita al Poder Ejecutivo a permitir, sin intervención del Congreso, el ingreso de tropas extranjeras o la salida de fuerzas nacionales: a) por razones de ceremonial; b) en situaciones de emergencia ocasionadas por catástrofes naturales; c) en operaciones de búsqueda y rescate para salvaguarda de la vida humana; d) en los casos de viajes y/o actividades de instrucción, adiestramiento y/o entrenamiento de los institutos de educación militar y equivalentes de fuerzas de seguridad del Estado nacional; e) en los casos de salida de fuerzas nacionales cuya actividad no tenga fines operativos.

El art. 6º de la ley 25.880, al delegar en determinados supuestos la atribución conferida al Congreso en el Poder Ejecutivo, está en abierta tensión con la norma constitucional que no hace ninguna distinción respecto de las razones que motiven el ingreso o egreso de tropas. En

efecto, el inc. 28 del art. 75 manda como requisito ineludible y necesario, en todos los casos, la necesidad de permiso expreso por parte del Congreso para cada ingreso o egreso de tropas.

Sobre el particular, Gelli entiende que "Si bien con algún esfuerzo pueden incluirse las razones de ceremonial como propias de las cuestiones determinadas de administración del Poder Ejecutivo y de emergencias las indicadas en b) y c), las autorizaciones enunciadas en los incs. d) y e) constituyen delegaciones prohibidas"¹²²⁵. Por su parte, Palazzo sostiene que solo sería prohibida la delegación contenida en el inc. e) referido al ingreso de tropas extranjeras o la salida de nacionales cuya actividad no tenga fines operativos¹²²⁶.

A la hora de analizar esta tensión no puede perderse de vista que el constituyente no siguió en este caso, como sí hizo en otros¹²²⁷, el precedente constitucional de 1949 que preveía que bastaba la decisión del Poder Ejecutivo para decidir respecto de ingreso o salida de tropas, como excepción a la necesidad del permiso del Congreso, "cuando tengan como propósito razones de cortesía internacional"¹²²⁸.

Entiendo que el art. 6º de la ley 25.880 establece una delegación legislativa a favor del Poder Ejecutivo prohibida por el art. 76 de la CN que tampoco encuentra apoyo en la letra del inc. 28 del art. 75 de la CN.

Las materias objeto de delegación por el art. 6º de la ley 25.880 no se tratan de aquellas excepcionalmente permitidas por no tratarse de materia determinada de administración ni de emergencia pública, ni tampoco tienen "plazo fijado para su ejercicio" incumpliendo el texto expreso del art. 76 de la CN.

El esfuerzo que propone Gelli para considerar admisibles los supuestos de los incs. a), b) y c) es demasiado forzado, dado que el poder atribuido al Congreso, en el inc. 28 del art. 75 de la CN, "es un poder de la soberanía de todos los países en la vigilancia de sus fronteras, la inviolabilidad del territorio, la conservación de su neutralidad durante la guerra de Estados vecinos. Como el Congreso tiene la facultad de aprobar o desechar los tratados, la de autorizar la guerra y proveer a la creación y gobierno de la fuerza nacional, puede decidir en los casos en que ha de permitirse la entrada o salida de tropas"¹²²⁹.

Siendo una atribución que hace a la soberanía del Estado (que pone en peligro la paz de la Nación), que el constituyente decidió apartarse de los precedentes (que expresamente siguió en otros casos) y que la delegación de facultades legislativas se encuentra expresamente prohibida, entiendo que no es correcto entender que el Congreso cuenta con la atribución de delegar en el Poder Ejecutivo esta facultad en ningún caso.

La Constitución concedió al Congreso esta atribución en el entendimiento que su ejercicio, dada la gravedad de sus consecuencias, debe ser materia de un amplio y público debate por parte de los representantes del pueblo y de las provincias, razón por la cual entiendo que el art. 6º de la ley 25.880 es inconstitucional y el Poder Ejecutivo debe requerir en todos los casos permiso previo para que se introduzcan tropas extranjeras dentro de nuestro territorio o salgan tropas nacionales al extranjero.

III. CONCLUSIÓN

1) La facultad de permitir de la introducción de tropas extranjeras y la salida de las fuerzas nacionales es consustancial a sus atribuciones de "proveer a la seguridad de las fronteras", autorizar al presidente "a declarar la guerra o hacer la paz" y decidir respecto de la fijación, la organización y el gobierno de las fuerzas armadas.

2) La Constitución exige que el Congreso emita un acto de alcance particular con carácter previo permitiendo, en cada caso, el ingreso de tropas extranjeras o la salida del país de fuerzas armadas propias, sin excepciones por ninguna razón.

3) El Congreso dictó la ley 25.880 reglamentando el art. 75, inc. 28 de la CN estableciendo el procedimiento para que el Poder Ejecutivo pida el permiso legislativo.

4) El art. 6º de la ley 25.880 que habilita al Poder Ejecutivo a permitir en determinados supuestos, sin intervención del Congreso, el ingreso de tropas extranjeras o la salida de fuerzas nacionales configura una delegación legislativa prohibida violatoria de los arts. 75, inc. 28 y 76 de la CN.

Art. 75, inc. 29.—

Declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo.

Comentario por Nicolás Gabriel Tauber Sanz

I. DECLARACIÓN EN ESTADO DE SITIO ANTE CONMOCIÓN INTERIOR

La declaración en estado de sitio en caso de conmoción interior es una atribución del Congreso según lo prescribe el art. 75, inc. 29 de la CN, y refuerza el art. 99, inc. 16 de la CN, el cual refiere que el Poder Ejecutivo solo puede declararlo durante el receso del Congreso "porque es una atribución que corresponde a este cuerpo" (refiriéndose al Congreso). Ante el caso de que durante su receso el presidente haya declarado el estado de sitio, le corresponde a este aprobarlo o suspenderlo. En este caso, la Constitución impone la sanción de un acto federal complejo, al igual que frente a la declaración de estado de sitio por ataque exterior, siendo a tal efecto aplicable todo lo dicho en el comentario al art. 61.

La utilización del término receso ha generado una discusión respecto de si encontrándose en sesiones extraordinarias el Congreso, la potestad recae en el Poder Ejecutivo. Tres son las razones para entender que durante las sesiones extraordinarias, el Poder Ejecutivo carece de esta atribución: 1) el término receso da cuenta del hecho de que el Congreso no se encuentra en períodos de sesiones, mientras que durante las sesiones extraordinarias el Congreso se encuentra reunido; 2) una interpretación teleológica de la Constitución debe dar cuenta que el fin de la reforma de 1994 fue "atenuar el presidencialismo", por lo que las lecturas tendientes a extender las atribuciones presidenciales resultan en principio sospechosas y 3) el hecho de que la decisión de declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación tenga como efecto la suspensión de garantías constitucionales y el otorgamiento de mayores potestades al presidente impone que dicha decisión sea adoptada en el marco de la más amplia participación y discusión de razones, además de por un órgano distinto a aquel cuyos poderes se verán precisamente ampliados mediante la declaración en estado de sitio.

La decisión del Congreso puede ser adoptada por medio de una "declaración" (del Senado, en caso de ataque exterior) o por medio de la sanción de una "ley", en caso de conmoción interior, debiendo cumplir con todos los recaudos para el acto que elija emitir.

II. ESTADO DE SITIO Y DELEGACIÓN LEGISLATIVA

Otra cuestión es si el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la potestad para declarar el estado de sitio.

Esta situación se dio en 1870, cuando el presidente Sarmiento envió al Congreso un proyecto de ley que autorizaba al Poder Ejecutivo para declarar el estado de sitio en todo el territorio de la República. Al ser tratado el proyecto, el senador Oroño objetó la ley en virtud de que tal declaración era facultad exclusiva del Congreso y que la Constitución faculta a este a declararlo y no a autorizar a nadie más a declararlo. El Congreso acogió esta postura y sancionó una ley que declaró el estado de

sitio por conmoción interior por 60 días en las provincias de Santa Fe y Corrientes.

No obstante este precedente, la jurisprudencia del Máximo Tribunal ha avalado que el Poder Ejecutivo declare el estado de sitio encontrándose el Congreso en sesiones. Lo hizo en el caso "Rodríguez, Juan y otros"¹²³⁰, cuando sostuvo la constitucionalidad de una ley que delegaba en el Poder Ejecutivo la posibilidad de declarar el estado de sitio.

No obstante el voto de la mayoría que avaló lo actuado, resulta de sumo interés el voto en disidencia del juez Boffi Boggero, quien sostuvo que "la ley 13.234 es inconstitucional porque el Congreso delega en el Poder Ejecutivo, por conducto de ella, la facultad de declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación cuando exista conmoción interior, siendo que el presidente sólo la tiene cuando el Congreso está en receso".

Esta cuestión ha vuelto a ser discutida luego de la reforma constitucional de 1994 en atención a la incorporación del art. 76 de la CN.

Existen autores que entienden que la cuestión ha quedado zanjada a favor de la potestad de delegación en el presidente porque el art. 76 autoriza delegar facultades legislativas "en materias determinadas de administración o emergencia pública"¹²³¹.

No acuerdo con esta posición, ya que hace de la excepción la norma general: el art. 76 establece que "[s]e prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo (...)", y solo como excepción la habilita.

La excepción solo rige tratándose de "materias determinadas de administración o de emergencia pública", no siendo ninguna de ellas el estado de sitio, el cual no puede ser asimilado a "emergencia pública".

Resulta de aplicación el principio *pro homine*, el cual obliga a interpretar e integrar las normas del bloque federal de constitucionalidad de manera tal que resulten más protegidos los derechos fundamentales.

En primer lugar, cabe señalar que, el término "emergencia pública" tiene un significado histórico ligado al "poder de policía de la emergencia" totalmente ajeno a los conceptos de ataque exterior o conmoción interior propios del estado de sitio.

La jurisprudencia de la CS ha diferenciado la "emergencia" del "estado de sitio" en reiteradas oportunidades diciendo que "La restricción que imponen las leyes de emergencia debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la situación de

emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales"¹²³².

De las palabras de la CS surge que esta entiende que la diferencia entre la "emergencia" y el "estado de sitio" estriba en que en los casos de emergencia no se suspenden las garantías constitucionales, sino que hay un ejercicio amplio del poder de policía que limita temporalmente el goce de un derecho, sin afectar su esencia¹²³³.

Aquí se impone realizar una aclaración importante. Los efectos del estado de sitio tampoco pueden afectar la esencia de los derechos y las garantías afectados, tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva 8/87.

Entender que el concepto indeterminado de "emergencia pública" abarca al estado de sitio implica no solo una interpretación extensiva contraria a los principios que integran el bloque federal de constitucionalidad, sino también burlar el contenido histórico que la doctrina y la jurisprudencia han dado al término desde el fallo "Avico"¹²³⁴

En segundo lugar, entender habilitada la delegación legislativa en esta materia implica un desconocimiento del carácter de garantía constitucional que tiene el propio estado de sitio, el cual se insertó en la primera parte de la Constitución Nacional, y que tiene relación directa con lo prescripto en el art. 29 de esta.

En la misma línea, varios autores señalan que no pueden ser materia de delegación legislativa las restricciones a derechos y garantías para cuyo caso existe una previsión constitucional en concreto, como es el art. 23 de la CN¹²³⁵.

Lo dicho no es más que la aplicación del principio básico que entiende que "Las palabras afirmativas son, a menudo en su operatividad, negatorias de otros objetos que los prescriptos, y en este caso debe asignárseles ese sentido so pena de privarlas de sentido en absoluto"¹²³⁶.

Allí donde la constitución expresa y especialmente establece causales, atribuciones específicas y procedimientos para regir el estado de sitio resulta ilógico entender que se encuentra permitido declarar el estado de sitio por causales distintas, por parte de autoridades diversas o a mediante procedimientos diferentes.

La Constitución define expresamente qué autoridad, en qué circunstancias y cumpliendo qué procedimiento puede declarar el estado de sitio. También establece la prohibición de delegación legislativa en favor del Poder Ejecutivo, como principio general, y no prevé

como excepción, expresamente, la delegación para el caso del estado de sitio.

Estas disposiciones constitucionales limitan el poder del Gobierno, de los poderes constituidos, con el claro objetivo de proteger la libertad de los habitantes.

"Y para que estos límites no se confundan u olviden, la Constitución es escrita.

¿Con qué objeto son limitados los poderes y a qué efectos se establece que tal limitación sea escrita si ella puede, en cualquier momento, ser dejada de lado por los mismos que resultan sujetos pasivos de la limitación?

Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida"¹²³⁷.

La gravedad de las consecuencias del estado de sitio y la experiencia histórica de su uso y abuso por parte del Poder Ejecutivo *imponen la aplicación de un especial escrutinio estricto sobre las autoridades de aplicación y la necesidad de fortalecer los mecanismos y las autoridades de control* a fin de garantizar que se cumplan todos los requisitos materiales y formales impuestos por el bloque federal de constitucionalidad.

Este es el piso mínimo para lograr que el estado de sitio no se transforme nuevamente en el cementerio de todas las libertades.

Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se ha expedido sobre el particular (no ha existido desde el retorno a la democracia ninguna delegación legislativa respecto de la facultad para establecer el estado de sitio) viene sentando jurisprudencia, en los casos "Video Club Dreams"¹²³⁸ y "Selcro SA"¹²³⁹ en torno a que el principio de legalidad tributaria impide al Congreso delegar facultades tributarias en el Poder Ejecutivo.

Entiendo que esta jurisprudencia resulta plenamente aplicable ya que, si el principio de legalidad impide al Congreso delegar potestades tributarias, también impide la delegación de la facultad de suspender garantías constitucionales. Esto no es más que una aplicación, *a contrario sensu*, del principio de quien puede lo más, puede lo menos. En el caso, quien no puede lo menos, con más razón, no puede lo más.

Al respecto, no puede pasarse por alto que el art. 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹²⁴⁰ al establecer el alcance de las *restricciones*, que revisten una entidad menor que las suspensiones del art. 27, exige que se adopten mediante leyes en sentido formal y material. Así lo impone la opinión consultiva 6/86¹²⁴¹ que fijó la

interpretación y el alcance del término "ley" en el art. 30 de la CADH de la siguiente forma: "(...) las leyes a que se refiere el art. 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención"¹²⁴².

Respecto a la delegación legislativa, la CIDH estableció sus requisitos mínimos de validez convencional en los siguientes términos: "Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención"¹²⁴³.

Entiendo que la regulación constitucional del instituto de la delegación legislativa no cumple con el estándar fijado en la opinión consultiva 6/86.

Esto es así porque la CN, art. 76, no establece herramientas que garanticen de modo alguno que las delegaciones se ejerzan dentro de los límites impuestos ni que el ejercicio de la potestad delegada se encuentre sujeto a "controles eficaces" que exige la opinión consultiva 6/86. La falta total de regulación constitucional sobre este tema dio lugar a su regulación por vía legal, a través de la [ley 26.122](#), que hace imposible controlar las normas que emite el Poder Ejecutivo alegando la existencia de delegación legislativa.

Por último, no puede pasarse por alto que la voluntad expresa del constituyente al reformar la Constitución fue limitar al Poder Ejecutivo en pos de acrecentar y defender las atribuciones del Congreso, razón por la cual carece de razonabilidad entender que el Congreso puede delegar funciones que no han sido expresamente autorizadas.

III. CONCLUSIÓN

1. La declaración en estado de sitio en caso de conmoción interior es una atribución del Congreso.

2. El Poder Ejecutivo solo puede declararlo durante el receso del Congreso "porque es una atribución que corresponde a este cuerpo" (refiriéndose al Congreso).

3. Ante el caso de que durante su receso el presidente haya declarado el estado de sitio, le corresponde al Congreso aprobarlo o suspenderlo.

4. Hay receso cuando el Congreso no está reunido. No puede considerarse en receso si el mismo se encuentra reunido en cualquier carácter (sesiones extraordinarias, de prórroga, autoconvocado, etc.).

5. El Congreso no puede delegar la potestad de declarar el estado de sitio en el Poder Ejecutivo.

Art. 75, inc. 30.—

Ejercer 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 el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.

Comentario por Juan Ignacio Sáenz

La Constitución contiene una serie de mecanismos y previsiones destinados a preservar la estabilidad de las autoridades nacionales, el normal ejercicio de las funciones del Gobierno federal y la supremacía del bloque normativo federal.

Contra el peligro de secesión de las provincias o posibles alzamientos contra el sistema republicano impuesto en el art. 5º, se estableció el poder del Gobierno federal para intervenir los Gobiernos provinciales (intervención federal) y para suspender temporariamente las garantías de los ciudadanos mediante la declaración del estado de sitio" (ver arts. 6º y 23).

En igual sentido, se prohíbe a las provincias "armar buques de guerra o levantar ejércitos" (art. 125) y declarar la guerra o dirigir hostilidades a otra provincia, hechos que califica como "sedición o asonada", prescribiendo que el Gobierno federal los "sofoque" y "reprima" (art. 126). También, la Constitución desautoriza las "requisiciones" o los "auxilios" que cualquier "fuerza armada" pudiera realizar a la población (art. 17 *in fine*) y tipifica como "delito de sedición" a la acción de atribuirse los

derechos y la representación del pueblo por parte de cualquier "fuerza armada o reunión de personas" (art. 22).

En correlación, el art. 75, inc. 27 asigna con carácter exclusivo al Congreso de la Nación la atribución de "Fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno" y el art. 99, inc. 12 declara que el presidente de la Nación "Es comandante en jefe de todas las Fuerzas Armadas".

Ese conjunto de disposiciones garantiza el monopolio de la fuerza del Gobierno federal, en pos de la paz interior, la preservación de la forma republicana en las provincias y la supremacía del orden federal sobre cualquier acto que atentara contra él.

Con idéntica finalidad, se creó el Poder Judicial de la Nación, formado por los tribunales federales presentes en todo el país para la aplicación del derecho federal y el juzgamiento de los procesos en que la Nación es parte, dotando a la Corte Suprema de Justicia de la Nación de competencia para resolver en última instancia cualquier causa que verse sobre un punto regido por la Constitución, y en forma originaria aquellas en que fuera parte una provincia (arts. 75, inc. 20, 108, 116 y 117).

Para el cumplimiento de sus cometidos, la Constitución delega amplísimos poderes y otorga importantes recursos al Gobierno federal: le concede con exclusividad la competencia en materia aduanera y la recaudación de los impuestos externos (art. 75, inc. 1º); lo faculta en forma concurrente con las provincias a crear tributos directos e indirectos (art. 75, incs. 2º y 3º); le otorga la potestad única para regular la navegación (arts. 26 y 75, inc. 10), la emisión de moneda (art. 75, inc. 6º), la adquisición de la nacionalidad (art. 75, inc. 12), el comercio interjurisdiccional (art. 75, inc. 13); fijar los límites territoriales externos e internos (art. 75, inc. 15); proveer a la seguridad en las fronteras (art. 75, inc. 16); organizar las bases del sistema educativo (art. 75, inc. 19) y dictar la legislación civil, comercial, penal, de minería, del trabajo y seguridad social (art. 75, inc. 12); facultándolo además para crear universidades nacionales (art. 75, inc. 19) y para aprobar tratados internacionales (art. 75, inc. 22), entre otras potestades. A la par, la Constitución prevé un Poder Ejecutivo Nacional con fuertes atribuciones de iniciativa institucional, gobierno, ejecución y reglamentación de las leyes, y emisión de disposiciones con jerarquía legal en situaciones excepcionales (arts. 76 y 99).

El diseño del Gobierno federal y la diversidad de sus atribuciones dio lugar a un Estado nacional voluminoso, integrado por numerosísimos entes que cumplen funciones múltiples en todo el país.

Para garantizar el normal desenvolvimiento de esos organismos del Gobierno central, y en general, el cumplimiento de los fines del régimen

federal, la Constitución previó algunas formas de autoprotección o autopreservación de las autoridades nacionales, como las previstas en este inciso, que son las siguientes:

1. La atribución del Congreso de "ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación" (disposición que, como se verá, no tiene ámbito de aplicación práctica en la actualidad)¹²⁴⁴.

La Constitución, luego de la reforma de 1860¹²⁴⁵, no designa a la ciudad que debe ser capital, sino que dispone que "las autoridades que ejercen el Gobierno federal, residen en la ciudad que se declare Capital de la República por una ley especial del Congreso, previa cesión hecha por una o más legislaturas provinciales, del territorio que haya de federalizarse".

En el estado de fragilidad y beligerancia todavía existente en el país luego de 1853, las autoridades nacionales necesitaban una ciudad de asiento donde funcionar, que se encontrara liberada y a resguardo de todo peligro de interferencia o bloqueo por revueltas de ocasión. Estaba claro que la ciudad capital no podía erigirse en el territorio de alguna de las provincias, sin que antes no fuera separado ese territorio de ellas, y cedido y "federalizado" como área geográfica especial para que funcionen los tres poderes del Estado nacional en forma pacífica, sujeto a una legislación exclusiva del Congreso de la Nación, bajo la jefatura directa del presidente y la custodia permanente de las fuerzas nacionales.

Para dotar de protección especial a dichas autoridades (Congreso de la Nación, Poder Ejecutivo y ministerios, Corte Suprema y demás organismos y tribunales federales que funcionan en la capital), la Constitución le otorga al Congreso la atribución de ejercer con exclusividad el Poder Legislativo en dicho territorio federal, de modo de aventar todo peligro de perturbación emanado de los poderes locales de las provincias, o al menos para no tener que depender de estos en caso de que se verifiquen actos que alteren el funcionamiento normal de los órganos federales.

La ley 1024 de 1880 declaró capital de la República a la Ciudad de Buenos Aires, y hasta 1994 el Congreso ejerció con exclusividad el Poder Legislativo en ella, además de la administración indirecta del presidente de la Nación, que era "el jefe inmediato y local" de dicho territorio¹²⁴⁶, y designaba allí —de manera discrecional— a un delegado para su gobierno¹²⁴⁷.

En ejercicio de tales poderes, el Congreso de la Nación actuó como legislatura local en la ciudad en todas las materias de ese carácter (al modo de cualquier legislatura provincial o concejo deliberante municipal): creó tributos locales, un cuerpo de seguridad interior especial para la ciudad¹²⁴⁸ y tribunales "ordinarios" con competencia para resolver las

causas en materia civil, comercial, penal y laboral¹²⁴⁹. A su vez, desde la ley 1260 de 1882, el Congreso otorgó categoría de *municipio federal* a la ciudad y creó un Concejo Deliberante para el co-ejercicio de la función legislativa, el cual no funcionó de manera permanente y estable, pues fue disuelto en varias ocasiones. Recién con la sanción de la ley 19.987 (1972), la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires pasó a actuar como ente descentralizado del Estado nacional, con facultades plenas en materia urbanística, cultural, educativa, sanitaria y asistencial, higiene, conservación de obras públicas y patrimonio arquitectónico, tránsito, empleo público, etc. Sus órganos de gobierno eran el Concejo Deliberante elegido por voto popular, el intendente designado por el presidente, los Consejos vecinales, la Justicia Municipal de Faltas y el Tribunal de Cuentas Municipal. Dicha ley fijaba los recursos tributarios de la Municipalidad y facultaba al Concejo a fijar las alícuotas.

Ahora bien, este régimen para la Ciudad de Buenos Aires (en tanto capital de la Nación), y la propia disposición en que se sustenta (art. 70.30) han quedado sin efecto por imperio del art. 129 incorporado a la CN en la reforma de 1994.

Tal disposición *crea* un Estado nuevo y autónomo denominado "Ciudad de Buenos Aires", cuya existencia, naturaleza y jerarquía es independiente del hecho —contingente— de revestir la condición de capital federal. De acuerdo con el art. 129, la Ciudad de Buenos Aires dejó de ser un municipio de propiedad del Gobierno federal y sujeto a su jurisdicción exclusiva, y pasó a ser un Estado equiparado con las provincias, que goza de facultades de autonomía, autogobierno, legislación y jurisdicción propias¹²⁵⁰, por lo que caen a su respecto todas las disposiciones referidas al régimen para la capital federal, aunque continúe siéndolo.

En suma, la prescripción comentada, según la cual corresponde al Congreso "ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación", carece hoy de aplicación y alcance mientras la capital sea la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (pues, por el art. 129, el Congreso de la Nación ha perdido en ella su poder de legislación exclusiva, salvo aquel señalado específicamente en dicho artículo para sancionar una ley que *garantice los intereses del Estado nacional mientras la Ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación*¹²⁵¹). La previsión recobrará plena aplicabilidad si, eventualmente, la capital federal es trasladada a otra ciudad del país.

2. El poder del Congreso de "dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines".

Esta disposición, en sintonía con la anterior, se encuentra destinada a proteger el ejercicio pacífico de los poderes del Gobierno nacional y sus organismos en todo el territorio de la Nación.

Los "establecimientos de utilidad nacional" (EUN) aquí mencionados son todos aquellos espacios, inmuebles, lugares o instalaciones utilizadas por cualquier ente del Gobierno federal en cualquier punto del país para el cumplimiento de sus funciones, o que no siendo directamente utilizadas o gestionadas por aquel, sirvieran para la satisfacción de cometidos o fines federales específicos.

Lo son las aduanas, los regimientos, cuarteles e instalaciones militares, los destacamentos de las fuerzas de seguridad nacionales, los puestos fronterizos, los parques nacionales, y en general, todos los inmuebles en que funcionan los organismos del Estado nacional: ministerios, tribunales federales, sucursales del Banco de la Nación Argentina (BNA), de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), universidades nacionales, establecimientos del Sistema Penitenciario Federal, y establecimientos sanitarios y asistenciales dependientes del Gobierno nacional, entre numerosos supuestos más.

También son establecimientos de utilidad nacional, lugares donde, si bien no es un ente estatal del Gobierno federal el que presta las funciones, sirven de manera análoga al cumplimiento de fines federales fundamentales, como las plantas de generación eléctrica, las represas hidroeléctricas, los yacimientos hidrocarburíferos, los puertos y los aeropuertos, entre otros ejemplos, por su vinculación esencial con "fines federales de máxima jerarquía"¹²⁵², tales como el consumo y el uso masivo de bienes y servicios básicos, el nivel de los precios internos, el ingreso de divisas, el tráfico mercantil y la circulación en todo el territorio de la Nación, la fluidez de las comunicaciones, la defensa exterior, la seguridad en la aeronavegación, la efectividad del control aduanero, etc.

La disposición fue tomada de la Constitución norteamericana¹²⁵³ y en su redacción anterior a 1994 otorgaba al Congreso la atribución de dictar una "legislación exclusiva" sobre los mentados establecimientos de utilidad nacional¹²⁵⁴, con el propósito de proteger su actividad de posibles interferencias o perturbaciones que pudieran provenir de normas o actos provinciales. Por ejemplo, no podía tolerarse la posibilidad de que normas provinciales fijaran las reglas de tránsito a regir dentro un regimiento militar, o las que dispusieran el horario de funcionamiento de un aeropuerto o de una universidad nacional. Tales normas locales incidirían en las funciones del Gobierno federal (esto es, de los EUN señalados en los ejemplos), por lo que, si bien lo atinente al tránsito y a las condiciones de habilitación y funcionamiento de comercios y lugares de acceso público pertenece al universo de potestades locales, estas no pueden regir en los

establecimientos de utilidad nacional, respecto de los cuales solo legisla el Congreso de la Nación, como modo de garantizar su normal desenvolvimiento y el cumplimiento de los fines de carácter federal para los que fueron creados.

Por ello, la Constitución de 1853/60 prescribía que el Congreso de la Nación era el que dictaba la "legislación exclusiva" aplicable en los EUN. Tal referencia a la "exclusividad" derivó en una jurisprudencia inicial de la Corte según la cual resultaban totalmente excluidos los poderes provinciales y municipales que afectaran todo aspecto de dichos establecimientos. Carecían de competencia en cualquier rubro del poder de policía local y en materia tributaria. En suma, las provincias no tenían poder alguno sobre los EUN, y además cualquier causa judicial originada en un hecho acaecido en el ámbito de cualquiera de ellos (un daño desencadenante de responsabilidad civil, o un delito) era competencia del tribunal federal más cercano al lugar.

A comienzos del siglo XX, la Corte comenzó un camino de interpretación y aplicación mejor razonada de la disposición, de acuerdo con la cual no cabe negar con carácter absoluto las potestades locales sobre los EUN, sino solo aquellas que obstruyan, impidan, interfieran, condicionen o perturben los fines específicos que cada establecimiento está destinado a satisfacer¹²⁵⁵. Sostuvo en una serie de fallos, que no es la mera propiedad o el dominio que el Estado nacional ostenta sobre el bien que constituye un establecimiento de utilidad nacional lo que justifica sus atribuciones sobre aquel, sino que lo que fundamenta esa potestad es el destino de utilidad nacional vinculado con alguno de los cometidos del Gobierno federal, por lo que los poderes del Congreso quedan acotados a los aspectos relativos al propósito o la finalidad del establecimiento, resultando en lo demás aplicables las normas provinciales o municipales en todo aquello que no interfiera o se relacione con aquellos fines específicos de carácter federal¹²⁵⁶.

En la reforma constitucional de 1994 se recogió este criterio, y entonces el antiguo art. 67, inc. 27 fue reformulado por el texto del actual art. 75, inc. 30, que prevé no ya la atribución del Congreso de la Nación de ejercer la *legislación exclusiva* sobre los establecimientos de utilidad nacional, sino la de "dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de (sus) fines específicos", agregando —en sintonía con lo dicho por la Corte en numerosos precedentes— que "las autoridades provinciales y municipales¹²⁵⁷ conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines"¹²⁵⁸.

A pesar de la claridad de la previsión, se produjo con posterioridad a 1994 un caso muy controvertido en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, que en la reforma adquirió autonomía (ver arts. 75, inc. 30 primera

parte, y 129). El Gobierno nacional otorgó a una empresa privada una concesión para explotar una sala de juegos o "casino" dentro del puerto de la ciudad¹²⁵⁹, administrado por la Administración General de Puertos Sociedad del Estado, ente del Estado nacional que accedió a dicha habilitación; ello a pesar de que la Constitución de la Ciudad Autónoma no admite la explotación privada de los juegos de azar¹²⁶⁰.

El puerto de Buenos Aires, si bien se encuentra dentro del territorio de la Ciudad, es un establecimiento de utilidad nacional gestionado por el Estado nacional, y tanto este como la empresa concesionaria del casino, rechazaron durante años las normas prohibitivas emanadas del Gobierno local, así como el ejercicio que esta pretendió realizar de sus potestades en materia de seguridad, higiene, salubridad, control de obras civiles, regulación del planeamiento urbano y protección del medio ambiente. Ello bajo el antiguo argumento acerca de la atribución "exclusiva" del Gobierno federal para legislar en el ámbito de los EUN, y a pesar de tratarse en el caso de una explotación totalmente ajena a sus finalidades y cometidos vinculados con la actividad portuaria¹²⁶¹.

Junto con la precisión —jurisprudencial primero y constitucional después—, acerca de las potestades nacionales y locales que corresponden respecto de los EUN, fue dilucidándose también el criterio para separar la competencia propia de los tribunales federales y de los tribunales provinciales en relación a los hechos sucedidos en establecimientos de utilidad nacional: la mera circunstancia de que el hecho (accidente, delito, etc.) tenga lugar dentro del perímetro de un EUN no atribuye, por sí, competencia al fuero federal, si aquel no afecta intereses federales o la prestación del servicio del establecimiento nacional (CS, Fallos 297:421; 303:1228; 311:1389; 312:1220; 316:339; 317:912 y 327:861).

Art. 75, inc. 31.—

Disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires. Aprobar o revocar la intervención decretada, durante su receso, por el Poder Ejecutivo.

Comentario por Leonardo Limanski

I. EL ÓRGANO COMPETENTE PARA DECLARAR LA INTERVENCIÓN FEDERAL¹²⁶²

Si bien parece de toda lógica que la decisión de mayor gravedad institucional para con la autonomía de las provincias debiera ser una decisión adoptada por el órgano deliberativo por excelencia —el Congreso—, la Constitución carecía de una previsión expresa en este sentido y la historia argentina demuestra que la gran mayoría de las intervenciones federales se hicieron a espaldas del Congreso (ver comentario al art. 6º: "Intervenciones federales en la historia argentina").

El 8/11/1901, el ministro del Interior, Dr. Joaquín V. González fundamenta la posición del Poder Ejecutivo de negarse a intervenir la provincia de Santa Fe sin la decisión previa del Congreso afirmando que "resolver la intervención en el territorio de una provincia corresponde preferentemente al Congreso, porque, aun cuando la Constitución no determina el poder que debe intervenir, está hecha la jurisprudencia en las Cortes americanas y en nuestro mismo país, reconociendo que corresponde de preferencia al Honorable Congreso, cuando este está en sesiones. Cumple, pues, el Poder Ejecutivo con un deber elemental, si bien es también juez subsidiario desde que, si el Honorable Congreso dicta la Ley de Intervención, debe ejecutar con toda la amplitud de facultades que la Constitución le concede para hacerla cumplir como Ley de la Nación"¹²⁶³.

Posteriormente, en el año 1929, en el conocido caso "Orfila"¹²⁶⁴, la Corte Suprema tuvo oportunidad de afirmar que "este poder del gobierno federal para intervenir en el territorio de las provincias ha sido implícitamente conferido al Congreso. Es a este a quien le corresponde decidir qué género de gobierno es el establecido en el estado, si es republicano o no, según las normas de la constitución, si está asegurada o bastardeada la administración de justicia, si existe régimen municipal, si se imparte la educación primaria para enunciar todas las condiciones generales y especiales expresadas en el art. 5º".

Esta cuestión fue definitivamente saldada por la reforma constitucional de 1994, que estableció en el inc. 31 del art. 75 (competencias del Congreso) el siguiente texto "Disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires"¹²⁶⁵. También debemos decir que la reforma constitucional previó en el inc. 20 del art. 99 (atribuciones del Poder Ejecutivo) la facultad de decretar "la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso, y debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento"¹²⁶⁶.

II. EL CASO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

El estatus de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es muy discutido. En tal sentido se ha afirmado que se trata de un "ente autárquico", "una ciudad autónoma", "una ciudad Estado", "ciudad Estado de nivel provincial", "semiprovincia", "ciudad con estatus jurídico excepcional", "un distrito autónomo, con una situación intermedia entre un municipio y una

provincia", una "entidad *sui generis*", "una persona de derecho público de existencia necesaria", "un municipio federado", "una ciudad constitucional federada"¹²⁶⁷. Luego de la reforma de 1994, el texto constitucional no deja dudas acerca de que su intervención federal es posible. Sin perjuicio que el art. 6º solo menciona a las "provincias" y la Corte Suprema ha afirmado en reiteradas oportunidades que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no es una provincia¹²⁶⁸, el art. 75.31 dispone expresamente que el Congreso tiene competencia para "Disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires".

Art. 75, inc. 32.—

Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina.

Comentario por Tatiana Podliszewski

I. ASPECTOS GENERALES

El art. 75, inc. 32 de la CN, antiguo art. 67, inc. 28, también llamado *cláusula de conveniencia*¹²⁶⁹, contiene las denominadas competencias implícitas del Congreso de la Nación. Su texto establece:

"Art. 75 inc. 32: Corresponde al Congreso (...) Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina".

Encuentra su fuente en el art. 1º, Sección 8ª, inc. 18 de la Constitución de los Estados Unidos. Sin embargo, su texto no es idéntico. La norma estadounidense establece:

"Art. 1º, sec. 8, inc. 18: El Congreso tendrá potestad (...) Para expedir todas las leyes que sean necesarias y convenientes para llevar a efecto los poderes anteriores y todos los demás que esta Constitución confiere al gobierno de los Estados Unidos o cualquiera de sus departamentos o funcionarios".

La diferencia fundamental entre ambos artículos radica en que la norma argentina autoriza al Poder Legislativo a dictar aquellas leyes y reglamentos que sean *convenientes*, mientras que su par estadounidense exige que sean *necesarias y apropiadas*. A su vez, en la Argentina, las

nomas deben dictarse para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la Constitución al Gobierno de la Nación Argentina. Cuando en Estados Unidos también, para poner en ejercicio los poderes conferidos a cualquiera de sus departamentos o funcionarios¹²⁷⁰.

Sin embargo, los tribunales argentinos han recurrido a la interpretación de la norma estadounidense para delimitar la local. Así, los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios de los dos países han conferido a ambas normas un alcance muy similar.

Dentro de Estados Unidos, la doctrina de los poderes implícitos del Congreso surge con el voto del juez Marshall en el fallo "McCulloch v. Maryland" de 1819¹²⁷¹. La Corte Suprema interpretó el art. 1º, sección 8ª, inc. 18 de la Constitución como la *Cláusula de lo Necesario y lo Propio*¹²⁷². Dispuso que la Constitución provee al Congreso el poder de "hacer todas las leyes que sean necesarias y propias para ejecutar los poderes precedentes del Gobierno"¹²⁷³. Para sustentarlo sostuvo que una ley cumple dichos requisitos y es constitucional, siempre que "el fin sea legítimo, que esté incluida en el ámbito de la constitución, que los medios elegidos resulten apropiados, que sean adaptados plenamente a ese propósito, que no sean prohibidos, y que sean consistentes con la letra y espíritu de la Constitución"¹²⁷⁴.

Para resumir la doctrina de Estados Unidos resulta muy útil citar a Cooley: "El significado de esta clausula es que el Congreso tendrá todos los poderes incidentales necesarios y apropiados para poner en ejercicio todos los poderes que le han sido conferidos. Ella no extiende ni limita ningún poder expresamente concedido, no es la atribución de una nueva facultad del Congreso, sino una simple aclaración para resolver toda incertidumbre. Sin esta, ni otras facultades, el gobierno se hallaría en absoluto privado de los medios de perpetuar su existencia, como ocurrió en la confederación. En cuanto a la necesidad, el Congreso es el juez exclusivo de lo que es necesario y apropiado, cuando los medios elegidos son conducentes al fin propuesto y no están expresamente prohibidos"¹²⁷⁵.

Esta interpretación le confiere al Congreso una extensión muy amplia de discrecionalidad, por lo tanto, de poderes implícitos, los que pueden ser asimilados con la discrecionalidad otorgada en la Constitución argentina al Congreso bajo el requisito de dictar leyes *convenientes*.

Dentro de la jurisprudencia argentina, el desarrollo de la doctrina ha sido similar. En 1877 la Corte Suprema realizó su primera aproximación al tema con el fallo "Lino de la Torre", en el que sostuvo que "ya es doctrina fuera de discusión la de los poderes implícitos, necesarios para el ejercicio de los que han sido expresamente conferidos; y sin los cuales, sino imposible, sería sumamente difícil y embarazosa la marcha del gobierno constitucional en sus diferentes ramas"¹²⁷⁶. Encontramos un área

suplementaria de poderes definida en función de los expresos y como complemento necesario de estos¹²⁷⁷. En el citado fallo, la Corte confirma una orden de prisión por desacato emanada de la Cámara de Diputados. Concluye que es una facultad implícita del cuerpo legislativo repeler el insulto y mantener incólume su propia autoridad y dignidad. Por lo tanto, la orden de arresto emana de autoridad competente. Es importante remarcar el voto en disidencia del juez Laspiur, quien sostuvo que es "contrario a los principios jurídicos y a las reglas de recta interpretación, que por deducción e implicancia quiera derivarse una facultad que viene a destruir garantías y derechos expresamente declarados en la Constitución en favor del ciudadano y la libertad del pueblo; y esto sucedería si se reconociese que cada Cámara del Congreso tiene facultad implícita para definir y castigar a su arbitrio y discreción lo que entienda por desacato contra su autoridad"¹²⁷⁸. Si bien su posición ha sido minoritaria en relación a la existencia de poderes implícitos en cabeza del Congreso, más adelante se verá que con respecto a las facultades disciplinarias del Congreso, devino en la interpretación mayoritaria. Sin embargo, la doctrina nacional compartiendo el mismo miedo a que el Congreso ejerza poderes ilimitados se ha esforzado por delimitar su ámbito de actuación.

Luis Lozano aquí hace la diferenciación entre poderes implícitos e inherentes. Sostiene que la inherencia consiste en una característica esencial para el ejercicio del poder de que se trata. Las facultades implícitas, por su parte, resultan de la necesidad de constituir un instrumento adecuado para la consecución de una finalidad legítima del Gobierno federal¹²⁷⁹. Derivan de una relación entre medios y fines.

Germán Bidart Campos parece compartir este criterio, sosteniendo que existen dos tipos de poderes implícitos del Congreso: para legislar y para actividades no legislativas. Aquellos otorgados expresamente por el art. 75, inc. 32 de la CN son para legislar. Los poderes para actividades no legislativas existen en virtud de toda la masa de competencias asignadas al Congreso, en forma paralela y conducente a su ejercicio¹²⁸⁰. Es importante destacar que ambos autores remarcan que la existencia de poderes implícitos "no otorga al Congreso una competencia que permita lesionar la división de poderes"¹²⁸¹.

Siguiendo esta línea de pensamiento, en 1999 en el caso "Fayt" la Corte sostuvo que "quien tiene poderes para realizar un cometido, debe contar con las facultades implícitas necesarias para llevar a buen término la misión deferida. Es reconocer ciertas atribuciones que son imprescindibles para el ejercicio de las expresamente concedidas, que puedan considerarse adecuadas y compatibles con el diseño general de la Constitución, pero que no son substantivas ni independientes de los poderes expresamente concedidos, sino auxiliares y subordinados"¹²⁸².

Dado que los poderes implícitos parecen contrariar el principio de división de poderes, han sido cuestionados. Sin embargo, se los ha justificado "en razón de que en el Poder Legislativo se expresa la soberanía popular y la representación igualitaria de los Estados locales"¹²⁸³. Sin embargo, tal justificación no parece ser suficiente para pasar por alto el sistema republicano de gobierno. Que en el Poder Legislativo se exprese la soberanía popular, no es sinónimo de que posea una ilimitada capacidad de gobernar. De hecho, la inspiración del sistema de frenos y contrapesos, tal como fue expresada en *El Federalista* 51, es "dividir y organizar las diversas funciones de manera que cada una sirva de freno a la otra para que el interés particular de cada individuo sea un centinela de los derechos *públicos*"¹²⁸⁴. Quizá es por esta razón que se rechaza que los poderes concedidos al Congreso sean ilimitados. De hecho, ante todo deben respetar la forma republicana de gobierno¹²⁸⁵. Asimismo, la Corte agregó que "ningún poder puede arrogarse mayores facultades de las que le hayan sido expresamente conferidas, pues si de un poder expreso pudiese implicarse otro de análoga consistencia se destruyen los límites de la concesión y no tardaría en echarse por tierra el aludido equilibrio de la Constitución"¹²⁸⁶.

Es importante aclarar que estos poderes implícitos de un órgano federal no pueden ser invocados y asumidos en detrimento de la autonomía de las provincias, sino en forma moderada y con el objetivo de ayudar a que los gobiernos de las provincias puedan hacer efectivas sus competencias¹²⁸⁷. En conclusión, se entiende que los poderes implícitos están limitados a lo delegado por las provincias al Gobierno federal, a la naturaleza del acto normativo y solo a las normas necesarias para el ejercicio de los poderes expresamente conferidos.

II. LAS COMISIONES INVESTIGADORAS

Dentro de los poderes implícitos del Congreso, el que ha sido más relevante y discutido por la doctrina nacional ha sido la potestad de crear comisiones investigadoras de diversas materias. Nuestra Constitución no posee una norma expresa que las regule ni que faculte al Congreso para crearlas. Autores como María Angélica Gelli sostienen que esta competencia puede ser derivada tanto de alguna de sus atribuciones expresas, como ser la sanción de normas o el control político sobre los otros poderes del Estado¹²⁸⁸, cuanto de las facultades implícitas que emanan del art. 75, inc. 32 de la CN. Esta última interpretación parece ser la predominante en la doctrina argentina. Sin embargo, se discute entre los doctrinarios respecto a los alcances y límites que las mismas deben tener.

Ambas cámaras del Congreso de la Nación han reivindicado en múltiples oportunidades su facultad para designar comisiones investigadoras. El primer pronunciamiento sobre el tema ocurre el

7/12/1894, cuando el diputado Indalecio Gómez fundó el derecho a investigación en tres principios: "primero, todo poder tiene la extensión necesaria para llenar sus fines; segundo, el que quiere los fines de que inviste un poder, tiene que darle los medios necesarios para el cumplimiento de esos fines; (...) tercero, la característica del poder es ejecutarse a sí mismo"¹²⁸⁹. En 1915, el Poder Ejecutivo le remitió un mensaje al Congreso expresando que no lo consideraba facultado para nombrar una comisión investigadora sobre las obras de embalse e irrigación en el río Tercero¹²⁹⁰. En respuesta el 10/9/1915, la Cámara de Diputados expresó que "es facultad suya inherente a su carácter representativo, y necesaria para el desempeño de sus funciones, la designación de comisiones investigadoras en su seno, para fines de iniciativa parlamentaria, de reforma de legislación o de responsabilidad de los funcionarios públicos"¹²⁹¹. El 13/6/1917, la Cámara de Diputados reafirmó su posición sosteniendo que "al ejercitar las facultades que le confiere el art. 63 [actual art. 71] de la Constitución, le corresponde también determinar la forma en que, en cada caso y a los fines del mejor desempeño de su función legislativa, considera que deben serle suministrados los informes y explicaciones que solicite"¹²⁹².

El 16/9/1918, la misma cámara dispuso que al tratarse de investigaciones relativas a facultades privativas del Congreso, como ser la acusación de funcionarios públicos y las facultades disciplinarias con respecto a los miembros de las Cámaras, dispuestas en los arts. 58 y 45 (actuales arts. 66 y 53) de la CN "ella por sí o por delegación expresa de sus facultades en sus comisiones permanentes o especiales, puede requerir el testimonio de personas y la exhibición de documentos que tengan o puedan tener relación inmediata con el objeto de la investigación"¹²⁹³.

Con respecto a su relación con el Poder Ejecutivo, la Cámara de Diputados modificó su criterio. El 14/9/1920 declaró que en caso de no tratarse de las causas de responsabilidad del art. 45 (actual art. 53) de la Constitución "los informes que se necesiten recabar de las oficinas administrativas o las inspecciones a las mismas, deben pedirse al Poder Ejecutivo o hacerse previo aviso al mismo"¹²⁹⁴. Sin embargo, luego modificó su criterio de comunicar al Poder Ejecutivo las investigaciones a realizar. El 22/11/1923 expresó que ello "es conveniente y aconsejable por razones de cortesía entre poderes, pero de ningún modo una condición para el ejercicio de la facultad de investigar"¹²⁹⁵. Reafirmando que la mencionada facultad no se encuentra subordinada a la aprobación del Poder Ejecutivo.

En 1934 reiteró el razonamiento según el cual tenía facultades para exigir la exhibición de libros, papeles o documentación que pudiesen encontrarse relacionados con la investigación. También fue más allá declarando que "la desobediencia a las medidas adoptadas por la

comisión investigadora constituye desacato y una violación de los privilegios parlamentarios"¹²⁹⁶.

El 12/11/1934, el Senado de la Nación decidió la creación de la Comisión Investigadora del Comercio de Carnes, declarando que "las facultades intrínsecas que constitucionalmente le corresponden puede delegarlas en sus Comisiones investigadoras"¹²⁹⁷. Luego, enumeró sus atribuciones, las que consistían en: examinar libros y papeles, citar personas, requerir testimonios, disponer pericias, revisar documentos, compulsar libros de comercio, allanar domicilio, compeler o arrestar testigos y requerir el auxilio de la fuerza pública.

En el año 1949 se designó la Comisión Bicameral investigadora de las Torturas, la cual fue investida de "todas las facultades de investigación de las Comisiones del Congreso y especialmente las de allanar domicilios, requisar documentos, archivos y expedientes, usar la fuerza pública y cuanto sea necesario para el integral cumplimiento de estos fines"¹²⁹⁸. Ratificada en el Senado, contando con los votos unánimes de los bloques del Partido Justicialista y de la Unión Cívica Radical el 27/7/1949.

En 1950 se designó una comisión bicameral, llamada *Comisión Visca*, para investigar las denominadas *actividades antiargentinas*. La comisión debe su nombre a quien fue su presidente, el diputado peronista José Emilio Visca. Sin embargo, esta comisión, lejos de cumplir con su objetivo "allanó la administración de los diarios La Nación, La Prensa y Clarín y las oficinas de Associated Press y United Press, intervino la contabilidad de bancos y asociaciones privadas y clausuró numerosos periódicos de la Capital Federal y de las provincias"¹²⁹⁹. Estas acciones violaron la libertad de prensa y a su vez tuvieron un sesgo de persecución a los opositores.

Dentro de la etapa histórica reseñada son escasos los precedentes jurisprudenciales sobre la materia. Los litigios se restablecieron con el regreso de la democracia en 1983. El 15 de marzo de 1985, con el fin de esclarecer las presuntas irregularidades ocurridas en la transferencia al Estado nacional de la Compañía Ítalo Argentina de Electricidad, la Cámara de Diputados dispuso la creación de una comisión investigadora. Como parte de su trabajo se realizó un allanamiento en el estudio jurídico de Guillermo W. Klein, quien se había desempeñado como secretario de Estado del ministro de Economía Martínez de Hoz, secuestrando documentos relacionados a su profesión de abogado¹³⁰⁰. En respuesta, Klein inició una acción de amparo impugnando la legitimación de la Comisión y sus atribuciones. En primera instancia se decidió que "no resulta cuestionable la facultad de investigación amplia que tienen las Cámaras del Congreso de la Nación a través de las comisiones respectivas, que encuentran fundamento en los arts. 67 inc. 7º y 28, y 45 de la CN [actuales 75, incs. 8º y 32, y 53]"¹³⁰¹. Sin embargo, analizando el alcance de sus facultades dispuso que "las Cámaras Legislativas a través

de sus comisiones investigadoras, no pueden sin ley formal —ni orden judicial— que reglamente sus facultades o atribuciones, restringir válidamente el ejercicio de los derechos individuales que emergen de la Constitución Nacional"¹³⁰². En consecuencia, ordenó a la Comisión entregar al tribunal la documentación y demás efectos secuestrados, aunque dejarlos durante diez días a disposición de la Comisión para su compulsas.

Tal como anticipé, puede verse que el conflicto fundamental no radica en la potestad del Congreso de la Nación para crear comisiones investigadoras, sino en la amplitud de las atribuciones conferidas a ellas. Tal como fue establecido en el caso "Franco Carlos H.": el ejercicio de la facultad en cuestión no puede exceder los límites del art. 18 de la CN¹³⁰³. Por lo tanto, las garantías constitucionales constituyen un límite a los allanamientos sin orden judicial y, en consecuencia, al poder de investigación de estas comisiones.

Gelli sostiene que "cualquier alteración de esos principios y garantías hacen revisable la actuación de las comisiones investigadoras y la *razonabilidad* de las medidas que ellas tomen en tanto causen agravio a los derechos personales, porque si cualquier juez puede declarar inconstitucional una norma, mucho más podrá controlar el accionar de las comisiones del Congreso. La zona de reserva de este no se traslada, sin más, a sus comisiones investigadoras y aunque los fines perseguidos sean legítimos, los medios que empleen deben serlo también"¹³⁰⁴.

Humberto Quiroga Lavié comparte este criterio al sostener que "el alcance de esta facultad de investigación debe estar sometida a control judicial por las vías correspondientes, a fin de verificar el cumplimiento de las garantías del debido proceso legal adjetivo"¹³⁰⁵. Continúa diciendo que las comisiones no pueden aplicar sanciones penales; en caso de que aparezcan pruebas que sean indicio de la comisión de un delito deben dar intervención a la justicia penal. Es pertinente recordar, tal como lo sostiene Bidart Campos, que "los poderes implícitos no pueden otorgar al Congreso una competencia que atente contra la división de poderes"¹³⁰⁶.

Desde una postura minoritaria, Ramella sostiene que "por la naturaleza que cumple el Poder Legislativo, una de cuyas funciones principales es la de ejercer el control sobre los otros poderes del Estado, como representante directo del pueblo, debe estar facultado a través de sus comisiones para efectuar allanamientos".

Por su parte, Segundo Linares Quintana, sostiene que en el ejercicio de la facultad de las cámaras para investigar, debe "distinguirse según ella se refiera a organismos y funcionarios públicos o bien a particulares; en el primer caso es admisible cierta amplitud, en el segundo, el art. 18 de la

Constitución garantiza a los particulares que no allanen sus domicilios, ni se viole su correspondencia sin autorización judicial"¹³⁰⁷.

Tal como sostuvieron nuestros tribunales, "la potestad implícita de investigar mediante la instrumentación de las medidas que a su criterio resulten convenientes, en tanto no avance sobre los derechos reconocidos por la Constitución"¹³⁰⁸. A su vez, en el caso Klein se reafirmó que "no se encuentra incluida dentro de las facultades implícitas (...) la posibilidad de restringir el ejercicio de los derechos individuales fundamentales"¹³⁰⁹. De forma consistente con esta jurisprudencia, los proyectos de ley para regular el funcionamiento de las comisiones investigadoras otorgan facultades y atribuciones de investigación, aunque remarcan que para la realización de múltiples actos es necesaria la intervención judicial previa¹³¹⁰. De todos modos, "aun con este recaudo, las medidas decretadas por las comisiones quedan sujetas al pertinente control de razonabilidad en aplicación del precedente 'Klein'"¹³¹¹.

En conclusión, la potestad implícita de investigar se encuentra limitada por el respeto a los derechos constitucionales. La doctrina y jurisprudencia indican que no deben invocarse los poderes implícitos del Congreso de la Nación para desconocer expresas prohibiciones, violar garantías constitucionales o alterar la división de poderes mediante el uso concurrente de atribuciones, justificado en la eficacia de investigaciones.

III. LÍMITES A LOS PODERES DISCIPLINARIOS DEL CONGRESO

Conexa con la discusión anterior, se encuentra la de los poderes disciplinarios del Congreso. Estos tienen sustento en el [art. 66](#) de la CN, en relación con la facultad disciplinaria del Congreso para con sus miembros. Carlos Bidegain explica que "en el léxico del derecho parlamentario se denomina desacato, genéricamente, la conducta de personas ajenas a las Cámaras legislativas, que a) perturban el orden de las sesiones; b) desconocen, estorban, enfrentan o niegan el ejercicio de las prerrogativas de las Cámaras e inmunidades de sus miembros; o c) ofenden a su dignidad o decoro"¹³¹². Es entonces cuando surge el problema de determinar si el Congreso puede ejercer directamente su poder disciplinario, con sustento en el art. 75, inc. 32 de la CN, sobre personas ajenas a las Cámaras.

El fallo "Lino de la Torre", previamente mencionado, había decidido que el arresto ordenado por la Cámara de Diputados había sido dictado por autoridad competente. Sin embargo, la disidencia se opuso a este criterio, ya que conceder tales facultades implicaría destruir derechos y garantías expresamente acordados por la Constitución. El precedente es representativo en cuanto a la aceptación por los tribunales nacionales de la existencia de poderes implícitos en cabeza del Congreso de la Nación. No obstante, no es el criterio jurisprudencial vigente con respecto a los

poderes disciplinarios del Congreso. De hecho, la disidencia devino en mayoría en el caso "Eliseo Acevedo" del año 1885, en el cual la Corte Suprema sostuvo que el Senado de la Nación es incompetente para juzgar el delito de desacato, ya que dicha conducta debe quedar sometida a la jurisdicción de los tribunales ordinarios¹³¹³. Para justificarlo, expresaron que "una sola de las Cámaras no puede reasumir por acto exclusivamente suyo, una facultad que quedó conferida al Poder Judicial en virtud de una sanción legislativa a que concurrieron, como a la formación de todas las leyes, las dos ramas del Congreso y el Poder Ejecutivo"¹³¹⁴.

En el caso "Peláez" de 1995, vemos que la Corte reafirma la existencia de poderes implícitos diciendo que "la extensión no podría ir más allá de lo que fuere rigurosamente necesario para que la facultad expresa no resulte ilegítima y gravemente impedida". En consecuencia, sostiene que "el poder implícito de las Cámaras del Congreso de la Nación para sancionar conductas de particulares se encuentra circunscripto (...) a los actos de aquellos que de un modo inmediato traduzcan una obstrucción o impedimento, serio y consistente, para la existencia de dichos órganos o para el ejercicio de sus funciones propias"¹³¹⁵. Por lo tanto, se trata de la represión a ofensas capaces de dañar e imposibilitar el ejercicio de las funciones públicas que le corresponden al Congreso. A lo que el tribunal agrega que "la aplicación de penas privativas de la libertad más allá de estos límites, supondría tanto el traspaso del umbral de una competencia correctora, cuanto el ingreso en la órbita de facultades que la Ley Fundamental reservó al Poder Judicial", ocasionando menoscabo a la división de poderes. En el caso concluyen que el arresto carecía de validez, ya que la conducta reprochada era "ajena al ámbito de la facultad implícita"¹³¹⁶ en la que pretendía sustentarse.

La mencionada interpretación de las potestades disciplinarias del Congreso es similar a la realizada en los Estados Unidos. Cooley sostiene que la atribución refiere a actos que tienden a "obstruir el cumplimiento de deberes legislativos, o que anulan, impiden o turban al ejercicio del poder legislativo"¹³¹⁷. Así lo tiene dicho la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso "Anderson v. Dunn", en el que sostuvo que la potestad no se encuentra destinada a imponer castigos, sino a procurar el normal funcionamiento del órgano legislativo. Su objetivo es propender a la preservación de los órganos de gobierno y el poder a admitir es el "el mínimo posible que se adecue a los fines propuestos"¹³¹⁸. En otras palabras, el ejercicio de tal facultad es constitucional "en la medida en que, y sólo en la medida en que, sea necesaria para preservar o llevar a cabo el poder concedido, pues sólo descansa en el derecho a la autopreservación"¹³¹⁹.

La Corte Suprema Argentina reafirma la mencionada interpretación y extensión de los poderes disciplinarios del Congreso en el caso "Soaje Pinto". En él, sostuvo que las atribuciones implícitas que resultan

imprescindibles para el ejercicio de su función deben ejercitarse de modo compatible con la Constitución Nacional: "No cabe admitir la aplicación de una sanción que implique la privación de la libertad, en tanto esta no encuentra sustento en que la conducta reprochada por el órgano estatal hubiera, en rigor, impedido o entorpecido, efectiva y materialmente, las labores del Senado, sin perjuicio de que haya afectado su honor y el de uno de sus miembros"¹³²⁰.

Hay consenso en la doctrina argentina con respecto a tener una visión crítica sobre estos poderes, intentando limitarlos a efectos de resguardar los derechos individuales concedidos en los arts. 18 y 19 de la CN. Una posición opuesta es la de Juan González Calderón, quien distingue: "cuando el desacato está previsto por ley, su castigo, la aplicación de la pena correspondiente al que lo cometió, incumbe a los tribunales de justicia exclusivamente. Si el caso no está previsto en la ley penal el desacato no puede quedar impune, y como los tribunales no tendrían ley alguna que aplicar la jurisdicción parlamentaria surge como la más plena y evidente fuerza en nuestro sistema constitucional"¹³²¹. Por lo tanto, acepta las potestades disciplinarias, distinguiendo entre casos de desacato previstos y penados por ley, y los no previstos por ley. Postura que es criticable, considerando que la expresión "no debe quedar impune" estaría reconociendo alguna clase de facultad disciplinaria para imponer castigo en manos del Poder Legislativo, en los casos en que el propio Poder Judicial no tiene jurisdicción para juzgar, lo que implicaría la facultad de actuar en contra de las garantías constitucionales. De todos modos, el autor se encuentra en una posición minoritaria.

Por su parte, Bidart Campos, desde una posición más garantista, sostiene que desconoce totalmente "cualquier poder disciplinario del Congreso para imponer penas o sanciones a terceros, haya o no delito en el Cód. Penal. Sólo admite dos cosas a) un poder disciplinario, limitado exclusivamente al mantenimiento del orden de las sesiones (...) b) un poder para aplicar sanciones cuando existe una ley previa que tipifica el acto y concede al Congreso la facultad represiva, siempre que el hecho no sea a la vez delito del Cód. Penal, en cuyo caso ni aun con la ley previa puede el Congreso ejercer represión (la que sólo es privativa del Poder Judicial)"¹³²².

Fernando Barrancos y Vedia, compartiendo la opinión de la jurisprudencia nacional, sostiene que los poderes implícitos deben surgir como una consecuencia natural y lógica de los poderes expuestos. Citando a Carlos Sánchez Viamonte afirma que "no hay poderes implícitos contra la libertad de las personas"¹³²³. Por lo tanto, sostiene la necesidad de "determinar por ley el alcance y los límites de las facultades implícitas de corrección disciplinarias afrente a terceros por parte del Congreso de la Nación, teniendo en mira las pautas estrictas fijadas por la Corte Suprema"¹³²⁴.

Con objeto de preservar la división de poderes como pilar del sistema republicano de gobierno, y de garantizar el pleno y efectivo respeto de los derechos y las libertades individuales consideramos que es responsabilidad del Congreso de la Nación regular el ejercicio de su poder disciplinario con respecto a terceros ajenos a las Cámaras. Compartimos así la opinión de Bidart Campos, quien desconoce la facultad del Congreso para imponer penas o sanciones, excepto en casos muy limitados y definidos por ley.

En conclusión, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que el Congreso de la Nación posee la facultad para ejercer los poderes implícitos que derivan del art. 75, inc. 32 de la CN. Se entiende que las atribuciones *convenientes* son aquellas que representan un medio imprescindible para el ejercicio de los poderes expresamente concedidos. Tal concepto es específico y se interpreta de la misma forma que la *Cláusula de lo Necesario y lo Propio* de los Estados Unidos. Dentro de estas atribuciones se encuentra la creación de comisiones investigadoras, cuyo trabajo no puede atentar contra la división de poderes, incurriendo en atribuciones propias del Poder Judicial. Es decir, encuentran como límite el respeto de las garantías receptadas en la Constitución Nacional, en particular en los arts. 18 y 19. Por último, derivado de los poderes disciplinarios del Congreso estipulados en el [art. 66](#) de la CN se encuentra su poder disciplinario respecto a terceros ajenos a las cámaras. Se entiende que su objetivo es la autopreservación del Congreso, repeliendo acciones que de modo inmediato impidan su normal desarrollo, para garantizar el pleno ejercicio de sus funciones propias. Sin embargo, se discute el alcance de la mencionada facultad y compartimos la opinión que sostiene su interpretación restrictiva. Así se protege al sistema republicano de gobierno y a las garantías individuales, los que son el marco sobre el que se construye nuestro régimen constitucional.

* * *

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.

La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

Comentario por Juan Ignacio Sáenz

Este artículo, incorporado en la reforma constitucional de 1994, regula una práctica institucional conocida como "delegación legislativa", que consiste en que el Congreso transfiera al Poder Ejecutivo¹³²⁵ —por medio de una ley— el ejercicio de alguna de sus competencias, a fin de que aquel emita determinada legislación de manera rápida y eficaz, evitando las dilaciones y dificultades propias del procedimiento de sanción de las leyes.

La delegación legislativa es un mecanismo normal en países con sistemas parlamentaristas, donde el Poder del Ejecutivo o titular del "gobierno" (primer ministro, canciller, o sea como se denomine en cada caso al jefe del "gobierno"), surge del "voto de confianza" con que es instituido por el propio Parlamento, y por ende es natural que este le encomiende determinada legislación en casos especiales, con sujeción a un marco previo y a la revisión y el refrendo parlamentario posterior¹³²⁶.

En los Estados Unidos, a pesar de que las previsiones de la Constitución se limitan a otorgarle al Poder Ejecutivo la facultad de "cuidar que las leyes se ejecuten"¹³²⁷, la delegación legislativa ha sido históricamente tolerada y justificada por la Corte Suprema, bajo las siguientes reglas: 1) el Congreso no puede delegar de modo absoluto la función de legislar en una materia (p. ej., *toda* la potestad para crear, modificar y suprimir tributos), pudiendo en cambio encomendar al Ejecutivo la función de llenar los detalles (*fill up the details*) que una ley —por su necesaria generalidad y brevedad— no contempla; 2) para tener validez constitucional, la ley delegante debe delimitar con claridad el contenido fundamental de la legislación a dictar por el delegatario, lo cual la Corte denomina "patrón o estándar inteligible" (*intelligible standard, discernible standard o prescribed standard*)¹³²⁸. Al carecer la Constitución norteamericana de una previsión como la de nuestro art. 99.2 sobre la facultad "reglamentaria" del presidente, el único título bajo el cual el Ejecutivo y sus entes reguladores o agencias emiten normas o reglamentos es la delegación legislativa, que entonces se considera un resorte normal de la organización institucional.

En nuestro país, si bien la delegación de funciones del Congreso al presidente fue practicada históricamente, sin referencia constitucional, y convalidada por la Corte Suprema, ha sido objeto de importantes críticas pues se trata de un mecanismo que implica la abdicación del Congreso del

ejercicio de una facultad, con el demérito que ello significa para el principio de legalidad y la idea deliberativa¹³²⁹.

Antes de la reforma de 1994, la delegación tuvo su hito jurisprudencial en la Corte en el caso "A. M. Delfino"¹³³⁰, en el que se avaló la habilitación concedida por la ley 3445 de 1896 a la Prefectura General de Puertos para que tipifique faltas y cree sanciones en materia de navegación. Se realizó allí una diferenciación entre la "delegación propia", que es la transferencia *total* de una facultad (p. ej., la potestad para legislar en materia aduanera, *in totum*), y que resulta inconcebible en el sistema republicano y la "delegación impropia", que es una transferencia que no constituye rigurosamente una "delegación", sino una habilitación que el Congreso confiere al Ejecutivo para que este ejerza complementariamente la función legislativa de "reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de la ley", con base en el ex art. 86, inc. 2º (actual art. 99.2, CN)¹³³¹.

De acuerdo con la doctrina expuesta en aquel fallo, coincidente con la jurisprudencia norteamericana, no existe diferencia sustancial entre "lo legislativo" propio del Congreso y "lo reglamentario", que es función expresa del Ejecutivo, y su relación está dada por la primacía jerárquica que tiene la ley y la subordinación que el reglamento le debe a su letra y a estándares tales como "la voluntad explícita o implícita del legislador" o la "política legislativa", expresión de suma ambigüedad, que ha servido para convalidar la delegación prácticamente en todos los casos¹³³².

A partir de allí, el decreto delegado convivió confusamente con el decreto reglamentario, sin ocasión para establecerse en la jurisprudencia la diferencia entre ambos, cosa que la doctrina sí persistió en esclarecer¹³³³. Un año antes de la reforma constitucional, la Corte resolvió un caso en el que —profundizando los criterios anteriores— tuvo por inexistente la diferencia entre el ejercicio de la delegación legislativa y el poder de reglamentar las leyes ("Cocchia", 1993)¹³³⁴. Sostuvo allí que no cabía hablar de "decretos delegados" en sentido estricto, sino que en todos los casos en que se implementan los contenidos de una ley o se concretan políticas o propósitos declarados por el Congreso, nos encontrábamos ante "reglamentos de ejecución"¹³³⁵.

Bajo el paraguas de gran tolerancia provisto por la jurisprudencia nacional, la delegación legislativa en nuestro país se expandió a todos los campos, tanto en épocas de normalidad como de emergencia. En un célebre precedente, no obstante, la Corte estableció un categórico límite a la delegación en materia penal (caso "Mouviel"¹³³⁶) y más recientemente hizo lo propio en materia tributaria¹³³⁷. Ambas materias se encuentran reservadas en la Constitución a la rígida aplicación del principio de legalidad formal (arts. 17 y 18¹³³⁸), y por ende el Poder Ejecutivo no puede

regularlas, ni siquiera en situaciones de necesidad y urgencia (ver art. 99.3, CN).

Las críticas a la excesiva amplitud con que era aceptada en la jurisprudencia llevaron a incluir la delegación legislativa entre los contenidos de la reforma constitucional de 1994 tendientes a atenuar el hiperpresidencialismo y fortalecer el rol del Congreso, cuyo resultado es el art. 76.

El constituyente de 1994 concibe a la delegación como un mecanismo anormal del sistema institucional (una "patología"¹³³⁹), de allí que —como primera disposición— la prohíbe terminantemente al establecer: "Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo".

Del resto de la disposición ("[...] 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"), se desprenden algunos requisitos de imprescindible observancia. La delegación (entiéndase por ello tanto la ley delegante como las normas de inferior jerarquía por las cuales se hace ejercicio de la delegación) solo es legítima si concurren los siguientes recaudos:

1) que se encuentre expresamente fundamentada en un estado de "emergencia pública" que aconseje trasladar transitoriamente la función legislativa al Poder Ejecutivo, para que este adopte con rapidez las medidas legislativas que hicieran falta para aliviar o resolver la situación¹³⁴⁰. Los ejemplos más significativos de este tipo de delegación en los últimos tiempos son las leyes dictadas por el Congreso en las crisis económicas de 1989 y de 2002¹³⁴¹, que dieran lugar a amplísimas y prolongadas delegaciones en cabeza del Poder Ejecutivo;

2) que, sin necesidad de que exista una emergencia, las materias delegadas sean "específicas de administración"¹³⁴²;

3) establecimiento de "bases de delegación" (marco de lineamientos, principios, criterios, objetos, directivas o límites a los cuales deben adecuarse las normas delegadas)¹³⁴³. Sin embargo, las leyes delegantes suelen exhibir límites imprecisos, como cuando el Congreso se limita a señalar determinados objetivos generales ("el reordenamiento del sistema financiero", la "reactivación de la economía" o "la regulación del nivel de precios").

En el caso "San Luis" (2003), la Corte declaró la inconstitucionalidad de la conversión a pesos dispuesta por el dec. 214/2002 en relación con el depósito que la provincia había realizado en dólares en el Banco de la Nación Argentina, por considerarlo contrario a uno de los estándares de la Ley de Emergencia 25.561 en que se había sustentado aquella medida,

que era el de "preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubieren realizado depósitos en entidades financieras".

Más tarde, en el caso "Colegio Público de Abogados de Capital Federal"¹³⁴⁴, se determinó que un decreto delegado (1204/2001, por el cual los abogados del Estado nacional quedaban exentos de la obligación de matricularse en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal), no guardaba relación con las bases de delegación fijadas en la ley delegante (25.414, art. 1º, apart. I, inc. f)) pues si bien se encontraba claro el fin de lograr una reducción del gasto público, eran demasiado genéricas e indeterminadas, y no se desprendía de dicho fin la habilitación para que el Ejecutivo derogue disposiciones legales indiscriminadamente¹³⁴⁵.

En forma más reciente, en el caso "Camaronera Patagónica"¹³⁴⁶, se declaró la inconstitucionalidad de la delegación establecida en el art. 755 del Cód. Aduanero para fijar derechos de importación y exportación, por su falta de bases mínimas que permitieran apreciar la voluntad legislativa y otorgar sustento a las medidas adoptadas en ejercicio de tal delegación¹³⁴⁷.

4) determinación de un plazo para el ejercicio de la delegación.

A los mencionados requisitos ha agregado la jurisprudencia que la delegación no puede versar sobre algunos aspectos de materias sobre las que rige de manera especial el principio de legalidad, como la materia tributaria, que abarca tanto a la creación de impuestos, tasas o contribuciones especiales como a las modificaciones de los elementos esenciales que componen el tributo, es decir, el hecho imponible, la alícuota, los sujetos alcanzados y las exenciones, todo lo cual, es indelegable (Fallos 326:4251 y 329:1554).

En la delegación, el Congreso conserva siempre la titularidad de la facultad legislativa delegada, con lo cual puede reasumirla en cualquier momento, y además está llamado especialmente a revisar los decretos delegados del Ejecutivo, ratificándolos o rechazándolos por medio de los procedimientos regulados actualmente en la [ley 26.122](#)¹³⁴⁸.

A su vez, mientras no sean derogados por el Congreso, dichos decretos tienen la jerarquía normativa de una ley, a diferencia de los reglamentarios cuyo rango es siempre sublegal.

En relación con la delegación legislativa preexistente a la reforma, esta fue, primero, declarada válida por un término de 5 años (cláusula transitoria 8ª de la Constitución), plazo prorrogado por medio de la [ley 25.148](#), de 1999, por tres años. Luego se dictaron las [leyes 25.645](#), 25.918, 26.135 y 26.519 que, por un lado, fueron prorrogando el plazo originalmente establecido en la [ley 25.148](#) y, por el otro, generaron

nuevas ratificaciones de la legislación delegada. En particular, la [ley 26.519](#), además de prorrogar por un año más la totalidad de la delegación legislativa previa a la reforma constitucional, creó una comisión bicameral especial para revisar toda esa normativa, con la finalidad de elevar un dictamen con el universo de leyes delegantes vigentes. Ello dio lugar a la conformación de un equipo técnico de académicos que realizó un informe sumamente completo sobre toda la temática de la delegación legislativa¹³⁴⁹. Si bien dicho informe estuvo dirigido a sustentar decisiones del Congreso "acerca de la necesidad y/o conveniencia política de renovar o no las delegaciones legislativas contenidas en las leyes sancionadas con anterioridad a la mencionada reforma constitucional", el plazo fijado en la [ley 26.519](#) para revisar la legislación delegante venció el 24 de agosto de 2010 y no ha sido prorrogado, por lo cual debe reputarse que la delegación anterior a 1994, que no hubiera sido objeto de expresa ratificación ha, en principio, caducado.

* * *

CAPÍTULO QUINTO - DE LA FORMACIÓN Y SANCIÓN DE LAS LEYES

LA DELIBERACIÓN COMO CONDICIÓN DE LA LEGITIMIDAD DE LAS LEYES

Comentario por Roberto Gargarella

Resulta demasiado común, en la Argentina, que se aprueben iniciativas jurídicas referidas a cuestiones de máximo interés público, con un descuido importante: me refiero a normas que, en los hechos, no son objeto de un debido debate en el Congreso. Piénsese —para tomar solo algunos casos recientes— en la aprobación de la reforma del Consejo de la Magistratura; en la (luego desafiada judicialmente) reforma ("para la democratización") de la justicia; en la aprobación del nuevo Cód. Civ. y Com. En estos casos, como en tantos otros, el oficialismo consiguió los votos necesarios para aprobar los pretendidos cambios y los impuso legalmente, haciendo caso omiso frente a los reclamos para que debatiera tales normas previamente, y de modo genuino, en el Congreso. El oficialismo asumió que no había obligación de debatir y consensuar nada

con la oposición y actuó en consecuencia, desconociendo las exigencias que establece la Constitución Nacional en dicho respecto. La Constitución no se refiere a tales requerimientos deliberativos como una expresión de deseos o como una formalidad que puede ser ligeramente dejada de lado: alude, en cambio, a una obligación —a un requerimiento procedimental exigible— cuyo incumplimiento pone en crisis la misma validez constitucional de la norma no discutida. Lamentablemente, resulta demasiado común en nuestro país —obviamente, en los distintos oficialismos, pero aun dentro de la comunidad de juristas— que se desconozcan tales exigencias jurídicas. Para ello, se vacían de contenido las numerosas disposiciones constitucionales existentes al respecto.

I. DELIBERACIÓN Y DERECHO POSITIVO

A la hora de reconocer el apoyo textual existente para estos reclamos deliberativos en la normativa vigente podemos comenzar mencionando al art. 78 de la CN; el cual sostiene que "aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara". Aun asumiendo una lectura muy modesta del texto constitucional, no puede leerse "(mera) aprobación", donde dice "discusión". De modo similar, el art. 83, CN dice que, si un proyecto es "desechado en el todo o en parte" por el Poder Ejecutivo, el texto "vuelve con sus objeciones a la Cámara de su origen," en donde "esta lo discute de nuevo". Otra vez: aun desde una postura muy poco exigente en cuanto a los requerimientos de nuestra Constitución, no puede leerse a la misma como si hiciera referencia a la "(mera) aprobación", cuando ella obliga a que el texto se "discuta de nuevo". Los arts. 100, inc. 9º y 106 hablan también de los debates parlamentarios, a los que se asume como formando parte de las actividades correspondientes al Congreso.

Obviamente, se vacía de contenido a estas normas cuando —como el oficialismo hiciera en estos años, repetidamente— se le dice a la oposición, frente a un proyecto enviado por el Ejecutivo, que al mismo "no se le cambiará una coma" (fue lo que ocurrió, entre tantos casos, cuando se modificó la composición del Consejo de la Magistratura). Esta afrenta no es jurídicamente aceptable: resulta obligatorio el debate legislativo previo de toda norma que luego pretenda tener efectos sobre el grueso de la sociedad. Tampoco es aceptable la "ficción de debate" que, de distintos modos, se convirtió en práctica normalizada en nuestro país. En ocasiones, en efecto, se le "conceden" a la oposición algunas horas de tiempo para que desarrolle sus críticas a un cierto proyecto, finalizado lo cual se vuelve a cero, y el oficialismo aprueba lo que quería aprobar, sin incorporar ningún cambio sobre su iniciativa original. En otros casos, la legislatura invita a cientos de "especialistas" y grupos a presentar sus puntos de vista antes de la aprobación de un determinado proyecto pero lo que ocurre es que los invitados exponen sus puntos de vista, unos tras otros, sin que nadie tome en serio sus dichos (salvo que vengan a

refrendar la posición oficial); sin que nadie registre las novedades o demandas que en ellos se manifiestan; sin que nadie se ocupe de mostrar de qué modo el proyecto final recepta o por qué razones rechaza, los reclamos que en tales exposiciones se ofrecen.

La violación de las exigencias de debate pudo tomar otras formas, en relación con algunas exigencias legales más específicas, como las establecidas por el Convenio 169 de la OIT, en lo relativo a la participación y consulta previa a los grupos indígenas. El art. 6º.1ª de dicho Convenio establece tales requerimientos para los casos de medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas; y el art. 15.2ª lo hace frente al aprovechamiento de los recursos naturales, y para los casos en que el Estado quiera autorizar la exploración o explotación de tales recursos, de modo tal de determinar si se van a perjudicar los intereses de tales comunidades. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado ya respaldo efectivo a derechos tales, en algunas de sus decisiones (i.e., casos "Sawhoyamaya" y "Saramaka")¹³⁵⁰. Lamentablemente, estas exigencias, vinculadas con la normativa internacional vigente en nuestro país también resultaron violentadas por el oficialismo (por caso, frente a la reciente reforma del Cód. Civil), poniendo una vez más en crisis la validez legal de las iniciativas que aprobaba.

II. RAZONES PARA LA DELIBERACIÓN: DE LA TEORÍA DEMOCRÁTICA A LOS GRUPOS DE INTERÉS

El hecho de que textos constitucionales como el argentino sean tan claros en sus exigencias deliberativas debería bastar para demandar a los órganos legislativos el respeto de la letra de la Constitución, y para obligar a los órganos de control a que cumplan con sus tareas de supervisión: ellos no pueden permitir que una norma sea considerada parte del derecho vigente cuando no cumplió con los requisitos necesarios para poder serlo. Claramente, una norma no puede considerarse válida si no fue aprobada por la mayoría correspondiente; si se le impidió expresarse a una de las dos Cámaras legislativas; si en la votación de la misma hubo algún tipo de fraude (i.e., un impostor ocupando la banca de un legislador, como ocurriera en los tiempos en que el Congreso puso en marcha el proceso de privatizaciones de empresas del Estado); etc. De modo similar, si una norma no cumplió con las exigencias deliberativas que la Constitución impone, ella no puede ser considerada, sin más, como si fuera una norma válida.

Las razones para ser particularmente exigentes en la materia son múltiples. La más obvia es la razón citada: la simple letra de la ley. Más allá del argumento textual, se acumulan otras consideraciones. Ante todo, una cuestión democrática elemental: "lo que afecta a todos, debe ser discutido entre todos". Esta es, en definitiva, la razón por la cual en sociedades plurales se definen procedimientos de debate inclusivo, como

los señalados: lo que se pretende es que las decisiones públicas más importantes resulten de un acuerdo entre las distintas partes de la sociedad —que razonablemente van a disentir sobre ellas— en lugar de que se consagre, meramente, la posibilidad de que un sector imponga su voluntad sobre el otro. Para quienes defendemos concepciones democráticas robustas, las razones para defender un debate público inclusivo y amplio son epistémicas: asociamos la validez de las normas con debates tales, porque asumimos que, de otro modo, dejaríamos de reconocer y entender puntos de vista fundamentales, a los fines de asegurar la imparcialidad de la ley. Si, por ejemplo, en Sudáfrica, las decisiones públicas relevantes quedaran solo en manos de los blancos, tendríamos razones para sospechar acerca de la imparcialidad final de la normativa aprobada, por más que supiéramos que la mayoría de la dirigencia blanca actúa de buena fe.

Lo dicho se articula bien, por lo demás, con algunas preocupaciones propias de la ciencia política y la teoría del Estado. Me refiero a los riesgos de que la legislación producida de espaldas al debate colectivo comience a sesgarse conforme a los intereses de grupos de interés particulares. Finalmente, la realidad de países como el nuestro reafirma permanentemente este tipo de consideraciones teóricas. Es lo que pudo observarse, por caso, con la reciente modificación del Cód. Civil: los espacios que no ocupó la deliberación pública, colectiva, resultaron ocupados por las demandas de grupos de interés. Para decirlo de otro modo: las presiones de determinados grupos de interés tienden a provocar que ciertos temas sean retirados del debate público o resulten blindados frente al mismo¹³⁵¹.

III. DELIBERACIÓN VS. GRUPOS DE INTERÉS EN EL DERECHO COMPARADO

Desde hace años, en las jurisdicciones más diversas, resulta común que se desafíe al viejo principio medieval de la *interna corporis acta*, destinado a resguardar del control externo a los actos propios del legislativo. El principio citado se afianzó en Inglaterra, como resultado de las ideas políticas dominantes vinculadas con la soberanía e independencia del Parlamento: quedaron resguardados así los procedimientos internos (*internal proceedings*) de la institución, frente a las diversas iniciativas para su control externo. El principio citado, de todos modos, se encuentra en crisis en todo el mundo desde mediados del siglo pasado, más allá de que en la Argentina, tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestren esquivas frente al control de los procedimientos parlamentarios, ayudados por la desprestigiada noción de las "cuestiones políticas no judiciales". Fue a partir de dicha doctrina que, por ejemplo, la Corte argentina desechó la posibilidad de examinar los vicios existentes en el proceso de creación legislativa, en casos como "Cullen c. Llerena" (CS, Fallos 53: 420) o "Sonia de Guerrero" (CS, Fallos 256: 566), aun cuando en casos como "Bonotti" (CS, 15/5/2007) declaró

nula una resolución del Senado por no haber alcanzado la mayoría exigida en el reglamento del cuerpo.

Me limitaré, en los párrafos que siguen, a ofrecer un panorama muy general de la discusión del punto en el derecho comparado, solo a los fines de mostrar lo obvio: resulta difícil, en la actualidad, seguir defendiendo la doctrina de la inmunidad de los actos internos del Congreso, frente a los controles externos.

En un artículo fundamental sobre la materia, el profesor de la Universidad de Harvard Cass Sunstein dio cuenta del modo creciente en que —tanto en el derecho administrativo como en el derecho constitucional norteamericanos— la "doctrina creada por los jueces, aplicable a legisladores y burócratas" se orientaba a evitar 'los peligros propios de las facciones'"¹³⁵². En su opinión: "Si se ha excluido a algunos grupos particulares del proceso de toma de decisiones, entonces la deferencia judicial se reduce"¹³⁵³. Es decir, o se garantiza la participación de tales grupos o la decisión pública debe pasar a analizarse con un cuidado mayor. Según Sunstein, los tribunales quedan así obligados a "mirar por detrás de la ley y de su historia, para supervisar de modo efectivo el funcionamiento del proceso legislativo"¹³⁵⁴. La posición que describe y respalda Sunstein en torno a la práctica legal en los Estados Unidos es consistente con lo que ocurre en las más diversas latitudes.

En Europa, nos encontramos con que Alemania fue uno de los primeros países en suscribir un principio protectorio sobre los procedimientos internos del Parlamento, pero también el primero en desafiarlo explícitamente. Dicha ruptura se produjo en 1952, cuando el Tribunal Constitucional Federal aceptó internarse en el análisis y control de la validez del reglamento del Parlamento nacional. Algo similar ocurre hoy en España, en donde el Tribunal Constitucional se desmarcó de la doctrina tradicional sobre la materia para adentrarse en el examen de los actos internos del Parlamento, al menos desde 1988 (sentencia STC 161/1988).

La notable Corte Sudafricana, por su parte, acostumbra a realizar indagaciones del tipo citado para desafiar a las decisiones legislativas sustentadas en procesos de deliberación muy imperfectos. Entre varios otros casos, lo dicho puede verse ratificado en "Doctors for Life", una decisión del 2006¹³⁵⁵. Frente al reclamo que recibiera en razón de las restricciones al debate que impusiera el Poder Legislativo al momento de tratar a la norma, el tribunal sostuvo:

"(La intervención legislativa del pueblo) beneficia la dignidad cívica de los que participan, al permitir que sus voces sean oídas y tomadas en cuenta (...) (Así) se ayuda a contrapesar el lobby y las influencias avanzadas en secreto (...) y se ayuda de modo especial a los más desapoderados dentro de un país marcado por las disparidades de riqueza y en cuento al poder de influencia (...)"

En opinión separada, el reputado juez Sachs precisó el significado de lo dicho por la Corte sosteniendo lo siguiente:

"el diálogo y la deliberación van de la mano. Esto es parte de la tolerancia y la civilidad que caracteriza al respecto de la diversidad que la Constitución demanda. El involucramiento público de la ciudadanía (resulta especialmente relevante) en relación con los grupos que han sido víctimas de procesos históricos de silenciamiento. Es constitutivo de su dignidad como ciudadanos que no sólo tengan una chance de hablar, sino de que puedan tener la certeza de que van a ser escuchado. Esto es especialmente así para los que pueden sentirse políticamente desaventajados en la actualidad, dada su carencia de educación superior, su falta de acceso a los recursos, su carencia de conexiones políticas"¹³⁵⁶.

En Colombia, la reputada Corte Constitucional del país ha desafiado recurrentemente normas aprobadas por la legislatura, bajo el argumento de que las mismas no habían sido objeto de un suficiente debate parlamentario. El examen de los procedimientos parlamentarios se encuentra avalado constitucionalmente a través de la existencia de autorizaciones para que los ciudadanos impugnen a las leyes no solo por su contenido material, sino también por la presencia de vicios en el procedimiento de formación de las leyes. Este tipo de consideraciones aparecieron refrendadas, notablemente, en algunas de las decisiones más importantes tomadas por la Corte Constitucional en los últimos años. Por ejemplo, a la hora de impugnar una reciente ley sobre fueros militares — octubre de 2013— el presidente de la Corte, Iván Palacio, argumentó que "Se desarrolló la votación en circunstancias de apremio debido a la simultaneidad con la convocatoria a la plenaria, afectando las condiciones de la deliberación democrática de la Cámara de Representantes (...) Se desconocieron no sólo los arts. 83, 91 y 93 del reglamento del Congreso, sino principios constitucionales de participación de las minorías, pluralismo y la calidad del debate parlamentario". Es decir, la Corte respaldó su decisión tanto en argumentos textuales y de derecho positivo como en principios teóricos fundamentales que avalan la importancia y necesidad del debate. Similares razones aparecieron, por ejemplo, en otra decisión de la Corte, del 2004, en un caso en el que se examinó la validez del estatuto antiterrorista promovido en su momento por el presidente Álvaro Uribe. Entre los principales argumentos que utilizó la Corte en dicha oportunidad apareció uno a través del cual el tribunal impugnó el hecho de que más de una docena de legisladores votaron por la polémica ley, cambiando su voto de un día para el otro —luego de haberse comprometido con la posición que luego abandonaron— y sin ofrecer ninguna justificación pública sobre su cambio de postura. Así también, en la decisión SC-668 (2004), la Corte declaró que el art. 16 de la ley 1, del 2003, era inconstitucional, en razón de la falta de debate que había existido en el plenario de la Cámara de Representantes.

En México, al menos desde 1995 —y con el nacimiento de las acciones abstractas de inconstitucionalidad— resulta habitual que se lleve a cabo un control (judicial) sobre los actos internos a las Cámaras legislativas. Desde el 2003, la Suprema Corte mexicana intervino en una diversidad de casos en la materia (referidos fundamentalmente a leyes o constituciones estatales). El Máximo Tribunal dejó en claro, desde sus primeros fallos en la materia, que "las violaciones procesales deben examinarse previamente a las violaciones de fondo, porque pueden tener un efecto de invalidación total sobre la norma impugnada, que haga innecesario el estudio de éstas" (jurisprudencia 32/2007). Se analizaron, en estos años, vicios de muy diferente tipo, incluyendo vicios en las convocatorias y actos preparatorios de la sesión del caso, dispensas de trámites legislativos sin justificación, actos que inhiben la participación de diputados en procedimientos legislativos, deliberación insuficiente de los legisladores, actos que inhiben la participación de agentes externos al Congreso en el debate de la ley, ausencia de debate, defectos en las iniciativas, vicios en los turnos de iniciativas, trámites legislativos sin fundamento, inconsistencias en la orden del día, etc.¹³⁵⁷.

IV. SOBRE EL ESCRUTINIO JUDICIAL

Dicho lo anterior, ¿qué tipo de análisis podría proponerse, frente a las falencias deliberativas que puedan existir en el procedimiento político (administrativo/legislativo) de toma de decisiones?

Ante todo, conviene tomar nota del objetivo final que aquí está en juego: lo que se pretende es no tomar como inexistentes faltas que son relevantes, vaciando así de contenido a los requerimientos que el derecho positivo exige en la materia —requerimientos que además se encuentran refrendados por concepciones de la democracia aún relativamente modestas. De lo que se trata es, por un lado, de asegurar que la discusión parlamentaria no quede en los hechos desautorizada —no se convierta en ficción— y, por otro —y a través del control procedimental— de favorecer la mayor imparcialidad de las normas sustantivas. En definitiva, y como señalara Sunstein, se pretende una menor presencia y peso de los grupos de interés en la creación de la normativa pública destinada a aplicarse sobre todos¹³⁵⁸.

Lo dicho requiere repensar nuestro acercamiento a las presunciones sobre la validez y constitucionalidad de las normas, para cambiar así el tipo de "escrutinio" con que analizamos las mismas. De acuerdo con parámetros que son consistentes con nuestra normativa vigente, con el derecho comparado examinado y con lo que concepciones (sobre todo deliberativas) de la democracia propondrían, podríamos sugerir lo siguiente:

i) Las decisiones político/legislativas aumentarán su presunción de validez/constitucionalidad en la medida en que se hayan cumplido con las exigencias procedimentales definidas por nuestro ordenamiento jurídico. Es decir, en la medida en que se hayan respetado tales reglas procedimentales —que incluyen básicas exigencias deliberativas—, la norma del caso deberá considerarse, en principio, como norma constitucionalmente válida¹³⁵⁹. El hecho de que se respeten tales exigencias estrictas no elimina la posibilidad de que, por cuestiones muy limitadas y excepcionales, se examine la constitucionalidad del contenido sustantivo o material de la norma (i.e., cuando ella pretende reglar cuestiones de moral privada, en principio inmunes a la labor legislativa y judicial)¹³⁶⁰. Sin embargo, el punto es que una norma impecable en términos procedimentales merece, en principio, una alta presunción de validez —lo que no la priva, por ejemplo, de ser objeto de análisis de "mera racionalidad" referidos a su "racionalidad de medios-fines".

ii) Lo contrario ocurre cuando (p. ej., y para concentrarme en el tema que aquí más interesa) la norma no ha sido sometida a debate parlamentario o ha sido sujeta exclusivamente a una "ficción de debate". Frente a tales circunstancias, la presunción del caso merece invertirse de modo proporcional al tipo y la gravedad de faltas que estén en juego. Adviértase lo que implica lo dicho: no se sostiene aquí que, frente a una falla procedimental la norma debe ser considerada, automáticamente, una norma inválida, sino que a partir de tales fallas ella deja de gozar de una presunción de validez. Para decirlo en otros términos: la presunción de inconstitucionalidad de la norma se incrementa en la medida en que mayores sean las falencias procedimentales que la afectan. Como hemos visto más arriba —de modo ratificado en la práctica— el secreto, la ausencia de transparencia o la falta de debate en torno a una norma, tienden a correlacionarse con el aumento del "intercambio de favores", la negociación en sus peores formas y la (sobre)presencia de grupos de interés, en la forja del contenido de la legislación¹³⁶¹. Hay razones, por tanto, de índole positiva y democrática para impugnar tales decisiones y analizar con un escrutinio más estricto su contenido, presumiendo que las mismas no se basan en razones públicas, sino en presiones corporativas que socavan la imparcialidad que debe caracterizar a las decisiones legislativas.

* * *

Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, por proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo, salvo las excepciones que establece esta Constitución.

Los proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de las Cámaras.

Comentario por Sebastián Guidi

I. LA INICIATIVA LEGISLATIVA

En nuestro país, la iniciativa legislativa (es decir, la prerrogativa de enviar proyectos de ley al Poder Legislativo que puedan ser formalmente tratados) se encuentra reservada a los legisladores de ambas Cámaras y al Poder Ejecutivo. Además, el [art. 39](#), CN prevé la iniciativa popular, mediante la cual un grupo suficientemente (bastante) grande de ciudadanos puede presentar un proyecto ante la Cámara de Diputados¹³⁶².

La Constitución de los Estados Unidos prevé únicamente la iniciativa por parte de los legisladores: el presidente puede únicamente "recomendar a su consideración aquellas medidas que juzgue convenientes" (art. 2º, secc. 3). En contraste, la mayoría de las constituciones de la región prevé que otros órganos constitucionales (como los tribunales electorales, las cortes supremas, los defensores del pueblo, etc.) puedan presentar (incluso de modo exclusivo) proyectos de ley en los ámbitos de sus respectivas competencias¹³⁶³. En nuestro sistema, la intención legisferante del resto de los órganos previstos en la Constitución debe ser canalizada a través de los poderes políticos desde su iniciativa.

Según el art. 77, CN, las leyes "pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso (...) salvo las excepciones que establece esta Constitución". El principio general, entonces, es la simetría entre ambas Cámaras en cuanto a la iniciativa, con algunas excepciones.

En primer lugar, al igual que lo hacía el art. 44 de la Constitución de 1853/60, el art. 52 establece que "a la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas". Remitimos al comentario a dicho artículo en esta obra para las particularidades de este tipo de leyes.

Es una novedad de la reforma de 1994 la incorporación del Senado como cámara de origen en dos casos: en la ley convenio de coparticipación de impuestos (art. 75, inc. 2º), las leyes que provean "al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio" y las

que promuevan "políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones" (art. 75, inc. 19).

Por su parte, la iniciativa popular regulada en el [art. 39](#), CN establece que "los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados". Como fue tratado en el comentario a dicho artículo en esta obra, la facultad de los ciudadanos de presentar proyectos de ley se encuentra severamente restringida. Por una parte, por la alta exigencia en materia de firmas: se requiere por lo menos el 1,5% del padrón nacional, que debe contener al menos el 1,5% del padrón de seis distritos diferentes¹³⁶⁴. Por otra parte, estas iniciativas no pueden versar sobre materia tributaria, presupuestaria, penal, de reforma constitucional o de tratados internacionales. Si bien puede comprenderse la limitación en materia presupuestaria y de tratados internacionales, el resto de las exclusiones reflejan una desconfianza extrema del constituyente a los reclamos organizados de una nada despreciable cantidad de ciudadanos. La iniciativa popular presenta para el Congreso la obligación de tratarla dentro del año en que es presentada, previsión que no es expresa para los proyectos con otros orígenes.

Existe una contradicción en el caso de que la iniciativa verse sobre las materias que según el art. 75, inc. 19 tienen como cámara de origen al Senado. En este caso (que nunca se ha presentado), parte de la doctrina considera que, para respetar la letra de ambos artículos, el proyecto deberá presentarse ante la Cámara de Diputados para que esta lo gire inmediatamente al Senado, que actuará como cámara de origen¹³⁶⁵. Esta interpretación parece excesivamente formalista y genera cierta insatisfacción: al imponer que los proyectos originados en la iniciativa popular deben ser presentados ante la Cámara de Diputados se busca que esta sea la cámara de inicio, para que prevalezca en el caso de disenso con el Senado. Sin embargo, la mera dogmática jurídica no puede dar otra solución: la Constitución dispone simultáneamente un conjunto de casos —definidos procedimentalmente— para los cuales la Cámara de Diputados es la cámara de origen, y otro conjunto de casos —definidos sustantivamente— para los cuales el Senado lo es. Al estar definidos a través de distintos parámetros, estos conjuntos no se superponen —por lo que no puede aplicarse el principio de *lex specialis*— y resulta imposible intentar una reconciliación mediante el mero análisis conceptual. De hecho, la raíz de este conflicto se encuentra precisamente en los dos principios fundantes de cada una de las Cámaras: la democracia y el federalismo. Es imposible resolver esta cuestión sin tomar una posición normativa que jerarquice estos principios. El día en el que este conflicto se presente, la disputa por la cámara de origen será resuelta políticamente, en una discusión que tal vez se estructure irreductiblemente alrededor de estos valores en debate.

Por otra parte, el primer párrafo del [art. 40](#), CN establece que el Congreso podrá someter un proyecto de ley a consulta popular vinculante "a iniciativa de la Cámara de Diputados"¹³⁶⁶. El segundo párrafo del art. 40, al regular la consulta no vinculante, no establece ninguna particularidad con respecto a la iniciativa, por lo que una consulta no vinculante puede tener origen en cualquiera de las cámaras del Congreso.

Por último, el Jefe de Gabinete de Ministros cuenta con iniciativa exclusiva en cuanto a la Ley de Ministerios y la Ley Anual de Presupuesto, "previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo" (art. 100, inc. 6º). El art. 26 de la Ley 24.156 de Administración Financiera establece que el presupuesto será presentado ante la Cámara de Diputados¹³⁶⁷. No se ha problematizado la validez de esta cláusula frente a la claridad del art. 77, CN, que solo prevé las excepciones del texto constitucional para elegir una u otra cámara como cámara de origen.

II. MAYORÍA ESPECIAL PARA MATERIA ELECTORAL Y DE PARTIDOS POLÍTICOS

El segundo párrafo del art. 77¹³⁶⁸ dispone que los proyectos de ley que versen sobre materia electoral y de partidos políticos deberán ser aprobados por la mayoría de los miembros totales de cada cámara. Si bien esto no plantea grandes problemas interpretativos, la cuestión merece algunas aclaraciones.

En primer lugar, la exigencia de mayorías especiales excluye la posibilidad de que estos proyectos sean delegados en comisiones para su aprobación de acuerdo con el art. 79 de la CN. El texto del artículo es claro en quién es el que tiene que aprobar el texto del proyecto en cuestión. Esta claridad también conlleva consecuencias para el caso en el que el proyecto vuelva a la cámara de origen tras las modificaciones realizadas en la cámara revisora, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 81. Remitimos al comentario a dicho artículo para el tratamiento del tema.

* * *

Art. 78.—

Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley.

Comentario por Sebastián Guidi

El art. 78, CN regula el trámite más simple de aprobación de una ley. En los casos regulados por este artículo, la voluntad de los tres órganos involucrados en la formación de una ley (las dos cámaras del Congreso y el Poder Ejecutivo) es idéntica, por lo que no se requiere ningún mecanismo para determinar cuál de estas voluntades debe prevalecer. Esto sí ocurre cuando la voluntad de ambas cámaras difiere, así como cuando la voluntad del Poder Ejecutivo difiere de la decisión final del Congreso. Estos supuestos son regulados por la Constitución en los artículos subsiguientes, y remitimos a sus comentarios para su estudio.

Una consecuencia obvia, pero importante de este artículo es que el texto aprobado por ambas cámaras debe ser idéntico. Así, la Corte Suprema ha decidido que la diferencia entre el texto aprobado por una y otra cámara implicaba que no se daba la "conurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación" de las leyes y por lo tanto su aprobación era nula¹³⁶⁹. En otros casos, sin embargo, la Corte desestimó planteos similares por falta de legitimación¹³⁷⁰, por lo que, en el estado actual de la jurisprudencia, incluso vicios procedimentales groseros no parecen habilitar la declaración de nulidad de la ley sin que medie causa o controversia.

* * *

Art. 79.—

Cada Cámara, luego de aprobar un proyecto de ley en general, puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular del proyecto, con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. La Cámara podrá, con igual número de votos, dejar sin efecto la delegación y retomar el trámite ordinario. La aprobación en comisión requerirá el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. Una vez aprobado el proyecto en comisión, se seguirá el trámite ordinario.

Comentario por Sebastián Guidi

I. LAS COMISIONES PARLAMENTARIAS

Las comisiones permanentes de asesoramiento fueron creadas casi simultáneamente con el Congreso Nacional, aunque hasta la reforma de 1994 no tenían presencia alguna en el texto Constitucional. Al incorporar el art. 79, que permite la delegación en comisiones, la Constitución presupone su existencia, aunque no establece ningún régimen para ellas. La única excepción es la Comisión Bicameral Permanente, creada por el art. 99, inc. 3º, CN, para controlar el ejercicio de la actividad legislativa del Poder Ejecutivo, aunque esta no es una de las comisiones del art. 79.

Las comisiones permanentes de asesoramiento son creadas por cada cámara en virtud de la prerrogativa de dictar sus propios reglamentos que les confiere el [art. 66](#), CN. El art. 61 del Reglamento de la Cámara de Diputados y el art. 60 del Reglamento del Senado crean las comisiones permanentes de asesoramiento en sus respectivos ámbitos, cuya composición deberá guardar en lo posible la proporcionalidad con la integración de la Cámara respectiva (art. 105, RHCDN y art. 91, RHSN). Las comisiones sesionan con un quórum de la mitad de sus miembros, aunque se permite que sesionen con solo un tercio de ellos en la tercera oportunidad que se cita a la comisión con el mismo objeto sin reunir dicha mayoría (art. 108, RHCDN y art. 100, HSN).

II. DELEGACIÓN EN COMISIONES

En la reforma de 1994 se otorgó a las comisiones de asesoramiento un nuevo papel que casi nunca se ha puesto en práctica. El art. 79, CN dispone que "cada Cámara, luego de aprobar un proyecto de ley en general, puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular del proyecto, con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros". La "aprobación en general" de un proyecto de ley es un mecanismo previsto en los reglamentos de ambas cámaras para habilitar el tratamiento "en particular", en el que se discute y se vota el proyecto artículo por artículo o sección por sección (art. 154, RHCDN y art. 169, RHSN). La aprobación "en general" de un proyecto muestra la voluntad de la cámara de avanzar en su aprobación, aunque existan controversias con respecto a algunos artículos, pero un proyecto de ley no está aprobado hasta que se lo votó entero "en particular" (art. 148, RHCDN y art. 176, RHSN). Luego de la votación "en general" del proyecto aún se pueden introducir cambios durante la discusión "en particular".

Así, con la mayoría de sus miembros totales, cada cámara puede decidir delegar en alguna o algunas de sus comisiones la aprobación en particular del proyecto, que una vez aprobado por estas continuará su trámite ordinario (es decir, según corresponda, pasará a la otra cámara para su revisión o al Poder Ejecutivo para su promulgación)¹³⁷¹.

La Constitución previó también que con la misma mayoría¹³⁷², el pleno de la cámara pueda recuperar la facultad de tratar en particular el proyecto

en cuestión. Algunos autores consideran que si el proyecto fue delegado en varias comisiones y una de ellas lo aprobó en particular, la facultad de la cámara de retomar la facultad de hacerlo ha quedado precluida¹³⁷³. No coincidimos con esta postura. La cámara es titular del proyecto hasta que este pasa a la otra cámara o al Poder Ejecutivo. La aprobación de una sola comisión (o dos, o tres...), cuando se requiere la aprobación de más de ellas no es un acto jurídico completo que pueda producir efectos sobre las facultades del pleno (como tampoco lo es un voto individual en un órgano colegiado). Esto se vuelve evidente cuando pensamos en las consecuencias que tal interpretación tendría para un trámite de este tipo: el desacuerdo entre las comisiones a las cuales fue delegado el tratamiento en particular implicaría la parálisis del proyecto, contra la voluntad de la cámara investida de la representación popular. Consideramos, entonces, que la cámara puede recuperar el tratamiento del proyecto delegado en comisiones en cualquier momento mientras este no haya sido aprobado por la totalidad de las comisiones en las que se produjo la delegación.

Este procedimiento no puede realizarse con respecto a aquellas leyes que requieren una mayoría especial. Esto es obvio para las leyes que requieren una mayoría de dos tercios (como la incorporación a la jerarquía constitucional de tratados de derechos humanos) pero también es cierto para aquellas leyes que requieren la mayoría absoluta de los miembros totales de cada cámara (es decir, la misma mayoría que se requiere para efectuar la delegación en comisión). Esto surge de la letra de los artículos que exigen mayorías especiales (que en todos los casos dicen que tal o cual ley debe ser sancionada con tal mayoría o recibir la aprobación o el voto de tal proporción de legisladores). Así, estas normas contienen una exigencia procedimental específica, y por principio de *lex specialis* prevalecen por sobre las normas generales que regulan el procedimiento en esos puntos.

Por último, cabe destacar que el procedimiento de delegación en comisiones no ha sido prácticamente utilizado. La Cámara de Diputados ni siquiera ha previsto el procedimiento en su reglamento interno. El Senado, si bien cuenta con previsiones reglamentarias al respecto¹³⁷⁴, ha utilizado el procedimiento una sola vez, en el proyecto de ley que devendría la ley 25.036, de reforma a la ley 11.723 de propiedad intelectual¹³⁷⁵. El fracaso de este instituto no es sorprendente. La extrema fragmentación de la representación parlamentaria vuelve muy difícil que los legisladores puedan confiar en encontrar sus puntos de vista representados en las comisiones.

* * *

Art. 80.—

Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles. Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia.

Comentario por Sebastián Guidi

I. LA PROMULGACIÓN: EXPRESA, AUTOMÁTICA, TÁCITA Y PARCIAL

En la medida en que no se ejerza el veto presidencial, el proyecto de ley aprobado por el Congreso debe ser promulgado y publicado por el Poder Ejecutivo para ser ley. La promulgación y la publicación de la ley son actos diferentes, ambos a cargo del Poder Ejecutivo¹³⁷⁶. Mientras que sobre la publicación (prevista en el art. 99, inc. 3º, CN) no existe mayor discusión, las diferentes instancias de promulgación merecen algún desarrollo.

1.1. La promulgación expresa

Este supuesto, regulado por el art. 78, CN, consiste en la emisión expresa de un acto aprobatorio del Poder Ejecutivo que declara promulgado el proyecto de ley y ordena su publicación.

1.2. La promulgación tácita

Según el art. 80, CN, "se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles". El transcurso de este plazo, que es contado desde que el Poder Ejecutivo recibe el proyecto de ley aprobado por el Congreso, hace precluir la facultad presidencial de vetar el proyecto de ley. Por más que la ley promulgada tácitamente no haya sido publicada, sería ineficaz cualquier intento de vetar la ley una vez transcurrido este plazo.

1.3. La promulgación automática

Esta promulgación está prevista por el [art. 40](#), CN para el resultado afirmativo de una consulta popular vinculante. Si bien la Constitución no hace ninguna aclaración al respecto, parecería que implica que se encuentra tácitamente promulgada desde el momento en que el resultado de la consulta es oficializado. En los casos de proyectos de ley que no pueden vetarse (como la ley de convocatoria a consulta popular, también prevista en el [art. 40](#), CN, o los proyectos en los cuales el Congreso insistió frente al veto presidencial), no se encuentra prevista la automaticidad de la promulgación, por lo que el Poder Ejecutivo conserva la opción de ejercer la promulgación expresa o permitir que opere la promulgación tácita.

1.4. La promulgación parcial

Según el art. 80, CN, las leyes parcialmente vetadas pueden ser promulgadas en su parte restante si las partes así promulgadas tienen "autonomía normativa" y no se altera el "espíritu de la norma". Este es el supuesto más controvertido de promulgación presidencial. Le dedicaremos el próximo apartado.

II. LA PROMULGACIÓN PARCIAL DE LEYES

2.1. Situación anterior a la reforma de 1994

La Constitución de 1853/1860 reconoció desde un inicio la facultad de vetar parcialmente proyectos de ley. Lo que se discutió a partir del precedente "Giulitta" de 1941 es la posibilidad de que el Poder Ejecutivo promulgara parcialmente la parte no vetada: "existe veto parcial en nuestro régimen constitucional y lo único de que puede hacerse cuestión es sobre saber si, en tal hipótesis el [Poder Ejecutivo] puede promulgar la parte no objetada de la ley enviando a la Cámara de origen sólo la parte del proyecto de ley que ha merecido la observación"¹³⁷⁷.

Así, mientras en "Giulitta" la Corte rechazó el planteo por una cuestión de legitimación, recién en "Colella" (de 1967) la Corte por primera vez aceptó revisar la constitucionalidad de la promulgación parcial de una ley. Decidió la inconstitucionalidad de la promulgación parcial de una ley que, tal como había sido enviada por el Congreso, reglamentaba de forma completa el contrato de trabajo en sesenta y dos artículos. Sin embargo, el Poder Ejecutivo había promulgado únicamente las normas relativas a la extinción del contrato y a las indemnizaciones correspondientes (solo cuatro artículos).

La Corte, si bien aclaró expresamente que no deseaba emitir un juicio general acerca de la promulgación parcial de las leyes, consideró que en el caso concreto el proyecto parcialmente vetado "constituía un todo inescindible, de modo que las normas no promulgadas no han podido

separarse del texto total sin detrimento de la unidad de este. Como regla, las disposiciones que componen una ley están vinculadas entre sí. No cabe asegurar, pues, que el Congreso hubiera sancionado el proyecto en caso de excluirse algunas de sus normas capitales. De ahí que el Poder Ejecutivo no pudo, en su momento, proceder como procedió, sin invadir atribuciones propias del Congreso Nacional y sin asumir, en la especie, la calidad de legislador"¹³⁷⁸.

Es decir, ya en este precedente la Corte no descartaba la posibilidad de la promulgación parcial de una ley, *contrario sensu*, si no se afectaba la unidad del proyecto o si pudiera asegurarse que el Congreso lo hubiera sancionado aun excluyendo las normas vetadas.

Un estándar similar fue utilizado en los fallos "Servicio Nacional de Parques Nacionales c. Franzini"¹³⁷⁹, "Cacace, Josefa"¹³⁸⁰ y "Bustos, Julio O. c. Servicios Especiales San Antonio SA"¹³⁸¹. Los tres casos, si bien fueron resueltos después de la reforma de 1994, versaban sobre promulgaciones parciales realizadas bajo el régimen constitucional anterior. En estos casos, la Corte mantuvo el criterio de "Colella", validando aquellas promulgaciones parciales en las cuales las partes observadas puedan escindirse del texto del proyecto sancionado por el Congreso sin alterar el objeto central de la norma.

2.2. La regulación de la promulgación parcial en la reforma de 1994

El criterio sentado en "Colella" encontró su consagración constitucional en la reforma de 1994. Al igual que lo que ocurre con la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia o de delegar facultades legislativas, la Constitución comienza por prohibir con carácter general la promulgación parcial de leyes por parte del Poder Ejecutivo para luego establecer una excepción. Así, según el art. 80, CN, los "proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante". Sin embargo, a continuación de esta norma aparentemente terminante, llega la excepción: "las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso".

El alcance del concepto de "autonomía normativa" no parece traer grandes complicaciones: significa que la parte promulgada pueda sostenerse por sí misma. Parece ser, además de una condición de validez, una condición de eficacia de la ley parcialmente promulgada. Los conceptos del "espíritu y la unidad del proyecto" son más esquivos. Una primera aproximación, más tradicional en el razonamiento jurídico, indica que se debe atender a la intención perseguida por el Congreso al sancionar la norma. Sin embargo, como ilustra el siguiente caso, la unidad del proyecto no se identifica con la intención real o presunta de quienes sancionaron el proyecto de ley en cuestión.

Un caso elocuente acerca de la "unidad" de un proyecto de ley es "Famyl SA"¹³⁸². En este caso, el proyecto de ley registrado como 25.063 tenía dos artículos sucesivos: uno que eliminaba la exención de IVA que beneficiaba a los servicios brindados por las empresas de medicina prepaga y otro que establecía una alícuota preferencial de dicho servicio (de la mitad de la alícuota general). El Poder Ejecutivo había vetado el artículo que disponía la alícuota preferencial, promulgando el resto de la ley, incluyendo el que derogaba la exención. Así, ahora la medicina prepaga estaría sujeta a IVA sin alícuota preferencial alguna.

Este parece un ejemplo claro de cuándo la promulgación parcial de una ley viola la unidad de un proyecto. En el caso, la ley derogaba una exención impositiva y, a cambio, preveía una alícuota más beneficiosa para quienes antes se encontraban exentos¹³⁸³. Las dos normas estaban destinadas a regular la situación de los mismos contribuyentes y, en ese sentido, conformaban un todo inescindible, en los términos de la doctrina de la Corte. En consecuencia, la Corte confirmó la inconstitucionalidad de los artículos del decreto que observaban esta alícuota especial y aprobaban la promulgación de la ley en tanto derogaban la exención.

En "Ministerio de Cultura y Educación" (2008), la Corte validó la promulgación parcial de la ley 24.521 de Educación Superior. En este caso, los fragmentos observados eran claramente accesorios a la materia de regulación. Sin embargo, la Corte se limitó a ratificar la doctrina "Colella", afirmando que la promulgación parcial "no ha afectado la autonomía normativa y ha dejado inalterado el objeto central de la ley, toda vez que, en lo que interesa en el *sub lite*, los aspectos observados han podido escindirse del texto del proyecto total sancionado por el Congreso, sin detrimento de aquel"¹³⁸⁴. La jurisprudencia aún no ha delineado de modo preciso los conceptos del "espíritu y la unidad del proyecto".

María Angélica Gelli sostiene que la "unidad" del proyecto que la promulgación parcial no puede violar es también una unidad política: "el acuerdo general a que llegaron los legisladores aprobando unas disposiciones, porque al mismo tiempo se sancionaban otras, aunque éstas y aquellas pudieran dividirse jurídicamente"¹³⁸⁵. Han existido varios casos en que legisladores han denunciado que el Poder Ejecutivo había promulgado parcialmente proyectos observado las disposiciones que habían sido, precisamente, condiciones para el acompañamiento legislativo. Así ocurrió, por ejemplo, con el dec. 825/2011 mediante el cual se promulgó parcialmente la ley 26.683, que reformaba el régimen de prevención y sanción del lavado de activos. Algunos legisladores denunciaron que habían logrado la mayoría en la Cámara de Diputados justamente exigiendo la incorporación de un artículo que prohibiera a la Unidad de Información Financiera actuar como querellante, que fue precisamente el artículo observado por el Poder Ejecutivo¹³⁸⁶. Algo similar había ocurrido en 2009 con la promulgación parcial de la ley 26.571 de

Reforma Política: el apoyo de algunos partidos chicos había sido necesario para obtener la mayoría calificada necesaria para legislar en materia electoral. Sin embargo, para esto habían solicitado la postergación de la entrada en vigencia del nuevo régimen, que fue precisamente el artículo que el Poder Ejecutivo vetó al promulgar parcialmente la ley¹³⁸⁷.

Creemos que el criterio de Gelli es teóricamente correcto. Sin embargo, es poco menos que imposible para el juez conocer el resultado del ejercicio contrafáctico de pensar en qué habría pasado si los legisladores hubieran sabido que tal o cual parte del proyecto sería vetada. Tal vez, efectivamente, la inclusión de un artículo luego vetado fue esencial para lograr el apoyo de un bloque político, pero tal vez la inclusión de ese mismo artículo fue determinante para que otro bloque lo rechazara. Quienes sí pueden evaluar la violación a la unidad política del proyecto son los propios legisladores, a quienes la Constitución otorga el control de los decretos de promulgación parcial de leyes. Lo analizaremos a continuación.

2.3. El control del Congreso

El art. 80, CN dispone que en los casos de promulgación parcial de leyes "será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia". Al mismo tiempo, el art. 83, CN mantiene el procedimiento de la insistencia legislativa para proyectos que son desechados "en todo o en parte". Se trata de dos procedimientos diferentes: el que sigue al dictado de un decreto de necesidad y urgencia es un trámite expedito (dictamen de la comisión bicameral prevista en el art. 99, inc. 3º, CN, que desemboca en la aprobación o rechazo de las cámaras mediante sendas resoluciones), mientras que el de insistencia es idéntico al de sanción de una ley (tratamiento en comisiones, giros entre cámaras, etc.), y de hecho culmina en una ley formal.

Si bien ciertos autores consideran que el art. 80 *in fine*, en cuanto remite a las normas relativas a los decretos de necesidad y urgencia, carece de sentido¹³⁸⁸, creemos que no es así. En efecto, si el veto parcial y la promulgación parcial son conceptualmente distinguibles, es lógicamente posible asignarles procedimientos paralelos y diferentes¹³⁸⁹ —por más que podamos pensar en diseños más convenientes distintos a los que se pensaron en nuestra Constitución—.

El art. 80 remite al procedimiento previsto en el art. 99, inc. 3º (para decretos de necesidad y urgencia) para el caso de proyectos de ley promulgados parcialmente, procurando que sea el Congreso —mediante un trámite expedito— el que revise y otorgue refrendo final a aquello que el Poder Ejecutivo ha aprobado en una parte y vetado en otra.

En cambio, la insistencia prevista en el art. 83 se refiere precisamente a la parte vetada, que requiere un retratamiento legislativo.

Siempre que exista veto, sea total o parcial, el proyecto debe ser enviado a su cámara de origen. Si ambas cámaras insisten con las dos terceras partes de sus miembros (presentes), el proyecto es sancionado nuevamente y enviado al Poder Ejecutivo para su promulgación. Dado que la Constitución no condiciona de ningún modo el ejercicio del veto, sino que es un acto de voluntad fundada del Poder Ejecutivo, tampoco el Poder Legislativo tiene que dar más razones para su insistencia que la voluntad política de hacerlo.

Distinto es el caso de la promulgación parcial. En estos casos, dice el art. 80, CN, se aplicará el mismo procedimiento que para los decretos de necesidad y urgencia. Es decir, "el jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso".

Si bien la cuestión del tratamiento legislativo de los decretos de necesidad y urgencia es abordada en otra parte de esta obra¹³⁹⁰, es pertinente hacer algunas observaciones. Según el [art. 14](#) de la [ley 26.122](#), que regula el funcionamiento de la comisión, esta debe expedirse acerca de la validez del decreto de promulgación parcial. Es decir, solo puede evaluar si la parte promulgada tiene "autonomía normativa" y si afecta "el espíritu o la unidad del proyecto". Corroborando esto, el art. 23 agrega que las cámaras solo pueden aceptar o rechazar la norma propuesta, sin poder realizarle modificaciones. El mismo artículo aclara que se necesitará la mayoría absoluta de los miembros presentes para hacerlo¹³⁹¹.

El primer punto problemático acerca de la cuestión de la aprobación o rechazo del decreto de promulgación parcial por parte del Congreso en el régimen legal actual es cuándo puede tenerse por configurada la expresión de voluntad del Congreso. Según el [art. 22](#) de la [ley 26.122](#), las cámaras deben expresar su rechazo o aprobación del decreto en cuestión mediante sendas resoluciones. Según el art. 24, "el rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación (...) quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia".

Por otra parte, según la ley vigente, las cámaras deben limitarse a evaluar si el decreto de promulgación parcial cumplió con sus condiciones de validez (art. 14): que la parte promulgada tenga "autonomía normativa" y no altere "la unidad y el espíritu del proyecto". Es todo cuanto dice la [ley 26.122](#) acerca de la aprobación o rechazo del decreto por parte del Poder

Legislativo. De modo expreso, el decreto se encuentra rechazado cuando ambas cámaras lo rechazan. *Contrario sensu*, la aprobación expresa por parte de ambas cámaras implica su aprobación por parte del Congreso. Queda por ver qué ocurre en todos los demás casos: cuando una de las cámaras lo aprueba y la otra lo rechaza, o cuando una de las cámaras aún no se ha expedido.

Según el art. 24 citado, mientras ambas cámaras no rechacen decreto, este permanece vigente. Por otra parte, el art. 82, CN afirma que "la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta". Este artículo imposibilita entender que la falta de tratamiento del decreto implique su aceptación. También impide que el mero paso del tiempo haga caducar el tratamiento de uno de estos decretos¹³⁹², ya que esto implicaría su aprobación tácita, dado que la [ley 26.122](#) prevé que los decretos continúan vigentes mientras no sean rechazados.

Por último, es claro que no puede asignarse una voluntad al Congreso si ambas cámaras se expidieron en sentido contrario. No solo sería lógicamente y constitucionalmente imposible, sino que la [ley 26.122](#) no lo hace: en ningún momento dice que la aprobación de una sola de las cámaras implique la aprobación del Congreso.

Así, en el régimen legal vigente, solo puede tenerse por configurada la voluntad del Congreso, tanto para su aprobación como para su rechazo, cuando ambas cámaras se expresan en el mismo sentido. En cualquiera de los otros casos, si bien el juez podrá tener en cuenta lo expresado por alguna de las cámaras, no ha culminado aún su tratamiento legislativo.

2.4. Efectos del tratamiento del Congreso

Si el Congreso ha declarado la validez de la promulgación parcial, ¿es revisable judicialmente esta consideración? No creemos que exista una regla absoluta para responder a esta pregunta. Sin embargo, cabe diferenciar entre las dos condiciones que impone la Constitución a la promulgación parcial de leyes: la autonomía normativa y el espíritu y unidad del proyecto.

La "autonomía normativa" de la parte promulgada es una cuestión que puede revelarse con mayor claridad en la etapa de aplicación de la ley que en la de su sanción. Así como la declaración judicial de inconstitucionalidad puede decidirse sobre aspectos sustantivos no tenidos en cuenta al momento de la sanción de la ley, esto puede ocurrir también al evaluar que la parte promulgada carecía de alguna de las partes del proyecto que completaban su autonomía normativa. De todos modos, la divergencia entre el Congreso y el juez acerca de la "autonomía

normativa" de la parte promulgada es un caso que puede ser presumido poco frecuente.

La cuestión del "espíritu y unidad del proyecto" es diferente: si estos elementos están dados por la voluntad presunta o psicológica de los legisladores, estos son jueces especialmente competentes para evaluar con un amplio margen si el Poder Ejecutivo los respetó. Así, los jueces deben ser especialmente deferentes con esta decisión. Sin embargo, esta no es una regla absoluta. Por ejemplo, en los casos en los que la Constitución regula un régimen legislativo especial (p. ej., mayorías especiales), los jueces deben tener en cuenta el especial énfasis que el constituyente otorgó al consenso parlamentario en esos asuntos.

Cuando el tratamiento legislativo de la promulgación parcial no ha concluido, el juez debe evaluar estos elementos por sí mismo, ya que no habrá voluntad legislativa a la que guardar deferencia. Por el contrario, la única voluntad legislativa expresada habrá sido la del Congreso que sancionó la norma parcialmente promulgada.

Cuando el tratamiento legislativo ha concluido con el rechazo de la promulgación parcial, el *decreto* de promulgación debe considerarse "derogado" (art. 24 de la ley 26.122). ¿Qué puede significar esto? Una vez que un proyecto de ley fue vetado o promulgado, el decreto a través del cual el Poder Ejecutivo lo hizo no puede ser significativamente derogado, ya que agotó sus efectos. El art. 24, en su aplicación a la promulgación parcial de leyes, solo puede significar que es la ley parcialmente promulgada la que es derogada. Sin embargo, el art. 24 también aclara que quedan a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia. Un respeto literal y absoluto de esta cláusula llevaría a un resultado paradójico: los derechos adquiridos durante la vigencia de estos decretos sufrirían de una precariedad extrema mientras el Congreso no los haya tratado, ¡pero quedarían a salvo con su derogación! La derogación por parte del Congreso, sea por la vía legislativa tradicional o por el procedimiento de la ley 26.122 nunca puede significar la convalidación posterior de un decreto inconstitucional. En todo caso, podrá quedar derogado *erga omnes* a partir de la fecha del rechazo legislativo, pero eso no impedirá al juez ejercer el control de constitucionalidad declarando la nulidad de la norma en casos concretos configurados antes de esa derogación.

Por supuesto, ya fuera del régimen de la ley 26.122, el Congreso conserva un amplio margen para regular el régimen de los decretos de promulgación parcial, siempre y cuando no establezca que los aprueba tácitamente por su silencio, en virtud de art. 82, CN. No habría, en cambio, obstáculo constitucional para que ante el silencio del Congreso o la desaprobación de una sola de las cámaras se considerara rechazado el decreto. En efecto, la aprobación y el rechazo no son actos simétricos:

mediante la aprobación de los decretos de promulgación parcial de normas, el Congreso está convalidando una invasión a sus facultades. Impedir la convalidación tácita de decretos presidenciales materialmente legislativos fue, además, la intención explícita de los convencionales de 1994 al sancionar el art. 82. Sería razonable entonces que una futura ley reglamentaria del tratamiento legislativo de los decretos estableciera requisitos más estrictos para la aprobación del Congreso que para su rechazo¹³⁹³.

Tampoco habría obstáculo, por otra parte, si este procedimiento previera la declaración de nulidad de los decretos de promulgación parcial: si la propia Constitución otorga al Congreso la facultad de revisar las condiciones de validez de su dictado, es perfectamente lógico que si el Congreso considera que el decreto fue dictado en violación de sus requisitos sea inválido con carácter *erga omnes*.

Por último, tampoco existiría inconveniente en una eventual regulación futura con que el Congreso, al declarar la invalidez del decreto de promulgación parcial, dé por sancionado nuevamente el proyecto parcialmente vetado, dando al presidente nuevamente la posibilidad de vetar el proyecto de modo total¹³⁹⁴.

2.5. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad

Según la visión tradicional, la promulgación forma parte de la concurrencia de voluntades entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo que se requiere para la sanción de una ley. Si la promulgación es nula, p. ej., por violar el art. 80, CN, la ausencia de promulgación implica que no se completó el proceso de sanción de la ley. Por lo tanto, la invalidez de la promulgación acarrea, en general, la inexistencia de la ley.

Este ha sido el sentido que se le dio unánimemente antes de la reforma de 1994. Así, en el citado "Giulitta" de 1941, la Corte rechazó el planteo del actor por estar basado en uno de los artículos que había sido vetado por el Poder Ejecutivo. Dado que la facultad del presidente de ejercer el veto (total o parcial) era indiscutible, era imposible para el actor resucitar el artículo vetado. En todo caso, quien se viera afectado por los artículos promulgados podría intentar conseguir la nulidad de dicha promulgación. La Corte ratificó este criterio en "Colella", esta vez sí ejerciendo el control de constitucionalidad e invalidando el decreto de promulgación parcial por violar la unidad del proyecto: "para que un proyecto se convierta en ley nuestra Constitución exige, no sólo que se sancione por el Congreso sino también que lo promulgue el presidente de la República. Si esto último no ocurre porque la promulgación falta en absoluto o porque la promulgación es inválida, no existe ley; y en tal caso claro está que nadie podría fundar derechos en una ley inexistente"¹³⁹⁵.

Este criterio fue ratificado por la mayoría de la Corte bajo el imperio del texto constitucional de 1994 en el también citado "Famyl". En este caso, como se recordará, el proyecto de ley registrado como 25.063 tenía dos artículos sucesivos: uno que eliminaba la exención de IVA que beneficiaba a las empresas de medicina prepaga y otro que establecía una alícuota preferencial a dicho servicio. El Poder Ejecutivo había promulgado únicamente el primero de ellos. Así, ahora la medicina prepaga estaría sujeta a IVA sin alícuota preferencial alguna. La consecuencia de la nulidad de la promulgación parcial, en este caso, fue la declaración de inconstitucionalidad del artículo promulgado: las empresas de medicina prepaga continuarían estando exentas. Solo el juez Vázquez, en disidencia, sostuvo que en todo caso la consecuencia debió haber sido la nulidad del veto parcial y por lo tanto la vigencia de ambos artículos.

Una disidencia similar se planteó en el también citado "Ministerio de Cultura y Educación". En este caso, la mayoría de la Corte declaró que la promulgación parcial cumplía con los requisitos del art. 80, CN. Sin embargo, los jueces Argibay, Petracchi y Zaffaroni rechazaron entender en la cuestión por falta de conexión directa entre la cuestión federal invocada y la resolución del caso. Así, estos jueces entendieron que, en caso de prosperar la impugnación a la promulgación parcial, todo lo que ocurriría es que la ley sancionada por el Congreso permanecería vigente, sin las observaciones del Poder Ejecutivo. Así, para estos tres jueces, la eventual declaración de inconstitucionalidad recaería sobre el veto parcial y no sobre la promulgación parcial.

Tampoco parece haber una regla general para resolver estos casos. El juez Petracchi en "Bustos" da una pista de lo que podría ser una solución razonable para entender cuál es la situación normativa posterior a la declaración de inconstitucionalidad de la promulgación parcial. Sostiene Petracchi que "una promulgación parcial puede ser válida en determinado contexto e inválida en otros" y que "una cosa es la unidad de un proyecto y otra cosa, muy distinta, es que un proyecto sea sólo una unidad"¹³⁹⁶. Compartimos el sentido de estas afirmaciones: en el momento de evaluar las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad de un decreto de promulgación parcial, el juez debe determinar si existen unidades normativas enteras que no se encuentren cuestionadas y sobre las cuales haya existido coincidencia entre ambos poderes políticos. En estos casos, la eventual nulidad de la promulgación parcial afectaría únicamente a la unidad normativa que fue violada y no al resto de la ley parcialmente promulgada.

* * *

Art. 81.—

Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año. Ninguna de las Cámaras puede desear totalmente un proyecto que hubiera tenido origen en ella y luego hubiese sido adicionado o enmendado por la Cámara revisora. Si el proyecto fuere objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indicarse el resultado de la votación a fin de establecer si tales adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria, a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes. En este último caso, el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, salvo que la Cámara de origen insista en su redacción originaria con el voto de las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora.

Comentario por Sebastián Guidi

I. ENMIENDAS POR LA CÁMARA REVISORA

La cámara revisora puede introducir modificaciones en el proyecto que recibe. En ese caso, el art. 81, CN ordena que se registre si los cambios fueron aprobados por la mayoría de los miembros presentes o por al menos dos tercios de ellos. El proyecto modificado retorna a la cámara de origen, la que no puede rechazarlo ni introducirle nuevas modificaciones: en esta oportunidad, la cámara de origen debe optar por la versión original que aprobó al comienzo del trámite o por la versión modificada que le envía ahora la cámara revisora. Si bien el artículo no lo aclara, las cámaras han interpretado que la cámara de origen puede aceptar algunas de las adiciones o modificaciones y rechazar otras. En este caso, el texto sancionado por el Congreso no será ninguno de los aprobados originalmente por las cámaras, sino uno construido a partir de ambas versiones¹³⁹⁷.

El art. 81, CN establece además que "ninguna de las Cámaras puede desear totalmente un proyecto que hubiera tenido origen en ella y luego hubiese sido adicionado o enmendado por la Cámara revisora". Así, la opción de la cámara de origen es, en principio, binaria: acepta un proyecto

o el otro¹³⁹⁸. Sin embargo, los reglamentos no prevén la posibilidad de un voto según el cual el rechazo de una de estas opciones implique automáticamente la aceptación de la otra¹³⁹⁹. De hecho, dado que el dictamen sometido a votación puede incorporar unos cambios y rechazar otros, no estaría clara la consecuencia de un voto negativo, ya que no habría una versión por defecto a la que recurrir.

Sin embargo, al contrario de lo que ocurre con el trámite ordinario en la cámara de origen o en la cámara revisora, una votación negativa no implica el rechazo del proyecto con su consecuente pérdida de estado parlamentario y la prohibición ser subsecuentemente tratado en las sesiones del mismo año¹⁴⁰⁰. Los proyectos que vuelven a la cámara de origen conservan su estado parlamentario durante el plazo que le corresponda de acuerdo con la ley 13.640, y la cámara puede volver a votarlo las veces que se considere oportuno.

Si la cámara de origen desea aprobar la modificación de la cámara revisora, basta con una mayoría simple para que tal texto sea considerado sancionado y enviado al Poder Ejecutivo para su promulgación.

Si la cámara de origen desea insistir con su redacción original, se tienen en cuenta la mayoría con la que los cambios fueron introducidos en la cámara revisora y los votos con los que se realiza la insistencia en la cámara de origen:

a) Si los cambios en la cámara revisora fueron realizados por más de la mitad de los miembros presentes, pero menos de sus dos terceras partes, basta una mayoría simple de los miembros presentes de la cámara de origen para insistir con la versión original.

b) Si los cambios en la cámara revisora fueron realizados por al menos los dos tercios de sus miembros presentes, la cámara de origen solo podrá insistir en su versión original con la misma mayoría. Si reuniera un número menor de votos, prevalecerá la versión enviada por la cámara revisora.

Así, la cámara de origen cuenta con el privilegio de decidir la versión definitiva de la ley en los casos en los que ambas cámaras reunieran el mismo tipo de mayoría.

II. ENMIENDAS DE LA CÁMARA REVISORA Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Se presenta una situación especial en los casos en los que la cámara revisora realice modificaciones o adiciones en un proyecto que requiera mayorías especiales, como los que regulan partidos políticos o materia electoral (art. 77, CN), la organización del Consejo de la Magistratura (art. 114) o la regulación de los decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc.

3º). El texto constitucional no es claro al respecto, por lo que pueden darse varias interpretaciones posibles.

En todos los casos, es claro que la cámara de origen solo podrá aprobar el texto original con la mayoría agravada exigida y la cámara revisora solo podrá realizar modificaciones con la misma mayoría. La cuestión problemática es qué puede hacer la cámara de origen en el tercer tratamiento del proyecto, y con qué mayorías puede hacerlo.

La Constitución establece una diferencia entre un "proyecto de ley" y el texto concreto que lo materializa. Así, el texto enmendado por la cámara revisora es todavía el mismo "proyecto" que el enviado por la cámara original. La cuestión pasa por saber si lo que debe "aprobar" (arts. 75, incs. 3º y 24, 77 y 85) o "sancionar" (arts. 39, 75, inc. 2º, 99, inc. 3º y 114) la mayoría especial en cuestión es el "proyecto", genéricamente considerado, o su texto definitivo.

Si lo que debe aprobar la mayoría especial es el texto definitivo, el proceso del art. 81 resulta particularmente oneroso. La única opción de la cámara de origen en su revisión del texto corregido será la de aprobar el texto con la mayoría requerida. Admitir la insistencia en estas circunstancias implicaría aceptar que la cámara revisora no aprobó el texto final con la mayoría requerida (ni con ninguna otra). Esta solución, sin embargo, resulta contraintuitiva, ya que deja a la cámara de origen en una situación desventajosa, incompatible con el diseño constitucional (así, p. ej., el art. 75, inc. 2º, al colocar al Senado como cámara de origen de un proyecto que requiere mayoría especial, lo estaría poniendo en una situación desventajosa con respecto a la Cámara de Diputados, lo que parece irrazonable). Lo que este ejemplo pone de resalto, entonces, es que lo que debe reunir la mayoría requerida es el "proyecto", no su texto.

Ahora bien, al momento de volver a la cámara de origen, el proyecto ya fue aprobado en alguna versión por cada cámara con la mayoría requerida. Si el nuevo acto de la cámara de origen requiere la mayoría especial parece depender de si dicho acto es también una "aprobación" del proyecto en el mismo sentido que los primeros dos tratamientos del proyecto, o si tiene otra naturaleza. La aceptación de las modificaciones de la cámara revisora, según el propio texto del art. 81, parece ser una aprobación ("La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas..."). Siguiendo este razonamiento, la cámara de origen solo puede aprobar el texto modificado por la cámara revisora con la mayoría especial requerida. Sin embargo, en otra lectura, lo que la cámara de origen "aprueba" no es el proyecto en sí, que ya aprobó, sino solo las modificaciones de la cámara revisora. Si este es el caso, el proyecto ya fue aprobado por la mayoría necesaria, y la aprobación de las

modificaciones podría realizarse con la mayoría genérica sobre los miembros totales.

De modo similar, no es tan claro que la insistencia de la cámara de origen sea una aprobación en este sentido. Al momento de insistir, el texto ya ha sido "aprobado", por lo que es una redundancia decir que se "aprueba" nuevamente. Por otra parte, el propio texto constitucional en el art. 81 distingue entre "aprobación" e "insistencia" ("[...] aprobar [...] o insistir en la redacción originaria"). Estas consideraciones permiten conjeturar que la cámara de origen puede insistir con la mayoría de los miembros presentes genéricamente exigida por el art. 81. Sin embargo, en otro sentido más inmediato, la "sanción" del Congreso queda perfeccionada con la finalización del proceso legislativo. Siguiendo esta segunda línea de razonamiento, también la insistencia requiere la mayoría especial.

Esta asimetría resulta desde ya contraintuitiva, y da lugar al desacuerdo razonable acerca de la cuestión. El texto constitucional deja espacio para que tanto la aprobación de las modificaciones como la insistencia en el texto original puedan realizarse con la mayoría absoluta de los miembros presentes o con la mayoría especial requerida en cada caso. Lo que se impone en situaciones así es la deferencia al criterio que adopten las cámaras en ejercicio de estas competencias.

Una última cuestión se presenta con la compatibilidad del trámite de delegación en comisiones del art. 79 y el procedimiento del art. 81. Si la delegación en comisiones se realiza en la cámara revisora, no hay obstáculo para que las comisiones introduzcan modificaciones al proyecto. Sin embargo, en estos casos la cámara de origen siempre podrá insistir con mayoría absoluta de los miembros presentes, aunque la aprobación en general se haya realizado con una mayoría de dos tercios. En efecto, el único caso en el que el art. 81 exige a la cámara de origen una mayoría de dos tercios es que "las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes". En estos casos, las modificaciones las habrían aprobado las comisiones, y no el pleno de la cámara, que a lo sumo habrá delegado a las comisiones con dos tercios.

* * *

Art. 82.—

La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta.

Comentario por Sebastián Guidi

Este artículo, que fue incorporado por la reforma de 1994 sin invocar antecedentes en el derecho constitucional argentino o comparado, descarta la posibilidad de un procedimiento de sanción que interprete el silencio de una cámara como asentimiento tácito a determinado proyecto. Así lo hacía, por ejemplo, el llamado Estatuto Fundamental Temporario de Lanusse, que creaba un procedimiento de "pedido de urgente tratamiento"¹⁴⁰¹ y disponía la aprobación tácita de las modificaciones no consideradas por la cámara revisora¹⁴⁰². Un procedimiento similar se recomendaba en los dictámenes del Consejo para la Consolidación de la Democracia¹⁴⁰³.

El contexto de la sanción de este artículo, sin embargo, debe entenderse en la situación creada por los decretos de necesidad y urgencia dictados antes de la reforma constitucional. Uno de los argumentos del fallo "Peralta" para validar el dec. 36/1990 es que el Congreso, habiendo tenido conocimiento del decreto y tiempo suficiente desde su dictado, no había "rechaz[ado] lo dispuesto por el Poder Ejecutivo, ni repudi[ado] las conductas análogas de aquel, que por el contrario ratific[ó]"¹⁴⁰⁴. Así, el constituyente descartó en 1994 que la inacción del Congreso o cualquier acción que no sea la ratificación expresa pueden hacer presumir su voluntad legislativa¹⁴⁰⁵.

Este artículo también tiene consecuencias al momento de regular el trámite parlamentario de los decretos de necesidad y urgencia, de promulgación parcial y de decretos delegados¹⁴⁰⁶. La regulación legal no podría, así, considerar que el Congreso aprobó el decreto en cuestión por el mero paso del tiempo o por haber referido a dicho decreto en una ley sancionada posteriormente.

El art. 82 ha sido invocado para argumentar la invalidez de otros tipos de disposiciones. Por una parte, en el régimen actual de tratamiento de los decretos de necesidad y urgencia, estos decretos conservan su validez mientras no sean rechazados por ambas cámaras del Congreso ([arts. 17 y 24 de la ley 26.122](#)). Ciertos legisladores argumentaron que esta vigencia era violatoria ella misma del art. 82¹⁴⁰⁷.

Por el contrario, otros han propuesto un plazo máximo de tratamiento por parte del Congreso, una vez transcurrido el cual, el decreto perdería su vigencia¹⁴⁰⁸. Otros legisladores han sostenido que esto constituiría un "rechazo ficto", también prohibido por el art. 82, CN¹⁴⁰⁹.

Por nuestra parte, creemos que el art. 99, inc. 3º deja un amplio margen de maniobra al legislador al momento de regular el tratamiento de la actividad legislativa del Poder Ejecutivo, siendo la única posibilidad descartada la convalidación del decreto por el mero paso del tiempo o por actos que no sean la explícita aprobación.

* * *

Art. 83.—

Desechado en el todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo, vuelve con sus objeciones a la Cámara de su origen: esta lo discute de nuevo, y si lo confirma por mayoría de dos tercios de votos, pasa otra vez a la Cámara de revisión. Si ambas Cámaras lo sancionan por igual mayoría, el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación. Las votaciones de ambas Cámaras serán en este caso nominales, por sí o por no; y tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes, como las objeciones del Poder Ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa. Si las Cámaras difieren sobre las objeciones, el proyecto no podrá repetirse en las sesiones de aquel año.

Comentario por Sebastián Guidi

I. EL VETO Y LA INSISTENCIA

Una vez aprobado el proyecto de ley por el Congreso, pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación, que puede adoptar las formas que se estudiaron en el comentario al art. 80. Así, el procedimiento legislativo argentino exige en general la conformidad del Poder Ejecutivo para que un proyecto sea finalmente ley vigente. La alternativa a la promulgación por parte del presidente es el veto del proyecto de ley (para el cual la Constitución utiliza el término "observación"). El veto es regulado por el art. 83, CN, idéntico al art. 72 anterior a la reforma de 1994.

El veto presidencial puede recaer sobre (casi) cualquier proyecto de ley y es una facultad irrevisable por los jueces. La Constitución no prevé ninguna condición para su ejercicio, por lo que puede ser ejercido a discreción del Poder Ejecutivo con la sola limitación de que debe ser un acto motivado. Las únicas excepciones expresas de la Constitución argentina a la facultad presidencial de ejercer el veto están dadas por el art. 40, que regula la consulta popular. Así, según ese artículo, la ley que

convoca a una consulta popular vinculante no puede ser vetada por el Ejecutivo. Al mismo tiempo, el "voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática". Esta automaticidad en la promulgación implica la imposibilidad de ejercer el veto. Por supuesto, tampoco pueden ser vetados los actos del Congreso que no sean emitidos en la forma de leyes¹⁴¹⁰. Si bien la Constitución no prevé otras excepciones, cierto sector de la doctrina las ha propuesto¹⁴¹¹. Por nuestra parte, si bien creemos que si bien convendría reducir el alcance de esta facultad presidencial en futuras reformas¹⁴¹², no hay elementos en nuestra Constitución vigente para establecer excepciones a la posibilidad de ejercer el veto sobre ningún tipo de ley además de las expresamente previstas por la Constitución.

Cabe hacer una aclaración acerca de la posibilidad de observar "en todo o en parte" un proyecto de ley. Si bien la reforma de 1994 (y antes que ella, la jurisprudencia) reconoce en ciertas condiciones la posibilidad de promulgar parcialmente la parte no observada de un proyecto de ley, el veto parcial no implica necesariamente la promulgación parcial: puede tenerse el uno sin la otra.

Esto fue observado por la Corte Suprema en el precedente "Giulitta"¹⁴¹³ de 1941, en el que el actor pretendía que se le aplicara el artículo de una ley que había sido vetada por el Poder Ejecutivo al tiempo que había promulgado la parte no vetada. Allí, la Corte afirmó que la facultad presidencial de vetar parcialmente un proyecto de ley era indiscutible, ya que estaba expresamente prevista en la Constitución. En todo caso, podría existir alguna duda sobre la posibilidad de promulgar parcialmente la parte no vetada. Sin embargo, en un caso así solo quien se viera afectado por la parte parcialmente promulgada (y no por la parte parcialmente vetada) tendría acción, ya que lo discutido es la promulgación y no el veto.

Según la Corte en este fallo, tanto si el veto es total como si es parcial, el proyecto de ley vuelve a la cámara de origen a fin de retomar su discusión. En el caso del veto parcial, si ambas cámaras estuvieran de acuerdo con las observaciones del Poder Ejecutivo podrían devolvérselo, entendemos que para su promulgación.

Por otra parte, si el Ejecutivo se abstiene de promulgar la parte no observada, no existe tampoco ninguna limitación a la extensión del veto parcial: la Constitución no exige, para que sea válido, que no vulnere el espíritu de la norma o que exista autonomía normativa.

El art. 83, CN prevé, para los casos de veto total o parcial, que (todo) el proyecto sea devuelto a su cámara de origen, donde vuelve a discutirse. Si es aprobado por los dos tercios de los miembros presentes en ambas cámaras, queda definitivamente sancionado y no puede ser vetado de

nuevo. El Congreso, en esta etapa del trámite, no puede introducir nuevos cambios al proyecto: tiene una opción binaria entre aceptar las observaciones del Poder Ejecutivo o insistir en su versión original¹⁴¹⁴.

II. LA VOTACIÓN NOMINAL

Para el voto de insistencia frente al veto, el art. 83 dispone que "[l]as votaciones de ambas Cámaras serán en este caso nominales, por sí o por no; y tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes, como las objeciones del Poder Ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa". Como casi todo el art. 82, este fragmento es una traducción casi literal del artículo análogo de la Constitución de los Estados Unidos¹⁴¹⁵.

Esta disposición puede parecer hoy algo superflua, ya que la mayoría de los votos en materia legislativa de ambas cámaras se realiza de modo nominal¹⁴¹⁶. La publicación por la prensa no puede referirse sino a la publicación por los medios estatales, lo que ocurre rutinariamente mediante el diario de sesiones, versiones taquigráficas, transmisión en vivo de las sesiones, etc.

En la actualidad, el voto nominal en las asambleas legislativas es prácticamente universal, al igual que el voto secreto en las elecciones generales¹⁴¹⁷. Sin embargo, no lo fue así siempre, y particularmente en la época de sanción de la Constitución argentina. De hecho, Jeremy Bentham, en general defensor del voto abierto en las asambleas, defendió el voto secreto en el Parlamento polaco durante la ocupación rusa para proteger la libertad de los parlamentarios de las posibles represalias del ocupante¹⁴¹⁸. Otro ejemplo similar: en el Parlamento italiano se permitió el voto secreto desde 1848 hasta 1988. La consecuencia es que el resultado del voto secreto tendía a ser más contrario a los intereses del gobierno que el voto nominal¹⁴¹⁹.

En esta lógica, es plausible que la intención del constituyente fuera evitar que los legisladores tuvieran la opción del voto secreto para poder votar contra el Poder Ejecutivo sin represalias. Esto parece ser confirmado por el debate en el seno de la Convención de Santa Fe. El convencional Seguí preguntó por la razón de esta cláusula, expresando temor a que esta publicación "relajara la pureza" del voto de los diputados. El convencional Gutierrez le respondió que ante una situación de conflictos de poderes como esta "deben presentarse ambos [poderes] fuertes, ambos responsables y personificarse en cierto modo (...) las Cámaras (...) deben manifestar también la razón porque dictan sus resoluciones". Similares razones dieron los convencionales Gorostiaga y Zapata, tras lo cual el artículo fue aprobado por unanimidad¹⁴²⁰. Así, la votación nominal fue concebida como una barrera contra la insistencia legislativa: contradecir al Poder Ejecutivo era un acto tan serio que se exigían solemnidades que no se requerían para la actividad legislativa común. Si bien hoy la cláusula ha

perdido este sentido, continúa siendo ilustrativa del carácter fuertemente presidencialista de nuestro diseño constitucional.

* * *

Art. 84.—

En la sanción de las leyes se usará de esta fórmula: El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, ... decretan o sancionan con fuerza de ley.

Comentario por Sebastián Guidi

Este artículo tal vez sea el más curioso de la Constitución Nacional. La fórmula del texto original de 1853 (art. 70) era más fluida: "El Senado y Cámara de Diputados de la Confederación Argentina, reunidos en Congreso, se decretan o sancionan con fuerza de ley". En 1860 (art. 73) se agregó un "etc.": "En la sanción de las leyes se usará de esta fórmula: El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, etc. (...), decretan o sancionan con fuerza de ley". Durante la breve vigencia de la Constitución de 1949 (art. 74), se eliminó el "etc." y la palabra "decretan", que no tenía razón de ser: "En la sanción de las leyes se usará de esta fórmula: El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, sancionan con fuerza de ley".

La fórmula que permaneció en 1994, sin embargo, es una curiosidad. En primer lugar, se hace mención a que las cámaras se encuentran "reunid[as] en Congreso". Esto ha sido calificado de "inexact[o]"¹⁴²¹ o hasta "fals[o]"¹⁴²², ya que las cámaras sancionan los proyectos de ley por separado. Es cierto que los legisladores de ambas cámaras *no se encuentran literalmente "reunidos" en Asamblea, pero la palabra "reunión" no refiere únicamente a la acumulación física de cuerpos. El Congreso actúa por conjunción de sus dos cámaras, y discutir que pueda utilizarse para ello la palabra "reunión" resulta de un preciosismo inútil.*

En segundo lugar, es curiosa la opción entre "decretar o sancionar" que se deja abierta. En la práctica constitucional argentina, se llama "sancionar" al acto legislativo de aprobar la ley y "decretar" a los actos normativos del Poder Ejecutivo, por lo que la norma ha sido llamada "inconsisten[te]"¹⁴²³. Sin embargo, desde ya, no hay nada en la palabra

"decretar" que la vuelva una acción exclusivamente ejecutiva. De hecho, la propia Constitución es "decretada" por los representantes del pueblo en el Preámbulo, y habla de las operaciones de crédito "que decrete" el Congreso (art. 4º), al que también confiere la competencia para "decretar honores" (art. 75, inc. 20). Esta utilización en la fórmula del art. 84 probablemente provenga del francés de la época, en el que la palabra *décret* se utilizaba para los actos emanados de la Asamblea¹⁴²⁴. En cualquier caso, la práctica del Congreso ha sido la de mantener solo el verbo "sancionar".

En tercer lugar, no es inmediatamente evidente qué función cumplen los puntos suspensivos (y, antes, el término "etc."), aunque uno creería que están allí para ser remplazados por algo. Según Fermín Ubertone, la intención de los convencionales es que el Congreso remplazara los puntos suspensivos con los fundamentos de la ley dictada, a la manera de los considerandos de un decreto. Así lo habría hecho la Convención Constituyente de 1853 durante el breve lapso en el que funcionó como legislador ordinario¹⁴²⁵.

Más importante que estas nimiedades es la pregunta de por qué el constituyente eligió incluir una cláusula de esta aparente intrascendencia. No hubo discusión al respecto en el seno de la Convención, ni hay antecedentes nacionales sobre los cuales apoyarse para entender la inclusión. En abierta especulación, un objetivo posible de la cláusula es la de resaltar que la fuerza normativa de las leyes en la Argentina proviene del pueblo y de las provincias representados en cada una de las cámaras, y no del Poder Ejecutivo que es el que las promulga y las da a conocer. De hecho, aún hoy en las monarquías parlamentarias es usual que las leyes sean nominalmente "sancionadas" por el rey¹⁴²⁶.

En la Francia posrevolucionaria, la fórmula de la promulgación de los actos de la Asamblea fue objeto de idas y venidas en relación con la posición del rey, quien frecuentemente se atribuía a sí mismo el mérito por los actos de la Asamblea¹⁴²⁷. Tras varias fórmulas que incluían la "sanción" por parte del rey de lo "decretado" por la Asamblea, la Constitución del 5 Fructidor del Año III (1795) resolvió la cuestión imponiendo la siguiente fórmula: "Art. 130. La publicación de la ley y de los actos del Cuerpo legislativo será redactada del siguiente modo: En nombre de la República Francesa (ley o acto del Cuerpo legislativo) ... El Directorio ordena que la ley o acto legislativo que antecede será publicado, ejecutada y llevará el sello de la República"¹⁴²⁸.

Si bien no hay referencias a estos antecedentes en los debates de la Convención, no es descabellado pensar que los constituyentes hayan tenido en consideración esta historia entonces reciente y de enorme peso simbólico.

CAPÍTULO SEXTO - DE LA AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Art. 85.—

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.

Comentario por José Ipohorski

I. EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. EL ROL DE LA AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Si el poder político debe ser poseído por quienes experimenten sus efectos de manera más inmediata, en el entendimiento de que lo que afecta a todos también debe decidirse entre todos, con mayor razón el ejercicio de dicho poder debe ser capaz de ser controlado entre todos¹⁴²⁹. Por ello, lo que hagan las autoridades en el manejo de bienes y recursos

públicos debe ser objeto de alguna clase de control por parte de sus destinatarios, ya sea por sí mismos o a través de sus representantes.

Debe tenerse presente que, detrás de la noción del control del ejercicio del poder, subyace la idea de responsabilidad, no vista tanto como sanción (aunque sin descartarla) sino más bien como una forma de orientar la acción de gobierno al cuidado de los intereses confiados —el interés general de los gobernados— por parte de aquellos que circunstancialmente detentan el poder político. Sin esta idea de responsabilidad, el ejercicio del poder se tornaría autorreferente, toda vez que aquellos que nos gobiernan tenderían a cuidar más sus propios intereses, postergando aquellos que no les resultan útiles o necesarios para sostenerse en el poder.

Sobre este punto, vale la pena aclarar que en la persecución del interés general, que se plasma en la formulación de políticas o en el dictado de normas de diversa índole, generalmente habrá de favorecerse a un determinado sector o actor social, sin que por ello esa acción de gobierno sea descalificable en sí misma, en la medida que pueda justificarse públicamente sobre la base de principios generales aceptados imparcialmente¹⁴³⁰.

Desde el pensamiento republicano se ha señalado que no puede partirse de la base de que las personas sean inevitablemente corruptas en el ejercicio del poder, sino más bien intrínsecamente corruptibles, a falta de trabas y controles puestos a sus posibles abusos, sobre todo si se ven expuestos a grandes tentaciones¹⁴³¹. A partir de esta precaución inicial es factible asumir que quien gestiona y administra el patrimonio público puede llegar a abusar de su situación, ya sea para beneficio propio o de terceros, postergando el interés general, que debe ser la única guía de su actuación. Para evitar esta clase de conductas es que debe establecerse un sistema de controles que busquen limitar o mitigar su posible uso abusivo.

La alternativa escogida por nuestra Constitución Nacional para controlar a los demás poderes del Estado y sobre todo a la autoridad que ejerce la gestión cotidiana de los asuntos públicos —el Poder Ejecutivo Nacional— es poniendo a esta última a cargo de otro órgano estatal, la Auditoría General de la Nación (AGN), que funciona en la órbita del Poder Legislativo (art. 85, CN). Así, el establecimiento de un organismo de control externo al Poder Ejecutivo debe analizarse desde la perspectiva de la implementación de un sistema de control endógeno, no como un control interno de la administración, sino como un control de la administración realizado por otro órgano estatal, por oposición a un sistema de control popular o exógeno, es decir, en el que este sea asumido por la propia ciudadanía, sin intermediación de sus representantes¹⁴³².

Esta opción se inserta en la lógica propia de nuestra organización institucional, caracterizada como un sistema de frenos y contrapesos — *checks and balances*— en el que la búsqueda del predominio y la ambición de unos funcionarios se encuentran equilibrados por idéntica fuerza en sentido contrario ejercida por funcionarios que integran otro poder del Estado¹⁴³³. Por ello, como ya se dijo, el control de la gestión del Poder Ejecutivo está a cargo del Poder Legislativo, a través de la Auditoría General de la Nación y su presidente es un funcionario designado por el principal partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso (art. 85, párr. 3º, CN).

El Poder Legislativo es el órgano de gobierno que, dado su carácter representativo y deliberativo por excelencia, debe fijar las pautas de orientación política y de control del desempeño de los demás poderes de gobierno. Los medios más usuales en que se manifiesta ese control legislativo son las interpelaciones a los miembros del gobierno, los pedidos de informes, las preguntas en las sesiones previstas para la rendición de cuentas por parte del gobierno, las comisiones investigadoras, las audiencias públicas con testimonios de sector que pueden estar afectados por una u otra medida de gobierno, entre otras¹⁴³⁴. Pero la actividad de control no se agota con esta clase de medidas, aunque son las de mayor impacto en la opinión pública¹⁴³⁵. En sociedades como las nuestras, el control de la implementación de políticas públicas y de los fondos asignados para ellas, a cargo del Poder Ejecutivo y sus agencias, requiere del procesamiento de datos y un flujo de información, cuyo acabado conocimiento requiere de tiempo, recursos y un manejo de saberes técnico-contables, económico-financieros, administrativos y legales que, por lo general, escapan a la mayoría de la población. La manera en que esta tarea se realiza y los modos en que se lleva adelante, es decir la gestión cotidiana de la cosa pública, muchas veces puede ser compleja, por lo que las tareas y los modos de ejercer su control, también lo son.

Esta complejidad en la labor administrativa es la que justifica la creación de cuerpos profesionales abocados a su control, ya que dicha tarea supone trabajos de campo multidisciplinarios y la interacción con el organismo o el área de gobierno controlado. Este trabajo, además de tiempo y recursos, requiere independencia de criterio y no estar sujeto a injerencias indebidas por el ejercicio de sus tareas o el temor a represalias por las actividades que se llevan adelante.

A diferencia de lo que sucede con el Poder Ejecutivo, los legisladores o los jueces integrantes del Poder Judicial, el texto constitucional no establece los mecanismos de designación, permanencia y remoción de los auditores que integran la Auditoría General de la Nación, lo que se deja librado a la ley reglamentaria, actualmente la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control (ley 24.156¹⁴³⁶). Esta ley fija en siete el número de los auditores, los que son nombrados por las Cámaras

del Congreso Nacional, correspondiendo tres a la Cámara de Senadores y tres a la Cámara de Diputados, observando la composición de cada Cámara; el séptimo es designado por resolución conjunta de los presidentes de ambas Cámaras, que actuará como presidente (arts. 121 y 122, ley 24.156). Sin perjuicio de ello, debe señalarse que tanto los auditores como el personal técnico que los asiste deben contar con resguardos profesionales que les permitan no estar sujetos a posibles manejos arbitrarios a partir de designaciones precarias que se prolongan en el tiempo y conspiran contra la manera en que habrán de ejercer su tarea. No sería concebible que unos funcionarios a quienes la Constitución ha encomendado fiscalizar la actuación de la administración puedan ser removidos con prescindencia de toda formalidad o respeto al debido proceso¹⁴³⁷.

El art. 85 de la CN señala que la AGN funciona en el ámbito del Poder Legislativo, pero también se le reconoce un ámbito de autonomía funcional para llevar adelante sus competencias de control. No obstante, la legislación reglamentaria señala que su estructura orgánica, sus normas básicas internas, la distribución de funciones y sus reglas básicas de funcionamiento son establecidas y aprobadas por las Comisiones Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas y de Presupuesto y Hacienda de ambas Cámaras del Congreso de la Nación, como así también su programa anual de control externo (arts. 116, 118 y 129, ley 24.156). En estas condiciones, estamos frente a un organismo dirigido por el partido opositor con mayor representación en el Congreso, el cual debería contar con un margen de actuación suficiente para no ver limitada su actuación por el partido que a su vez controla el Poder Ejecutivo Nacional y que puede, aunque no siempre sea así, contar con mayoría de representación en ambas cámaras del Congreso. En estos casos, la situación planteada se vería agravada, puesto que habrá un número mayor de auditores identificados con el partido de gobierno ya que, como se dijo más arriba, estos son designados observando la composición de cada Cámara del Congreso. Por ello, si se pretende que la minoría controle a la mayoría, no puede aceptarse que esa misma mayoría le marque a la minoría la manera en que debe llevar a cabo su tarea, ya que ello implicaría condicionar el ejercicio autónomo de las competencias de control de la AGN. Así, podría frustrarse el sentido de la cláusula constitucional, si las normas de funcionamiento y la agenda de trabajo son fijadas por las mayorías que se identifican con el Poder Ejecutivo, el órgano que debe ser controlado. Puede advertirse que resulta necesaria una reforma legislativa que se compadezca con el nuevo texto constitucional¹⁴³⁸.

No debe perderse de vista que en un sistema institucional como el argentino, con todos los problemas asociados a la existencia de un presidencialismo exacerbado¹⁴³⁹, el control legislativo también está influenciado negativamente por la preeminencia del Poder Ejecutivo sobre

las demás ramas de gobierno, que buscará que el ejercicio de las atribuciones de control sean efectuadas cuidando los intereses del presidente, que es el responsable político de la administración general del Estado (art. 99, inc. 1º, CN). En este contexto no puede dejar de advertirse que en presencia de ámbitos legislativos poco deliberativos, estos pueden acabar convertidos en meras poleas de transmisión de las decisiones ya elaboradas, ya cerradas, desde el Ejecutivo¹⁴⁴⁰. Estas prácticas aumentan los riesgos de que se incrementen los márgenes de actuación discrecional exentos de control, que es lo que se pretende evitar en la práctica constitucional, y que se buscó mitigar con la reforma constitucional del año 1994¹⁴⁴¹.

Tal como refiere la norma constitucional, el ámbito de actuación de la Auditoría General de la Nación abarca a la gestión del patrimonio y fondos estatales, atendiendo al origen y propiedad de los fondos involucrados, pero también considerando su aplicación a finalidades públicas, más allá de la forma organizativa elegida, incluso abarcando a entidades privadas que administren fondos públicos. La reforma constitucional de 1994 ha procurado que el ámbito de control y la extensión del universo controlado tengan la mayor amplitud de modo que ninguna actividad pública del Estado nacional quede fuera del escrutinio parlamentario¹⁴⁴². Esto incluye tanto la administración pública centralizada y descentralizada, entidades privadas cuyo principal sostenimiento sean fondos públicos, incluso empresas del Estado, por más que se aduzca que se trata de actividades comerciales o industriales y que por ello no están orientadas de manera directa e inmediata a la satisfacción de intereses públicos¹⁴⁴³. El control es amplio, abarca aspectos financieros, operativos y comprende un análisis de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración, cualquiera fuera su modalidad de organización. Asimismo, interviene como órgano de asesoramiento técnico en lo que concierne al ejercicio de competencias propias del Congreso, como es la aprobación de la cuenta de inversión, la contracara de la correcta percepción e inversión de los fondos públicos que se fija en el presupuesto general de gastos, recursos e inversiones de la administración también a cargo del Congreso Nacional (art. 75, inc. 8º, CN)¹⁴⁴⁴.

Si bien el término control es bastante impreciso, se lo ha tratado de delimitar señalando que se trata de una actividad de comprobación e inspección, de contraste entre la realidad y lo plasmado en libros o registros, aunque desde una postura más amplia se incluye las responsabilidades por esos desvíos¹⁴⁴⁵. También se suele relacionar la actividad de control con el término inglés *accountability*, también difuso en su alcance, al que se suele analizar desde la perspectiva de alguien que debe rendir cuentas, es decir, de responder, explicar o justificar determinadas acciones o inacciones¹⁴⁴⁶. Se trata de un concepto que se vincula con el manejo de la contabilidad financiera, es decir, la registración

en libros y el destino otorgado al dinero administrado; pero también atendiendo al cumplimiento de reglas y procedimientos de una determinada organización y a la adecuada satisfacción de las necesidades públicas involucradas, es decir, a las consecuencias de la actuación estatal¹⁴⁴⁷.

En lo que concierne a su funcionamiento, la actual ley 24.156 señala que la tarea de la AGN está orientada a llevar adelante auditorías de legalidad, en las que se verifica si los funcionarios han cumplido con las leyes y los reglamentos que corresponden a su actividad y en particular las que se refieren a la gestión de fondos públicos; auditorías financieras, por medio de las cuales se analiza si el sistema de administración responde a adecuadas prácticas de control interno, y si los informes financieros y los estados contables han sido confeccionados con arreglo a los principios de contabilidad generalmente aceptados y representan la realidad económico-financiera del organismo auditado. Por último, auditorías de gestión, en las que se tiende a determinar si el organismo de que se trate utiliza los recursos financieros de manera económica, eficiente y eficaz, y cuantifica los desvíos en los que pudiera haber incurrido¹⁴⁴⁸. Esta tarea se plasma en informes y dictámenes, donde se formulan observaciones y recomendaciones de distinto tipo, las cuales son puestas en conocimiento del organismo auditado, de la Comisión Mixta Revisora de Cuentas del Congreso, como así también de la opinión pública.

La distancia que brindan el paso del tiempo y la ajenidad al ámbito controlado, sumados a la idoneidad y conformación plural del órgano, permiten contar con una mejor perspectiva para formular las observaciones y recomendaciones que el ámbito de la gestión controlada demande. Su inobservancia o postergación debe fundarse en razones públicamente aceptables. Por ello es que se ha señalado que la existencia de dificultades en la obtención de información por parte de la AGN, y la falta de cumplimiento de las observaciones y recomendaciones que el organismo formula al Poder Ejecutivo, conspiran contra las atribuciones de este organismo de control¹⁴⁴⁹.

A su vez, como se trata de un control externo y efectuado *ex post facto*, los hallazgos y las observaciones que se adviertan en el marco de sus auditorías, que a juicio de la AGN pudieran constituir un delito, deben ser puestas en conocimiento del Ministerio Público Fiscal o de los jueces que integran el Poder Judicial, ya que de acuerdo a nuestra Constitución Nacional, la aplicación de sanciones por hechos delictivos, tratándose de delitos establecidos en el Cód. Penal, corresponde a los tribunales nacionales o provinciales, considerando si hay afectación de intereses federales o locales (arts. 75, inc. 12 y 116CN).

Por último, que la Constitución haya previsto un organismo estatal autónomo dentro del Poder Legislativo para controlar al Poder Ejecutivo,

no quita que la propia ciudadanía pueda, de manera individual u organizada, si tiene el tiempo y los medios necesarios para hacerlo, tomar conocimiento de la manera en que se asignan los bienes y recursos públicos para la mejor satisfacción del interés general. La adopción de un sistema representativo de gobierno (art. 1º, CN) no puede funcionar como una limitación para esta tarea, puesto que otras normas de la propia Constitución promueven la intervención de los ciudadanos en los asuntos que a todos nos conciernen, sobre todo las normas referidas a la iniciativa legislativa y consulta popular que se suman y complementan al derecho de peticionar a las autoridades respecto de asuntos de interés público (arts. 14, 39 y 40, CN).

* * *

CAPÍTULO SÉPTIMO - DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

Art. 86.—

El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito 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.

Comentario por Gustavo Maurino

I. ORIGEN, JUSTIFICACIÓN Y FINALIDAD DE SU REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

La institución del Defensor del Pueblo tuvo su origen y tradición en los países del norte de Europa y fue incorporada en los países latinoamericanos a partir de la democratización iniciada en los años '80. Diversas provincias argentinas regularon estas instituciones en la primera ola de reformas posteriores a 1983.

En términos generales, las Defensorías del Pueblo se han ubicado como pieza institucional relevante y presente en la mayoría de las democracias constitucionales de la actualidad, respondiendo a dos visiones centrales acerca de su justificación y roles fundamentales.

Por un lado, la literatura sobre los mecanismos de rendición de cuentas y control de la actuación del Estado coloca a las Defensorías del Pueblo como uno de los nudos fundamentales de las "redes de *accountability* horizontal" que se consideran imprescindibles para una adecuada dinámica de funcionamiento institucional. Las Defensorías están estratégicamente situadas para contribuir a estas dinámicas porque típicamente interactúan con la ciudadanía que reclama rendición de cuentas y las agencias que deben ser controladas. Son así un mediador estratégicamente situado para encauzar estas relaciones y avanzar en la integración de prácticas de *accountability* social e institucional¹⁴⁵⁰.

Por el otro, desde la perspectiva de derechos humanos, las Defensorías han sido destacadas como un actor con potencialidad para realizar una contribución significativa a su progresivo respeto y realización, especialmente respecto de las comunidades y grupos más desventajados.

Este último aspecto ha sido enfatizado expresamente por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación general nro. 10 (1998). El Comité sostuvo que estas instituciones "desempeñan un papel que puede ser decisivo en la promoción y la garantía de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos" y presentó una lista de los tipos de actividades que estas instituciones podrían emprender en relación con la promoción de los DESC, en la que mencionaba: (a) el fomento de programas de educación e información destinados a mejorar el conocimiento y la comprensión de los derechos económicos, sociales y culturales; (b) el minucioso examen de normas y proyectos de ley para cerciorarse de que son compatibles con los requisitos estipulados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; (c) la prestación de asesoramiento técnico o la realización de estudios en relación con los DESC; (d) la determinación de criterios nacionales de referencia que permitan medir el grado de cumplimiento de las obligaciones que impone el Pacto y (e) la realización de investigaciones y de estudios con vistas a determinar la medida en que se llevan a la práctica los DESC, etc.

La consagración constitucional del Defensor del Pueblo había sido recomendada por el Consejo para la Consolidación de la Democracia en la década del '80. El cargo de Defensor del Pueblo nacional fue creado legalmente en 1993, por la [ley 24.284](#). La [ley 24.309](#), que declaró la necesidad de reforma constitucional propuso su consagración expresa, lo que dio lugar al artículo que comentamos.

La Convención Constituyente consideró aproximadamente 50 proyectos que proponían la incorporación de esta institución. La norma finalmente sancionada contó con muy amplio apoyo, con 190 votos a favor y 34 votos negativos¹⁴⁵¹.

A fines de 1994, el Congreso sancionó la ley 24.379, que adecuó el diseño de la institución a la nueva regulación constitucional.

El análisis de los debates constituyentes argentinos revela que el consenso constitucional se fundamentó en justificaciones plurales:

Modernización de las funciones estatales. El Defensor del Pueblo era presentado como una institución con potencialidad de acercar al Estado y la ciudadanía, con capacidad para activar la circulación de información en ambos sentidos y hacer más amigable al sistema institucional para los ciudadanos. En tal sentido se alegaba que la tradicional organización de tres funciones estatales —ejecutiva, legislativa, judicial— resultaba demasiado rígida para el Estado moderno, y que el Defensor del Pueblo —junto con instituciones como la Auditoría General de la Nación y el Ministerio Público independiente— venía a institucionalizar la función de control¹⁴⁵².

Lucha contra la corrupción. Por otro lado, se veía en la institución un avance para contrarrestar la corrupción, promover y defender la transparencia y la integridad en la gestión pública. En tal sentido, se afirmó que el Defensor del Pueblo tenía la función de "destapar ollas"¹⁴⁵³.

Tutela de derechos. Finalmente, se reivindicaba que el Defensor del Pueblo sería una institución a la que la ciudadanía podría acudir en busca de auxilio y protección urgente contra violaciones de derechos¹⁴⁵⁴.

II. RASGOS DESTACADOS DEL DISEÑO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

Las tres líneas que articularon el consenso apuntan a misiones y roles muy diferentes, correlativamente apuntan a diseños institucionales igualmente diferentes para la institución y ninguno de ellos quedó enteramente plasmado en el texto constitucional de manera precisa. Algunos rasgos apuntan a la tutela de derechos (la legitimación judicial), otros al control de corrupción (el control de las funciones administrativas)

mientras que otros se orientan a su conformación como un órgano *sui generis* en la gestión estatal (órgano situado en la órbita del Congreso pero que no recibe instrucciones de ninguna autoridad).

Lo cierto es que más allá de las referencias citadas, la regulación constitucional del Defensor del Pueblo es mínima en su extensión y muy vaga en su contenido. Acaso ese haya sido el precio del consenso.

Concretamente, los constituyentes difirieron su regulación al Congreso Nacional y se limitaron a fijar unas reglas mínimas como referencia para el órgano legislativo. Es muy poco lo que la regulación del Congreso tendría prohibido hacer con esta institución:

- a. Situarla funcionalmente fuera del Congreso Nacional.
- b. Alterar las mayorías fijadas para su designación.
- c. Alterar el plazo de duración general del mandato.
- d. Negarles inmunidades y privilegios concedidos a legisladores.
- e. Limitar su plena autonomía funcional.
- f. Sujectarla a instrucciones de alguna otra autoridad.
- g. Negarle legitimación procesal.

Fuera de estas limitaciones, la identidad institucional del Defensor del Pueblo es creación y práctica legislativa. La ley regulatoria que viene a integrar el contenido constitucional también ha sido bastante minimalista a la hora de construir esta institución. Algunas características significativas de la regulación legal son las siguientes:

Comisión Bicameral para la designación (art. 2º). Se establece la conformación de una comisión permanente con representación proporcional que formulará la propuesta de uno a tres candidatos para que las cámaras seleccionen.

Defensores adjuntos (art. 13). La ley dispone que la Comisión Bicameral designa, a propuesta del Defensor, dos defensores adjuntos que lo acompañan en su función. Estos deben ser abogados, con ocho años de ejercicio y versados en derecho público.

Incompatibilidades (art. 7º). Se declara que el cargo de Defensor del Pueblo es incompatible con el desempeño de cualquier otra actividad pública, comercial o profesional a excepción de la docencia. También se prohíbe al Defensor la realización de actividad política partidaria.

Priorización de fallas sistémicas y generales (art. 15).: La ley encomienda que el Defensor debe prestar especial atención a aquellos comportamientos que denoten una falla sistemática y general de la administración pública, procurando prever los mecanismos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter.

Atribuciones amplias (arts. 14, 27/28). El Defensor tiene competencia para realizar investigaciones de oficio o a petición de cualquier ciudadano. La ley establece un procedimiento básico para la recepción y tramitación de quejas y denuncias ciudadanas. El Defensor está habilitado para proponer modificaciones normativas, formular advertencias, recomendaciones y recordatorios a los funcionarios de sus deberes legales y funcionales, y propuestas para la adopción de nuevas medidas o políticas públicas. No tiene atribuciones para modificar, sustituir o dejar sin efecto decisiones administrativas.

Ámbitos de competencias (arts. 16/17). Se incluyen expresamente en el ámbito de competencia del Defensor a las personas jurídicas públicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas y las privadas prestadoras de servicios públicos. Sin embargo, se establece que no tiene competencias para actuar en relación con el Poder Judicial, el Poder Legislativo, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y los organismos de defensa y seguridad¹⁴⁵⁵.

Obligación pública de colaboración (arts. 24/25). La ley impone a las dependencias sujetas a la acción del Defensor la obligación de prestarle colaboración en sus investigaciones e inspecciones. En caso de obstaculización o entorpecimiento, el Defensor debe acudir a la justicia para obtener el acceso que le ha sido obstaculizado.

Informe anual y especiales (art. 31). El Defensor del Pueblo debe dar cuenta anualmente a las cámaras de la labor realizada mediante un informe, que se publica en el Boletín Oficial. Ante situaciones particulares de gravedad y urgencia puede presentar informes especiales.

III. LA ACTUACIÓN JUDICIAL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

La norma que comentamos establece legitimación judicial directa y propia del Defensor del Pueblo sin ninguna especificación, calificación ni limitación. Debe entenderse pues, que puede ejercer toda actuación judicial que resulte instrumentalmente idónea para el cumplimiento de su misión constitucional.

El Defensor tiene atribuciones para realizar denuncias judiciales, iniciar demandas, intervenir como tercero, etc. Está habilitado para llevar a la justicia pretensiones cautelares, de amparo y similares, declarativas y de

condena, a través de cualquier clase de mecanismo previsto en las normas procesales.

No obstante lo dicho, la Corte Suprema estableció una fuerte limitación a la legitimación del Defensor del Pueblo, a partir de una serie de precedentes de la primera década de este siglo. Basada en una cuestionable "interpretación sistémica" del art. 86 y el art. 43, concluyó que la legitimación del Defensor quedaba exclusivamente circunscripta a la tutela de derechos que se configuraran como "derechos de incidencia colectiva" en los términos del art. 43¹⁴⁵⁶.

De este modo, si bien el art. 86 establece que el Defensor tiene la misión de defender todos los derechos, intereses y garantías establecidas por las normas argentinas, su actuación judicial autónoma solo estaría habilitada para aquellos que se configuran en el marco de la categoría de "derechos de incidencia colectiva". De manera particular y concreta, en los casos reseñados, la Corte rechazó que el Defensor tuviera legitimación para defender "derechos patrimoniales exclusivamente individuales"¹⁴⁵⁷.

El Máximo Tribunal también tuvo oportunidad de evaluar la participación del Defensor del Pueblo en calidad de tercero en diversos procesos. En los casos en que era el propio Defensor quien solicitaba esa participación, como el célebre caso "Mendoza", la Corte evaluó si en el caso se discutía la tutela de derechos de incidencia colectiva, y cuando así ocurría, se admitió su participación. Pero cuando la participación del Defensor fue solicitada por alguna de las partes, se adoptó un criterio más estricto, exigiendo a quien solicitaba dicha participación una justificación precisa y circunstanciada de las razones que la harían procedente, incluso cuando resultaba obvio el compromiso de derechos de incidencia colectiva¹⁴⁵⁸.

Además de su participación como demandante o tercero en causas vinculadas con derechos de incidencia colectiva, existe una tercera forma de intervención judicial del Defensor del Pueblo, todavía incipiente, pero con potencialidad de expandirse, a medida que se desarrolle la práctica del litigio colectivo. Se trata de la participación del Defensor para el seguimiento y control del cumplimiento de resoluciones judiciales.

Esta novedosa práctica se inició cuando la Corte Suprema instituyó al Defensor como actor fundamental en la infraestructura de ejecución de la sentencia del caso "Mendoza". Allí se ordenó la creación de un cuerpo colegiado integrado por el Defensor y un grupo de ONGs que habían participado como terceros en el proceso, con la responsabilidad de articular la información y participación de las comunidades afectadas en relación con el proceso de saneamiento y controlar los avances en la ejecución de la sentencia. Este mismo tipo de intervención le ha sido asignado el Defensor en alguna ocasión por parte de tribunales inferiores,

que también le han requerido su participación en la supervisión de sentencias complejas dictadas en acciones colectivas¹⁴⁵⁹.

* * *

SECCIÓN SEGUNDA - DEL PODER EJECUTIVO

CAPÍTULO PRIMERO - DE SU NATURALEZA Y DURACIÓN

Art. 87.—

El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de "presidente de la Nación Argentina".

Comentario por Matías A. Sucunza

I. EL PRESIDENTE DE LA NACIÓN: ANTECEDENTES DE UN PODER MONOCRÁTICO

Nuestra Constitución adopta la forma republicana representativa de gobierno, lo cual supone como condición fundante la existencia de tres funciones de Estado diferenciadas que ejercerían, especial, equilibrada y coordinadamente, a través (o bajo amenaza) de un mecanismo de frenos y contrapesos, distintos cometidos en procura de la consolidación del Estado de Derecho en el cual se enmarca su ejercicio. Asimismo, el régimen político que los constituyentes han escogido para connotar a la república representativa es el presidencialismo, es decir, un sistema donde el presidente —elegido directamente por el pueblo por un mandato fijo— detenta monocráticamente el doble carácter de Jefe de Estado y de Gobierno.

En cuanto al diseño del esquema Ejecutivo cabe consignar que los antecedentes históricos demuestran que en este punto los constituyentes,

si bien tuvieron en consideración lo establecido en el art. II de la Constitución estadounidense, siguieron especialmente los lineamientos propuestos por Alberdi y la Constitución chilena de 1833, los que acentuaban atribuciones en cabeza de un presidente al que concebían como necesariamente todo poderoso¹⁴⁶⁰.

En las *Bases* se recapitulan estas ideas, afirmando que "(...) la constitución del Poder Ejecutivo, tanto nacional como provincial (...) es uno de los rasgos en que nuestra Constitución hispanoargentina debe separarse del ejemplo de la Constitución federal de los Estados Unidos. Chile ha hecho ver que entre la falta absoluta de gobierno y el gobierno dictatorial hay un gobierno regular posible; y es el de un presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante que la anarquía le desobedece como presidente republicano"¹⁴⁶¹.

De ese modo, por ejemplo, podríamos afirmar que si bien Alexander Hamilton también entendía que un Ejecutivo fuerte no era contrario al sistema republicano, precisando que "al definir un buen gobierno, uno de los elementos salientes debía ser la energía por parte del Ejecutivo para proteger a la comunidad contra los ataques del exterior; para la firme administración de las leyes; para la protección de la propiedad contra esas combinaciones irregulares y arbitrarias que a veces interrumpen el curso normal de la justicia; para la seguridad de la libertad en contra de las empresas y los ataques de la ambición, del espíritu faccioso y la anarquía"¹⁴⁶², sí reparaba en la necesidad de un sistema de frenos y contrapesos robusto que permitiera mantener la simetría de fuerzas. De allí que, mientras el régimen americano desarrolló un fuerte sistema de *check and balances*, en nuestro país, estructural y funcionalmente, el presidente parece haber roto ese equilibrio¹⁴⁶³.

Alberdi expresaba que "bien sabido es que no hemos hecho la revolución democrática en América para restablecer ese sistema de gobierno que antes no existía, ni se trata de ello absolutamente; pero si queremos que el poder ejecutivo de la democracia tenga la misma estabilidad que el poder ejecutivo realista, debemos poner alguna atención en el modo como se había organizado aquel para llevar a efecto su mandato. En cuanto a su energía y vigor, el poder ejecutivo debe tener todas las facultades que hacen necesarios los antecedentes y las condiciones del país y la grandeza del fin para el que es instituido. De otro modo, habrá gobierno en el nombre, pero no en la realidad; y no existiendo gobierno, no podrá existir la Constitución, es decir, no podrá haber ni orden, ni libertad, ni Confederación Argentina. La inspiración fue debida a los Egañas, y el pensamiento remonta a 1813. Desde aquella época escribió Don Juan: 'Es ilusión un equilibrio de poderes. El equilibrio en lo moral y lo físico reduce a nulidad toda potencia. Tampoco puede formar equilibrio la división del ejecutivo y legislativo, ni sostener la Constitución'"¹⁴⁶⁴.

En esta línea, advertimos que en la Argentina ha imperado un *presidecentrismo*, esto es, desde el segmento simbólico-cultural, la presidencia está alojada en el centro del sistema político y social. Desde el eje jurídico-institucional, el país ha tenido distintos modelos: el *presidencialismo fuerte* de la Constitución de 1853-60, el *presidencialismo hegemónico* de la Constitución de 1949 y el *presidencialismo fuerte reforzado* de la reforma constitucional de 1994. Desde el segmento de la práctica política concreta se han distinguido dos polos: el *hiperpresidencialismo* y el *hipopresidencialismo*¹⁴⁶⁵, según fuere el ejercicio y la fortaleza del poder presidencial¹⁴⁶⁶.

En este contexto es importante recordar que uno de los propósitos declarados (y concertados) de la reforma constitucional de 1994 fue atenuar el presidencialismo, lo cual se tradujo en la desconcentración de funciones a través de la inserción de la figura del jefe de Gabinete de Ministros; la imposibilidad de que el presidente siga designando al intendente de la Ciudad de Buenos Aires (hoy "autónoma"), a la que además se le reconoció distintos tipos de facultades jurisdiccionales, de gobierno, administración y legislativas en las condiciones del art. 129 de la CN; el fortalecimiento del Congreso y de las autonomías provinciales y municipales; el reconocimiento de *status* constitucional de disímiles organismos de control (Defensor del Pueblo, Auditoría General de la Nación y Ministerio Público); la limitación en las facultades de designación y control de jueces con la incorporación del Consejo de la Magistratura; la reglamentación en términos de excepcionalidad de los reglamentos de urgencia y delegados, entre otros¹⁴⁶⁷.

Sin embargo, pareciese que esto no fue suficiente, eficiente o eficaz. En palabras de Castells, "la simetría de la historia nos (sigue) prodiga(ndo) sus evidencias ejemplares, vinculando la recurrente preeminencia presidencial de nuestro tiempo con la antigua figura del virrey; con la autoridad intensa de los secretarios, triunviros y directores de los primeros gobiernos patrios; con la irrupción carismática de los caudillos "gobernadores-propietarios"; con los gobiernos fuertes en los tiempos de la organización nacional, con la tendencia dominante instalada en el convulsionado siglo XX. De esa forma, cuando en las puertas del tercer milenio se puso en cuestión la asimétrica correlación de fuerzas, la Constitución reformada en 1994 incorporó entidades nuevas y asignó facultades compartidas que ni en el fondo ni en la forma alteraron la proyección histórica de la concentrada autoridad presidencial"¹⁴⁶⁸.

II. UNIPERSONALIDAD DE TITULARIDAD Y EJERCICIO

El art. 87 de nuestra Constitución deja en claro el carácter unipersonal-monocrático del régimen presidencial al prescribir que el Poder Ejecutivo será desempeñado por un ciudadano con el título de presidente, en contraposición con lo que sucede en el parlamentarismo, que presenta un

ejecutivo colegiado. Es decir, que el presidente es el único titular y, por ende, quien concentra orgánica-personalmente cada una de las jefaturas correspondientes.

De esa manera, a pesar de que este departamento de Estado pueda caracterizarse como un complejo orgánico compuesto por el vicepresidente, jefe de Gabinete y ministros, quien detenta normativamente la jefatura de manera unipersonal es el presidente. En esa inteligencia, el rol subalterno que dentro de la estructura administrativa (vertical y jerárquica) ejercen la mayoría de ellos y su nombramiento y remoción por el presidente, la intrascendencia de la figura vicepresidencial y el cúmulo de poder en términos de titularidad y ejercicio que constitucionalmente tiene asignado, reafirman su carácter unipersonal¹⁴⁶⁹.

Es cierto que cada uno de esos funcionarios tiene competencias propias en función de las cuales deberán desarrollar las políticas de su área. Sin embargo, quien fija las líneas de acción de la política de gobierno es el presidente¹⁴⁷⁰. Este principio de unidad de acción encuentra justamente justificación en la unipersonalidad de la jefatura presidencial. Bajo esta concepción, los ministros o secretarios¹⁴⁷¹ aparecen como meros colaboradores ejecutivos de la labor presidencial, porque se cree que el responsable político e institucional excluyente del logro del programa de gobierno es el primer mandatario. Tanto es así que no solo nombra y remueve a los funcionarios, sino que, mediante la modificación a proposición de la Ley de Ministerios, crea y suprime los órganos que considera conveniente para una mejor organización administrativa. De alguna manera, la unipersonalidad de ejercicio se traduce en unilateralidad¹⁴⁷², circunstancia que se potencia ante la falta u omisión de controles adecuados.

En ese sentido, es importante mencionar que previo a la reforma de 1994 existían distintos estudios que marcaban la necesidad de repensar dicho carácter. Por caso, los dictámenes del Consejo para la Consolidación de la Democracia proponían modificar su composición monocrática y convertirlo en un órgano colegiado en el que el presidente compartiese el ejercicio del Ejecutivo con un gabinete presidido por un primer ministro. Para ello se preveía una detallada distribución de competencias, la creación de un tribunal especial de control que resolviese eventuales conflictos de esa índole y un reforzamiento del órgano ministerial donde los ministros perdían el carácter de meros colaboradores libremente removibles (ello así, en tanto pertenecían a un órgano colegiado como el Consejo de Ministros y guardaban con el Parlamento una relación más cercana, pues necesitaban de su confianza para ser designados y permanecer ante el eventual voto de censura)¹⁴⁷³.

En esa tesitura, la reforma ulteriormente operada "intentó" atenuar el hiperpresidencialismo¹⁴⁷⁴ incorporando en el punto la figura del jefe de

Gabinete, a quien le confirió el ejercicio de la administración del país y la serie de importantes facultades mencionadas anteriormente. Sin embargo, la titularidad de dicha jefatura y de las restantes quedó en manos del presidente, al igual que su nombramiento y remoción (a pesar de que el Congreso pueda ejercer la moción de censura a su respecto), lo cual conllevó que las prácticas institucionales se mantuviesen o inclusive se acentuaran funcionalmente.

A modo de ejemplo, entre los cambios que evidencian esa reafirmación de la unipersonalidad fuerte podemos mencionar la incorporación expresa de la facultad materialmente reglamentaria de sancionar Reglamentos de Necesidad y Urgencia (art. 99, inc. 3º) o Delegados (art. 76), herramientas que acentúan los desequilibrios en la división de poderes. Recordemos que la historia previa y posterior a su reconocimiento constitucional da cuenta del abuso desmedido que los distintos presidentes han hecho de estas herramientas.

Es cierto que muchas veces, por cuestiones vinculadas con alianzas electorales, coyunturas sociales o políticas, el partido al que pertenece el presidente se ve en la necesidad de distribuir parte de su poder o de consensuar ciertas decisiones o líneas de acción¹⁴⁷⁵. Producto de la concepción cultural que se tiene del ejercicio unipersonal del poder eso suele ser visto como señal de debilidad o concebido como un factor problemático para el logro del programa de gobierno.

Al mismo tiempo, la incorporación constitucional de un conjunto de derechos individuales y colectivos de corte mayormente liberal igualitario supuso el crecimiento del Estado, la ampliación de sus obligaciones y actividades y la profundización de su intervención en pos de lograr una mayor y mejor distribución de los bienes y recursos públicos. En una estructura estatal en la que el presidente es el responsable máximo del gobierno, el crecimiento de los deberes jurídicos y requerimientos sociales tuvo como correlato un aumento exponencial de su poder formal y material. La complejidad del escenario social y la posibilidad de dar respuestas ágiles, inmediatas y eficaces por parte de la Administración en razón de sus características (unipersonalidad, experticia y especificidad)¹⁴⁷⁶ han sido argumentos recurrentemente utilizados para justificar el empoderamiento presidencial y relativizar la división de poderes en detrimento de los restantes Departamentos de Estado.

III. LA UNIPERSONALIDAD COMO PROBLEMA: LA AUSENCIA DE INCENTIVOS Y CONTROLES

Gargarella afirma que "(...) la organización de poderes, en la mayoría de las constituciones latinoamericanas, sigue repitiendo hoy —pleno siglo XXI— lo que proponía dos siglos atrás, en momentos de democracias limitadas y participación política restringida: un poder político concentrado

en el Poder Ejecutivo y centralizado territorialmente. Asimismo, seguimos contando con un diseño del Poder Judicial elitista; seguimos sosteniendo una organización legislativa basada en la desconfianza hacia el pueblo y la distancia entre elegidos y electores. Peor aún, luego de más de 200 años, el 'hiperpresidencialismo' latinoamericano se ha afirmado, confirmando así algunos de los rasgos menos atractivos del 'sistema de frenos y contrapesos' regional"¹⁴⁷⁷.

En este contexto, el régimen presidencial argentino ¿se compadece con algún tipo de ideal democrático o republicano formal-sustancial, genera condiciones de gobernabilidad estables, redistribuye de forma justa y eficaz los recursos públicos existentes o promueve acuerdos (más) igualitarios? ¿Es posible hablar de un régimen republicano y democrático deliberativo ante la extraordinaria concentración de facultades en el Ejecutivo? ¿Es compatible nuestra organización de poder con las restantes decisiones institucionales adoptadas constitucionalmente y con las declaraciones de derechos realizadas? ¿Es aceptable en esos mismos términos que una sola persona aun investida de la legitimidad del triunfo electoral sea quien conduzca y gestione el Estado y cada una de las políticas estructurales que hacen al programa de gobierno que el acuerdo social supone? ¿Qué consecuencias genera en términos de relación de poderes, de efectividad de derechos, de delimitación de agenda pública o de construcción de ciudadanía? ¿Cómo condiciona el (hiper) presidente a través del ejercicio de sus funciones otras variables también estructurales como la forma federal de Estado, el sistema de partidos políticos, las autonomías provinciales o el equilibrio de poderes?

Tal vez las críticas radicales y directas al régimen presidencialista en general y al argentino en particular no constituyan el centro de la escena como en décadas pasadas. Sin embargo, los cuestionamientos acerca de un sinnúmero de prácticas institucionales existentes tales como el rol degradado y sometido del Poder Legislativo, el control del Consejo de la Magistratura, el abuso del ejercicio de facultades materialmente legislativas o la manipulación del INDEC por parte del Ejecutivo, el gobierno del sistema presupuestario y sus usos discrecionales por fuera del plan de gobierno, los condicionamientos efectuados a través del uso del dinero público en materia de autonomías provinciales, la oscilación entre mayorías automáticas o gobiernos divididos, la persecución y el hostigamiento a protestas y movimientos sociales disidentes de la voluntad presidencial, la corrupción y falta de transparencia institucional, el relegamiento de modificaciones estructurales en materia de exigibilidad de derechos, federalismo fiscal o descentralización territorial, nos devuelven de forma más o menos directa a la misma matriz: el régimen (hiper)presidencialista y sus disfuncionalidades estructurales y de ejercicio.

De allí que sea tan importante repensar el modelo institucional o sala de máquinas que la Constitución reconoce y el rol descollante que en ella ocupa el presidente, pues de ello depende considerablemente no solo la estabilidad y consolidación del sistema republicano, federal y democrático¹⁴⁷⁸ sino el tipo de políticas y resultados que pueda producir en pos de concretar reformas estructurales necesarias, resistir los embates de los grupos de presión, controlar la corrupción, evitar los giros drásticos en las orientaciones de los gobiernos o producir bienes públicos¹⁴⁷⁹.

Como afirmásemos, la reforma de 1994 intentó atenuar el presidencialismo no solo limitando atribuciones o creando figuras con ese objetivo sino adoptando mayores controles institucionales. El problema con ello es que ni los incentivos ni los resortes vinculados a los distintos tipos de control han servido para limitar la dinámica de poder presidencial y las prácticas que genera.

El legado cultural y la estructura social, política y económica son factores que nos pueden ayudar a entender y explicar el autoritarismo y conservadurismo que caracteriza a nuestra estructura política y al porqué del diseño institucional adoptado. Sin embargo, si estamos de acuerdo en que esos rasgos son extremadamente negativos para otra serie de valores (como la democracia) deberíamos advertir que el hiperpresidencialismo, estructural y funcionalmente, agrava exponencialmente los mismos generando la perpetuación de formas degradadas de discusión colectiva y de ejercicio ciudadano, de modos autoritarios y personalistas de vinculación, ampliando las brechas de desigualdad, deteriorando la forma republicana de gobierno e incrementando la inestabilidad y periodicidad de crisis de gobernabilidad.

Esto no implica afirmar las bondades del parlamentarismo (lo cual también es ampliamente discutible), sino tratar de repensar qué decisiones son necesarias para propiciar formas de gobierno que nos permitan realizar los derechos y fines constitucionalmente acordados.

La elección del régimen político no lo es todo, pero sí constituye una decisión sumamente relevante tanto por la incidencia que tiene en las demás variables políticas como en las prácticas que genera (construye y sostiene). En esos términos, resulta difícil pensar en cambios de institucionalidad en tanto prácticas que la hacen sin modificar la estructura normativa que le da sustento: el presidente debería, teniendo demasiado poder, autorestringirse. Por otra parte, hemos visto que el diseño también falla cuando el presidente pierde poder, pues al volverse impotente e ineficiente la estructura no cuenta con ningún tipo de incentivo para promover acuerdos ni formas institucionales idóneas para procesar esos conflictos generando desequilibrio y parálisis.

El dilema-desafío que tenemos es que, para lograr un cambio de cosas y mudar a un régimen político que propenda y permita realizar los ideales democráticos y republicanos de forma más robusta, que facilite y estimule ese tipo de prácticas, deberíamos inevitable y necesariamente modificar la sala de máquinas de nuestra Constitución. Mientras tanto, deberíamos preocuparnos por mejorar el empoderamiento ciudadano, los sistemas de control y la rendición de cuentas.

* * *

Art. 88.—

En caso de enfermedad, ausencia de la Capital, muerte, renuncia o destitución del presidente, el Poder Ejecutivo será ejercido por el vicepresidente de la Nación. En caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del presidente y vicepresidente de la Nación, el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la Presidencia, hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo.

Comentario por Matías A. Sucunza

I. EL VICEPRESIDENTE

Ni los proyectos de Constitución Nacional de 1819 y 1826 ni las Bases de Alberdi contenían algún tipo de regulación en torno a esta figura, de allí que se afirme que el antecedente inmediato que la Convención de Santa Fe considerase para su recepción en la Constitución de 1853 fuese la Constitución norteamericana de 1787.

En relación a esta, Hamilton justificaba la importancia del cargo en que para asegurar en todo tiempo la posibilidad de una resolución definida del Senado era necesario que el (vice) presidente tenga únicamente voto de calidad (ajeno a los Estados involucrados)¹⁴⁸⁰ y que como además podía sustituir ocasionalmente al presidente en el ejercicio de la máxima jefatura ejecutiva, todas las razones que apoyan al modo de elección prescripto para el uno aplican con gran fuerza a la manera de designar al otro¹⁴⁸¹.

En contraposición, evidenciando las contrariedades históricas que la figura despertase, John Adams alguna vez afirmó que su "(...) país, en su

sabiduría, ha ideado para mí el cargo más insignificante que alguna vez ideara la inventiva del hombre o concibiera su imaginación"¹⁴⁸². Actualmente, a diferencia de lo que acontece en nuestro país, el vicepresidente en Estados Unidos ha logrado cobrar un mayor protagonismo, reafirmando su rol institucional como colaborador del presidente¹⁴⁸³.

En cuanto a las funciones constitucionalmente asignadas, el vicepresidente preside las sesiones del Senado y ejerce la presidencia en aquellos casos expresamente establecidos (de alcance parcial o definitivo)¹⁴⁸⁴.

En relación con la primera, su labor consiste en dirigir y facilitar las discusiones, moderando el debate y la construcción de consensos, además de las atribuciones de índole administrativa y protocolar que le han sido reconocidas en el art. 32 del Reglamento de la Cámara de Senadores. Remitimos al comentario del art. 57.

En vinculación a la segunda, se afirma que la institución vicepresidencial resulta fundamental para el diseño institucional porque facilitaría la salida institucional a graves crisis (aunque también las ha agravado ante la falta de respaldo político, debilidad personal-institucional o la ausencia de una estructura de sostén acorde) y daría continuidad a la acción ejecutiva imposibilitando que esta pudiera ser paralizada, interrumpida o trastornada por la frecuencia de las elecciones presidenciales¹⁴⁸⁵.

Su desempeño en el ámbito del Senado y el potencial ejercicio del cargo presidencial han generado divergencias interpretativas en cuanto a su pertenencia orgánica. En tal sentido, se ha afirmado que no es miembro del cuerpo del Senado, aunque funcionalmente lo presida y excepcionalmente vote (arts. 54-62, CN), aunque tampoco lo es estrictamente del Poder Ejecutivo¹⁴⁸⁶ el cual, a pesar de poder conceptualizarse como un complejo orgánico donde el vicepresidente orbita, titulariza unipersonalmente el presidente. Remitimos a las consideraciones efectuadas en el art. 57.

Las distintas circunstancias señaladas permitirían afirmar en línea de principio que:

(i) la incidencia o influencia que el vicepresidente pueda tener en el gobierno depende de sus condiciones personales, de construcciones estratégicas o de su autoridad moral más que de sus posibilidades funcionales (salvo el caso en el que ejerce su voto de desempate)¹⁴⁸⁷;

(ii) si bien el vicepresidente no es una figura decorativa, en tanto es electo popularmente como el "segundo magistrado de la Nación", no

cuenta con facultades ciertas, concretas y permanentes gravitantes, lo cual lo convierte en una figura sombra. En línea con lo expuesto, Armesto expresa que "(...) pareciera que el vicepresidente de la Nación se encuentra catapultado a cumplir una función desde la sombra del poder, llevando a la sociedad en su conjunto y a todos los actores sociales a pensar que él mismo debe ser un apéndice del Poder Ejecutivo y cuando es llamado a cumplir su función, debe respetar a rajatabla los designios establecidos, desprendiéndose del compromiso con la democracia y los principios republicanos"¹⁴⁸⁸;

(iii) lo antedicho muestra las dificultades de actuación, definición y desempeño que tiene, en particular, su falta de injerencia en la toma formal de decisiones, más allá del poder de hecho que pueda ejercer;

(iv) las previsiones constitucionales en torno a la figura y rol del vicepresidente no son casuales y sus consecuencias tampoco; y

(v) lo antedicho agrava la disociación de la función simbólica que le asignan al mencionado funcionario muchos políticos y votantes. Recordemos que, en general, este cargo se ha usado para lograr construir coaliciones, complementar perfiles del presidente, propuestas de gobierno o equilibrar las fórmulas y que para ello se ha recurrido a distintos tipos de figuras.

Es claro que la organización de poder adoptada y las prácticas que ese marco de actuación ha propiciado y generado (hiperpresidencialismo, degradación del Congreso, concentración y personalismo), limitaron el rol del vicepresidente.

No obstante ello, cambiando ciertos hábitos y prestando mayor atención a las relaciones entre poderes y a las cualidades personales y condiciones positivas del cargo, aun sin modificar la Constitución, podría llegar a desempeñar una función más significativa. Para ello debería dotárselo de un mayor protagonismo, hacerlo verdaderamente parte de la toma de decisiones de la agenda de gobierno, trabajar de manera más cercana al presidente y los ministros, revalorizar su lugar en la escena política e institucional y maximizar la capacidad para articular un diálogo fluido entre el Ejecutivo y el Congreso.

II. SUSTITUCIÓN Y ACEFALÍA: MECANISMOS PARA GARANTIZAR LA INSTITUCIONALIDAD Y GOBERNABILIDAD

Por distintas razones, el presidente y vicepresidente pueden no querer, no poder o no deber ejercer más sus funciones, temporal o definitivamente. El art. 88¹⁴⁸⁹ se encarga de regular dichas situaciones, estableciendo mecanismos para garantizar la institucionalidad y

gobernabilidad en un sistema que concibe al presidente como una pieza elemental¹⁴⁹⁰.

Un primer supuesto es la sustitución del presidente, en razón de su ausencia o imposibilidad temporal o definitiva. Si el vicepresidente está en ejercicio, quien asumirá las funciones del primer mandatario es él, tal como se lo impone la CN y el mandato popular que lo eligiese y facultase. La norma establece una serie de causales en razón de las cuales operará dicha sustitución. Ellas son: enfermedad, ausencia del país, muerte, renuncia o destitución por juicio político del presidente.

El segundo supuesto se configura con la ausencia de ambos funcionarios. De ese modo, la Constitución prevé que en caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del presidente y vicepresidente de la Nación, el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la presidencia hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo. Esta situación ha sido denominada como acefalía por la ley 252¹⁴⁹¹ y reglamentada por el Congreso a través de la ley 20.972 (modificada por su símil 25.716).

En cuanto a las causales que habilitan la ausencia temporal o definitiva hay quienes señalan que en el caso presidencial, la Constitución es más amplia que para el vicepresidente. Consideramos que más allá de la literalidad de la norma, dicha distinción es irrelevante. Primero porque la inhabilidad presupone enfermedad o puede ser asimilada a tal y la ausencia del país responde a una exigencia institucional del propio cargo. Segundo, porque cuando el vicepresidente ejerce en forma transitoria o definitiva la presidencia sustituye al primer mandatario, siéndole de aplicación las mismas. Tercero porque las causales previstas tienen mayor relevancia institucional y política cuando ejerce el mandato presidencial, constituyendo imposiciones de hecho y/o jurídicas inexcusables.

De ese modo, si el vicepresidente ocupara el cargo presidencial en forma definitiva y tuviese que viajar o se enfermase (situación de acefalía transitoria), de conformidad con lo dispuesto en el art. 1º de la ley 20.972 y hasta tanto se elija un nuevo vicepresidente en los términos del art. 75, inc. 21 de la CN¹⁴⁹², serán sus reemplazantes el presidente provisional del Senado, el presidente de la Cámara de Diputados o el de la CS, en el orden mencionado. Los funcionarios indicados deberán reunir los requisitos exigidos por la Constitución Nacional para ocupar el cargo presidencial. No obstante ello, ante la asunción definitiva del cargo presidencial por el vicepresidente deja vacante este último cargo.

Entre las causales en particular, la norma prevé la enfermedad del presidente. En este caso, el funcionario será quien delegue el mando y comunique al Congreso la situación, siendo reemplazado por el

vicepresidente. Reasumirá funciones cuando alegue o acredite haber sanado.

Idéntica/o situación/proceder opera cuando se ausenta del país, no cuando se ausenta de la capital y transita por el territorio nacional. Recordemos que si bien la CN alude a su ausencia de la capital, ello constituye una rémora solo explicable por su pertenencia histórica. Los avances operados en materia de comunicaciones y transporte sumado a una nueva lectura del federalismo y del sentido de la labor presidencial, tornan injustificable su mantenimiento en el art. 88 e inexplicable a la luz de una práctica institucional consolidada que aparece como razonable. Lo establecido en el art. 99, inc. 18 justifica el entendimiento propuesto¹⁴⁹³.

En caso de que la enfermedad física o psíquica sea definitiva, se prevé la causal de inhabilidad como potestad declarativa en cabeza del Congreso Nacional, ejercitable especialmente cuando el presidente se niegue e renunciar o delegar su mandato. Esta última circunstancia puede resultar problemática pues: (i) generará indefectiblemente algún tipo de conflicto institucional y (ii) puede utilizarse para lograr destituir infundada o arbitrariamente al presidente. El hecho de que la alegación y acreditación de la enfermedad dependa de algún tipo de escrutinio científico reduce esa posibilidad. No obstante las consideraciones y valoraciones acerca de cómo esas limitaciones pueden afectar el ejercicio de la primera magistratura y la realización de los cometidos públicos involucrados, dan un margen más amplio¹⁴⁹⁴.

Asimismo, en caso de muerte o renuncia asumirá el vicepresidente, jurando en el cargo. Dicha renuncia (o la del vice) corresponde sea presentada ante el Congreso, que podrá aceptar o no los motivos de la misma pero no rechazarla, declarando la ocasión de proceder a una nueva elección. Remitimos a las consideraciones efectuadas al art. 75, inc. 21.

Si renuncian ambos, el Congreso tiene la atribución para establecer la sucesión hasta que un nuevo presidente sea electo, aplicándose idéntica modalidad en caso de asunción del vice al cargo presidencial y vacante del primero¹⁴⁹⁵. Como apuntáramos anteriormente, dicha exigencia ha sido reglamentada, aplicándose el procedimiento y orden establecido en el [art. 1º de la ley 20.972](#), hasta tanto se proceda a una nueva elección.

En caso de ausencia de ambos integrantes de la fórmula presidencial, dentro de las 48 horas de producida, el Congreso debe seleccionar al presidente de la Nación entre los funcionarios que reúnan los requisitos necesarios para esa magistratura y que desempeñen el cargo de senador, diputado nacional o gobernador¹⁴⁹⁶. La asamblea se constituirá en primera convocatoria con la presencia de las dos terceras partes de los miembros de cada cámara que la componen. En caso de no lograr el quórum fijado,

se reunirá nuevamente dentro de las 48 horas siguientes, constituyéndose en tal caso con simple mayoría de los miembros de ambos cuerpos¹⁴⁹⁷.

La designación se realiza por mayoría absoluta de los presentes¹⁴⁹⁸. Si no se obtuviere esa mayoría en la primera votación se volverá a votar, pero solo entre las dos personas que en la primera hubiesen obtenido mayor número de sufragios. En caso de empate se repetirá la votación y, de darse una nueva paridad, decidirá el presidente de la asamblea votando por segunda vez. El voto es nominal y la designación, en función de la necesidad de restablecer la institucionalidad y lograr gobernabilidad, debe quedar concluida en una sola reunión de la asamblea¹⁴⁹⁹.

La facultad del Congreso de elegir al sucesor en caso de acefalía puede ser considerada como una extralimitación reglamentaria¹⁵⁰⁰. Gelli sostiene que "la ley 20.972 excedió el mandato constitucional y, sobre todo, careció de prudencia política pues la atribución conferida a la Asamblea Legislativa para designar al sustituto del presidente, a fin de que complete el mandato de su predecesor —cualquiera fuese el período por integrar— puede debilitar la nueva presidencia y someterla a las presiones de quienes la designaron, si ese lazo es muy extenso. (...) El hecho de que una magistratura de tamaña exposición social sea ejercida por quien no fue votado para ello por toda la Nación, erosiona su representatividad, enerva su capacidad de negociación y, en última instancia, compromete la gobernabilidad del sistema"¹⁵⁰¹.

Más allá de las razones pragmáticas (celeridad, urgencia y necesidad), de contexto (crisis) o la representatividad popular que puede tener el Congreso en los términos del art. 22 de la CN para intentar justificar la solución reglamentaria adoptada, lo cierto es que pareciese desconocer los principios de soberanía, elección, participación y representación popular, la forma republicana y democrática de gobierno y sus principios vinculados. Esos principios sugieren otra lectura del texto constitucional cuando alude a que otro funcionario desempeñará el cargo hasta que "un nuevo presidente sea electo". Sobremanera, cuando además el art. 75, inc. 21 refiere que debe declarar si procede el llamado a una nueva elección luego de aceptar la renuncia del presidente y vice.

De ese modo, si bien existen algunas variables que podrían incidir en las soluciones propuestas (p. ej., el período que resta para concluir el mandato como justificación para un nombramiento provisorio), debería repensarse a la elección popular como regla en consonancia con el sentido y alcance de los arts. 88, 75, inc. 21 y conchs.

La reglamentación también prevé que en caso de existir presidente y vicepresidente de la Nación electos, estos asumirán los cargos acéfalos (art. 4º)¹⁵⁰². Dicha circunstancia no reluce como necesariamente problemática. Tanto si la razón de la acefalía obedece a causas naturales

(muerte) como otras derivadas de una crisis institucional o voluntarias (renuncia o enjuiciamiento), aparece como una solución razonable que quienes han sido elegidos democráticamente para desempeñar tales cargos lo hagan, encausando el orden constitucional. En ese supuesto, la duración y el respeto del mandato que la CN dispone en sus arts. 90 y 91 ceden ante un supuesto excepcional.

Lo que no resulta razonable ni justificado es lo que dispone el último párrafo del art. 4º de la ley 20.972, esto es, que el tiempo transcurrido desde dicha asunción hasta la iniciación del período para el que hayan sido electos no sea considerado a los efectos de la prohibición prevista en el último párrafo del art. 90 de la CN¹⁵⁰³. Remitimos a las consideraciones efectuadas al respecto en los arts. 90 y 91.

Por otra parte, el único motivo de acefalía presidencial ante algún suceso de destitución válido es aquel derivado del correspondiente juicio político, careciendo de efectos cualquier otra forma civil o militar de remoción y haciendo responsables a quienes las cometan de las penalidades e inhabilitaciones del 36 de la CN¹⁵⁰⁴.

Un punto álgido en la interpretación constitucional es la posibilidad de revisar las decisiones que se tomen en torno a la declaración de inhabilidad o enjuiciamiento del presidente y vicepresidente.

En ese caso, la Corte Suprema ha expresado que "la acefalía de la República se configura ante la 'falta de presidente y vicepresidente de la Nación' y que no incumbe a la Corte Suprema pronunciarse acerca de las causas determinantes de esa 'falta'¹⁵⁰⁵. Asimismo, en otro precedente recalcó que "lo atinente a la acefalía de las autoridades de la Nación es materia eminentemente política. Su juzgamiento resulta extraño a los tribunales de justicia, cuya misión más delicada es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes. En consecuencia, la Corte Suprema no puede avocarse al examen de las causas que provocaron la acefalía del Poder Ejecutivo Nacional"¹⁵⁰⁶.

Quiroga Lavié sostiene que en caso de enfermedad o inhabilidad, el Congreso debería recabar certificación médica de la gravedad del mal que aqueja al presidente para que la medida no resulte irrazonable y que, en este último caso, el presidente puede interponer un amparo judicial y conseguir la reposición en su cargo¹⁵⁰⁷. Gelli considera que, si dicho suceso acaeciera, podría ejercerse el control judicial de la medida, aunque según precedentes de la CS aplicados por analogía a la hipótesis, la cuestión podría calificarse de no judicialable¹⁵⁰⁸.

Por nuestra parte, estimamos que los precedentes citados responden a un momento histórico y que existen nuevas relecturas de la Constitución

que tienden a reforzar la intervención del Poder Judicial ante supuestos donde lo que se ve afectado es el procedimiento mismo de toma de decisión. Esa visión procedimentalista se compadece con visiones democráticas amplias, resguardando la propia institucionalidad sin socavar el régimen republicano de gobierno ni la división de poderes.

Existen distintos pronunciamientos de la Corte que han consolidado esa línea, los cuales se encuentran en sintonía con una mayor justiciabilidad y la limitación de las cuestiones políticas no justiciables. En el caso, tanto el procedimiento estatuido como la constatación de las causales fijadas son elementos objetivos fácilmente controlables que no importan hacer mérito del núcleo de la decisión política. Una postura más amplia sostendrá la posibilidad de escrutar la razonabilidad de la decisión en sí misma con base en los antecedentes en los que se dicta.

Una situación especial acontece en el caso de acefalía vicepresidencial definitiva. La práctica constitucional ha sido no cubrir dicho cargo. La estimación de rol subalterno que se le endilga y las complicaciones que podría generar que resulte electo una persona de pertenencia política distinta del oficialismo han sido algunos de los argumentos esgrimidos para sostener una situación en sí misma irregular. Por contrapartida, el hecho de no sustituir a dicho mandatario a través de cualquiera de los mecanismos vigentes genera complicaciones funcionales inadmisibles para el normal desarrollo del Senado o, potencialmente, el ejercicio de la jefatura presidencial¹⁵⁰⁹. Remitimos a las consideraciones realizadas a los arts. 57 y 58.

Por último, como surge de los arts. 90 y 91 de la CN, el mandato del presidente es fijo, limitado y rígido. Inciden aquí cuestiones de esquema institucional pero también toda una serie de prácticas vinculadas a la concepción que se tiene de la investidura presidencial. Entre las causas que promueven la rigidez están las causales de remoción, las cuales aparecen como acotadas, difícilmente practicables y traumáticas en términos institucionales, pues la caída, renuncia o destitución del presidente —que simboliza y ejerce "el" poder—, generalmente acontece en contextos de graves crisis originadas por la falta de gobernabilidad y su pérdida de ascendencia social y política (debilidad institucional).

Esto se ve agravado por diversos factores propios del régimen adoptado y su dinámica, tales como las vinculaciones entre poderes en contextos de desequilibrio estructural (los presidencialismos presentan dificultades serias para resolver las relaciones entre poderes en contextos de desequilibrio estructural¹⁵¹⁰) o la vulnerabilidad estructural a factores nocivos exógenos (el diseño institucional que supone el presidencialismo lo torna más vulnerable a las presiones corporativas¹⁵¹¹, facilitando y abaratando los costos de acceso de los grupos de interés al crear —en el mejor de los casos— dos centros decisorios¹⁵¹²).

Art. 89.—

Para ser elegido presidente o vicepresidente de la Nación, se requiere haber nacido en el territorio argentino, o ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero; y las demás calidades exigidas para ser elegido senador.

Comentario por Matías A. Sucunza

I. REQUISITOS PARA SER PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE

La cláusula en tratamiento establece los requerimientos generales que deberán acreditar quienes deseen postularse y ser elegidos como presidente y vicepresidente de la Nación, determinando quiénes se hallarán habilitados para poder competir electoralmente y las opciones entre las cuales podrá sufragarse.

En ese sentido, la Constitución dispone que para ser elegido en cualquiera de los cargos es necesario haber nacido en el territorio argentino o, habiendo nacido en el extranjero, ser hijo de ciudadano nativo, más las condiciones establecidas para ser senador¹⁵¹³.

Con relación al requisito de la nacionalidad para el desempeño de cargos públicos, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en distintos precedentes marcando una clara línea tendiente a limitarla¹⁵¹⁴ y considerarla una categoría sospechosa, portadora de una presunción de inconstitucionalidad y objeto de un escrutinio agravado.

Sin embargo, su exigencia respecto de los cargos de presidente y vicepresidente encuentra sustento en diversos órdenes de argumentos. Por una parte, se sostiene que esa persona comprendería y reflejaría nuestras tradiciones, los sentimientos y la cultura. Asimismo, también facilitaría que en ejercicio de su carácter de representante de la Nación frente a los demás Estados, la ciudadanía extranjera no ocasione una disyuntiva o conflictos entre los intereses nacionales y personales. Por otra parte, también convergen motivos de orden histórico, por cuanto de esta forma se permitía que pudieran acceder al cargo los hijos de argentinos que se habían visto obligados a exiliarse por motivos políticos, como pasó

en la administración de Rosas o luego con las dictaduras militares o, inclusive hoy, con las emigraciones por razones socioeconómicas. Asimismo, esta disposición debe complementarse con la mencionada nacionalidad por opción que reconoce el art. 75, inc. 12 de la CN¹⁵¹⁵.

Silverio Gusman postula que el artículo constitucional sortea el test de razonabilidad y disipa la sospecha discriminatoria que contagia una restricción en virtud de la nacionalidad del individuo, pues se trata del único impedimento para ocupar un cargo público que la Constitución establece para los argentinos nacionalizados; lo cual se justifica en función de referirse a la titularidad del Poder Ejecutivo¹⁵¹⁶.

En función de las razones explicitadas es que se ha reafirmado su constitucionalidad. Por caso, el dictamen de la Procuración General en el caso "Hooft"¹⁵¹⁷ rememora que la Constitución Nacional (texto de 1853 y el actual) no distingue entre nacionalidad y ciudadanía, utilizando desde la perspectiva gramatical ambos términos como sinónimos¹⁵¹⁸ y que solo exige la condición de ser argentino nativo o ser hijo de ciudadano nativo, en el caso de haber nacido en el país extranjero, en los casos del presidente y vicepresidente, pero no para los legisladores, jueces de la Corte Suprema y nacionales¹⁵¹⁹.

Por su parte, *in re* "Calvo y Pesini"¹⁵²⁰, el Máximo Tribunal remarcó que el art. 16 consagra el reconocimiento pleno de los derechos de los extranjeros al ejercicio de su profesión y que la idoneidad en tanto conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser estatuidos por la ley o el reglamento, comprende algunas genéricas (como la aptitud técnica, física y en particular la moral) de otras como la ciudadanía, predicable solo para determinadas funciones (los cargos en tratamiento), ya que no se trata de una cualidad abstracta sino concreta, que ha de ser juzgada con relación a la diversidad de funciones y empleos. Respecto del tratamiento del requisito de la nacionalidad para el ejercicio de los cargos públicos en general, remitimos al comentario de esta obra sobre empleo público del art. 14 bis de la CN.

Al requisito de la nacionalidad se suman la edad (tener por lo menos 30 años), un mínimo de ejercicio de la ciudadanía de seis años y "disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente" (art. 55, CN).

En este sentido, si bien ha sido positiva la eliminación de la confesionalidad católica¹⁵²¹ en tanto requisito para la postulación (tal como lo proponía la ley declarativa de la necesidad de la reforma para asegurar no solo el principio de libertad de cultos sino para garantizar una mejor igualdad religiosa)¹⁵²², resulta criticable el mantenimiento del requisito de una "renta" para proponerse y ser elegido, especialmente porque constituye un resabio de la época que evidencia la vinculación que existía

entre ilustración y riqueza, donde esta además era concebida como muestra de idoneidad y capacidad.

Actualmente esa vinculación entre riqueza, idoneidad y capacidad no solo es difícilmente sostenible, sino que resulta en sí misma cuestionable como condición (razonable) del derecho a elegir y ser elegido y con la amplitud con que deben ser concebidas y propiciadas dichas garantías en el marco de un régimen democrático más igualitario. De todas maneras, más allá de insistir con la conveniencia de su eliminación en una posterior reforma, lo cierto es que no se exige como tal. Si así fuese, en línea con las objeciones explicitadas, consideramos que existirían razones suficientes para declarar su irrazonabilidad e inclusive considerarla como una categoría sospechosa.

Siendo que el cargo es nacional, el requisito de pertenecer a una provincia no rige respecto del presidente y vice. Sin embargo, algunas voces consideran que el requisito de los "dos años de residencia inmediata" debe aplicarse en relación con la residencia en el país, pues entienden que se trata de una interpretación extensiva absolutamente razonable: quien no ha vivido en nuestro medio los dos últimos años previos a su elección, si no puede ser senador, menos puede ser presidente. Sin embargo, Sarmiento fue electo presidente mientras se encontraba en Estados Unidos y no se lo consideró inhábil para ocupar el cargo. El retorno a la democracia en 1973 exigió residencia mínima en el país para ser candidato; ello fue considerado una forma de discriminar a Juan Domingo Perón, que hacía 17 años que vivía fuera del país¹⁵²³.

En nuestro criterio, dicho requisito es entendible para el caso de postularse como senador, pues si no se es nacido en la provincia que pretende representarse, la residencia mínima inmediata aparece como una pauta objetiva que supone ese vínculo. En el caso del presidente y vice, el cumplimiento de los restantes recaudos (ser nacional natural o por adopción) reluciría como condición suficiente del vínculo de "pertenencia", resultando las interpretaciones extensivas contrarias a los principios que abonan por una mayor y más igualitaria participación.

A las condiciones establecidas cabe sumar otras indirectamente vinculadas, tales como el deber de afiliación partidaria o su pertenencia en tanto salvoconducto para la competencia como candidatos a cargos públicos electivos (art. 38, CN)¹⁵²⁴. En ese sentido deberán tenerse en consideración las previsiones establecidas por el Código Nacional Electoral¹⁵²⁵.

En relación con ello, la Cámara Nacional Electoral ha resaltado que el principio de libertad de candidatura es la regla, que sufre algunas excepciones pasibles de ser clasificadas según sean de carácter jurídico o de hecho. Entre las primeras, se destacan esencialmente, la edad, la

residencia y la idoneidad. El derecho pasivo de sufragio o derecho a ser elegido aparece estrechamente ligado a una determinada concepción de la representación; precisamente, porque se espera de los elegidos cualidades singulares, se les exigen condiciones distintas y más estrictas que las que se requieren para el ejercicio del sufragio activo, ya que no es solamente un derecho, sino también constituye la oferta electoral¹⁵²⁶.

Aunque respecto del alcance del [art. 38](#) de la CN ha explicitado que "no es posible concluir que la Constitución Nacional imponga o prohíba el monopolio partidario de las candidaturas. La adopción del sistema más adecuado a nuestro medio es una facultad que corresponde al Congreso de la Nación efectuar —como órgano investido del poder de reglamentar los derechos y garantías reconocidos por la ley fundamental con el objeto de lograr la coordinación necesaria entre el interés privado y el interés público— sobre la base de la apreciación de motivaciones de política social, cuya ponderación no es objeto de evaluación por los jueces sin exceso de sus atribuciones constitucionales. Encontrar en los partidos políticos un medio para evitar la dispersión de las voluntades que aparejaría la falta de representatividad de quienes resultaren elegidos —a pesar de que pudieran existir otros modos de articular las reglas del juego electoral y la integración armónica de los mecanismos de designación— es una clara opción de política legislativa cuya oportunidad, mérito y conveniencia no le corresponde a un tribunal de justicia evaluar. Serán los poderes políticos del Estado, si consideran que el [art. 2º](#) de la [ley 23.298](#) no responde ya a las circunstancias y necesidades tenidas en cuenta al sancionarla, los que podrán eventualmente posibilitar la participación de candidatos independientes en la elección de autoridades nacionales, por vía de la sanción de la ley correspondiente o modificando la actual ley"¹⁵²⁷.

Asimismo, cualquier duda interpretativa debe ser leída a través de los principios de participación e igualdad¹⁵²⁸, representatividad popular¹⁵²⁹, respeto de la genuina expresión de la voluntad del pueblo¹⁵³⁰ y preeminencia de la voluntad mayoritaria¹⁵³¹, erradicando la imposición de condiciones que limiten innecesaria, desproporcionada e irrazonablemente la posibilidad de una amplia e igualitaria competencia electoral.

Otros recaudos que forman parte del concepto de idoneidad son el hecho de que la persona se encuentre en ejercicio de su capacidad¹⁵³² y no esté inhabilitada para ejercer la función pública o en situación de incompatibilidad¹⁵³³ en razón de alguna causal legalmente prevista. En ese sentido, tanto la CN (art. 36) como el Cód. Penal impiden a los que hayan incurrido en actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático ejercer empleos o cargos públicos.

A diferencia de lo que ocurre en relación al empleo público en general (donde se han ido sancionando regímenes especiales que prevén cupos u otras herramientas similares tendientes garantizar una mayor igualdad real y promover prácticas inclusivas en consonancia con lo estatuido por el art. 75, inc. 23 de la CN)¹⁵³⁴, en relación a los cargos en tratamiento no existen medidas de acción positiva específicamente previstas para ningún tipo de grupo de tutela preferente. El art. 37 de la CN es la única previsión que trae algún tipo de regulación especial directamente asociada a la materia al prever que "la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral".

Los requisitos mencionados deberán hallarse presentes al momento de su postulación, aunque se ha tolerado interpretativamente la posibilidad de admitir su acreditación al momento de la asunción definitiva.

II. LA IDONEIDAD COMO CONCEPTO PROBLEMA: ¿QUÉ, CUÁL Y PARA QUÉ? LA RESTRICCIÓN REGLAMENTARIA COMO REASEGURO PARA MAXIMIZAR LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Como mencionamos en el trabajo sobre empleo público vinculado al comentario del art. 14 bis, el art. 16 de la CN establece que todos los habitantes serán "admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad". En ese sentido, lo primero que advertimos es que: (i) la idoneidad constituye un presupuesto indispensable que debe acreditarse para acceder al empleo público; (ii) aparece en la Constitución consagrando una obligación, tanto para el Estado (limitando la posibilidad de nombrar a cualquier persona que carezca de la misma) como para el ciudadano (sabiendo que no será admitido para ser elegido); (iii) en su calificación de única condición necesaria se aglutinan un conjunto de cualidades generales y otras específicas, acordes al tipo de función; (iv) dichas condiciones normativamente impuestas deben acreditarse concretamente; (v) la publicidad de los actos de gobierno como principio, la transparencia como valor y la igualdad como garantía exigen como principio dentro del concepto mismo de idoneidad el juicio comparativo. De allí que el mecanismo de selección más acorde sea, en términos republicanos y democráticos, el concurso y (vi) la idoneidad tiene un claro sentido igualador tendiente a reafirmar que las funciones que los ciudadanos cumplen en nombre del Estado no son privilegio de una clase o porción de la sociedad, sino un legítimo derecho de toda persona¹⁵³⁵, circunstancia que exige de aquel la necesaria adopción de acciones positivas con relación a ciertos grupos especialmente desaventajados.

Técnicamente, la idoneidad constituye un concepto jurídico indeterminado. En tanto tal, es objeto de disputas interpretativas por parte de las personas autorizadas a exigirla, aplicarla, regularla y juzgarla, las

cuales procuran llenarla de sentido a través de reglas de la experiencia y valor que varían en cada momento y espacio. Ello así, aun cuando asumamos que existen ciertos elementos, requisitos o una idea que estructura la noción de idoneidad, que es permanente y atemporal.

En relación con ello, la CS ha sostenido que "para ocupar empleos o cargos públicos la Constitución Nacional impone la condición de 'idoneidad' (art. 16, párr. 1º), es decir, que exige que la persona que pretenda ingresar a la Administración tenga las aptitudes físicas y técnicas necesarias para desempeñar las tareas que se le asignen"¹⁵³⁶.

Ahondando en esta idea de la idoneidad como un universo de razonables condiciones normativamente establecidas, Highton y Maqueda precisan que "la idoneidad supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser estatuidos por la ley o el reglamento, no se trata de una cualidad abstracta sino concreta, que ha de ser juzgada con relación a la diversidad de las funciones y empleos, pauta cuya aplicación se impone bajo el principio rector del art. 16 de la CN a favor del reconocimiento pleno de los derechos de todos los habitantes, incluido el ejercicio de su profesión"¹⁵³⁷.

De igual manera, la Procuración General ha explicitado que "el recaudo de idoneidad para acceder a los cargos públicos consiste en el conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser estatuidos por ley o reglamentos. La aptitud técnica, física y, en particular, la moral configuran exigencias de carácter genérico en tanto otras, como la ciudadanía, lo son para determinadas funciones"¹⁵³⁸.

El presidente y vice no dejan de ser empleados públicos por más que no estén sometidos al régimen de empleo público. Las características peculiares de su trascendente función justifican ese régimen diferenciado, aunque no alteran su condición de servidores públicos. Por lo tanto, ellos también deben acreditar idoneidad para la postulación y ejercicio de su cargo. El problema que en este punto se presenta es qué y cuál idoneidad se les puede exigir a las personas que deseen postularse para dicha función y, en todo caso, cómo se controla antes y durante su ejercicio. Es decir, si es exigible alguna cualidad o aptitud especial y cómo pueden escrutarse.

Es cierto que del juego de los arts. 89, 55 y 38 de la CN surgen algunas pautas que permiten construir el concepto de idoneidad (básicamente, una suerte de identidad nacional natural o por adopción, cierta edad mínima y la inexistencia de reproches por atentar contra el régimen democrático).

Sin embargo, con base en ese mismo concepto, en las condiciones que consideran debe tener una persona que se postule a dichas magistraturas y bajo cierta visión "elitista" de la participación democrática, hay quienes

han planteado la necesidad de establecer otro tipo de exigencias que brinden mayores reaseguros para poder optar por gente "más calificada". El cuestionamiento suele acrecentarse cuando advertimos que, más allá del voto como expresión legitimante, los únicos requisitos exigidos para desempeñar el más alto cargo de la Nación son los señalados, ninguno de los cuales aseguraría la "idoneidad" para gobernar.

Esto conlleva disipar una cuestión medular: ¿puede el legislador imponer condiciones reglamentarias? ¿Respecto de qué cargos el legislador puede imponer condiciones de idoneidad?

Quiroga Lavié precisa que las "normas inferiores no podrían aumentar dichos requisitos con nuevas exigencias ni tampoco disminuirlos, pues se estarían cambiando las condiciones constitucionales de elegibilidad, dejando a criterio de las mayorías del pasado el arma para limitar el acceso a la representación popular de sectores que el pueblo identifica como los más capaces, según su criterio"¹⁵³⁹. A contrario, Sagüés postula que la palabra "empleos" del art. 16 de la CN es de por sí extensa y abierta, incluyendo "toda clase de servicio u ocupación, ordinario o extraordinario, permanente o transitorio, en la Administración Pública, desde el más modesto hasta el de presidente de la República". De allí que sostenga que "la Constitución —es innegable— puntualiza algunos requisitos, pero eso no significa automáticamente negar otros, inspirados en razones del bien común, de moralidad pública, de eficiencia (idoneidad) y sensatez, que el legislador puede establecer, siempre que sea razonable y necesario hacerlo. (...) Una limitación razonable (sensata, de sentido común, equitativa) a la competencia constitucional de los órganos de gobierno y poder, en los procesos de designación, fundada en una sana aplicación del principio de idoneidad, no es *a fortiori* repulsiva a la Constitución"¹⁵⁴⁰.

Por su parte, Bianchi recuerda que el art. 16 tiene hondas raíces democráticas (pues lo que pretende evitar son los favoritismos personales y los privilegios de parentesco o de otro tipo en las designaciones) y enfatiza que la aparente antinomia entre idoneidad y democracia no es tal (pues la idoneidad es un principio esencial del sistema democrático), señalando que el problema, en realidad, es cómo aseguramos la idoneidad de nuestros representantes. Aquí es donde entran a jugar dos cuestiones relevantes en la evaluación de la capacidad para desempeñar una función (i) los requisitos para ocupar el cargo y (ii) el método de elección. Para él, en el caso del presidente y vicepresidente y de los senadores y diputados, ninguno de ellos asegura exactamente la idoneidad. De allí que postule que, aplicada a los más altos cargos de la República, la idoneidad es exigible, pero no es mensurable objetivamente y está entregada a una decisión donde lo subjetivo e ideológico juegan un valor preponderante¹⁵⁴¹.

Por nuestra parte, consideramos que con relación al empleo público de carácter político no electo popularmente o el burocrático no existirían

óbices de ninguna índole mientras se resguarden las garantías de razonabilidad. Sin embargo, con relación a los cargos que desempeñan los titulares de los poderes como resultado de la elección popular, habiendo sido fijadas por la propia Constitución convencionalizada las condiciones de ejercicio, no podría el legislador imponer otros ni mayores requisitos¹⁵⁴², aun cuando a través de ella se pretenda "mejorar" la idoneidad en la función¹⁵⁴³.

Los principios de participación democrática, igualdad real de oportunidades, representatividad popular, respeto de la genuina expresión de la voluntad del pueblo y preeminencia de la voluntad mayoritaria abonan la tesitura sentada por el Máximo Tribunal Nacional. Al mismo tiempo, aun cuando dejemos de lado las reglas y principios mencionados, resulta difícil pensar qué tipo de condiciones podrían imponerse para satisfacer el recaudo de idoneidad para gobernar o cierta idea técnica de este.

De todas maneras, una propuesta que puede servir para mejorar el estado de cosas es repensar la importancia de la legislación electoral, de partidos políticos y reforma política y la necesidad de un cambio de prácticas sustancial dentro de las dinámicas partidarias¹⁵⁴⁴, a fin de garantizar la participación real de los afiliados, mejorar el conocimiento y selección de los candidatos y, consecuentemente, la "idoneidad" de los mismos¹⁵⁴⁵.

En el mismo sentido, compartimos con Sabsay que también deberían promoverse, en el marco de las campañas electorales, las acciones que se centren en el mejor conocimiento de los candidatos, como son los debates, los encuentros, los coloquios y los compromisos preelectorales en variadas temáticas. De ese modo, el votante sufragará con mayor conocimiento de la idoneidad de sus futuros gobernantes¹⁵⁴⁶. Las PASO han supuesto solo un avance formal, dejando intactas las dinámicas que nutren de sentido a las prácticas reales.

* * *

Art. 90.—

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.

Comentario por Matías A. Sucunza

I. DURACIÓN DEL MANDATO Y REELECCIÓN: LA IMPOSICIÓN DE LIMITACIONES COMO REASEGUROS DEMOCRÁTICOS

El presidente y vicepresidente duran cuatro años en su mandato. Esta norma fue incorporada con la reforma de 1994, reduciendo el período presidencial de seis años que contenía la Constitución histórica.

Algunos sostuvieron que "el acortamiento de los plazos apuntó a concluir con una constante histórica advertida para todos los gobiernos constitucionales desde 1958 en adelante que demostró la existencia de dificultades insalvables para completar el período de seis años¹⁵⁴⁷, además de revelar momentos especialmente críticos en el tercer o cuarto año de gobierno. Así, la reforma aprobada no consistió sólo en reducir a cuatro años el período de gobierno sino en disminuir el tiempo en la transición, aspecto tan importante como el anterior porque en el futuro la duración de esa transición insumirá sesenta días"¹⁵⁴⁸.

Quiroga Lavié, sostiene que el acortamiento a cuatro años aleja el peligro de una interrupción institucional, aunque la continuidad de un segundo período puede regenerar ese viejo síndrome, en un país que tiene el colapso y la inestabilidad incorporados desde hace cien años. De allí que los "(...) vacíos o excesos de poder, obliguen a que la ingeniería constitucional adopte salvaguardas en beneficio de la estabilidad del sistema"¹⁵⁴⁹.

Existen razones directamente vinculadas que terminan de explicar y justificar la modificación operada. Sin embargo, el hecho de que haya sido uno de los puntos centrales del Pacto de Olivos no se debió a ello, sino al interés que tenía el por entonces presidente del Partido Justicialista y del país Carlos S. Menem de garantizar su reelección¹⁵⁵⁰. En un Estado donde el personalismo, la concentración y la perpetuación en el poder son un problema estrechamente vinculado con la inestabilidad institucional, que los fines gravitantes que motivasen la reforma en el punto hayan sido esos hablan a las claras de un cuadro de degradación político-cultural.

El mandato según la propia Constitución no puede ampliarse bajo ningún aspecto o causal¹⁵⁵¹, circunstancia que pone en crisis la prescripción contenida en el art. 4º último párrafo de la Ley de Acefalía en tanto contrariaría lo establecido por los arts. 90 y 91 de la CN. La duración del mandato ha sido reafirmada judicialmente en razón de las vicisitudes

políticas del último traspaso presidencial. Remitimos a los comentarios realizados en el art. 93.

En ese sentido, a pesar de la claridad del precepto, nuestra historia institucional nos retrata casos en los que se ha extendido legal e interpretativamente el mandato (p. ej., los casos de Menem¹⁵⁵² o Kirchner¹⁵⁵³) y otros en los que se alteraron las formas y posibilidades constitucionalmente establecidas (p. ej., el caso de Duhalde, quien fue designado por el Congreso en función de la Ley de Acefalía para completar el mandato de De La Rúa¹⁵⁵⁴, mandato que debía finalizar o dimitir. Sin embargo, a través del dec. 1399/2002 convocó a elecciones anticipadas).

De esa manera, el mandato es fijo, rígido y limitado, siendo sus causales de remoción acotadas, difícilmente practicables y traumáticas en términos institucionales pues la caída, renuncia o destitución del presidente, que simboliza y ejerce "el" poder, generalmente acontece en contextos de graves crisis originadas por la falta de gobernabilidad.

En cuanto a la reelección, el máximo mandatario y el vicepresidente pueden ser reelectos o sucederse por una sola vez en forma inmediata. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente deberán aguardar el intervalo de un período para poder competir electoralmente. Con ello se logra censurar la posibilidad de estrategias de sustitución en pos de un tercer mandato consecutivo (por caso, que alguien que haya ejercido la presidencia dos veces se presente como candidato a la vicepresidencia a fin de intentar lograr la renuncia de su compañero de fórmula).

En este punto, la Constitución Nacional se aparta de la norteamericana, la cual prohíbe de plano la posibilidad de un tercer mandato. Si bien durante la Convención Constituyente existieron convencionales que propusieron incluir esa limitación, la moción fue descartada.

Nuestra Constitución tampoco aclara, como sí lo hace la Enmienda XXII de los Estados Unidos¹⁵⁵⁵, si se computan y cómo los períodos parciales que el vicepresidente desempeñase como primer mandatario en función de alguna vacancia definitiva. Teniendo en consideración los principios de alternancia, rendición de cuentas y transparencia democrática, los valores que inspiraron la reforma en la materia y que guían el juego democrático, el criterio restrictivo que debe imperar en interpretaciones que favorezcan la consolidación de criterios personales en la administración de la cosa pública, la claridad del artículo en comentario y el hecho de que prevé la sucesión en cualquiera de los dos cargos como causal limitativa, estimamos que la posibilidad de un tercer mandato consecutivo es una opción vedada constitucionalmente.

Algunos entienden que la reelección no supone necesariamente disfuncionalidades en el ejercicio de gobierno, pues no sería buena ni mala

en sí, sino que dependería de la tradición política de cada país¹⁵⁵⁶. Otros entendemos que la alternancia en el poder es, por sí misma, un elemento fundamental de todo régimen democrático, la cual además genera beneficios indirectos trascendentes para mejorar la transparencia, el control y la gobernabilidad de todo régimen¹⁵⁵⁷. Al mismo tiempo, nuestra tradición política lejos de aminorar las críticas acrecienta los reparos de la persistencia en el desempeño del cargo presidencial. Ello así, en tanto no podemos obviar que la organización de poder adoptada refuerza los desarreglos institucionales reafirmando las estrategias de permanencia personal y concentración de poder.

En ese sentido, el hiperpresidencialismo argentino atenta contra la construcción de cualquier tipo de gobernabilidad pues el juego de suma cero que propone la estructura de poder (el cargo presidencial) se traduce en el botín a conquistar por todo el arco político o corporativo opositor, lo cual en contextos de fortaleza presidencial equivale a mayor acentuación del ejercicio unipersonal de sus facultades y en contexto de debilidad a desgobierno¹⁵⁵⁸. El hiperpresidencialismo (y su imagen provincial "los gobernadores") también distorsiona el sistema de partidos políticos¹⁵⁵⁹, desalienta las coaliciones y genera condiciones propicias para su ruptura, circunstancia que se agrava por las elecciones de renovación parcial de las cámaras no concurrentes con las del Ejecutivo y por el nivel de conflicto existente en función de la importancia de los poderes acordados al presidente y del grado de fragmentación del sistema de partido.

En relación con ello se ha alegado que los regímenes presidenciales generan estándares de *accountability* más aceptables porque lidian mejor con el problema de agencia entre votantes y políticos, extremo que resulta objetable por distintas razones. Entre ellas, porque no es trasladable a aquellos sistemas que no permitan la reelección presidencial indefinida (donde además las elecciones cuentan con fechas fijas), porque no es ejercitable en el momento en que es necesario sino al fin del mandato y porque cuando puede ejercerse (ante la existencia de elecciones intermedias que renuevan bancas congresionales), el castigo al presidente se torna ineficiente ya que no provoca el fin del mandato presidencial sino la parálisis del sistema¹⁵⁶⁰.

Por otra parte, podría afirmarse que la previsión constitucional en tratamiento no vulnera el derecho a elegir y ser elegido de los ciudadanos, en tanto reluciría como una reglamentación razonable que compatibiliza esas prerrogativas con los valores y fines democráticos y republicanos en que se enmarcan.

No obstante ello, así como hubo algunos que adujeron que la prohibición de un tercer mandato debilitaba la acción del presidente en la finalización de su mandato, en los últimos años se alzaron voces que sostuvieron que la cláusula en comentario limitaba severamente el

principio de soberanía del pueblo y otros asociados, pues en última instancia es "el pueblo" quien tiene y expresa su decisión en las urnas. De alguna manera, quienes lo pregonaban tenían la clara intención de perpetuarse en el poder y encontraban en esta elección constituyente un obstáculo insalvable. Tanto así, que ellos mismos reconocían que cualquier intento de tal tipo exigiría modificar la Constitución porque la prohibición de la cláusula en comentario era clara al respecto.

A los argumentos dados con anterioridad para explicitar la razón de ser de la limitación, podemos agregar su carácter general, la inexistencia de causal persecutoria o discriminatoria alguna, la periodicidad y alternancia en las funciones como fin en sí y medio instrumental para la realización de principios democráticos relacionados, su condición de elección política-jurídica constituyente, el hecho de constituir un reaseguro para evitar la concentración de poder, mejorar la participación igualitaria y la maximización de libertades.

La Cámara Nacional Electoral ha sentado precedentes en sentido concordante, sosteniendo que la exigencia de un intervalo para posibilitar la reelección presidencial no viola derecho político alguno, ni contraría las disposiciones de los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional o la estructura constitucional, destacando parte de la Corte Suprema que la imposibilidad de reelección resulta compatible con la democracia, siendo uno de los pilares fundamentales —si no el más importante— del sistema democrático¹⁵⁶¹.

Similar tesitura han sentado los órganos del sistema interamericano (especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos), los cuales han desarrollado importantes consideraciones vinculadas con el ejercicio de derechos políticos. Para un análisis exhaustivo sobre el punto, remitimos al análisis de los arts. 16, 22 y 38 de esta obra.

* * *

Art. 91.—

El presidente de la Nación cesa en el poder el mismo día en que expira su período de cuatro años; sin que evento alguno que lo haya interrumpido, pueda ser motivo de que se le complete más tarde.

Comentario por Matías A. Sucunza

I. CESE EN LAS FUNCIONES E IMPRRORROGABILIDAD DEL MANDATO

La disposición en tratamiento encuentra correlato en el proyecto de Alberdi. A lo regulado, el art. 83 de este agregaba que le sucedería "(...) el candidato electo o el presidente del Senado interinamente si hubiera impedimento". Como mencionásemos en el comentario del artículo anterior, lo único que modificó la reforma de 1994 fue la reducción del mandato del binomio Ejecutivo de seis a cuatro años.

Su finalidad es complementar el art. 90 de la CN, reafirmando el término de expiración del mandato y la improrrogabilidad de este. En ese sentido, deja en claro que el presidente cesa en sus funciones el mismo día en que expira su período de cuatro años, sin que evento alguno que lo haya interrumpido pueda ser motivo para prolongarlo. Es decir, que ningún impedimento personal (licencias o enfermedades), institucional, político o de cualquier índole puede ser invocado a ese fin.

A todo evento, si existiesen situaciones de excepción institucional que hubiesen alterado el orden democrático o provocado la imposibilidad de realizar los comicios en debida forma, correspondería observar lo establecido en la Ley de Acefalía. La perentoriedad del mandato ha sido reafirmada judicialmente en razón de las vicisitudes políticas del traspaso presidencial de 2015. Remitimos a los comentarios realizados en el art. 93.

Si bien la manda no lo menciona, rige idéntica limitación en relación al mandato del vicepresidente. El hecho de que este hubiese sustituido al presidente en forma temporaria o definitiva con motivo de alguna de las causales del art. 88 de la CN, no justifica prolongación alguna ni enerva su irremediable caducidad. Su cometido será completar el mandato presidencial. Similar deber pesa sobre cualquiera de las autoridades provisionales que le siguen en orden, excepto que ante circunstancias excepcionales el Congreso dispusiese una nueva elección.

En general, la expiración del mandato al término y su improrrogabilidad son reglas que no generan dudas interpretativas. No obstante ello, a lo largo de la historia se han promovido estrategias tendientes a burlarla a través de interpretaciones extensivas vinculadas al momento de asunción o su cómputo¹⁵⁶².

La conflictividad social, política y económica en que esas acciones acontecieron o los arreglos partidarios entre arcos y/o actores políticos dominantes pueden ser algunas de las razones que aparecen como condición de posibilidad de dichas medidas¹⁵⁶³. Está claro que la expiración fatal del mandato presidencial y la imposibilidad de extenderlo materializan los principios de alternancia en el poder, representación,

elección popular, transparencia, publicidad y rendición de cuentas, evitando su concentración y los personalismos. Remitimos a las consideraciones efectuadas al respecto en el comentario del art. 90.

En línea con lo expuesto, Sabsay considera que toda voluntad distinta a la del electorado que quisiera extenderlo por un período más prolongado está arrogándose para sí los derechos de este y, en consecuencia, provocando una discontinuidad constitucional. Asimismo, esta cláusula consagra el principio que contempla el carácter temporario de todo mandato popular, el que actúa como una suerte de antídoto a la personalización y a la ilimitación en el tiempo en el ejercicio del poder¹⁵⁶⁴.

Vinculado con el alcance temporal y material del término lectivo, debe recalcar que es una exigencia institucional, democrática y republicana que el presidente y vice cumplan el mandato popular que les ha sido conferido en debida forma. El uso de la fuerza o violencia como forma de tomar el poder institucional es un dato muy caro a nuestra historia. El artículo en comentario, en relación directa con lo establecido en el [art. 36](#) de la CN, enfatiza ese deber de respetar el mandato constitucional por parte de los poderes constituidos, fácticos, políticos, económicos y la propia ciudadanía. El régimen democrático exige expresar nuestras diferencias y exigir rendiciones de cuentas a través de los medios institucionales constitucional-convencional y legalmente previstos, lo cual incluye a la protesta como primer derecho¹⁵⁶⁵. En todo caso, si esos canales o medios adolecen de déficits de regulación o problemas de ejercicio, deberá trabajarse por mejorarlos a fin de facilitar el diálogo, la crítica, las objeciones y el pedido de razones.

II. MANDATO Y GOVERNABILIDAD: (DES)INCENTIVOS PARA MEJORAR LA EFICACIA SISTÉMICA

Un primer problema que suele achacarse al presidencialismo es la rigidez del sistema. Se esgrime que estos regímenes no cuentan con modos flexibles para resolver los conflictos de gobernabilidad¹⁵⁶⁶. En ese sentido, se ha sostenido incluso que el mandato fijo del presidente es un obstáculo para posibles reajustes¹⁵⁶⁷.

A contrario, algunos estudios han tratado de demostrar que las distintas formas de terminación de los mandatos que el presidencialismo recepta, de los cuales daría cuenta la experiencia latinoamericana reciente, permitirían concluir lo contrario, esto es, que es un sistema flexible que facilitaría salidas institucionales estables y que traducirían una nueva forma de *accountability*¹⁵⁶⁸.

Consideramos que esos estudios no tienen en consideración las limitaciones acerca de las causales de terminación del mandato, las causas endógenas basadas en el tipo de régimen que las provoca, las

condiciones en que esas "salidas" terminan aconteciendo, el precio al que se lo hace y los resultados que provocan en términos institucionales y democráticos, todo lo cual se traduce en una postergación exagerada de los conflictos y del *impasse* institucional, en la imprevisibilidad de los desenlaces y en la legitimidad controvertida de los mismos para los actores políticos en conflicto¹⁵⁶⁹.

También se ha sostenido que el mandato fijo del presidente y la reelección limitada (que impediría a la ciudadanía toda posibilidad de castigar electoralmente al presidente que está cumpliendo los últimos años de mandato)¹⁵⁷⁰, la concentración de funciones que detenta en detrimento de los restantes departamentos de Estado, la necesidad de mantener soportes estables a cualquier precio, las características de la estructura burocrática de la administración, los modelos proporcionales con listas cerradas y el poder que puede ejercer sobre los distintos órganos de control para condicionarlos o censurarlos son fuentes de riesgo para la corrupción, la falta de transparencia institucional¹⁵⁷¹ y la ineficiencia administrativa.

Con relación a esta última, Ackerman señala que el tipo de competencia entre el Congreso y el presidente por el control del aparato burocrático del Estado tiende a generar un estilo de gobierno excesivamente politizado, transformando el Poder Ejecutivo en un enemigo del *rule of law*¹⁵⁷², lo cual acentúa la confusión entre Estado y gobierno y favorece prácticas administrativas poco transparentes y personalistas.

En relación con la premisa de que los presidencialismos tienen mayor propensión a la corrupción que los regímenes parlamentarios, Toro Maureira demuestra a través de un sistema de pareo cómo existen causas endógenas al presidencialismo que inciden en la percepción de la corrupción. En ese sentido, señala que el problema principal que enfrenta todo ejecutivo en un sistema presidencial es asegurar el número suficiente de los legisladores para aprobar leyes claves. Este problema es especialmente grande si el partido del presidente no controla la legislatura, si es pequeño, si el número de partidos en la legislatura es muy alto y por lo tanto diversos acuerdos deben ser negociados, y si la carencia de una disciplina partidista lleva a la necesidad de negociar acuerdos con muchos legisladores individuales más que con algunos pocos líderes de partidos. Otro elemento que podría incidir para que los presidencialismos tengan una mayor propensión a la corrupción son las características del agente político que lidera las negociaciones y coordina la acción política. Se asume que un actor tendría mayores incentivos a la corrupción si existen más actores hacia los cuales este agente se debe mantener vinculado. En este punto, existe una diferencia de quien asume esta función en las distintas formas de gobierno. En efecto, mientras que en los parlamentarismos no está limitado a un partido fijo, en los presidencialismos la mayor parte de las veces es el propio presidente¹⁵⁷³.

En vinculación con esto se ha postulado que la consolidación democrática y su éxito exceden los límites de la institucionalidad y tiene que ver con la eficiencia del gobierno. En ese entendimiento, algunos autores entienden que sería posible afirmar que la consolidación estaría igualmente en peligro con sistemas parlamentarios si los gobiernos fueran también ineficientes, en la medida en que esta falta se origina en la estructura del Estado, el funcionamiento de la burocracia y la adaptación de esos factores con el grado de desafíos de desarrollo socioeconómico con que los gobiernos se enfrentan¹⁵⁷⁴. Lo que epistémicamente soslaya esta apreciación es el valor procedimental de la democracia y qué decisión institucional se compadece mejor con esa idea. En otro plano, también desconoce la incidencia que el factor institucional en tanto opción genera en el diseño y ejercicio del Estado.

* * *

Art. 92.—

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.

Comentario por Matías A. Sucunza

I. SUELDO Y LIMITACIONES FUNCIONALES: REASEGUROS SISTÉMICOS

El art. 92 establece dos prescripciones limitativas claras para el presidente y vice: i) no pueden ejercer ninguna otra actividad distinta a su función y ii) no pueden recibir otro sueldo que el que se les paga con dinero público por su ejercicio¹⁵⁷⁵.

La percepción del sueldo constituye un derecho de los mencionados funcionarios. La Constitución Nacional no establece cuál es la remuneración que deben detentar estos funcionarios, ni tendría razón de ser que lo hiciese.

En los últimos años se han alzado voces que critican duramente los sueldos que tanto el presidente y vicepresidente como otros funcionarios públicos (por caso, legisladores o jueces) cobran por el desempeño de sus

funciones. En ese sentido, se postula que dichos emolumentos son altos en sí (como forma de retribuir una tarea, entendiendo que la labor pública debe ser paga pero que supone un acto de servicio público) y comparativamente (al analizar los salarios de otros empleados públicos como docentes, policías o médicos, su razón de ser, importancia y contribución al quehacer estatal y social).

Lo que la norma sí prevé es que el sueldo no puede ser alterado (en menos) durante sus mandatos¹⁵⁷⁶, disposición que se funda en la necesidad de preservar la independencia de ejercicio en el desempeño del cargo —conteste el principio de separación de poderes—¹⁵⁷⁷ y evitar con ello presiones y condicionamientos indirectos de cualquier índole.

Esas presiones no solo pueden provenir de los restantes Departamentos de Estado (p. ej., el Legislativo con la aprobación o rechazo de la previsión presupuestaria) sino también de grupos de poder que intenten condicionar o corromper a dichos funcionarios. De allí que algunos entiendan al sueldo, su cuantificación e inalterabilidad a la baja como una condición institucional más tendiente a desalentar dichas conductas.

A contrario, quienes critican los salarios cobrados suelen sostener la ineficacia de tal medida y la necesidad de pensar en otros tipos de incentivos (mejores controles), exigencias (idoneidad moral) o condiciones de ejercicio (posibilidad de rendir cuentas y escrutar el desempeño del cargo), los cuales aparecen como más idóneos para trabajar en la desarticulación progresiva del vínculo entre dinero, corrupción, información y poder.

De más está decir que la limitación de recibir otro "sueldo" no involucra ni alcanza las rentas y beneficios que ambos funcionarios perciban del producido (directo o indirecto) de su patrimonio personal. Sin embargo, esto también conlleva problemas adicionales. El presidente ocupa un lugar de privilegio y detenta información económica, financiera y política sensible y de trascendencia, lo cual le da la posibilidad de hacer mejores negocios con la administración de sus bienes. De allí que deban exacerbarse todos los controles posibles¹⁵⁷⁸.

Generalmente se ha sostenido la necesidad de que los bienes sean administrados por terceros. La presión social creciente y los hechos de corrupción achacados a las distintas gestiones anteriores y también sobre sí, hizo que el presidente Macri propusiese que sus bienes sean administrados por un fideicomiso ciego. La lectura de esa propuesta, si bien superadora del estado de cosas existente, no deja de adolecer de los mismos déficits, circunstancia que obliga a insistir en el perfeccionamiento de los controles endógenos y exógenos (administrativos y judiciales) y la mayor y mejor información como clave de trabajo.

Por su parte, la Ley de Ética Pública 25.188 prescribe que tampoco podrían, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones, recibir obsequios o donaciones sean cosas, servicios o bienes¹⁵⁷⁹, circunstancia a la cual se suma el deber de presentar las declaraciones juradas pertinentes antes de asumir, periódicamente y al final de su mandato¹⁵⁸⁰. Esta información es pública, por lo que puede ser requerida sin cortapisas por cualquier persona. En caso de denegatoria, podrá ser plenamente exigida y justiciable administrativa o judicialmente¹⁵⁸¹. Es importante que tanto en este caso como en el de todos los que desempeñan funciones públicas se controle ampliamente esa información, a fin de evidenciar y revertir prácticas de enriquecimiento y corrupción. Ello puede servir además como insumo para motorizar el reproche de responsabilidad política, penal, civil, disciplinaria y social por esos hechos.

En línea con lo establecido, no hay dudas de que la mayor dificultad en la materia sigue siendo el uso de los fondos reservados, los cuales si bien están establecidos cuantitativamente en el presupuesto nacional (el monto asignado), su aplicación y destino resulta secreto para la ciudadanía y quienes los emplean o reciben no rinden cuentas a la opinión pública¹⁵⁸².

Quiroga Lavié sostiene que "frente a esta clara norma constitucional resulta impropio que la utilización de los denominados 'fondos reservados' por parte del presidente de la República pueda llevarse a cabo sin obligación de rendir cuentas. Un proceder de esta naturaleza no sólo viola el art. 92 de la CN, en el supuesto de que el presidente pueda beneficiarse con el referido uso, sino la forma republicana de gobierno, en la medida en que uno de sus principios básicos es la responsabilidad de los funcionarios públicos. Si no lo ha hecho la Constitución, el Congreso debería prohibir el uso de fondos reservados, por parte del presidente o de otros funcionarios del Estado, sin la correspondiente rendición de cuentas. No hay justificación alguna para que ello no sea así"¹⁵⁸³.

Gelli reafirma que la práctica, ya convertida en rutina institucional es perniciosa e inconstitucional. Lo primero porque resuelve un problema — el de los medios que requieren los gastos presidenciales— de la peor manera, facilitando corruptelas y fomentando la hipocresía. Lo segundo, porque la reserva y el secreto incumplen la manda constitucional de la publicidad de los actos de gobierno y la autorización legal para no rendir cuentas viola el principio de responsabilidad gubernamental¹⁵⁸⁴.

Una cuestión adicional vinculada con la remuneración son las jubilaciones de excepción que aquellos que hayan ejercido dichas funciones detentan¹⁵⁸⁵. Este beneficio ha sido cuestionado desde distintos sectores, aunque nunca ha logrado instalarse y discutirse en forma seria, política¹⁵⁸⁶ o judicialmente¹⁵⁸⁷. Existe toda una estructura de sostén que diluye o inhabilita esa discusión, la cual encuentra en los funcionarios que deben proponer las modificaciones (representantes políticos) o a quienes

deben juzgarlas (jueces) como sujetos recíprocamente interesados en mantener los privilegios que tienen (entre los cuales se encuentra ser beneficiarios de este régimen de excepción¹⁵⁸⁸).

Una lectura comprometida de la garantía de la igualdad, la razón de ser de la función pública y los principios vinculados con la transparencia y rendición de cuentas tornan difícilmente sostenible un beneficio que se presenta como un reconocimiento al mérito pero que constituye un verdadero "privilegio"¹⁵⁸⁹. Remitimos a los comentarios de los arts. 14 bis, 75 inc. 20, 99, inc. 6º y 16.

Asimismo, la limitación funcional encuentra su razón de ser en la importancia de la magistratura desempeñada, el deber de dedicación plena que requiere su ejercicio, la imposibilidad de aprovechar la incidencia de su condición, el tráfico recíproco de influencias o la utilización personal de información sensible que monopoliza o administra. Esta limitación incluye todo tipo de actividad pública o privada, incluida la docencia (generalmente aceptada para otra clase de funcionarios y excluida como causal de incompatibilidad¹⁵⁹⁰).

* * *

Art. 93.—

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".

Comentario por Matías A. Sucunza

I. JURAMENTO DE LEY: EL RESPETO DE LA CONSTITUCIÓN COMO MARCO

Es una regla generalizada que todos aquellos que ejercen los máximos cargos dentro de la función pública estén obligados a prestar juramento. Ello constituye una formalidad propia del acto de designación, el cual involucra su validez. En el caso del presidente y vice, como acontece con legisladores, miembros de la Corte Suprema u otros supuestos¹⁵⁹¹, la

diferencia radica en que esa exigencia ha sido incorporada en el propio texto constitucional.

La Constitución histórica y sus sucesivas modificaciones exigían como requisito para ocupar los cargos en cuestión la pertenencia a la religión católica¹⁵⁹². Como remarcásemos en el comentario al art. 89, la reforma de 1994 eliminó dicho recaudo reafirmando la laicidad del Estado con argumentos de corte igualitario y pluralistas.

No obstante ello, el cuestionable linaje y vínculo entre la religión y el Estado trascendió la reforma. Primero, al no eliminar el sostenimiento económico del culto católico (art. 2º), el cual obviamente no se reduce a dinero, sino que implica un entramado de relaciones de poder entre la Iglesia Católica y el gobierno. El dinero es uno de los medios para mantener un vínculo de poder que incide y condiciona las decisiones gubernamentales. Segundo, al seguir estableciendo como parte del juramento el acatamiento de quienes hayan sido elegidos a sus creencias religiosas. Una lectura generosa podría sugerir que el nuevo criterio es inclusivo porque alude a todas las creencias¹⁵⁹³. Sin embargo, en cierta manera, vuelve a reeditar la misma objeción, pues implica que el presidente y vicepresidente juran respeto a los mandatos morales de su religión. El Estado es laico y, por más que las personas que ejerzan funciones tengan sus creencias (cualesquiera sean), ellas debieran reservarlas para sí a fin de evitar confusiones personales-funcionales, vínculos indebidos e intervenciones gubernamentales que favorezcan determinadas concepciones religiosas sobre cuestiones políticas o sociales. Además, puede que esas creencias religiosas estén en contraposición con mandatos constitucionales-convencionales, con los principios igualitarios y no discriminatorios que la estructuran o con los valores que la inspiran. Remitimos a las consideraciones efectuadas al comentario del art. 2º.

Algunos sostienen que la amplitud del art. 93 es tal para no violentar las creencias personales de quien asume el cargo. Esa afirmación es difícilmente sostenible. Primero, porque quienes asumen dichas funciones actúan la Constitución Nacional y deben respeto a ella, no a sus creencias personales. Han sido elegidos para llevar adelante el programa de gobierno que la Constitución establece y no los proyectos personales que estiman. Segundo, porque si existen interferencias entre sus creencias personales (religiosas o de otra índole), deberán dejarlas de lado y adoptar las decisiones que realicen el ideario constitucional-convencional. Tercero, porque podría ser el caso de que sus creencias religiosas sean inconcebibles dentro del marco axiológico o igualitario de la carta magna. Cuarto, porque el razonamiento es inverso: quien no debe violentar ese ideario con sus creencias es quien se postuló para ejercer dicha función en un Estado laico.

Más allá de lo expuesto, es cierto que en los juramentos conforma una cuestión de estilo que además de las creencias religiosas se permitan adicionar otras, sean morales, políticas o filosóficas. Consideramos con Gelli que el límite a esa libertad —por lo menos en la declaración formal de las propias creencias— estaría dado por la axiología constitucional, protegida por el art. 36 de la ley suprema y el ideario del Preámbulo de la Constitución¹⁵⁹⁴.

El juramento deberá prestarse ante el presidente del Senado y el Congreso en pleno. Dicho recaudo no puede omitirse ni excusarse, pudiendo ser exigido y justiciable en tanto requisito procedimental.

Quiroga Lavié sostiene que esta norma contiene la potestad implícita de ser el Congreso el juez de los títulos de ambos funcionarios, porque sería contradictorio haber advertido un vicio en la elección y no obrar en consecuencia, decisión que entiende revisable por la Justicia. Además, considera que el hecho de haber suprimido la atribución de este de "rectificar" la elección presidencial no implica negarle la potestad de contralor de esta, en tanto dicha supresión estuvo referida solamente a la rectificación de la elección indirecta, pero no la directa, respecto de la cual interviene solamente en relación con el juramento y lo que tiene ello de implícito, es decir, disponer eventualmente la nulidad de los comicios¹⁵⁹⁵. Remitimos a los comentarios del art. 75.

Un supuesto particular se suscitó con la sucesión presidencial entre Cristina Fernández de Kirchner y Mauricio Macri, luego de las elecciones del 2015. El oficialismo saliente se negó a efectuar el traspaso de mando entre presidentes, justificando su accionar a través de una lectura estricta del art. 93. Este señala que las autoridades electas prestarán juramento ante el presidente del Senado y el Congreso reunido en Asamblea. Más allá de lo manifestado, la negativa de la por entonces primera mandataria a entregar el mando ante el Congreso y el presidente electo obedeció a una decisión político-personal. Dicha decisión no solo resulta reñida con lo establecido por la propia Constitución sino con los principios republicanos en que se cimienta y el traspaso del mando como práctica institucional consolidada.

La negativa a efectuar el traspaso de mando también suscitó una cuestión interpretativa adicional. Como parte de la estrategia del oficialismo era sostener la conclusión del mandato presidencial y las potestades que trae consigo, el gobierno entrante planteó una acción para dilucidar cuándo comenzaba el período presidencial¹⁵⁹⁶. El temor de supuestas manifestaciones en la asunción presidencial y la necesidad de ejercer el control de las fuerzas de seguridad eran parte de la verdadera razón de ser del pedido.

La justicia hizo lugar a la acción promovida por Macri y Michetti (presidente y vicepresidente electos), circunstancia que motivó la asunción de la presidencia interina de Pinedo —presidente provisional del Senado—, funcionario que terminó efectuando el traspaso de ley.

Entre las consideraciones que la jueza Servini de Cubría efectuó se destacan:

(i) "La cuestión planteada resulta inédita y de gravedad institucional por cuanto involucra la imagen de nuestro país como Estado de derecho frente al pueblo de la Nación y a los representantes de los Estados extranjeros. Efectivamente, no se trata de meras cuestiones protocolares, puesto que se ha llevado al campo de la incertidumbre la interpretación de la Constitución Nacional, por lo que deberá otorgarse la certeza jurídica que tan relevante acto institucional requiere" (Considerando IV).

(ii) "La Constitución Nacional establece que el mandato del presidente dura cuatro años exactos, ni un día más ni un día menos. Si la Dra. Cristina Fernández de Kirchner asumió su segundo mandato presidencial el 10 de diciembre de 2011 y el Ing. Mauricio Macri fue proclamado por la Asamblea Legislativa presidente de la Nación para iniciar su mandato el 10 de diciembre de 2015; partiendo de la premisa de que el mandato de ambos, por imperio constitucional, es de cuatro años exactos, no cabe más que concluir que el mandato de la señora presidente saliente culmina a la medianoche del 9 de diciembre y el mandato del señor presidente entrante, se inicia a las 0.00 horas del 10 de diciembre de 2015" (consid. V).

(iii) "(...) Conforme surge de la Ley Fundamental, el juramento ante las Cámaras del Congreso reunido en Asamblea es un requisito ineludible para el ejercicio de la Presidencia de la Nación" (consid. VI).

(iv) "Conforme surge de la Constitución Nacional, si bien el mandato de Mauricio Macri y Gabriela Michetti como presidente y vicepresidente de la Nación respectivamente, comienza a las 0.00 horas del 10 de diciembre de 2015, es sólo a partir de que presten juramento ante la Asamblea Legislativa que tomarán posesión de sus cargos" (consid. VI).

(v) "Cabe recordar que el desempeño del Poder Ejecutivo es constante y por ello la Constitución prevé expresamente la cobertura del cargo ante distintas situaciones. El art. 88 impone como reemplazante natural del presidente al vicepresidente de la Nación, y establece que en caso de ausencia de ambos, es el Congreso el encargado de designar el funcionario público que desempeñará el cargo hasta que cese la causal correspondiente. (...) En consecuencia, desde el inicio del mandato presidencial (a la medianoche del 10 de diciembre de 2015) y hasta tanto Mauricio Macri y Gabriela Michetti juren como presidente y vicepresidente

de la Nación respectivamente, quien estará a cargo de la Presidencia de la Nación será el presidente provisional del Senado" (consid. VII).

CAPÍTULO SEGUNDO - DE LA FORMA Y TIEMPO DE LA ELECCIÓN DEL PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE DE LA NACIÓN

Art. 94.—

El presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el pueblo, en doble vuelta, según lo establece esta Constitución. A este fin el territorio nacional conformará un distrito único.

Comentario por Matías A. Sucunza

I. ELECCIÓN POPULAR DIRECTA

Históricamente, el presidente y el vicepresidente de la República eran electos de manera indirecta por el Colegio Electoral (o por el Congreso de la Nación en su caso), con un mandato de seis años y sin reelección inmediata¹. Este sistema de juntas o colegios electorales que había regido desde la Constitución de 1853-60, era tributario de líneas propias del constitucionalismo clásico-conservador² y operaba bajo la presunción de que dicho método garantizaría que los "mejores y más calificados" electores lleven a cabo la importante tarea de elegir al presidente haciendo primar la reflexión y concertación sobre la pasión y el interés general sobre el particular.

Uno de los objetivos declarados de la reforma de 1994 fue la consolidación y el perfeccionamiento del sistema democrático. De allí la incorporación de mecanismos como la iniciativa o consulta popular (arts. 39 y 40) o, como en el caso, la instauración de la elección directa.

De ese modo, luego de la reforma constitucional, el presidente y vice son elegidos por el pueblo en elecciones secretas, en doble vuelta (salvo que obtuviesen las diferencias porcentuales establecidas en los arts. 97 y 98). Esto les confiere legitimidad democrática directa³, comprometiendo y garantizando la participación personal del ciudadano, eliminando los

criterios conservadores existentes, reafirmando la igualdad y conciliando de mejor forma el modo de elección con la forma democrática-federal de gobierno y Estado.

Asimismo, también deja atrás las disfuncionalidades institucionales que traía la posibilidad de que la designación del presidente debiese ser llevada a cabo por el Congreso y los problemas y dificultades de los Colegios Electorales. En cuanto al sentido y alcance de la noción de democracia constitucionalmente receptada, remitimos a los comentarios de los arts. 1º, 22, 36, 37, 38, 39 y 40 de la CN.

La Constitución reconoce los principios de alternancia en el ejercicio del gobierno y periodicidad de los mandatos gubernamentales, los que constituyen pilares del Estado de Derecho tendientes a evitar la perpetuación en los cargos, la consiguiente personalización del poder que supone y los efectos negativos que en esos términos conlleva. Sin embargo, desde un enfoque más exigente, que tensione el alcance de esos principios con el valor de la pluralidad y de la descentralización del poder, podría cuestionarse que una persona pueda desempeñarse dieciséis años como titular del Ejecutivo (cuatro mandatos con un intervalo de por medio) o aún más, dependiendo la edad, sobremanera sabiendo que la continuación en el poder ha sido un rasgo característico de los presidencialismos latinoamericanos y del argentino en particular, tal como dan cuenta las diversas modalidades utilizadas (entre ellas, la postulación de miembros cercanos o familiares)⁴.

Asimismo, siendo que ambos funcionarios constituyen autoridades del Gobierno federal, que su elección (directa) corresponde a todos los ciudadanos en condiciones de sufragar, que su voto es equivalente y que la representación debe ser genuina, resulta elocuente que a ese fin el territorio nacional conforme un distrito único y que el *resultado* también lo sea⁵. No obstante ello, su incorporación en la cláusula constitucional es de interés para disipar todo tipo de reglas o maniobras político-electorales que pudiesen distorsionar la elección, su incidencia y representación.

Al tiempo que la elección directa elimina la sobrerrepresentación de algunos distritos también confiere un poder determinante a las jurisdicciones más pobladas. En términos políticos, esos "sectores territoriales" se vuelven más atractivos, por cuanto un resultado positivo allí les da grandes posibilidades de ganar la elección. Tal lo que ocurre con la provincia de Buenos Aires o dentro de ella, el conurbano bonaerense. Sin dudas, el desequilibrio en la concentración demográfica es un problema directamente vinculado con la ausencia de políticas de Estado que promuevan la construcción de un régimen verdaderamente federal. Sin embargo, esa dificultad no constituye un argumento lógico, teórico o jurídico válido ni eficaz para soslayar el postulado fundamental de "una

persona un voto" en el que se inscribe la democracia como forma de participación popular (informada e igualitaria) directa.

II. LA (EVENTUAL) DOBLE VUELTA

Como mencionásemos, la modificación constitucional de 1994 introduce la elección directa a doble vuelta o *ballottage*. El art. 148 del Código Nacional Electoral reitera la prescripción constitucional, agregando que la elección del presidente y vicepresidente será "simultánea".

El *ballottage*, en tanto técnica de uso en materia electoral, consiste en la necesidad impuesta a todo candidato a un cargo electivo de obtener en el escrutinio la mayoría absoluta de los sufragios válidos para poder acceder al cargo en disputa, circunstancia que conlleva que si ninguno de los dos contendientes hubiese alcanzado el porcentaje requerido en la primera vuelta electoral, deba celebrarse una segunda votación entre los dos candidatos que obtuviesen la mayor cantidad de votos. Recordemos que el *ballottage* en Argentina se previó por primera vez luego de la enmienda constitucional del 24/8/1972 (dispuesta por la Junta de Comandantes que estaba en el poder en ese momento y sobre cuya base se organizó el sistema electoral nacional a través de la ley 19.982), la cual fue dejada sin efecto por el nuevo gobierno.

La implantación de este sistema procura lograr mayor consenso y legitimidad electoral de aquellos que serán electos y también una más amplia libertad al votante, quien en el esquema planteado podría elegir en primera ronda según sus preferencias políticas, valorativas, personales e ideológicas y en una eventual segunda vuelta, el que resulte más afín a sus intereses entre los dos posibles.

También incide en el sistema de partidos (reduciendo generalmente el número de los mismos o tornándolos más disciplinados), en las estrategias electorales (promoviendo la realización de alianzas, acuerdos o coaliciones para potenciar sus capacidades o chances) o, incluso, en la relación entre los departamentos ejecutivo y legislativo.

Para que exista segunda vuelta, ninguna de las fórmulas que se presenten a elecciones deberá obtener las mayorías establecidas en los arts. 97 y 98 de la CN. Al votar por una fórmula electoral indivisible (art. 148, CNE), la misma no puede ser alterada salvo circunstancias de excepción⁶. En relación con los pormenores vinculados con las mismas o las causales excepcionales de recomposición de la fórmula electoral, remitimos a los comentarios efectuados en dichos artículos.

Entre las objeciones que se han planteado al sistema de doble vuelta instaurado destacan que prevé un mecanismo complejo de porcentajes que: (i) tiende a confundir al elector, reduciendo y neutralizando los

objetivos principales perseguidos por el propio instituto; (ii) puede ser designado sin mayoría absoluta de votos disminuyendo el estándar de legitimidad y (iii) contraría el pluralismo pretendido con la doble vuelta haciendo que el voto sincero que se busca en la primera vuelta se use para evitar lograr que se supere el 45% o el 40% con distancia mayor del 10% con relación al segundo⁷.

En otro orden, también se ha objetado no habérselo dispuesto en forma simultánea para la elección de representantes en el Congreso, lo cual aseguraría al partido ganador un mayor control del Congreso y una mejor gobernabilidad del sistema⁸. Contra ello podría esgrimirse que la existencia o ausencia de mayorías en el Congreso no debería significar, bajo ningún aspecto, la confirmación o el rechazo automático de cualquier medida impulsada desde el Poder Ejecutivo. En todo caso, su deber es analizar y discutir seriamente las acciones que se promuevan como parte de la agenda de gobierno o las que el propio Congreso lleve adelante en el marco de sus cometidos constitucionales.

* * *

Art. 95.—

La elección se efectuará dentro de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del presidente en ejercicio.

Comentario por Matías A. Sucunza

I. COMICIOS Y TRASPASO INSTITUCIONAL: EL TIEMPO COMO FACTOR ORGANIZATIVO

La reforma de 1994 realizó dos modificaciones en relación a esta cláusula. Primero, redujo el plazo de cuatro meses a dos. Segundo, cambió la redacción. Antes decía que la elección debía efectuarse cuatro meses "antes". Actualmente se estipula que se realizará "dentro" de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del presidente en ejercicio.

En ese sentido, el presente artículo establece un recaudo que en principio podría aparecer como intrascendente o secundario si se tiene en consideración qué tipo de cláusulas debería contener o contiene la ley

fundamental. Sin embargo, existen distintas razones que permiten dimensionar su relevancia.

Un primer orden de argumentos se encuentra vinculado con la necesidad de determinar y prever todo lo atinente a la organización de poderes. Cuándo y cómo se accede a la máxima magistratura o la fijación de un tiempo para el juego de disputas de poder político-institucional, son factores claves dentro de la estructura adoptada.

Una segunda cuestión tiene que ver con la trascendencia que en ese esquema organizativo detenta la figura del primer mandatario y su rol en la acción de gobierno, tanto en el plano interno como en la esfera internacional, dado su carácter de representante del Estado y la incidencia que puede tener en el marco de la determinación y concertación de la política exterior.

Un tercer orden de razones se halla asociado a la necesidad de establecer un traspaso del mando ordenado. Ello no se reduce a la cuestión protocolar sino inclusive a su dimensión administrativa o burocrática. Esto es, la exigencia de que el gobierno saliente pueda dejar la administración en orden para la asunción del gobierno entrante y la consecución de las líneas que conforman las políticas públicas de Estado. La idea de que este es una institución que trasciende a los gobiernos debería exacerbar este deber. Contar con una completa y clara rendición de cuentas y la información disponible y fiable es un elemento fundamental para la ejecución de la agenda de gobierno.

En cuanto a la cuestión organizativa, quien convoca a elecciones es el Poder Ejecutivo, de conformidad con lo establecido en el Código Nacional Electoral. Dicha norma determina el procedimiento y los restantes recaudos, fijando que la convocatoria deberá hacerse con una anticipación no menor de noventa días y reiterando el deber de celebrar los comicios dentro de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del presidente y vicepresidente en ejercicio. Estipula también que la convocatoria comprenderá la eventual segunda vuelta (art. 148). Esto es relevante, porque de no consagrarse ninguna fórmula en primera vuelta, deberá realizarse una segunda vuelta entre las dos más votadas dentro de los treinta días⁹. Si bien es una situación excepcional (desde su introducción constitucional solo se utilizó en la elección del año 2015, pues en la elección del 2003 el candidato de la fórmula más votada renunció), cuando acontece reduce drásticamente el tiempo con que se cuenta para realizar el traspaso. La posibilidad de que no se obtenga un ganador en la primera vuelta es una razón más para observar el plazo constitucionalmente establecido.

En cuarto lugar, podríamos esgrimir una serie de cuestiones indirectas asociadas. Entre ellas, la necesidad de poder desarrollar los comicios en

debida forma con la antelación suficiente; el saber quién conducirá la acción de gobierno, circunstancia que le otorgaría mayor previsibilidad y coherencia, evitando la adopción de decisiones que comprometan la gobernabilidad del entrante o afiancen su continuidad o el reducir el plazo de cuatro a dos meses como manera de desalentar la permanente campaña en que los políticos parecen encontrarse (agravada por distintos factores tales como las elecciones intermedias o el interés por construir poder para acceder al sillón presidencial).

La claridad de este precepto no ha servido para lograr los cometidos que pretende realizar. Los traspasos institucionales no son ordenados (salvo, en general, en su aspecto formal), ni procuran garantizar la continuidad de la acción de gobierno o la gobernabilidad del entrante. Ello reafirma que el alcance de las reglas jurídicas depende de las prácticas que desarrollamos. En nuestro caso, como hemos destacado reiteradamente, el (hiper)presidencialismo constituye un factor problemático para la construcción de otro tipo de institucionalidad que piense al Estado por fuera de los personalismos.

* * *

Art. 96.—

La segunda vuelta electoral, si correspondiere, se realizará entre las dos fórmulas de candidatos más votadas, dentro de los treinta días de celebrada la anterior.

Comentario por Matías A. Sucunza

I. SEGUNDA VUELTA ELECTORAL Y MAYORÍAS: LA CONSTRUCCIÓN DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

Si ninguna de las candidaturas que se hubiesen presentado en los comicios obtuviere las mayorías establecidas en los arts. 96 y 97 de la CN, deberá efectuarse una segunda vuelta donde solo competirán las dos fórmulas de candidatos más votadas¹⁰.

Como mencionásemos en el comentario al art. 94, la introducción del *ballottage*¹¹ reportó como ventaja lograr mayor consenso y legitimidad electoral de aquellos que serán electos, ampliando de cierta forma la

libertad del votante, quien en el esquema planteado podría elegir en primera vuelta según sus preferencias políticas, personales e ideológicas y, en una eventual segunda vuelta, el que resulta más afín entre los dos posibles a sus convicciones o intereses. La posibilidad de volver a competir si una de las fórmulas no obtiene ciertas mayorías, aparece como un reaseguro para la construcción de una mejor gobernabilidad y una instancia más para la expresión ciudadana (quien tiene como opción también expresar su disconformidad con ambos candidatos mediante el voto en blanco)¹².

Ello se acrecienta en sistemas presidencialistas como el nuestro por el problema de las legitimidades en conflicto y la separación de propósitos. Tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo son electos popularmente, por lo que la posibilidad de conflictos de legitimidad siempre está presente¹³. En particular, cuando se produce entre ambos una separación de propósitos en términos de preferencias políticas, incentivos o vinculaciones con los grupos, presiones y demandas a que responden¹⁴.

Por su parte, la fórmula propuesta (votada por el propio elector) es indivisible, circunstancia que imposibilita su alteración o distorsión en el tránsito del proceso electoral a dos vueltas. Quiroga Lavié sostiene que con ello se ha querido darle la mayor transparencia al proceso electoral, evitando las sospechas que toda negociación de fórmulas provoca, señalando que esa rigidez en el procedimiento puede no resultar conveniente o provechosa en circunstancias en que las alianzas electorales, con motivo de la segunda vuelta, pueden ser la mejor manera de reflejar la voluntad del electorado¹⁵.

La Constitución Nacional no regula los avatares que pueden sucederse durante el interregno entre ambas elecciones. El Código Electoral Nacional sí prevé algunas situaciones especiales, las cuales se encuentran vinculadas a la imposibilidad material de ejercicio (muerte) o al impedimento jurídico de constreñirlo a postularse (renuncia)¹⁶.

De esa manera, si antes de producirse la segunda vuelta muriesen los dos candidatos de cualquiera de las dos fórmulas más votadas en la primera, se convocará a una nueva elección. Si solo falleciese uno de los candidatos de cualquiera de las dos fórmulas más votadas, el partido político o alianza electoral que represente deberá cubrir la vacancia en el término de siete días corridos a los efectos de concurrir a la segunda vuelta (art. 154, CNE).

En cambio, en caso de renuncia de los dos candidatos de cualquiera de las dos fórmulas, se proclamará electa a la otra, regulación que podría estar en pugna con las normas constitucionales señaladas, su razonabilidad y el sentido de las mismas. Valga como ejemplo lo acontecido en la elección presidencial de 2003 en razón de la renuncia de

la fórmula ganadora Menem-Romero, lo cual derivó en la declaración y consagración del binomio Kirchner-Scioli con casi el 23% de los votos. Cuando renunciase uno de los candidatos de cualquiera de los dos binomios no podrá cubrirse la vacante producida. De allí que si quien renunciase fuera el candidato a presidente, ocupará su lugar el candidato a vicepresidente (art. 155, CNE).

La reglamentación también exige que dentro del quinto día de proclamadas las dos fórmulas más votadas, estas deberán ratificar por escrito ante la Junta Electoral Nacional de la Capital Federal su decisión de presentarse a la segunda vuelta. La necesidad de determinar rápidamente si debe procederse a una nueva elección, su organización, la instrumentación del traspaso institucional y el disipar factores que puedan generar inestabilidad, justifican la brevedad del término. Si una de ellas no lo hiciera, será proclamada electa la otra (art. 152, CNE).

Asimismo, en caso de muerte o renuncia de cualquiera de los candidatos de la fórmula proclamada electa en segunda vuelta, se aplicará lo dispuesto en el art. 88 de la CN (art. 153, CNE).

* * *

Art. 97.—

Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta, hubiere obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación.

Comentario por Matías A. Sucunza

I. PROCLAMACIÓN DIRECTA: MAYORÍA CALIFICADA COMO PRIMERA ALTERNATIVA

La Constitución Nacional prevé dos supuestos que habilitan la proclamación directa de la fórmula presidencial más votada. La primera de ellas es la que regula el artículo en comentario¹⁷. Cuando una de las fórmulas que compitan en el proceso electoral hubiese obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como presidente y

vicepresidente de la Nación por parte del Congreso¹⁸. El art. 149 del Código Nacional Electoral reitera esta regla.

El recuento de votos será efectuado por las Juntas Electorales, que sumarán los resultados de las mesas ateniéndose a las cifras consignadas en las actas, a las que se adicionarán los votos que hubieren sido recurridos y resultaren válidos y los indebidamente impugnados y declarados válidos, de los que se dejará constancia en el acta final, acordando luego un dictamen sobre las causas que a su juicio funden la validez o nulidad de la elección (art. 120, CNE).

Los resultados obtenidos serán comunicados al presidente del Senado de la Nación, quien convocará de inmediato a la Asamblea Legislativa. Esta procederá a hacer la sumatoria para determinar si la fórmula más votada ha logrado la mayoría prevista en la disposición en tratamiento o si se han producido las circunstancias del art. 98 o si, por el contrario, se deberá realizar una segunda vuelta electoral conforme lo dispuesto en el art. 96 de la CN. En este último supuesto se hará saber tal circunstancia al Poder Ejecutivo Nacional y a los apoderados de los partidos políticos, cuyas fórmulas se encuentren en condiciones de participar en la segunda vuelta (arts. 112 y 150, CNE).

Más allá del pronunciamiento provisorio, el Congreso tiene el deber de comunicar los resultados definitivos de la primera vuelta electoral dentro del plazo de quince días corridos de haberse realizado la misma.

En el supuesto en análisis no interesa la diferencia que exista con la fórmula que le sigue en segundo orden siempre que una de ellas obtenga más del 45%. La regla adoptada presupone que el porcentual fijado reporta representatividad y legitimidad suficiente dentro del régimen democrático a los candidatos electos. El hecho de que quien gane en la elección presidencial se lleve todo (unipersonalidad del cargo), genera como objeción que puede no reflejar genuinamente la expresión popular (p. ej., si la diferencia entre las fórmulas más votadas es ínfima). Sin embargo, constituye la opción política constitucionalmente adoptada, lo cual imposibilita pensar alternativas posibles sin modificar la organización de poder dada (y sus prácticas).

Como señalase la Cámara Nacional Electoral, "los sistemas electorales se dividen, en general, en mayoritarios y proporcionales, aunque también existen los 'mixtos' como resultante de la combinación de elementos de los dos anteriores. En los de mayoría, el triunfador se queda con todos los cargos a cubrir, y generalmente se proponen candidatos individuales. Los proporcionales, en cambio, procuran que la adjudicación de las bancas refleje lo más fielmente posible los resultados de la elección, razón por la que encuentran cabida las diferentes minorías, presentándose sus candidatos, en líneas generales, a través de listas. A la hora de inclinarse

por un sistema electoral determinado, habrá de ponderarse el doble carácter histórico y dinámico que estos revisten en tanto tienen origen bajo circunstancias sociales y políticas determinadas, pero al mismo tiempo se ven afectados por las transformaciones socio-políticas del país. Todos, en mayor o menor medida, determinan la distribución del poder, y todos, en definitiva, benefician o perjudican a ciertos candidatos en relación con otros. En efecto, no existe sistema electoral inocente o neutro, y es esa circunstancia la que determina que la adopción de uno u otro dependa de una decisión política"¹⁹.

Un punto que considerar es que el porcentaje se determinará tomando en consideración los votos afirmativos válidamente emitidos. Es decir, que no se computarán los votos en blanco ni los anulados, aun cuando indirectamente inciden en la elección favoreciendo el acceso al poder de la primera minoría (que necesitará menos votos para obtener el 45% exigido). Quiroga Lavié expresa que la cuestión es discutible, porque no se puede dejar de tener en cuenta que de este modo se castiga al indiferente, dado que él seguramente no ha votado positivamente para castigar también al partido que terminó siendo favorecido por el voto indefinido. Si el electorado tiene en cuenta esto, quizá deponga su posición de indiferencia y se decida por un voto afirmativo²⁰. El voto en blanco, más allá de su cómputo o no, representa la voluntad del pueblo y constituye un mensaje claro en términos políticos para cualquiera de las fórmulas que resulte eventualmente vencedora.

La disposición también establece que la votación se hará por fórmula, de manera simultánea y directa. Cada elector sufragará por una fórmula indivisible de candidatos a ambos cargos. Con ello se dejó de lado la elección indirecta por parte del Colegio Electoral (o por el Congreso de la Nación en su caso) instituida en la Constitución de 1853 y se limitó la posibilidad de instrumentar esquemas como la ley de lemas.

El sistema de juntas o colegios electorales que había regido desde la Constitución de 1853-60 era tributario de líneas propias del constitucionalismo clásico-conservador y operaba bajo la presunción de que dicho método garantizaría que los "mejores y más calificados" electores lleven a cabo la importante tarea de elegir al presidente haciendo primar la reflexión y concertación sobre la pasión y el interés general sobre el particular. La actual forma de elección compromete y garantiza la participación directa del ciudadano, eliminando los criterios conservadores existentes y conciliando de mejor forma el modo de elección con la forma democrática-federal de gobierno y Estado. De igual manera, también deja atrás las disfuncionalidades institucionales que traía la posibilidad de que la designación del presidente debiese ser llevada a cabo por el Congreso y los problemas y dificultades de los Colegios Electorales.

Asimismo, siendo que la competencia electoral se desenvuelve entre fórmulas electorales, los partidos políticos podrán presentar más de una fórmula, tal como aconteciese en la elección del año 2003.

* * *

Art. 98.—

Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido el cuarenta por ciento por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que le sigue en número de votos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación.

Comentario por Matías A. Sucunza

I. PROCLAMACIÓN DIRECTA II: PISO Y DIFERENCIA CALIFICADA COMO SEGUNDA ALTERNATIVA

Cuando la fórmula que resultase más votada no obtuviese el cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, igualmente podrá ser proclamada en forma directa siempre que se den las condiciones establecidas en el presente. El art. 149 del Código Nacional Electoral reitera esta regla.

De ese modo, siempre que la fórmula más votada obtenga por lo menos el cuarenta por ciento y exista una diferencia del diez por ciento con la fórmula que le sigue en orden de votos, serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación. Ambos porcentuales se obtienen sobre los votos afirmativos válidamente emitidos, por lo que se replican las consideraciones vinculadas a la incidencia del voto en blanco o anulados realizadas en el artículo anterior.

La alternativa constitucionalmente adoptada para ser proclamados en primera vuelta no tiene correlato en aquellos sistemas que han adoptado el *ballottage*²¹. De allí que como aconteciese con otras instituciones (como la incorporación del concepto de derechos de *incidencia* colectiva en el [art. 43](#) de la CN) se la considere una invención o modulación "criolla".

Su incorporación en la Constitución Nacional está directamente vinculada con la negociación del Pacto de Olivos y el interés planteado por el justicialismo de instituir pisos electorales. Ello permitiría a los partidos políticos de mayor alcance maximizar su incidencia y posibilidades de obtener el triunfo electoral. Sumemos a ello que dada la estructura que suelen manejar dichos partidos (en el manejo formal e informal del poder) esas posibilidades se acrecientan en razón de la capacidad que tienen para formular alianzas electorales o imponer condiciones de bloqueo.

Actualmente, el escenario político-social ha cambiado de forma significativa, evidenciando una singular crisis en la conformación y el desenvolvimiento de los partidos políticos. Entre los elementos que permiten ayudar a explicar dicha crisis aparecen la exacerbación de los personalismos, la falta de representatividad y distancia entre electores y mandatarios, el pluralismo como dificultad al pensamiento homogéneo, la ausencia de rendición de cuentas, corrupción y pérdida de credibilidad-confianza, el ejercicio de poder vertical al interior de los partidos (con escasas excepciones), la complejidad de las demandas sociales y las dificultades para procesarlas bajo las estructuras partidarias tradicionales, la transformación de valores y la pérdida de sentido en la construcción colectiva en general y partidaria en particular. Esto ha provocado cierta atomización y fragmentaciones "estratégicas" de los partidos políticos clásicos y el surgimiento de otros, acrecentado las alianzas políticas (personales y de espacios) como modo de captar votos en la competencia electoral.

* * *

CAPÍTULO SEGUNDO - DE LA FORMA Y TIEMPO DE LA ELECCIÓN DEL PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE DE LA NACIÓN

Art. 94.—

El presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el pueblo, en doble vuelta, según lo establece esta Constitución. A este fin el territorio nacional conformará un distrito único.

Comentario por Matías A. Sucunza

I. ELECCIÓN POPULAR DIRECTA

Históricamente, el presidente y el vicepresidente de la República eran electos de manera indirecta por el Colegio Electoral (o por el Congreso de la Nación en su caso), con un mandato de seis años y sin reelección inmediata¹. Este sistema de juntas o colegios electorales que había regido desde la Constitución de 1853-60, era tributario de líneas propias del constitucionalismo clásico-conservador² y operaba bajo la presunción de que dicho método garantizaría que los "mejores y más calificados" electores lleven a cabo la importante tarea de elegir al presidente haciendo primar la reflexión y concertación sobre la pasión y el interés general sobre el particular.

Uno de los objetivos declarados de la reforma de 1994 fue la consolidación y el perfeccionamiento del sistema democrático. De allí la incorporación de mecanismos como la iniciativa o consulta popular (arts. 39 y 40) o, como en el caso, la instauración de la elección directa.

De ese modo, luego de la reforma constitucional, el presidente y vice son elegidos por el pueblo en elecciones secretas, en doble vuelta (salvo que obtuviesen las diferencias porcentuales establecidas en los arts. 97 y 98). Esto les confiere legitimidad democrática directa³, comprometiendo y garantizando la participación personal del ciudadano, eliminando los criterios conservadores existentes, reafirmando la igualdad y conciliando de mejor forma el modo de elección con la forma democrática-federal de gobierno y Estado.

Asimismo, también deja atrás las disfuncionalidades institucionales que traía la posibilidad de que la designación del presidente debiese ser llevada a cabo por el Congreso y los problemas y dificultades de los Colegios Electorales. En cuanto al sentido y alcance de la noción de democracia constitucionalmente receptada, remitimos a los comentarios de los arts. 1º, 22, [36](#), [37](#), [38](#), [39](#) y [40](#) de la CN.

La Constitución reconoce los principios de alternancia en el ejercicio del gobierno y periodicidad de los mandatos gubernamentales, los que constituyen pilares del Estado de Derecho tendientes a evitar la perpetuación en los cargos, la consiguiente personalización del poder que supone y los efectos negativos que en esos términos conlleva. Sin embargo, desde un enfoque más exigente, que tensione el alcance de esos principios con el valor de la pluralidad y de la descentralización del poder, podría cuestionarse que una persona pueda desempeñarse dieciséis años como titular del Ejecutivo (cuatro mandatos con un intervalo de por medio) o aún más, dependiendo la edad, sobremanera sabiendo que la continuación en el poder ha sido un rasgo característico de los presidencialismos latinoamericanos y del argentino en particular, tal como

dan cuenta las diversas modalidades utilizadas (entre ellas, la postulación de miembros cercanos o familiares)⁴.

Asimismo, siendo que ambos funcionarios constituyen autoridades del Gobierno federal, que su elección (directa) corresponde a todos los ciudadanos en condiciones de sufragar, que su voto es equivalente y que la representación debe ser genuina, resulta elocuente que a ese fin el territorio nacional conforme un distrito único y que el *resultado* también lo sea⁵. No obstante ello, su incorporación en la cláusula constitucional es de interés para disipar todo tipo de reglas o maniobras político-electorales que pudiesen distorsionar la elección, su incidencia y representación.

Al tiempo que la elección directa elimina la sobrerrepresentación de algunos distritos también confiere un poder determinante a las jurisdicciones más pobladas. En términos políticos, esos "sectores territoriales" se vuelven más atractivos, por cuanto un resultado positivo allí les da grandes posibilidades de ganar la elección. Tal lo que ocurre con la provincia de Buenos Aires o dentro de ella, el conurbano bonaerense. Sin dudas, el desequilibrio en la concentración demográfica es un problema directamente vinculado con la ausencia de políticas de Estado que promuevan la construcción de un régimen verdaderamente federal. Sin embargo, esa dificultad no constituye un argumento lógico, teórico o jurídico válido ni eficaz para soslayar el postulado fundamental de "una persona un voto" en el que se inscribe la democracia como forma de participación popular (informada e igualitaria) directa.

II. LA (EVENTUAL) DOBLE VUELTA

Como mencionásemos, la modificación constitucional de 1994 introduce la elección directa a doble vuelta o *ballottage*. El art. 148 del Código Nacional Electoral reitera la prescripción constitucional, agregando que la elección del presidente y vicepresidente será "simultánea".

El *ballottage*, en tanto técnica de uso en materia electoral, consiste en la necesidad impuesta a todo candidato a un cargo electivo de obtener en el escrutinio la mayoría absoluta de los sufragios válidos para poder acceder al cargo en disputa, circunstancia que conlleva que si ninguno de los dos contendientes hubiese alcanzado el porcentaje requerido en la primera vuelta electoral, deba celebrarse una segunda votación entre los dos candidatos que obtuviesen la mayor cantidad de votos. Recordemos que el *ballottage* en Argentina se previó por primera vez luego de la enmienda constitucional del 24/8/1972 (dispuesta por la Junta de Comandantes que estaba en el poder en ese momento y sobre cuya base se organizó el sistema electoral nacional a través de la ley 19.982), la cual fue dejada sin efecto por el nuevo gobierno.

La implantación de este sistema procura lograr mayor consenso y legitimidad electoral de aquellos que serán electos y también una más amplia libertad al votante, quien en el esquema planteado podría elegir en primera ronda según sus preferencias políticas, valorativas, personales e ideológicas y en una eventual segunda vuelta, el que resulte más afín a sus intereses entre los dos posibles.

También incide en el sistema de partidos (reduciendo generalmente el número de los mismos o tornándolos más disciplinados), en las estrategias electorales (promoviendo la realización de alianzas, acuerdos o coaliciones para potenciar sus capacidades o chances) o, incluso, en la relación entre los departamentos ejecutivo y legislativo.

Para que exista segunda vuelta, ninguna de las fórmulas que se presenten a elecciones deberá obtener las mayorías establecidas en los arts. 97 y 98 de la CN. Al votar por una fórmula electoral indivisible (art. 148, CNE), la misma no puede ser alterada salvo circunstancias de excepción⁶. En relación con los pormenores vinculados con las mismas o las causales excepcionales de recomposición de la fórmula electoral, remitimos a los comentarios efectuados en dichos artículos.

Entre las objeciones que se han planteado al sistema de doble vuelta instaurado destacan que prevé un mecanismo complejo de porcentajes que: (i) tiende a confundir al elector, reduciendo y neutralizando los objetivos principales perseguidos por el propio instituto; (ii) puede ser designado sin mayoría absoluta de votos disminuyendo el estándar de legitimidad y (iii) contraría el pluralismo pretendido con la doble vuelta haciendo que el voto sincero que se busca en la primera vuelta se use para evitar lograr que se supere el 45% o el 40% con distancia mayor del 10% con relación al segundo⁷.

En otro orden, también se ha objetado no habérselo dispuesto en forma simultánea para la elección de representantes en el Congreso, lo cual aseguraría al partido ganador un mayor control del Congreso y una mejor gobernabilidad del sistema⁸. Contra ello podría esgrimirse que la existencia o ausencia de mayorías en el Congreso no debería significar, bajo ningún aspecto, la confirmación o el rechazo automático de cualquier medida impulsada desde el Poder Ejecutivo. En todo caso, su deber es analizar y discutir seriamente las acciones que se promuevan como parte de la agenda de gobierno o las que el propio Congreso lleve adelante en el marco de sus cometidos constitucionales.

* * *

Art. 95.—

La elección se efectuará dentro de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del presidente en ejercicio.

Comentario por Matías A. Sucunza

I. COMICIOS Y TRASPASO INSTITUCIONAL: EL TIEMPO COMO FACTOR ORGANIZATIVO

La reforma de 1994 realizó dos modificaciones en relación a esta cláusula. Primero, redujo el plazo de cuatro meses a dos. Segundo, cambió la redacción. Antes decía que la elección debía efectuarse cuatro meses "antes". Actualmente se estipula que se realizará "dentro" de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del presidente en ejercicio.

En ese sentido, el presente artículo establece un recaudo que en principio podría aparecer como intrascendente o secundario si se tiene en consideración qué tipo de cláusulas debería contener o contiene la ley fundamental. Sin embargo, existen distintas razones que permiten dimensionar su relevancia.

Un primer orden de argumentos se encuentra vinculado con la necesidad de determinar y prever todo lo atinente a la organización de poderes. Cuándo y cómo se accede a la máxima magistratura o la fijación de un tiempo para el juego de disputas de poder político-institucional, son factores claves dentro de la estructura adoptada.

Una segunda cuestión tiene que ver con la trascendencia que en ese esquema organizativo detenta la figura del primer mandatario y su rol en la acción de gobierno, tanto en el plano interno como en la esfera internacional, dado su carácter de representante del Estado y la incidencia que puede tener en el marco de la determinación y concertación de la política exterior.

Un tercer orden de razones se halla asociado a la necesidad de establecer un traspaso del mando ordenado. Ello no se reduce a la cuestión protocolar sino inclusive a su dimensión administrativa o burocrática. Esto es, la exigencia de que el gobierno saliente pueda dejar la administración en orden para la asunción del gobierno entrante y la

consecución de las líneas que conforman las políticas públicas de Estado. La idea de que este es una institución que trasciende a los gobiernos debería exacerbar este deber. Contar con una completa y clara rendición de cuentas y la información disponible y fiable es un elemento fundamental para la ejecución de la agenda de gobierno.

En cuanto a la cuestión organizativa, quien convoca a elecciones es el Poder Ejecutivo, de conformidad con lo establecido en el Código Nacional Electoral. Dicha norma determina el procedimiento y los restantes recaudos, fijando que la convocatoria deberá hacerse con una anticipación no menor de noventa días y reiterando el deber de celebrar los comicios dentro de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del presidente y vicepresidente en ejercicio. Estipula también que la convocatoria comprenderá la eventual segunda vuelta (art. 148). Esto es relevante, porque de no consagrarse ninguna fórmula en primera vuelta, deberá realizarse una segunda vuelta entre las dos más votadas dentro de los treinta días⁹. Si bien es una situación excepcional (desde su introducción constitucional solo se utilizó en la elección del año 2015, pues en la elección del 2003 el candidato de la fórmula más votada renunció), cuando acontece reduce drásticamente el tiempo con que se cuenta para realizar el traspaso. La posibilidad de que no se obtenga un ganador en la primera vuelta es una razón más para observar el plazo constitucionalmente establecido.

En cuarto lugar, podríamos esgrimir una serie de cuestiones indirectas asociadas. Entre ellas, la necesidad de poder desarrollar los comicios en debida forma con la antelación suficiente; el saber quién conducirá la acción de gobierno, circunstancia que le otorgaría mayor previsibilidad y coherencia, evitando la adopción de decisiones que comprometan la gobernabilidad del entrante o afiancen su continuidad o el reducir el plazo de cuatro a dos meses como manera de desalentar la permanente campaña en que los políticos parecen encontrarse (agravada por distintos factores tales como las elecciones intermedias o el interés por construir poder para acceder al sillón presidencial).

La claridad de este precepto no ha servido para lograr los cometidos que pretende realizar. Los traspasos institucionales no son ordenados (salvo, en general, en su aspecto formal), ni procuran garantizar la continuidad de la acción de gobierno o la gobernabilidad del entrante. Ello reafirma que el alcance de las reglas jurídicas depende de las prácticas que desarrollamos. En nuestro caso, como hemos destacado reiteradamente, el (hiper)presidencialismo constituye un factor problemático para la construcción de otro tipo de institucionalidad que piense al Estado por fuera de los personalismos.

* * *

Art. 96.—

La segunda vuelta electoral, si correspondiere, se realizará entre las dos fórmulas de candidatos más votadas, dentro de los treinta días de celebrada la anterior.

Comentario por Matías A. Sucunza

I. SEGUNDA VUELTA ELECTORAL Y MAYORÍAS: LA CONSTRUCCIÓN DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

Si ninguna de las candidaturas que se hubiesen presentado en los comicios obtuviere las mayorías establecidas en los arts. 96 y 97 de la CN, deberá efectuarse una segunda vuelta donde solo competirán las dos fórmulas de candidatos más votadas¹⁰.

Como mencionásemos en el comentario al art. 94, la introducción del *ballottage*¹¹ reportó como ventaja lograr mayor consenso y legitimidad electoral de aquellos que serán electos, ampliando de cierta forma la libertad del votante, quien en el esquema planteado podría elegir en primera vuelta según sus preferencias políticas, personales e ideológicas y, en una eventual segunda vuelta, el que resulta más afín entre los dos posibles a sus convicciones o intereses. La posibilidad de volver a competir si una de las fórmulas no obtiene ciertas mayorías, aparece como un reaseguro para la construcción de una mejor gobernabilidad y una instancia más para la expresión ciudadana (quien tiene como opción también expresar su disconformidad con ambos candidatos mediante el voto en blanco)¹².

Ello se acrecienta en sistemas presidencialistas como el nuestro por el problema de las legitimidades en conflicto y la separación de propósitos. Tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo son electos popularmente, por lo que la posibilidad de conflictos de legitimidad siempre está presente¹³. En particular, cuando se produce entre ambos una separación de propósitos en términos de preferencias políticas, incentivos o vinculaciones con los grupos, presiones y demandas a que responden¹⁴.

Por su parte, la fórmula propuesta (votada por el propio elector) es indivisible, circunstancia que imposibilita su alteración o distorsión en el tránsito del proceso electoral a dos vueltas. Quiroga Lavié sostiene que

con ello se ha querido darle la mayor transparencia al proceso electoral, evitando las sospechas que toda negociación de fórmulas provoca, señalando que esa rigidez en el procedimiento puede no resultar conveniente o provechosa en circunstancias en que las alianzas electorales, con motivo de la segunda vuelta, pueden ser la mejor manera de reflejar la voluntad del electorado¹⁵.

La Constitución Nacional no regula los avatares que pueden sucederse durante el interregno entre ambas elecciones. El Código Electoral Nacional sí prevé algunas situaciones especiales, las cuales se encuentran vinculadas a la imposibilidad material de ejercicio (muerte) o al impedimento jurídico de constreñirlo a postularse (renuncia)¹⁶.

De esa manera, si antes de producirse la segunda vuelta muriesen los dos candidatos de cualquiera de las dos fórmulas más votadas en la primera, se convocará a una nueva elección. Si solo falleciese uno de los candidatos de cualquiera de las dos fórmulas más votadas, el partido político o alianza electoral que represente deberá cubrir la vacancia en el término de siete días corridos a los efectos de concurrir a la segunda vuelta (art. 154, CNE).

En cambio, en caso de renuncia de los dos candidatos de cualquiera de las dos fórmulas, se proclamará electa a la otra, regulación que podría estar en pugna con las normas constitucionales señaladas, su razonabilidad y el sentido de las mismas. Valga como ejemplo lo acontecido en la elección presidencial de 2003 en razón de la renuncia de la fórmula ganadora Menem-Romero, lo cual derivó en la declaración y consagración del binomio Kirchner-Scioli con casi el 23% de los votos. Cuando renunciase uno de los candidatos de cualquiera de los dos binomios no podrá cubrirse la vacante producida. De allí que si quien renunciase fuera el candidato a presidente, ocupará su lugar el candidato a vicepresidente (art. 155, CNE).

La reglamentación también exige que dentro del quinto día de proclamadas las dos fórmulas más votadas, estas deberán ratificar por escrito ante la Junta Electoral Nacional de la Capital Federal su decisión de presentarse a la segunda vuelta. La necesidad de determinar rápidamente si debe procederse a una nueva elección, su organización, la instrumentación del traspaso institucional y el disipar factores que puedan generar inestabilidad, justifican la brevedad del término. Si una de ellas no lo hiciera, será proclamada electa la otra (art. 152, CNE).

Asimismo, en caso de muerte o renuncia de cualquiera de los candidatos de la fórmula proclamada electa en segunda vuelta, se aplicará lo dispuesto en el art. 88 de la CN (art. 153, CNE).

* * *

Art. 97.—

Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta, hubiere obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación.

Comentario por Matías A. Sucunza

I. PROCLAMACIÓN DIRECTA: MAYORÍA CALIFICADA COMO PRIMERA ALTERNATIVA

La Constitución Nacional prevé dos supuestos que habilitan la proclamación directa de la fórmula presidencial más votada. La primera de ellas es la que regula el artículo en comentario¹⁷. Cuando una de las fórmulas que compitan en el proceso electoral hubiese obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación por parte del Congreso¹⁸. El art. 149 del Código Nacional Electoral reitera esta regla.

El recuento de votos será efectuado por las Juntas Electorales, que sumarán los resultados de las mesas ateniéndose a las cifras consignadas en las actas, a las que se adicionarán los votos que hubieren sido recurridos y resultaren válidos y los indebidamente impugnados y declarados válidos, de los que se dejará constancia en el acta final, acordando luego un dictamen sobre las causas que a su juicio funden la validez o nulidad de la elección (art. 120, CNE).

Los resultados obtenidos serán comunicados al presidente del Senado de la Nación, quien convocará de inmediato a la Asamblea Legislativa. Esta procederá a hacer la sumatoria para determinar si la fórmula más votada ha logrado la mayoría prevista en la disposición en tratamiento o si se han producido las circunstancias del art. 98 o si, por el contrario, se deberá realizar una segunda vuelta electoral conforme lo dispuesto en el art. 96 de la CN. En este último supuesto se hará saber tal circunstancia al Poder Ejecutivo Nacional y a los apoderados de los partidos políticos, cuyas fórmulas se encuentren en condiciones de participar en la segunda vuelta (arts. 112 y 150, CNE).

Más allá del pronunciamiento provisorio, el Congreso tiene el deber de comunicar los resultados definitivos de la primera vuelta electoral dentro del plazo de quince días corridos de haberse realizado la misma.

En el supuesto en análisis no interesa la diferencia que exista con la fórmula que le sigue en segundo orden siempre que una de ellas obtenga más del 45%. La regla adoptada presupone que el porcentual fijado reporta representatividad y legitimidad suficiente dentro del régimen democrático a los candidatos electos. El hecho de que quien gane en la elección presidencial se lleve todo (unipersonalidad del cargo), genera como objeción que puede no reflejar genuinamente la expresión popular (p. ej., si la diferencia entre las fórmulas más votadas es ínfima). Sin embargo, constituye la opción política constitucionalmente adoptada, lo cual imposibilita pensar alternativas posibles sin modificar la organización de poder dada (y sus prácticas).

Como señalase la Cámara Nacional Electoral, "los sistemas electorales se dividen, en general, en mayoritarios y proporcionales, aunque también existen los 'mixtos' como resultante de la combinación de elementos de los dos anteriores. En los de mayoría, el triunfador se queda con todos los cargos a cubrir, y generalmente se proponen candidatos individuales. Los proporcionales, en cambio, procuran que la adjudicación de las bancas refleje lo más fielmente posible los resultados de la elección, razón por la que encuentran cabida las diferentes minorías, presentándose sus candidatos, en líneas generales, a través de listas. A la hora de inclinarse por un sistema electoral determinado, habrá de ponderarse el doble carácter histórico y dinámico que estos revisten en tanto tienen origen bajo circunstancias sociales y políticas determinadas, pero al mismo tiempo se ven afectados por las transformaciones socio-políticas del país. Todos, en mayor o menor medida, determinan la distribución del poder, y todos, en definitiva, benefician o perjudican a ciertos candidatos en relación con otros. En efecto, no existe sistema electoral inocente o neutro, y es esa circunstancia la que determina que la adopción de uno u otro dependa de una decisión política"¹⁹.

Un punto que considerar es que el porcentaje se determinará tomando en consideración los votos afirmativos válidamente emitidos. Es decir, que no se computarán los votos en blanco ni los anulados, aun cuando indirectamente inciden en la elección favoreciendo el acceso al poder de la primera minoría (que necesitará menos votos para obtener el 45% exigido). Quiroga Lavié expresa que la cuestión es discutible, porque no se puede dejar de tener en cuenta que de este modo se castiga al indiferente, dado que él seguramente no ha votado positivamente para castigar también al partido que terminó siendo favorecido por el voto indefinido. Si el electorado tiene en cuenta esto, quizá deponga su posición de indiferencia y se decida por un voto afirmativo²⁰. El voto en blanco, más allá de su cómputo o no, representa la voluntad del pueblo y constituye un

mensaje claro en términos políticos para cualquiera de las fórmulas que resulte eventualmente vencedora.

La disposición también establece que la votación se hará por fórmula, de manera simultánea y directa. Cada elector sufragará por una fórmula indivisible de candidatos a ambos cargos. Con ello se dejó de lado la elección indirecta por parte del Colegio Electoral (o por el Congreso de la Nación en su caso) instituida en la Constitución de 1853 y se limitó la posibilidad de instrumentar esquemas como la ley de lemas.

El sistema de juntas o colegios electorales que había regido desde la Constitución de 1853-60 era tributario de líneas propias del constitucionalismo clásico-conservador y operaba bajo la presunción de que dicho método garantizaría que los "mejores y más calificados" electores lleven a cabo la importante tarea de elegir al presidente haciendo primar la reflexión y concertación sobre la pasión y el interés general sobre el particular. La actual forma de elección compromete y garantiza la participación directa del ciudadano, eliminando los criterios conservadores existentes y conciliando de mejor forma el modo de elección con la forma democrática-federal de gobierno y Estado. De igual manera, también deja atrás las disfuncionalidades institucionales que traía la posibilidad de que la designación del presidente debiese ser llevada a cabo por el Congreso y los problemas y dificultades de los Colegios Electorales.

Asimismo, siendo que la competencia electoral se desenvuelve entre fórmulas electorales, los partidos políticos podrán presentar más de una fórmula, tal como aconteciese en la elección del año 2003.

* * *

Art. 98.—

Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido el cuarenta por ciento por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que le sigue en número de votos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación.

Comentario por Matías A. Sucunza

I. PROCLAMACIÓN DIRECTA II: PISO Y DIFERENCIA CALIFICADA COMO SEGUNDA ALTERNATIVA

Cuando la fórmula que resultase más votada no obtuviese el cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, igualmente podrá ser proclamada en forma directa siempre que se den las condiciones establecidas en el presente. El art. 149 del Código Nacional Electoral reitera esta regla.

De ese modo, siempre que la fórmula más votada obtenga por lo menos el cuarenta por ciento y exista una diferencia del diez por ciento con la fórmula que le sigue en orden de votos, serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación. Ambos porcentuales se obtienen sobre los votos afirmativos válidamente emitidos, por lo que se replican las consideraciones vinculadas a la incidencia del voto en blanco o anulados realizadas en el artículo anterior.

La alternativa constitucionalmente adoptada para ser proclamados en primera vuelta no tiene correlato en aquellos sistemas que han adoptado el *ballottage*²¹. De allí que como aconteciese con otras instituciones (como la incorporación del concepto de derechos de *incidencia* colectiva en el [art. 43](#) de la CN) se la considere una invención o modulación "criolla".

Su incorporación en la Constitución Nacional está directamente vinculada con la negociación del Pacto de Olivos y el interés planteado por el justicialismo de instituir pisos electorales. Ello permitiría a los partidos políticos de mayor alcance maximizar su incidencia y posibilidades de obtener el triunfo electoral. Sumemos a ello que dada la estructura que suelen manejar dichos partidos (en el manejo formal e informal del poder) esas posibilidades se acrecientan en razón de la capacidad que tienen para formular alianzas electorales o imponer condiciones de bloqueo.

Actualmente, el escenario político-social ha cambiado de forma significativa, evidenciando una singular crisis en la conformación y el desenvolvimiento de los partidos políticos. Entre los elementos que permiten ayudar a explicar dicha crisis aparecen la exacerbación de los personalismos, la falta de representatividad y distancia entre electores y mandatarios, el pluralismo como dificultad al pensamiento homogéneo, la ausencia de rendición de cuentas, corrupción y pérdida de credibilidad-confianza, el ejercicio de poder vertical al interior de los partidos (con escasas excepciones), la complejidad de las demandas sociales y las dificultades para procesarlas bajo las estructuras partidarias tradicionales, la transformación de valores y la pérdida de sentido en la construcción colectiva en general y partidaria en particular. Esto ha provocado cierta atomización y fragmentaciones "estratégicas" de los partidos políticos

clásicos y el surgimiento de otros, acrecentado las alianzas políticas (personales y de espacios) como modo de captar votos en la competencia electoral.

* * *

CAPÍTULO TERCERO - ATRIBUCIONES DEL PODER EJECUTIVO

Art. 99.—

El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

1. Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país.

Comentario por Juan Ignacio Sáenz

Esta disposición contiene tres ideas de distinto alcance que describen el régimen presidencialista. La primera sostiene que el presidente de la Nación "es el jefe supremo de la Nación", expresión algo inadecuada, pues en un sistema republicano no existe un poder que tenga "supremacía" total y permanente sobre otro, ni la Nación tiene una autoridad "suprema". Antes bien, el Congreso tiene cierta primacía sobre el Poder Ejecutivo, mediante las leyes generales que este debe imperativamente ejecutar e incluso lo puede remover del cargo por el procedimiento de juicio político, con causa en el mal desempeño o en la comisión de un delito (arts. 53, 59 y 60)²². Aquella expresión, adoptada del proyecto de Alberdi, ha querido significar en realidad que el Poder Ejecutivo ejerce la denominada "jefatura del Estado", representando a la Nación frente a los estados extranjeros, organismos internacionales, estados locales y otras personas públicas y privadas. De ello derivan sus facultades para negociar y firmar los tratados internacionales (art. 99, inc. 11) y convenios, declarar la guerra (art. 99, inc. 15, sin perjuicio de la posterior ratificación legislativa cuando corresponda), e intervenir en juicio ante tribunales nacionales, extranjeros o internacionales en representación del Estado nacional. A su vez comanda las fuerzas armadas (art. 99, inc. 12) y posee poder subsidiario para atender las emergencias en que esté en peligro la paz social, el

sistema democrático o la propia subsistencia del Estado²³. Todo ello se encuadra en la condición de "jefe de Estado", que no está mencionada en la Constitución norteamericana pero sí es frecuente en los regímenes parlamentarios de las constituciones europeas²⁴.

La "jefatura del gobierno" sí es una noción incorporada en la reforma de 1994 y adoptada de la terminología habitual de las constituciones parlamentarias²⁵. Implica que el Poder Ejecutivo ejerce el liderazgo o la conducción del Gobierno federal a través de facultades de *iniciativa*, como proveer a la integración de los demás poderes, y promover su actuación: abrir el período de sesiones ordinarias del Congreso (art. 99, inc. 8º)²⁶, prorrogar sus sesiones (art. 99, inc. 9º) o convocar a las cámaras a sesiones extraordinarias (art. 63), designar a los jueces, embajadores y a los altos mandos militares —todos ellos con acuerdo del Senado (art. 99, incs. 4º, 7º y 13)—, y nombrar al jefe de Gabinete y a los ministros (art. 100, si bien su número y función es determinado por ley del Congreso)²⁷. Asimismo, cuenta con la potestad colegislativa de presentar proyectos de ley —art. 77, CN— y vetar los sancionados por el Congreso —arts. 80 y 83—, así como con las facultades de reglamentar las leyes (art. 99, inc. 2º que ahora veremos) y de legislar provisionalmente por delegación previa y transitoria del Congreso (art. 76) o por una razón excepcionalísima de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3º). También se le otorgan atribuciones especiales de gobierno como las de convocar a consultas populares no vinculantes (art. 40), e indultar o conmutar penas por delitos federales (art. 99, inc. 5º).

Por último, como derivación de la jefatura del gobierno, se establece que el presidente es el titular jerárquico de la Administración Pública Nacional²⁸ o "responsable político de la administración general del país", idea que además está bien expresada en el art. 99, inc. 17 que lo faculta a "pedir al jefe de gabinete de ministros y a los jefes de todos los ramos y departamentos de la administración, y por su conducto a los demás empleados, los informes que crea convenientes, y ellos están obligados a darlos".

La reforma de 1994 procuró transferir al jefe de Gabinete el ejercicio directo de la "administración" —ver art. 100—, reservando al presidente solo la responsabilidad política por ella²⁹. Esto no se ha trasladado a la práctica pues el presidente continúa siendo la cabeza indiscutida de toda la Administración y mediante su poder jerárquico es quien gobierna y administra de modo principal, estableciendo la agenda de gobierno, impartiendo instrucciones y realizando la designación de la mayoría de los funcionarios³⁰.

La "administración general" abarca un sinnúmero de acciones y materias, algunas de ellas están expresadas en la Constitución y otras no. Entre las más elementales se encuentran las de nombrar y remover a los

funcionarios y empleados de todos los organismos que están en la órbita del Ejecutivo (si la Constitución o las leyes no han prescrito otra cosa, lo cual ocurre en muy pocos casos, como los previstos en el art. 99, inc. 6º), aprobar todos los años el proyecto de presupuesto nacional, enviarlo al Congreso (art. 100, inc. 6º) y luego hacerlo ejecutar (art. 100, inc. 7º) decidiendo la oportunidad de cada gasto e inversión.

Por lo demás, la función administrativa del presidente es muy diversa y una segura guía para apreciar qué se encuentra incluido allí es recorrer la ley de ministerios o el organigrama de la Administración Pública Nacional³¹ y observar los distintos tipos de entes, competencias, funciones y servicios administrativos que existen.

El inc. 1º, en cuanto establece la jefatura jerárquica del presidente sobre todo el aparato estatal integrado por el universo de entes administrativos, y que implica su poder de organización, ha sido entendido siempre como la fuente de una clase de decretos o reglamentos³² denominados "autónomos". En España se los llama "independientes" y algunos autores prefieren denominarlos "orgánicos". Mediante ellos, el Poder Ejecutivo determina autónomamente la organización y el funcionamiento de su departamento —la Administración Pública—³³. Se denominan así por tratarse de normas que no se encuentran estrictamente vinculadas a una ley que las preceda, sino que derivan del poder de "autogobierno" del Ejecutivo. Así también el Congreso, la Corte Suprema, los demás órganos constitucionales y cualquier ente estatal emite disposiciones orgánicas o autónomas, pues cualquier de ellos goza de un ámbito de decisión propio sobre aspectos de su organización y funcionamiento³⁴.

Si bien los autores han discrepado sobre el alcance de las materias que corresponden a un decreto autónomo del Ejecutivo, la doctrina nacional coincide en que dichas normas, como mínimo, son las que establecen la organización interna de la Administración Pública y la tutela de su normal funcionamiento, esto es: 1) creación de organismos y entes "desconcentrados" en el ámbito de la Administración centralizada (secretarías y subsecretarías ministeriales, direcciones nacionales y todas las demás aperturas orgánicas); 2) todas las delegaciones de facultades³⁵ que el Poder Ejecutivo y los ministros realicen en los organismos o entes que les dependen jerárquicamente (con excepción de las competencias de los Ministerios, que son establecidas por ley del Congreso —art. 100—); 3) regulación de procedimientos administrativos de actuación y de formación de normas y actos del Ejecutivo y demás entes de la Administración, salvo que importen una restricción de los derechos de los particulares, en cuyo caso es materia que corresponde a una ley formal por imperio de la regla de reserva de ley (arts. 14 y 19, CN)³⁶; 4) designación de funcionarios y empleados de la Administración (art. 99, inc. 7º); 5) intervención de entes descentralizados (organizados y separados de la Administración central por medio de una ley para el

cumplimiento de cometidos específicos) con el fin de hacer cesar un funcionamiento defectuoso o irregular y restablecer su normalidad³⁷.

Art. 99, inc. 2º.

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.

Comentario por Juan Ignacio Sáenz

A diferencia de la mayor parte del texto constitucional, cuya fuente primordial fue la Constitución norteamericana de 1787, esta disposición procede de la Constitución de Cádiz de 1812, que a su vez reconocía la influencia de la Constitución francesa de 1791, y que en ambos casos establecían la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo como potestad complementaria de la función legislativa³⁸. Al constituir el "gobierno" una emanación del propio Parlamento, es natural en el sistema parlamentarista que el Ejecutivo comparta la función de creación normativa³⁹.

En los Estados Unidos, a su vez, si bien la Constitución se limita a prever la facultad presidencial de "cuidar que las leyes se ejecuten"⁴⁰, la práctica institucional ha dado lugar a un ejercicio intenso de la facultad colegislativa del Ejecutivo, que ha sido encuadrada directamente como ejercicio de la *delegación legislativa*, sujeta para su validez a que la ley delimite con claridad lo que la Corte Suprema allí ha denominado "patrón o estándar inteligible" (*intelligible standard, discernible standard o prescribed standard*) y que las normas emitidas por el presidente no excedan ese marco de referencia (ver comentario al art. 76)⁴¹.

En nuestro país, la facultad aquí prevista para expedir los *reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes* se concreta en los denominados "decretos reglamentarios" o "reglamentos de ejecución", que tienen jerarquía inferior a las leyes. La función de estas normas es la de complementar y precisar los contenidos de la ley a los fines de permitir o facilitar su ejecución. Conforme con ello, un decreto reglamentario se encuentra siempre ligado a una ley precedente del Congreso y su función es la de "regular los pormenores y detalles necesarios para la implementación de la ley"⁴².

Las disposiciones reglamentarias tienen indudable carácter normativo, pues son generales y abstractas y regulan conductas y situaciones jurídicas futuras, pero su sujeción al contenido de la ley formal del Congreso que reglamentan resulta necesaria para asegurar el principio de legalidad, que se desdobra en dos nociones: la primacía jerárquica de la ley y la reserva de ley en relación con determinadas decisiones estatales y materias⁴³. En este sentido es que este inciso, a la vez que reconoce la competencia presidencial de expedir reglamentaciones a las leyes, exige que ello sea bajo el deber de "no alterar su espíritu (el de la ley) con excepciones reglamentarias".

Los decretos reglamentarios plantean el problema constitucional vinculado a la división entre lo legislativo (lo que corresponde al Congreso) y lo reglamentario, cuyo límite no es sencillo trazar en todos los casos. La ambigüedad de las leyes y la vocación legisferante creciente del Poder Ejecutivo y de la Administración han hecho inevitable que muchas leyes operen como un "marco" o "base" sobre la cual los reglamentos desarrollan sus contenidos con gran extensión, definiendo su alcance, imponiendo obligaciones, requisitos y restricciones, consagrando distinciones, clasificaciones, exclusiones y sanciones que muchas veces no figuran en la letra de la ley.

Los problemas más comunes podrían resumirse de la siguiente manera: 1) que el reglamento establezca disposiciones totalmente nuevas, como ser cargas y obligaciones no previstas en la ley; 2) que el reglamento, bajo pretexto de complementar la ley, distorsione o contradiga sus disposiciones, afectando su letra o su espíritu.

Ambos fenómenos son muy usuales en el ordenamiento argentino; basta tomar cualquier decreto reglamentario y cotejarlo con la ley a la que se refiere para encontrar novedades y contradicciones.

Veamos algunos ejemplos reales: la todavía vigente Ley de Ciudadanía 346 de 1869 establece la posibilidad de optar por la nacionalidad argentina para las personas nacidas en el extranjero, en estos casos: si residiesen en el país dos años continuos, hubiesen desempeñado empleos públicos, establecido en el país una nueva industria, tuvieran cónyuge argentino o ejercieran la docencia. La reglamentación de la ley, aprobada por el dec. 3213/1984, precisa el procedimiento judicial para ejercer aquella opción ante un juez, las características de los formularios de solicitud, las pruebas que en cada caso debe acompañar el extranjero peticionante, y el trámite y los plazos para la notificación de la ciudadanía adquirida al Registro Nacional de las Personas. Toda ellas son disposiciones indudablemente reglamentarias. El decreto contiene a la vez dos disposiciones que ensanchan el contenido sustancial de la legislación: por una de ellas se agrega entre los antecedentes que otorgan la opción el de haber tenido un hijo argentino nativo, y la otra prescribe como impedimentos para el

otorgamiento de la ciudadanía el "no tener ocupación o medios de subsistencia honestos" y encontrarse procesado o condenado en una causa penal. Estas últimas previsiones, no están incluidas en la ley, y pertenecen indudablemente al ámbito legislativo, pues precisamente establecen requisitos que determinan la adquisición o la negación del derecho.

En otro caso que es útil para ilustrar la cuestión, la ley 26.687 regula el consumo y la publicidad de los productos elaborados con tabaco. La ley prohíbe la publicidad de "los preparados que utilizan total o parcialmente como materia prima tabaco y son destinados a ser fumados, chupados, masticados, aspirados o inhalados". A ello, el dec. regl. 602/2013 añade "los productos que pueden identificarse con productos elaborados con tabaco", como los cigarrillos electrónicos y los accesorios como boquillas, pipas y ceniceros, y a los elementos asociados con marcas de tabaco como remeras, gorras y encendedores, ampliando notablemente el objeto de regulación. Asimismo, la ley establece la obligatoriedad de incluir mensajes e imágenes de advertencia en los empaquetados sobre los efectos nocivos del consumo de tabaco, encomendando al Ministerio de Salud la reglamentación sobre su contenido y demás características, lo cual importa encomendar la tarea reglamentaria no ya al Ejecutivo sino a un órgano inferior o "autoridad de aplicación", como suele llamarse en las leyes al ente al que se transfiere la potestad regulatoria (de allí la concepción de los denominados "entes reguladores", que en algunas materias son los que verdaderamente "legislan" ciertas actividades, sobre la base de los lineamientos generales fijados en la ley).

Un caso sometido a la revisión judicial es el del dec. 936/2011, reglamentario de la ley 26.364 (Prevención y Sanción de Trata de Personas), que prohíbe los avisos publicitarios de oferta sexual y crea una Oficina de Monitoreo de Publicación de Avisos de Oferta de Comercio Sexual con facultades para comprobar infracciones e intimar el cese de prácticas contrarias a la norma. Asimismo, la sanción a los medios está prevista en la res. 14/2011 de la Secretaría de Comunicación Pública, reglamentaria del decreto. Un grupo de personas que ofrecen dichos servicios impugnó judicialmente el dec. 936/2011, aduciendo su falta de sustento en la ley contra la trata, que ni siquiera menciona el supuesto de la publicidad de servicios sexuales, y por ende la restricción del derecho de intimidad por medio de una norma infralegal. El tribunal que resolvió el planteo en última instancia⁴⁴ estimó, con criterio amplísimo, que las reglamentaciones del Ejecutivo son válidas en tanto coincidan con la finalidad de la ley, en este caso, mitigar el flagelo de la trata de personas y la explotación sexual. La decisión coincide con la jurisprudencia predominante de la Corte, para la cual "las facultades de reglamentación que confiere el art. 99, inc. 2º de la CN habilitan para establecer condiciones o requisitos, limitaciones o distinciones que, aun cuando no

hayan sido contemplados por el Legislador de una manera expresa, cuando se ajustan al espíritu de la norma reglamentada o sirven, razonablemente, a la finalidad esencial que ella persigue, son parte integrante de la ley reglamentada y tienen la misma validez y eficacia que esta" (Fallos 190:301; 202:193; 237:636; 249:189; 308:668; 316:1239; 318:1707; 325:645 y 330:2255).

Este criterio, muy tolerante de la reglamentación de las leyes en cuanto "coincida con su finalidad", aproxima casi hasta la confusión los decretos reglamentarios o ejecutivos a los decretos dictados en ejercicio de una delegación legislativa, prevista en el art. 76, al modo como se encuentra encuadrada la facultad reglamentaria en los Estados Unidos.

Las reglamentaciones que invaden el terreno de la ley son muy usuales y pocas de ellas han generado conflictos judiciales que sirvan de base para establecer estándares jurisprudenciales de legitimidad. En uno de ellos, un grupo de exsoldados convocados a la guerra de Malvinas plantearon la inconstitucionalidad del dec. 509/1988, reglamentario de la [ley 23.109](#) que otorgó los beneficios previsionales a los veteranos de esa guerra, pues aquel circunscribió el derecho a aquellas personas que hubieran "participado en las acciones bélicas desarrolladas en el Teatro de Operaciones del Atlántico Sur", excluyendo a los soldados que se encontraban físicamente en la retaguardia, sobre el continente, exclusión que no figura en la ley⁴⁵.

Art. 99, inc. 3°.

Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.

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 acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, juntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al

plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

Comentario por Juan Ignacio Sáenz

El primer párrafo de este inciso hace referencia a la "participación" que le cabe al Poder Ejecutivo en la "formación de las leyes", lo cual remite a tres facultades constitucionales: a) la de iniciativa legislativa establecida en el art. 77, esto es, la competencia para presentar proyectos de ley; b) la de "desechar en todo o en parte" o formular "objeciones" u "observar" un proyecto de ley sancionado por el Congreso, conocida como potestad de veto (término que no figura en el texto constitucional —sí los anteriores entrecomillados—, ver arts. 80 y 83); c) las de "promulgar" (aprobar sin objeciones) y "publicar" la ley, aquí previstas, correlativamente al art. 78 que también prevé la promulgación del presidente, que se concreta siempre con un breve decreto ("En uso de las facultades conferidas por el art. 78 de la CN, téngase por Ley de la Nación N°..., comuníquese y publíquese" o "promúlgase la ley... sancionada por el Congreso de la Nación en su sesión del día..., dése para su publicación a la Dirección Nacional del Registro Oficial")⁴⁶.

Los otros tres párrafos de este inciso fueron incluidos en la reforma constitucional de 1994 y se refieren a la facultad del presidente de "emitir disposiciones de carácter legislativo (...) por razones de necesidad y urgencia", que en nuestro derecho se conocen como *decretos de necesidad y urgencia* (DNU).

Los DNU constituían hasta 1989 un tipo de norma esporádica, más presente en los trabajos académicos que en la práctica real del poder. En aquel año irrumpieron súbitamente para transformarse, hasta el día de hoy, en un instrumento que todos los presidentes han usado con frecuencia y de manera ordinaria, hasta conformar lo que la propia Corte describió como una "sistemática extralimitación del ejercicio de tal facultad por parte de los titulares del Poder Ejecutivo", con su secuela de "debilitamiento del sistema republicano democrático"⁴⁷.

Al dictar un DNU, el Poder Ejecutivo ejerce alguna de las facultades del Congreso, de manera espontánea y sin que exista una delegación legislativa previa —como en el caso previsto en el art. 76— que lo autorice para ello. Se trata de un ejercicio liso y llano de poderes legislativos, invocando para ello razones de urgencia.

La configuración del estado de "necesidad y urgencia" que habilita legítimamente el dictado de un DNU ha sido objeto de tratamiento en la jurisprudencia de la Corte. En el caso "Peralta" (1990), en el que rechazó la impugnación realizada al DNU 36/1990 por el que se había dispuesto la devolución en títulos públicos de los depósitos bancarios, la Corte formuló una breve teoría sobre los DNU y sus condiciones de validez, consistentes en que: a) se verifique un grave riesgo social frente al cual luzca ineficaz como remedio adoptar el trámite normal para la sanción de una ley⁴⁸; b) que "el Congreso de la Nación no adopte decisiones diferentes" a las del DNU (consid. 24), rechazándolo o repudiándolo (consid. 25), cosa que no había sucedido⁴⁹. Vale decir que a falta de rechazo expreso, el DNU debía entenderse aceptado de manera tácita o ficta.

La laxitud en la formulación del presupuesto fáctico habilitante de los DNU, junto al sentido convalidatorio que se asignó al silencio, la indefinición o la ambigüedad del Congreso fueron entendidos como un aval de la Corte a una práctica que venía creciendo y que luego se volvió desmesurada; de allí la connotación negativa que en general arrastra aquel fallo.

Ello llevó a que en el proceso de reforma constitucional de 1994 se planteara como uno de los puntos fundamentales la regulación restrictiva de los DNU⁵⁰, cuyo resultado es el art. 99, inc. 3º, CN⁵¹.

Sin embargo, el texto de esta disposición conserva cierta imprecisión en relación a la causa que justifica la emisión de un DNU (*circunstancias excepcionales que hacen imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de una ley*), y asimismo omite ciertas cuestiones fundamentales, como fijar un plazo para que el Congreso se pronuncie —como condición de validez del decreto—, y que esa intervención reúna ciertas condiciones de carácter deliberativo. En lugar de ello, la Constitución solo dispone que el Congreso debe dar "inmediato" y "expreso" tratamiento al DNU. Esas deficiencias del texto constitucional permitieron que el Poder Ejecutivo continuara —luego de 1994—, actuando con arbitrariedad en la valoración acerca de la *excepcionalidad* de las circunstancias y de la *imposibilidad* de sancionar leyes, y así suele considerar excepcional lo que es ordinario, e *imposible* lo que en realidad es meramente dificultoso o incómodo desde el punto de vista político.

La Corte Suprema tuvo oportunidad de precisar los límites constitucionales a los DNU a través de dos fallos: "Verrocchi" (1999) y "Consumidores Argentinos" (2010).

En el primero revisó un DNU que excluía a un grupo de trabajadores de las asignaciones familiares otorgadas por una ley⁵². En primer lugar, la Corte determinó que la revisión acerca de la existencia de causa legítima para el dictado de un DNU es una cuestión justiciable y no a una típica

"cuestión política" exclusiva del Ejecutivo y del Congreso, tal como lo sostuviera la mayoría del tribunal en un caso anterior ("Rodríguez, Jorge", 1997)⁵³. Según se sostenía en ese precedente, los DNU tienen "un específico ámbito de contralor en sede parlamentaria" (consid. 13), único para "pronunciarse acerca de la concurrencia de los extremos —de valoración política— que habilitan el ejercicio de la facultad excepcional del Poder Ejecutivo, así como de la oportunidad, mérito y conveniencia de su contenido" (consid. 15).

En "Verrocchi", la Corte revirtió aquella posición autorestrictiva y en un breve párrafo dejó en claro que la revisión de las condiciones en que fue emitido un DNU, cuando ello afecta derechos subjetivos, es de carácter "judicial": "corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite esa facultad excepcional, que constituyen las actuales exigencias constitucionales para su ejercicio. Es atribución de este Tribunales en esta instancia evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia y, en este sentido, 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" (consid. 9º, párr. 2º)⁵⁴.

Por lo demás, la Corte estableció que la excepción a la regla general de prohibición de legislar que pesa sobre el presidente está dada por un "estado de necesidad", que es aquel en el cual se verifican dos circunstancias: "1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes" (consid. 9º).

Vale decir que el tipo de situación que da lugar a un DNU —para la Corte— es sumamente acotado, pues aquella solo se verifica ante un "estado de necesidad"⁵⁵ (donde es impostergable la adopción de una medida inmediata), conjugado con un supuesto de "fuerza mayor"⁵⁶ consistente en el impedimento fáctico absoluto para que las cámaras del Congreso se reúnan y sancionen una ley en tiempo útil⁵⁷. De ello debe derivarse que quedan excluidas como causas justificantes las meras dificultades, o los impedimentos *jurídicos* (v.gr., que el Congreso se encuentre en receso) y mucho más los *políticos* (v.gr., que no se logre el quórum para sesionar o que el presidente no cuente con apoyo en una o en las dos cámaras).

De modo que el presupuesto que la Constitución establece en el 99, inc. 3º —al menos de acuerdo con la interpretación actual de la Corte— no es meramente la genérica "emergencia" (como lo es en el caso de la delegación legislativa prevista y regulada en el art. 76, CN), la cual ciertamente supone una situación excepcional que requiere medidas rápidas, sino un estado particularísimo de urgencia donde concurren dos circunstancias: a) el Congreso no puede reunirse; b) hace falta arbitrar una solución (de contenido legislativo) inmediata a un problema grave.

Definida de ese modo la "causa" de los DNU, a la Corte le bastó en "Verrocchi" y en varios casos posteriores con un somero examen de la "motivación" de los decretos para dejar en evidencia la ausencia de las condiciones objetivas para su dictado⁵⁸.

La doctrina de "Verrocchi" fue ratificada en "Consumidores Argentinos" (2010). La ocasión surgió a raíz de una peculiar situación política y judicial producida entre fines de 2009 y comienzos de 2010⁵⁹, frente a la cual la Corte pretendió dejar sentada una posición categórica en relación con los límites constitucionales de los DNU. La sentencia declaró la inconstitucionalidad del DNU 558/2002, que había introducido modificaciones permanentes a la [ley 20.091](#) que regula la actividad aseguradora⁶⁰, reproduciendo los criterios sentados en "Verrocchi", a los que agregó algunas consideraciones de interés⁶¹.

Además de las causas que habilitan el dictado de un DNU, el otro punto problemático —que la Constitución no regula— es el de la intervención posterior que cabe al Congreso, su oportunidad y los efectos de su silencio. La reforma constitucional incluyó sí el art. 82, que prohíbe en general la sanción tácita o ficta del Congreso (art. 82).

Sin embargo, la Corte ha tolerado la ratificación tácita de los DNU en el caso "Aceval Pollachi" (2011)⁶², donde consideró que la [ley 25.972](#), en cuanto reiteró el objeto de anteriores DNU (883/2002; 662/2003; 256/2003; 1351/2003; 369/2004 y 823/2004 que prorrogaron sucesivamente la duplicación indemnizatoria de despidos dispuesta por la ley 25.561) debía entenderse como convalidatoria de aquellos, a pesar de que la ley no lo disponía expresamente. Tampoco se han opuesto reparos a la ratificación "vacía" (donde no hay verdadero tratamiento del DNU, sino solo una votación favorable), ni a la ratificación "tardía" (en casi todos los casos la ratificación del Congreso se produce años después de dictado el DNU, lo cual es contrario al tratamiento "inmediato" que impone el art. 99, inc. 3º, CN).

En definitiva, el art. 82CN suprimió el silencio positivo, pero al no fijar el art. 99, inc. 3º un plazo para la intervención parlamentaria —como sí lo hacen la Constitución española o la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires⁶³—, dejó las cosas casi en el mismo lugar que antes, al permitir que

los DNU produzcan sus efectos durante todo el tiempo en que el Congreso no se pronuncia sobre ellos, para lo cual pueden pasar años o no ocurrir nunca, como en el caso de muchos DNU.

La demoradísima [ley 26.122](#) (2006)⁶⁴ resolvió algunas cuestiones (integración de la Comisión Bicameral prevista en este inciso y procedimiento básico para el tratamiento de los decretos) pero omitió fijar un plazo para la intervención del Congreso, y además consagró la eficacia de los DNU con la voluntad de una sola de las cámaras, al prever su art. 24 que "el rechazo *por ambas Cámaras* del Congreso del decreto de que se trata implica su derogación", lo cual significa —a *contrario sensu*— que basta la aprobación de una sola, o peor, su silencio o reticencia para tratarlo, para que el DNU continúe vigente a pesar de haber recibido el rechazo de la otra cámara. En definitiva, el silencio o la indefinición del Congreso carecen de sanción jurídica, y un DNU puede agotar sus efectos sin intervención del Congreso, lo que nos retorna al estado de cosas pre-reforma⁶⁵.

En este aspecto, son interesantes los votos de los jueces Petracchi y Argibay en "Consumidores", en cuanto propician soluciones drásticas al problema, con las que concuerdo. Petracchi sostuvo desde "Verrocchi" que los DNU emitidos sin una regulación adecuada de la intervención del Congreso son —sencillamente— inconstitucionales⁶⁶.

Por su parte, la jueza Argibay había anticipado ya en su voto en la causa "Massa" (2006), originada en el DNU 214/2002 de pesificación de los depósitos bancarios, que la intervención parlamentaria debía producirse bajo rigurosas condiciones de tratamiento *inmediato y debate expreso* para que la ratificación del Congreso sea válida⁶⁷. Según Argibay —en una idea que comparto plenamente—, la Constitución al crear el procedimiento de revisión de los decretos de necesidad y urgencia, "pretende mucho más que la sola aprobación o rechazo por el Congreso" (Fallos 329:5913, 5937, voto de la jueza Argibay). Con iguales fundamentos consideró que el DNU revisado en el caso "Consumidores", que no había merecido tratamiento legislativo alguno, era insanablemente nulo. En el mencionado caso "Aceval Pollacchi" (2011), también consideró que la ratificación a los DNU de prórroga de la doble indemnización era inválida, por implícita y por extemporánea⁶⁸.

Los decretos de necesidad y urgencia y su conflicto con la democracia⁶⁹

Comentario por Hernán Víctor Gullco

Entre los derechos reconocidos por la Constitución Nacional, cumple un rol fundamental el de "reserva legal", receptado en el art. 19 de la Ley Fundamental federal. Esta disposición es muy clara en tanto exige que los derechos humanos reconocidos en la Carta Magna solo pueden ser reglamentados a través de una ley dictada por el órgano legislativo.

Y es claro además que, bajo el concepto de "ley", no debe entenderse cualquier norma general emanada de los poderes públicos, sino tan solo aquellas denominadas leyes "formales", es decir, las emitidas por el *Poder Legislativo*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido muy enfática en este punto al interpretar el concepto de "ley" utilizado en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁰.

A pesar de la importancia de los argumentos transcritos a favor del monopolio de la función legislativa en cabeza del Congreso, la reforma constitucional de 1994 debilitó considerablemente dicho monopolio a través de la introducción del art. 99, inc. 3º, en el texto constitucional.

En efecto, el principal problema que presenta el citado art. 99, inc. 3º es que no establece, a diferencia de su modelo español⁷¹, que la falta de convalidación expresa del DNU por parte del Congreso, *en un plazo determinado*, determinará la invalidez insanable de aquel, tal como se señaló en el artículo mencionado⁷².

Es por eso que, en esa misma oportunidad se propuso, en una eventual reforma constitucional, modificar el citado art. 99, inc. 3º, CN, con el objeto de limitar fuertemente las facultades del Poder Ejecutivo de dictar DNU, en forma similar a la del citado antecedente español, en el sentido de exigir que la omisión del Congreso de expedirse en un plazo determinado a favor de la validez del DNU, determinará su nulidad insanable⁷³.

Por cierto que otra posible alternativa de reforma constitucional sería la de eliminar lisa y llanamente los DNU de nuestra Constitución ya que hemos visto que esas normas constituyen un elemento francamente perturbador del tradicional modelo republicano de división de poderes.

En tal sentido, se podría argumentar que dichos decretos no tienen sentido en un sistema presidencialista como el argentino, ya que parecen más propios de un sistema parlamentario de gobierno. Así, podría sostenerse que en esta última forma de gobierno no resulta tan grave que el Poder Ejecutivo (llámese primer ministro, presidente del gobierno, canciller, etc.) ejerza algún tipo de función legislativa de emergencia en razón de que aquel necesita de la confianza del Parlamento para mantenerse en el poder. Muy distinta es la situación en nuestro país, en donde el Poder Ejecutivo posee una legitimidad que surge del voto popular.

Lo dicho supone aceptar que, en circunstancias excepcionalísimas, el Poder Ejecutivo dicte normas legislativas. Pero tales circunstancias solo podrían darse cuando un acontecimiento imprevisto (p. ej., ataque armado, desastres naturales, etc.) impida al Congreso sesionar con la premura necesaria para hacer frente a dicha situación, en el caso que esta exija la sanción de normas legislativas.

En cambio, tal como ha ocurrido a menudo en nuestro país, nunca la impaciencia del Poder Ejecutivo ante la "obstrucción" del Congreso en aprobar una ley debería justificar el dictado de un DNU.

En definitiva, corresponde concluir la actual regulación de los DNU en la Constitución Nacional parece incompatible con las muy limitadas facultades legislativas que la Corte Interamericana ha reconocido a los países signatarios de la Convención Americana⁷⁴. Y solo un cambio radical de nuestro sistema de gobierno (de uno presidencialista a otro parlamentario) podría justificar, quizás, la incorporación de esa institución, con los alcances limitados que se han señalado previamente.

Art. 99, inc. 4º.

Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto.

Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos.

Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite.

Comentario por Inés Jaureguiberry

El art. 99, inc. 4º de la CN regula el nombramiento de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los Jueces de Tribunales federales inferiores. Si bien sistemáticamente se la ubica dentro de las facultades del Poder Ejecutivo, esta atribución supone un acto institucional

complejo del que participan el Poder Ejecutivo y el Senado, a lo cual se agrega el Consejo de la Magistratura en el caso de los jueces de tribunales federales inferiores.

La doble participación del Poder Ejecutivo y el Senado se explica a partir del sistema de frenos y contrapesos y el carácter público de la sesión del Senado responde a la necesidad de someter a conocimiento y escrutinio público el nombramiento de los/as candidatos/as.

Previo a la reforma constitucional del 1994, el antiguo art. 86, inc. 5º de la CN declaraba que el Poder Ejecutivo tenía la atribución de nombrar "a los Magistrados de la Corte Suprema y de los demás tribunales federales inferiores, con acuerdo del Senado"⁷⁵, sin que la norma realizara mayores exigencias sobre el modo en que dicha atribución podía ser ejercida, las características que debían reunir las personas propuestas o las mayorías requeridas al Senado para brindar el acuerdo, lo cual permitía concluir en que bastaba la configuración de simple mayoría para completar el acto.

Tal regulación otorgaba al Poder Ejecutivo —y correlativamente al Senado— un ámbito de discrecionalidad amplio en el ejercicio de esta atribución, por lo que se la consideró una facultad "decididamente política"⁷⁶.

La reforma de 1994 introdujo importantes modificaciones al mecanismo para designar a los jueces de la Corte Suprema, a los jueces federales de tribunales inferiores y a la duración de los cargos de los magistrados una vez cumplidos los setenta y cinco años de edad.

I. NOMBRAMIENTO DE LOS MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA

Según el primer párrafo del art. 99, inc. 4º de la CN, el Poder Ejecutivo nombra a los jueces del Máximo Tribunal federal. Tal nombramiento requiere el acuerdo del Senado mediante mayoría calificada de dos tercios de los miembros presentes, el cual debe ser otorgado en sesión pública.

La Constitución Nacional no impone al Poder Ejecutivo otras exigencias respecto de las condiciones personales de los candidatos a integrar la Corte Suprema que las enunciadas en los arts. 111 y 55: ser abogado con 8 años de ejercicio, tener la edad de treinta años, haber sido seis años ciudadano de la Nación y disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente⁷⁷. No obstante, de la última parte del segundo párrafo de la norma en tratamiento y la pauta del art. 16 de la CN, en nuestra opinión la idoneidad de los candidatos es un requisito constitucional implícito para ser propuesto miembro de la Corte Suprema.

La exigencia de acuerdo por mayoría calificada de dos tercios de los miembros presentes del Senado, una novedad introducida por la reforma

de 1994 tiende a garantizar el consenso entre distintas fuerzas políticas pues lo que se encuentra en juego no es ni más ni menos que la integración del Máximo Tribunal Federal.

Por su parte, se exige que el tratamiento de la postulación se realice en sesión pública, mecanismo que apunta a dotar de transparencia y amplia difusión al proceso de nombramiento. Sin embargo, en la práctica las audiencias públicas a cubrir las vacantes a miembros de la Corte Suprema han resultado poco útiles para esclarecer observaciones o preguntas a los/as candidatos/as. Con frecuencia los mismos eluden las respuestas a interrogantes concretos invocando imposibilidad de adelantar opinión en temáticas que pudieran resultar de la incumbencia del cargo para el que se los propone. Paradójicamente, las cuestiones que la ciudadanía encontraría más trascendentes para evaluar a los/as candidatos permanecen en el terreno de lo desconocido.

II. AUTOLIMITACIÓN DEL PODER EJECUTIVO: EL DECRETO 222/2003

Si bien el art. 99, inc. 4º de la CN se asienta en un procedimiento puramente político de designación de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el mecanismo se encuentra en la actualidad regulado por normativa de carácter infraconstitucional. El dec. 222/2003⁷⁸ implicó una autolimitación del Poder Ejecutivo en el ejercicio de la atribución en tratamiento. Tal como se verá, el dec. 222/2003 crea un procedimiento abierto y participativo para la elección de los jueces del Máximo Tribunal Federal.

El antecedente más inmediato del decreto fue un documento confeccionado por una alianza de organizaciones de la sociedad civil aunada bajo el lema "Una Corte para la Democracia"⁷⁹, presentado públicamente el 22/1/2002. Confeccionado con posterioridad a la crisis política e institucional que atravesó el país hacia el año 2001, el documento contenía un diagnóstico crítico sobre el funcionamiento y la composición del Poder Judicial y sobre el modo en que sucesivamente el Poder Ejecutivo había ejercido la atribución del art. 99, inc. 4º de la Carta Magna. El escrito reunía además una serie de propuestas tendientes a dotar de mayor legitimidad democrática al sistema de administración de justicia, en particular a la Corte Suprema.

En este sentido, el documento denunciaba la falta de transparencia en la designación de jueces, en especial de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Entre los factores más relevantes se señalaba la falta de deliberación pública acerca de los antecedentes y calidades de los nominados, la oscuridad de los acuerdos políticos para aprobar los pliegos, la falta de instancias para que la ciudadanía pudiera expresar sus opiniones sobre los candidatos y el carácter ostensiblemente partidista y carente de trayectoria de estos.

Ante esta situación, la coalición sugirió —entre otras propuestas— el dictado de una norma por parte del Poder Ejecutivo que autolimitara su discrecionalidad estableciera mecanismos de participación ciudadana en el proceso de nombramiento de los miembros del Poder Judicial y fijara estándares mínimos que garantizaran la selección de candidatos con trayectoria profesional y conducta pública acorde a la magistratura.

También se propuso al Poder Legislativo la sanción de una ley o norma interna que estableciera la publicidad y el mecanismo de audiencia pública para el debate previo a la votación de los acuerdos en el Senado.

Pocos meses después de la presentación del primer documento, se presentó "Una Corte para la Democracia II", en el que la misma coalición se abocó con mayor profundidad a realizar propuestas específicas sobre los procedimientos de remoción y designación de los jueces de la Corte Suprema de Justicia.

Recogiendo estas inquietudes y propuestas, el 19 de junio de 2003 el Poder Ejecutivo dictó el dec. 222/2003, mediante el cual se dispuso que dentro de los treinta (30) días de producida una vacante en la Corte Suprema de Justicia de La Nación, se publicará en el Boletín Oficial y por lo menos dos (2) diarios de circulación nacional, el nombre y antecedentes curriculares de la o las personas que se encuentren en consideración para cubrir el cargo.

Las personas propuestas deberán presentar una declaración jurada de bienes propios, los de su cónyuge o convivientes y los de sus hijos menores, en los términos de la Ley de Ética de la Función Pública. Asimismo, deberán denunciar las asociaciones civiles y sociedades comerciales que integren o hayan integrado durante los últimos ocho (8) años, los estudios de abogados a los que pertenecieron o pertenecen, la nómina de clientes o contratistas durante igual plazo, y en general cualquier compromiso, incompatibilidad o conflicto de intereses que pudiera afectar su imparcialidad en el eventual ejercicio del cargo. También se requerirá informe a la Administración Federal de Ingresos Públicos sobre el cumplimiento de obligaciones impositivas.

El decreto dispone, además, que durante el plazo de quince (15) días los ciudadanos, organizaciones no gubernamentales, colegios y asociaciones profesionales, entidades académicas y de derechos humanos podrán presentar sus posturas, observaciones y circunstancias que consideren de interés respecto de los candidatos. Sin perjuicio de estas presentaciones espontáneas, podrá requerirse opinión a organizaciones de relevancia profesional, judicial, académica, social, política o de derechos humanos.

El decreto dispone expresamente dos pautas autolimitativas en la elección del candidato. En primer término, se establece que a fin de elegir los/as candidatos/as a cubrir la vacante se debe atender —en la medida de lo posible— a la composición general de la Corte Suprema para posibilitar la inclusión de integrantes que reflejen la diversidad de género, especialidad y procedencia regional en el marco de representatividad de un país federal. Por otra parte, una vez recibidas las observaciones de la sociedad civil, el decreto establece que el Poder Ejecutivo dispondrá sobre la elevación o no de la propuesta, haciendo mérito de las razones que abonaron la decisión.

El dictado del dec. 222/2003 fue recibido positivamente por la mayor parte de los sectores políticos, académicos, profesionales y de la sociedad civil. Más allá de señalarse su débil exigibilidad —dado que el Poder Ejecutivo que quisiera evitar el procedimiento establecido por el decreto siempre podría dictar otro en sentido opuesto o simplemente derogarlo mediante una norma de igual carácter—, la regulación fue interpretada como un gesto de transparencia en el ejercicio de la facultad presidencial y una invitación a la participación ciudadana en una cuestión de trascendental interés institucional. Algunas voces minoritarias se alzaron contra la medida, a la cual interpretaron como demagógica y populista, aventurando un agravamiento de las ya existentes demoras burocráticas en el mecanismo de designación de jueces⁸⁰. Miradas intermedias celebraron la sanción del decreto, mas entendieron que podrían mejorarse y ampliarse los mecanismos de participación ciudadana para hacerlo menos elitista y más federal⁸¹.

En nuestra opinión, el decreto de autolimitación presidencial implicó un avance hacia la transparencia y participación ciudadana en el ejercicio de la atribución presidencial de elección de los magistrados de la Corte Suprema en un momento institucional que reclamaba mayor legitimidad tanto a los poderes políticos como al Máximo Tribunal Federal.

Sin embargo, consideramos deseable que la regulación autolimitativa avance en la ampliación de los mecanismos de participación ciudadana y rendición de cuentas. El decreto no establece la obligación del Poder Ejecutivo de dar tratamiento fundado a las observaciones, ni tampoco se dispone un mecanismo para asegurar que las mismas sean efectivamente consideradas en la decisión de avanzar o no con la propuesta. De este modo, la participación ciudadana queda reducida a una mera recepción de opiniones que ninguna respuesta obtienen de la autoridad a la que fueron dirigidas (especialmente cuando son contrarias a la designación y el Poder Ejecutivo decide elevar la propuesta) persistiendo el interrogante sobre su efectiva consideración a la hora de evaluar la aptitud de los/as candidatos/as.

Por otra parte, la regulación tendiente a asegurar la igualdad de género, especialidad y procedencia regional de los/as candidatos/as también se efectúa como una simple expresión de deseos ("en la medida de lo posible") y no como un deber efectivo del Poder Ejecutivo. En este sentido, es importante recordar que el primer nombramiento efectuado bajo la vigencia del decreto fue de un jurista —aunque de respetable trayectoria e importantes antecedentes— varón y procedente de la Ciudad de Buenos Aires⁸². Si bien las siguientes vacantes fueron cubiertas con candidatas mujeres⁸³ y un varón⁸⁴ procedente de Santa Fe, la realidad volvió a demostrar la escasa exigibilidad del decreto hacia el año 2015, momento en que las dos vacantes producidas fueron cubiertas con candidatos varones, de especialidades afines y provenientes de jurisdicciones ya representadas en la conformación vigente de la Corte Suprema⁸⁵.

El 13/8/2003, el Poder Ejecutivo dictó el dec. 588/2003 mediante el cual estableció la aplicación del procedimiento instituido por el dec. 222/2003 para la designación del Procurador General de la Nación, del Defensor General de la Nación, jueces de los tribunales federales inferiores y magistrados del Ministerio Público. De este modo, la totalidad de los nombramientos de magistrados judiciales quedan abarcados por el procedimiento abierto y participativo que instauró el dec. 222/2003.

III. NOMBRAMIENTO DE JUECES DE TRIBUNALES FEDERALES INFERIORES

A partir de la reforma de 1994, el Poder Ejecutivo nombra a los jueces federales de tribunales inferiores, en base a una terna vinculante elaborada por el Consejo de la Magistratura⁸⁶. La intervención de este órgano en el proceso de selección de los candidatos tiene como efecto principal la prevalencia de la idoneidad y condiciones técnicas —y la consecuente disminución de la influencia política— en el proceso de selección⁸⁷.

Se ha interpretado que el carácter vinculante de la terna implica, como mínimo, que el Poder Ejecutivo no puede designar a un candidato ajeno a la misma⁸⁸. Respecto del carácter vinculante del *orden de mérito* de la terna, en nuestra opinión el Poder Ejecutivo puede apartarse del mismo pues en todo caso la reforma de 1994 implicó una combinación del régimen de elección por idoneidad con el régimen meramente político. Mas en caso de desplazamiento de los candidatos en mejor orden de mérito por parte del Poder Ejecutivo, se exige de este un deber de mayor fundamentación de su elección⁸⁹.

Tal como mencionamos, el dec. 588/2003 extendió el procedimiento establecido por el dec. 222 a los nombramientos de los jueces federales de tribunales inferiores. Algunos autores han cuestionado esta medida, por considerar que aumenta innecesariamente los trámites burocráticos del nombramiento⁹⁰. En la práctica, escasas propuestas de nombramientos

para tribunales federales inferiores han contado con participación ciudadana y amplia difusión, y solo en casos contados las observaciones fueron efectivamente consideradas.

El art. 99, inc. 4º de la Constitución requiere que la propuesta del Poder Ejecutivo cuente con acuerdo del Senado en sesión pública. Corresponde realizar dos observaciones relativas a este aspecto:

— En primer término, la norma no exige mayoría calificada —como sí requiere para los miembros de la Corte Suprema— por lo cual basta la simple mayoría para brindar el acuerdo.

— Segundo, el Senado debe *tener en cuenta la idoneidad de los candidatos*. Se ha observado que esta exigencia resulta sobreabundante, pues la idoneidad de los postulantes se encontraría garantizada por el procedimiento llevado a cabo por el Consejo de la Magistratura.

Una vez otorgado el acuerdo por parte del Senado, se ha dicho que este resulta vinculante para el Poder Ejecutivo. Es decir, ya no puede revocar el nombramiento ni sustituir su propuesta con un nuevo candidato⁹¹.

IV. NECESIDAD DE NUEVO NOMBRAMIENTO CON ACUERDO DEL SENADO UNA VEZ CUMPLIDOS LOS 75 AÑOS DE EDAD

La reforma de 1994 introdujo una importante modificación relativa a la necesidad de contar con un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, para mantener en el cargo a los jueces de la Corte Suprema y de tribunales federales inferiores una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. La norma en su actual redacción dispone, además, que todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, trámite que podrá repetirse indefinidamente.

Por su parte, la disposición transitoria undécima establece: "La caducidad de los nombramientos y la duración limitada previstas en el art. 99 inc. 4º entrarán en vigencia a los cinco años de la sanción de esta reforma constitucional".

El tercer párrafo del art. 99, inc. 4º ha sido, quizás, la parte que más controversias ha generado sobre el mecanismo de nombramiento de jueces.

Un extremo particularmente debatido se centra en la discusión sustantiva sobre la relación existente entre la idoneidad como único requisito para ejercer cargos públicos (art. 16, CN) y la edad de 75 años como límite que exige un nuevo nombramiento. Ya en el seno del Convención Constituyente de 1994 se dio una disputa sobre el punto:

mientras algunos cuestionaron el límite de edad fijado como una suerte de presunción infundada de disminución de facultades psíquicas⁹², otros defendieron la reforma como un mecanismo para evitar el juicio político en casos de "situaciones de decadencia"⁹³.

Más allá de lo acertado o no de establecer un límite de edad a la magistratura, la cuestión que nos parece más problemática resulta ser el mecanismo de renovación de nombramiento. La cuestión fue introducida tempranamente por el Convencional Cullen, quien señaló que el cese del mandato a una edad determinada (como, p. ej., ocurre en la Constitución de la provincia de Santa Fe) resulta justificada, mas no la posibilidad de renovar mandatos, pues este mecanismo afectaba a su entender la independencia judicial. La observación, si bien es atendible pues la necesidad de renovación del cargo cada cinco años puede verse como un incentivo a los jueces en ejercicio de fallar a favor del Poder que finalmente decidirá su continuidad, no puede ser compartida por completo. La relación entre la garantía de inamovilidad de los jueces y la independencia judicial suele ser sobreestimada, especialmente en sistemas institucionales como el nuestro. Los ejemplos de falta de independencia del poder judicial sobran en nuestra historia institucional, antes y después de la introducción del mecanismo de renovación de cargos en nuestra Constitución Nacional. La cuestión fue tratada por la Corte Suprema en el caso "Schiffrin" al que nos referiremos más adelante.

Por último, ha resultado particularmente controversial la validez de la reforma constitucional de 1994 en tanto la Convención Constituyente habría avanzado sobre cuestiones que sobre las que no se había declarado necesidad de reforma, esto, la inamovilidad de los jueces prevista en el art. 110.

El tema llegó por primera vez al entendimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Fayt"⁹⁴. La cuestión debatía versaba, por un lado, sobre la validez de la reforma constitucional del art. 99, inc. 4º en tanto afectaba la inamovilidad de los jueces en vulneración al mandato conferido al a Convención Constituyente. Por el otro, el actor invocaba derechos adquiridos y la afectación de la garantía de inamovilidad de su cargo, dado que había sido designado bajo el régimen constitucional anterior a 1994.

En la sentencia, dictada el 19 de agosto de 1999, el Máximo Tribunal Federal se pronunció únicamente sobre la primera cuestión debatida: declaró la nulidad de la reforma introducida por la convención de 1994 en el art. 99, inc. 4º, párrafo tercero — y en la disposición transitoria undécima— al art. 110 de la CN. Para así decidir, la Corte Suprema consideró que ni la [ley 24.309](#) que declaró la necesidad de la reforma constitucional de 1994 ni el "Núcleo de Coincidencias Básicas" habían habilitado la posibilidad de la Convención Constituyente de revisar la

inamovilidad de los jueces contenida en el art. 110 de la Carta Magna. En consecuencia, consideró que la modificación introducida respecto de la necesidad de contar con nueva propuesta y acuerdo del Senado una vez cumplidos los 75 años para permanecer en la magistratura, resultaba nula, de conformidad a la sanción explícita que la propia [ley 24.309](#) (art. 6º) había establecido en caso de extralimitación del mandato por parte de la Convención Constituyente.

En esta trascendente decisión, que fue tan criticada como celebrada, la Corte Suprema reiteró el criterio según el cual nuestro sistema institucional permite ejercer el control judicial de constitucionalidad sobre el proceso de reforma constitucional⁹⁵. No es un dato menor que la Corte Suprema, por única vez en la historia, haya declarado en este caso la nulidad de una cláusula de la Constitución, que precisamente versaba sobre la inamovilidad de los cargos de magistrados. También es llamativo que los ministros (con la excepción de Enrique Petracchi) no se hayan excusado de intervenir en un caso respecto de cuya solución poseían interés cierto y particular.

En los años subsiguientes, diversos magistrados próximos a alcanzar los 75 años de edad, o cumplidos estos, presentaron acciones judiciales reclamando idénticas decisiones que les permitiera permanecer en sus cargos judiciales. Durante años, las instancias inferiores aplicaron el criterio sentado por la CS en "Fayt" frente a demandas de igual naturaleza⁹⁶.

El 10 de febrero del año 2017, la jueza Elena Inés Highton de Nolasco —integrante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— obtuvo sentencia favorable en el amparo presentado poco antes de cumplir la edad de 75 años⁹⁷. El Juzgado Contencioso Administrativo Federal nro. 6 hizo lugar a la acción de amparo iniciada y declaró la nulidad, en los términos del [art. 6º](#) de la [ley 24.309](#), de la reforma introducida por la Convención Constituyente de 1994 en el art. 99, inc. 4º, párrafo tercero al art. 110 de la CN. El Estado nacional no interpuso recurso contra esta decisión, lo que permitió a la jueza Highton de Nolasco permanecer en su cargo en el Máximo Tribunal Federal.

El 28 de marzo del mismo año, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en el caso "Schiffrin"⁹⁸, en sentido contrario al sostenido en el caso "Fayt" —y consecuentemente, cambiando el criterio que había seguido la justicia contenciosa para resolver el caso "Highton de Nolasco"—.

En "Schiffrin", la mayoría de la Corte⁹⁹ consideró que la doctrina sentada en el caso "Fayt" debía ser abandonada y sustituida por un nuevo estándar de control, caracterizado por la deferencia y respeto a la voluntad soberana del pueblo representado en la Convención Constituyente¹⁰⁰. El

Máximo Tribunal asentó el criterio según el cual lo decidido por la Asamblea Reformadora merece la más alta de las deferencias posibles y, por ende, exige que el control judicial solo deje sin efecto la voluntad soberana cuando encuentre una grave y patente transgresión a los límites impuestos por la norma habilitante de la reforma.

A partir de este estándar de revisión, el voto mayoritario arribó a la conclusión que la [ley 24.309](#) al permitir a la Asamblea Reformadora actualizar las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo, incluyó el proceso de designación de los jueces federales¹⁰¹.

La Corte concluyó, además, que en ejercicio de tal habilitación el límite de 75 años de edad para la conclusión del mandato de los jueces federales y la consecuente necesidad de nuevo nombramiento por 5 años resulta una modalidad razonable para hacer efectivas las competencias de los Poderes Legislativo y Ejecutivo¹⁰².

Es destacable que, como mecanismo argumentativo, dos de los jueces integrantes de la mayoría recurrieron al derecho comparado regional, al destacar que distintas constituciones de la región poseen cláusulas limitativas de los mandatos judiciales por períodos o con edades límites¹⁰³.

Por último, en relación con el argumento del actor referente a que la cláusula constitucional impugnada vulneró derechos adquiridos de quienes —como él— habían sido designados con anterioridad de la reforma, la decisión de la mayoría reiteró el criterio según el cual nadie tiene derecho al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad, más aún cuando se trata de una reforma constitucional.

En su voto en disidencia, el juez Rosenkrantz consideró —en similar sentido al sostenido oportunamente por la Corte Suprema en el caso "Fayt"— que la [ley 24.309](#) no habilitó a la Convención a reducir la duración del mandato de los jueces, fijando un plazo diferente al que estaba regulado por el art. 96 (actual 110) de la CN.

Esta trascendente decisión sella actualmente la suerte de las previsiones del tercer párrafo del art. 99, inc. 4º de la CN.

Art. 99, inc. 5º.

Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados.

Comentario por Brenda Dvoskin

I. CONCEPTO

De acuerdo con el art. 99, inc. 5º de la Constitución, el presidente de la Nación tiene la facultad de indultar o conmutar penas. En otras palabras, puede eliminar o reducir una pena en un caso concreto. A diferencia de las amnistías, el indulto se aplica a un caso determinado y no tiene alcance general. En su origen, el fin de este instituto era morigerar las penas cuando la aplicación estricta de la ley habría llevado a penas injustas o desproporcionadas¹⁰⁴. En este sentido, la Corte ha dicho que el fin del indulto es "prevenir los inconvenientes derivados de la aplicación estricta de las leyes penales que no pueden prever todas las modalidades de los casos particulares o como dice Story, porque ningún sistema de leyes puede proveer para cada matiz posible de culpabilidad, un grado proporcionado de castigo (...) Además, la ley puede ser violada hallándose el culpable colocado en circunstancias que le hagan excusable ante la moral y la justicia absoluta aunque no ante los términos estrictos de la ley"¹⁰⁵.

Así, en casos en los que la pena era notoriamente desproporcionada, la Corte Suprema ha invitado al presidente a hacer uso de sus facultades e indultar o a conmutar las penas de los condenados. Esto ocurrió, por ejemplo, en el caso de un condenado a tres años de trabajos forzados por haber hurtado una botella de aceite¹⁰⁶ y en el de un condenado a cuatro años de la misma pena por haber falsificado unas pocas monedas de cobre¹⁰⁷. Sin embargo, veremos que en algunos casos los indultos se han utilizado con un fin de "pacificación social", más cercano a la finalidad originalmente concebida para las amnistías. En el último apartado, expondremos otra finalidad posible del indulto: en algunas circunstancias, podría constituir una herramienta del Poder Ejecutivo para cumplir con obligaciones que el Estado ha asumido internacionalmente.

II. REQUISITOS

El texto constitucional prevé que solo pueden indultarse penas impuestas por la jurisdicción federal, no así aquellas decididas por la justicia provincial. Asimismo, la Constitución no permite el indulto en juicios políticos. Otro requisito exigido por la Constitución para la sanción de un indulto es que el presidente cuente con un informe del tribunal correspondiente.

En principio, otro requisito es la existencia de una sentencia condenatoria ya que la Constitución faculta al presidente a indultar o

conmutar "las penas". Sin embargo, la Corte Suprema ha sostenido criterios divergentes en relación con la oportunidad en la que el Poder Ejecutivo puede hacer uso de esta facultad.

Por un lado, ha sostenido un criterio estricto, según el cual se debe esperar hasta la sentencia firme para que proceda el indulto¹⁰⁸.

Por otro lado, en "Ibáñez"¹⁰⁹, llegó a la conclusión contraria. En esa oportunidad, se discutió la constitucionalidad de un indulto dictado antes de que existiera condena firme. En el caso, el presidente indultó a un joven de diecinueve años que había sido condenado en primera instancia por participar en el hurto de medias de un local. La Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal decidió que el indulto era inconstitucional porque había prescindido del informe del tribunal de juicio que requiere la Constitución y porque había sido dictado antes de que la sentencia estuviese firme. La Corte Suprema, en cambio, decidió que el indulto era válido. En primer lugar, el tribunal confirmó la necesidad de que hubiese informe del tribunal, pero dio el requisito por cumplido en el caso. En segundo lugar, interpretó que el indulto puede dictarse durante el juicio penal. Es importante notar que la exigencia del informe del tribunal implica que al menos debe haber una causa abierta para que proceda el indulto. En efecto, en este caso, la Corte expuso que era necesario que se hubiese iniciado un juicio penal contra el beneficiario del indulto.

La Corte parece haberse decidido por la interpretación estricta, es decir, por aquella que indica que solo puede hacerse uso de esta facultad cuando existe una sentencia condenatoria firme. En "Aquino"¹¹⁰, se discutió la constitucionalidad del dec. 1002/1989, a través del cual se indultó a los acusados por el secuestro y muerte de Laura Martinelli y por la desaparición de Carlos Oliva, entre otros acusados de violaciones de derechos humanos similares cometidas durante la última dictadura militar. La mayoría del tribunal tuvo por desistido el recurso contra la sentencia que había declarado la inconstitucionalidad del decreto. El juez Fayt, en su voto, propuso aplicar el criterio restrictivo, según el cual el indulto procede únicamente después de la sentencia firme. En este sentido, expresó que esta solución era más respetuosa del texto constitucional y, además, era lógica ya que solo es posible indultar culpables. Más recientemente, la jueza Argibay ha defendido la misma posición: "Quiero dejar en claro desde ya que, a mi juicio, los indultos a personas procesadas son inconstitucionales porque implican una injerencia del Poder Ejecutivo en la jurisdicción exclusiva del Poder Judicial, lo cual atenta contra la división de poderes que sustenta nuestro sistema republicano de gobierno. (...) Nada hay que perdonar mientras no existe una condena que imponga pena, pues hasta entonces subsiste el principio de inocencia también consagrado por la Carta Magna"¹¹¹.

Por último, sobre la oportunidad en que puede ejercerse la facultad de indultar, Carlos Nino opinaba que la práctica de dictar indultos antes de que existiese sentencia judicial firme contradice el texto constitucional y agrava el extremo presidencialismo argentino¹¹².

III. LOS INDULTOS EN RELACIÓN CON CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD OCURRIDOS DURANTE LA ÚLTIMA DICTADURA MILITAR

El dec. 1002/1989 muestra que los indultos se han utilizado con fines diversos a los que tenían originalmente. Este decreto indultó a acusados en causas abiertas en relación con crímenes cometidos durante la dictadura de 1976. En los fundamentos del decreto, se dijo que no correspondía mantener "abiertas las heridas" de "aquellos hechos luctuosos" y se llamaba a la reconciliación nacional "para unirnos en un solo pueblo sin la división en dos bandos a la que quiere arrastrarnos el pasado". En el mismo sentido, el dec. 2741/1990 indultó a los miembros de las juntas de comandantes condenados en el juicio a las juntas y el dec. 2746/1990 indultó al militar Suárez Mason, acusado por delitos de lesa humanidad.

Sobre la constitucionalidad de estos indultos, Carlos Nino marcó una diferencia relevante. Para Nino, el primer indulto y otros similares que se sancionaron en el mismo sentido eran inconstitucionales pues beneficiaron a personas procesadas (no condenadas). Como señalamos anteriormente, Nino sostenía que el actual art. 99 de la Constitución argentina prevé que el presidente puede firmar indultos solo en la medida en que ello sea coherente con el actual art. 109, que prohíbe al presidente interferir en juicios aún pendientes¹¹³. Sin embargo, sobre el indulto 2746/1990, Nino consideró que se trataba de una medida constitucional por estar dirigida a personas condenadas, aunque opinó que el indulto era políticamente indeseable e inconveniente¹¹⁴.

En un primer momento, la Corte convalidó la constitucionalidad del indulto 1002/1989. Lo hizo por primera vez en "Riveros"¹¹⁵. En esa oportunidad, la recurrente se agraviaba de que el indulto, por su carácter general, escondía una amnistía, cuya sanción es facultad del Poder Legislativo. Sostenía que el indulto debía estar dirigido a una situación de inequidad particular, lo cual no ocurría en el presente caso. La mayoría de la Corte declaró formalmente mal concedidos los recursos interpuestos y confirmó la sentencia que había aplicado el indulto otorgado mediante el dec. 1002/1989. Por su parte, los jueces Petracchi y Oyhanarte desestimaron el planteo de la recurrente porque entendieron que el indulto cumplía con los requisitos constitucionales y, por lo tanto, estaba dentro de las facultades presidenciales. Dos años después, en "Aquino", la Corte volvió a decidir a favor de la constitucionalidad de este mismo decreto y lo hizo remitiéndose a los argumentos expuestos en el voto de los jueces Petracchi y Oyhanarte en "Riveros".

La Corte cambió de criterio años más tarde. Así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo una gran injerencia en materia de amnistías, impactó de modo análogo en relación con los indultos a crímenes de lesa humanidad¹¹⁶. En "Mazzeo"¹¹⁷, la Corte declaró la inconstitucionalidad del dec. 1002/1989. Hizo especial énfasis en la incorporación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la Constitución. Consideró que la interpretación de este tratado debía hacerse sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Luego, reseñó la jurisprudencia del tribunal internacional en relación con las obligaciones que el art. 1º de la Convención impone a los Estados. En su entender, este artículo obliga a los Estados a investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos y este deber desplaza los principios de derecho interno de irretroactividad de la ley penal y de prohibición de la doble persecución penal. También, recordó las obligaciones impuestas por el sistema interamericano a los Estados en "Almonacid Arellano":

"[L]a Corte Interamericana señaló que los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Agregó que por ello los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas

"Señaló que por ello los Estados no adoptarán medidas legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad"¹¹⁸.

La Corte también recordó su propia jurisprudencia, especialmente el caso "Simón", dictado dos años antes. Sobre la base de estos precedentes, concluyó que los crímenes abarcados por este indulto quedaban "inmunizados de decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que debe disponer el Estado para obtener el castigo"¹¹⁹. Por lo tanto, declaró la inconstitucionalidad del indulto y la nulidad de los efectos cumplidos a raíz de él.

Asimismo, la Corte consideró que a partir del caso "Barrios Altos" de la Corte Interamericana "han quedado establecidas fuertes restricciones a la posibilidad de invocar la defensa de cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal" respecto de crímenes de lesa humanidad¹²⁰. En

cambio, en su disidencia, la jueza Argibay opinó que la jurisprudencia de la Corte Interamericana era insuficiente para justificar un apartamiento de la prohibición de la doble persecución. En un sentido similar, la disidencia del juez Fayt también consideró que la obligación de investigar delitos de lesa humanidad y la jurisprudencia del sistema interamericano sobre este punto no justificaban vulnerar garantías constitucionales. Citando a Hart, dijo que el "castigo [de crímenes de lesa humanidad] puede ser vivido como algo socialmente deseable, pero procurarlo con una legislación retroactiva puede ser moralmente abominable"¹²¹.

Por último, en el caso "Videla"¹²², la Corte declaró la inconstitucionalidad del dec. 2741/1990, remitiéndose a los argumentos expuestos en "Mazzeo".

IV. LOS INDULTOS COMO HERRAMIENTA DEL PODER EJECUTIVO PARA CUMPLIR CON OBLIGACIONES INTERNACIONALES

Por último, en algunos casos el indulto podría constituir un medio para que el Poder Ejecutivo cumpla con obligaciones que el Estado argentino ha asumido internacionalmente, así como con decisiones o recomendaciones de organismos internacionales. Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe 55/97¹²³ analizó el ataque al cuartel militar del Regimiento de Infantería Mecanizada III "General Belgrano", ubicado en La Tablada, ocurrido el 23/1/1989, así como los hechos que siguieron a la captura de quienes participaron en el ataque y el proceso judicial seguido por la sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín en la causa 1722-231, que culminó con la condena de varios de los participantes. En ese marco, la Comisión determinó que ese proceso judicial violó los arts. 8(2)(h) y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagran los derechos a recurrir las sentencias ante un tribunal de alzada y a la tutela judicial. Llegó a esa conclusión porque el procedimiento penal establecido en la ley 23.077 —mediante el cual se llevó a cabo el juicio— preveía el recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema como única vía recursiva. La Comisión sostuvo que ese recurso restringido no satisface las garantías consagradas en los arts. 8(2)(h) y 25 de la Convención.

La Comisión no realizó recomendaciones específicas en relación con los condenados en esa causa, aunque recomendó que el Estado argentino otorgase las reparaciones correspondientes. En ese marco, el Poder Ejecutivo de la Nación conmutó las penas de algunos de los condenados a través del dec. 1263/2000. Indultar las penas podría haber sido un modo de hacer cesar las consecuencias de una sentencia condenatoria dictada a través de un proceso violatorio de la Convención Americana.

Art. 99, inc. 6°.

Concede jubilaciones, retiros, licencias y pensiones conforme a las leyes de la Nación.

Se remite al artículo "La seguridad social", bajo el art. 14 bis.

Art. 99, inc. 7°.

Nombra y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado; por sí solo nombra y remueve al jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros del despacho, los oficiales de su secretaría, los agentes consulares y los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por esta Constitución.

Comentario por Juan Ignacio Sáenz

Esta disposición establece la facultad del Poder Ejecutivo de designar y remover a diversos funcionarios que se encuentran en su órbita, respecto de los cuales corresponde realizar la siguiente diferenciación:

1. En primer lugar, designa y remueve por sí solo al jefe de Gabinete de Ministros y a los ministros. Si bien estos resultan removibles también por la vía parlamentaria del juicio político (ver arts. 53 y 59) y en el caso del jefe de Gabinete —también— por medio de la moción de censura (art. 101), la unilateralidad de la designación en ambos casos confirma el carácter presidencialista de la organización del poder, a diferencia de los regímenes parlamentarios en los que los ministros resultan removibles por el Parlamento por mera pérdida de "confianza", con lo cual su designación se encuentra implícitamente condicionada a su acuerdo.

Como titular jerárquico de la Administración o "responsable político de la administración general del país" (ver inc. 1°)¹²⁴, se prevé aquí también que compete al presidente nombrar y separar a "los oficiales de su secretaría (...) y los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma"¹²⁵, que no son otros que los titulares de todos los organismos que

componen la Administración Pública Nacional¹²⁶ (típicamente, secretarios de la presidencia de la Nación y de los ministerios y —en general, salvo casos especiales o aquellos donde ha delegado esta función—, autoridades de los demás entes que le dependen)¹²⁷.

2. Por su parte, se prevé que el presidente nombre y remueva a los *embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios* con acuerdo del Senado, y por sí a los *agentes consulares*. En estos casos, la facultad presidencial deriva de su jefatura del Estado (ver inc. 1º) por la cual el Poder Ejecutivo es titular de las relaciones internacionales (negocia y firma los tratados internacionales —art. 99, inc. 11—, sin perjuicio de la posterior ratificación legislativa —art. 75, inc. 22—) y del Servicio Exterior de la Nación, cuerpo de funcionarios que tiene a cargo las relaciones con la comunidad internacional a través de la representación permanente del país en las embajadas, las misiones diplomáticas y los consulados¹²⁸. Los "embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios" constituyen las categorías más importantes de la representación exterior de la Nación, y por ello su designación se encuentra agravada con el acuerdo del Senado. Los agentes consulares (que se desempeñan en las representaciones consulares o consulados argentinos en el extranjero) son funcionarios de menor importancia, y su labor es de carácter notarial, otorgan fe pública a los documentos nacionales para ser reconocidos fuera del país, registran nacimientos, matrimonios y defunciones, cumplen funciones de traductor jurado y asisten en general a los ciudadanos nacionales en otros países¹²⁹.

Art. 99, inc. 8º

Hace anualmente la apertura de las sesiones del Congreso, reunidas al efecto ambas Cámaras, dando cuenta en esta ocasión del estado de la Nación, de las reformas prometidas por la Constitución, y recomendando a su consideración las medidas que juzgue necesarias y convenientes.

Se remite al comentario al art. 63 en esta obra.

Art. 99, inc. 9º.

Prorroga las sesiones ordinarias del Congreso, o lo convoca a sesiones extraordinarias, cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera.

Se remite al comentario al art. 63 en esta obra.

Art. 99, inc. 10.—

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.

Se remite al comentario al art. 100, en especial al análisis de sus incs. 1º y 7º.

Art. 99, inc. 11.—

Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules.

Comentario por Nahuel Maisley¹³⁰

El art. 99, inc. 11 de la CN determina, junto con el art. 75, incs. 22 y 24, el procedimiento constitucional de negociación, firma, aprobación y ratificación de tratados internacionales¹³¹. La Constitución afirma que el presidente "concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras"¹³² y que el Poder Legislativo debe "aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede"¹³³ y "aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales"¹³⁴. El procedimiento de aprobación de tratados consta, entonces, de 3 pasos: i) el Poder Ejecutivo negocia y firma el tratado con los Estados u organizaciones internacionales que corresponda; ii) el Congreso puede

aprobar o rechazar el tratado íntegramente; iii) el Poder Ejecutivo tiene la potestad de manifestar el consentimiento para obligarse por el tratado depositando el instrumento de ratificación en el lugar que indique el propio acuerdo.

En el año 1995, llegó a la Corte Suprema de Justicia una causa en la cual dos personas solicitaron que el Poder Ejecutivo cumpla con la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que había sido aprobado por el Congreso Nacional mediante la [ley 24.071](#)¹³⁵. La mayoría de la Corte declaró el recurso inadmisibile, pero el juez Boggiano, en su voto concurrente, explicó que, en el acto complejo federal de aprobación de tratados, "la participación del Congreso, aunque es necesaria, no es definitiva". Según Boggiano, en "nuestro régimen constitucional, es el Poder Ejecutivo, en representación de la Nación, quien ejerce competencias constitucionales exclusivas para asumir obligaciones internacionales por la decisión de ratificar los tratados internacionales (arts. 27 y 99 inc. 1º, 11 de la CN)"¹³⁶. Por lo tanto, para Boggiano, el Poder Ejecutivo no estaría obligado a ratificar los tratados aprobados por el Congreso.

En el mismo sentido se ha pronunciado parte de la doctrina constitucional¹³⁷ y la Procuración del Tesoro de la Nación, que en un dictamen del año 1997 ha sostenido que "[e]n nuestro régimen institucional la ratificación que efectúa el Jefe de Estado consiste en el ejercicio de una atribución constitucional que le es propia y que —en razón de su esencia— pertenece a la categoría de acto no reglado; su iniciativa, alcance y concreción se ubican en un área de decisión que reclama un alto grado de discrecionalidad y prudencia políticas; cabe señalar que la aceptación de un tratado por parte del Legislativo, no obliga sino que faculta o posibilita al presidente de la Nación a proceder a su ratificación, decisión esta que es de su exclusivo resorte"¹³⁸.

No obstante, una lectura integral del texto de la Constitución Nacional parece indicar una interpretación contraria, en línea con lo que sostiene otra parte de la doctrina constitucional¹³⁹. En efecto, el ideal del autogobierno que anima a nuestra Constitución¹⁴⁰ exige una interpretación en la que los conflictos de competencia en materia de relaciones exteriores sean siempre resueltos a favor de la alternativa que asegure un mayor grado de participación democrática en el diseño y la implementación de la política exterior del Estado argentino y en la toma de decisiones respecto de la celebración de normas internacionales y de la manifestación de consentimiento en obligarse por ellas, así como de aquella que ofrezca una tutela más robusta de los derechos individuales¹⁴¹. En este caso, el Congreso de la Nación, el órgano que representa a la pluralidad de ciudadanas y ciudadanos argentinos y que presenta mejores credenciales deliberativas, parece ser el que debiera tener la última palabra en materia de establecimiento de nuevas normas, en este caso, de derecho

internacional. En efecto, esta parece ser la solución que la Constitución ha adoptado respecto del procedimiento de aprobación de leyes, en el que, pese al veto presidencial, el Congreso tiene la última palabra¹⁴².

Por otra parte, una lectura de la norma constitucional relevante a la luz del criterio de interpretación ya señalado supone reconocerle al Congreso la facultad de aprobar el tratado a condición de que se introduzcan modificaciones —lo que exigirá que el Poder Ejecutivo renegocie con las contrapartes¹⁴³. En un sentido similar, solo podrá ser el Congreso el que apruebe la formulación de reservas o declaraciones interpretativas —que excluyan o modifiquen el alcance de las disposiciones del tratado— ya sea que las mismas hayan sido propuestas por el Poder Ejecutivo al momento de transmitir el instrumento al Congreso para su aprobación o que resulten de la iniciativa de este. La exigencia de que el tratado deba ser aprobado por el Congreso requiere interpretar que le corresponde aprobar el tratado tal como regirá efectivamente para la Argentina, lo que hace indispensable su participación en la formulación de reservas y declaraciones interpretativas e impide que el Poder Ejecutivo decida introducir otras que no hayan sido previstas en la ley aprobatoria o no introducir las que el Congreso haya establecido como condición de su aprobación.

Esta lectura ofrece asimismo un criterio relevante en relación con los denominados "acuerdos ejecutivos", es decir, aquellos acuerdos internacionales que, pese a ser tratados conforme la definición del derecho internacional, no son enviados por el Poder Ejecutivo para su aprobación por el Congreso. Esta práctica responde a la interpretación por la cual, visto que la materia objeto del tratado es de competencia originaria del Poder Ejecutivo, no resulta aplicable la exigencia del art. 75, inc. 22, de la CN. En este punto, el criterio de interpretación ya reseñado sugiere que el rol del Congreso en materia de aprobación de tratados debe también extenderse a los denominados acuerdos ejecutivos. Sin embargo, resulta posible admitir que, como parte de sus potestades reglamentarias¹⁴⁴, el Poder Ejecutivo podría celebrar —sin necesidad de aprobación por el Congreso— tratados por los cuales se precisen disposiciones contenidas en un tratado o en una ley aprobados por el Congreso¹⁴⁵. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Dotti", de 1998, en el cual sostuvo que la imperatividad y vinculación jurídica de un acuerdo de este tipo puede emanar de un tratado internacional anterior en el cual sí haya intervenido el Congreso¹⁴⁶. La consecuencia que se desprende de esta justificación es que, del mismo modo que en el caso de los reglamentos internos, el Poder Ejecutivo debería celebrar estos acuerdos "cuidando de no alterar [el espíritu de esos tratados o leyes] con excepciones reglamentarias"¹⁴⁷.

Art. 99, inc. 12.—

Es comandante en jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación.

Comentario por Nicolás Gabriel Tauber Sanz

I. JEFATURA CIVIL DE LAS FUERZAS ARMADAS

El presidente es el único jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación. Todas las fuerzas armadas se encuentran subordinadas al poder civil personificado en el presidente democráticamente elegido como "jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país" (inc. 1º del art. 99, CN).

En este sentido, Bidegain sostenía que "al decirse que el presidente es el 'comandante en jefe', queda bien enfatizado el sometimiento de las Fuerzas Armadas al poder civil, encarnado en ese funcionario de elección popular"¹⁴⁸.

Es la autoridad máxima que cumpliendo con los mandatos y límites establecidos por la Constitución y las leyes, manda a las fuerzas armadas administrativa y militarmente. De esta forma, el presidente manda en su carácter de jefe, de máxima autoridad a cargo de la más alta jerarquía entre los representantes del pueblo.

II. FUENTE, FINALIDAD Y LÍMITE DEL PODER MILITAR DEL PRESIDENTE

El presidente ejerce su mando con estricto apego a los límites establecidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, las leyes dictadas por el Congreso (Ley de Defensa Nacional, Ley de Servicio Militar Voluntario, Ley de Seguridad Interior, Ley de Inteligencia Nacional, entre otras) y las normas de derecho internacional aplicables (Carta de Naciones Unidas, Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales y todas las normas y principios que rigen el derecho internacional humanitario).

Su comando tiene como fin hacer realidad la misión constitucional de las fuerzas armadas: la defensa de la patria y de la Constitución (art. 21, CN). Este es el verdadero sentido de las fuerzas armadas. Este sentido es la fuente, razón y límite de las atribuciones militares del Congreso y del presidente. Los poderes militares son poderes jurídicos y por lo tanto "la

actividad militar, el ejército, los poderes militares, los poderes de guerra, pese a sus manifestaciones dramáticas y de fuerza deben ser según nuestra constitución, problemas exclusivamente jurídicos y no distintos a cualquier normativa que sustente la juridicidad y la legalidad"¹⁴⁹.

El sentido de ser de los poderes militares y de la existencia de las fuerzas armadas se realiza, necesariamente, mediante el cumplimiento de la Constitución, ya que "todo el derecho militar debe estar fundado en los principios constitucionales, porque nada de lo que está fuera de la Constitución es ley"¹⁵⁰.

La jefatura civil de las fuerzas armadas es una manifestación constitucional más que refuerza "El sometimiento estricto de las fuerzas armadas a la Constitución y las leyes, hacen que consoliden el derecho de libertad, también respecto de ellas mismas: fuerzas armadas "en" y "para" la libertad"¹⁵¹.

El Congreso, en línea con los fines constitucionalmente establecidos, determinó que la defensa nacional es la acción de las fuerzas de la Nación únicamente en aquellos conflictos que requieran el empleo de las fuerzas armadas "para enfrentar agresiones de origen externo" y que su finalidad es "garantizar de modo permanente la soberanía e independencia de la Nación Argentina, su integridad territorial y capacidad de autodeterminación; proteger la vida y la libertad de sus habitantes"¹⁵².

La definición respecto de qué es la defensa nacional y de cuál es el rol de las fuerzas armadas tiene como consecuencia la prohibición de utilizarlas en cuestiones de "seguridad interna", o en cualquier otro supuesto que no sea "para enfrentar agresiones de origen externo".

Esta prohibición, esencial para nuestro sistema constitucional, se ve reforzada por el art. 4º de la ley que impone "Para dilucidar las cuestiones atinentes a la Defensa Nacional, se deberá tener permanentemente en cuenta la diferencia fundamental que separa la Defensa Nacional de la Seguridad Interior. La Seguridad Interior será regida por una Ley Especial".

El presidente es la autoridad máxima del sistema de defensa nacional¹⁵³ y máximo responsable de la realización de la finalidad del sistema. Desde determinar las hipótesis de conflicto bélico, planificar la estrategia militar y operacional, dirigir la guerra en todos sus aspectos, preparar las alianzas internacionales necesarias, hasta controlar las acciones de posguerra¹⁵⁴.

Tanto la Constitución como las leyes dictadas por el Congreso, único órgano con atribuciones para "dictar las normas de organización y gobierno" de las fuerzas armadas, son indisponibles por parte del

presidente, quien debe ejercer su comandancia con estricta observancia a las mismas.

El presidente carece de toda atribución normativa para fijar la finalidad, organización y gobierno de las fuerzas armadas. Estos poderes son exclusivos del Congreso (art. 75, inc. 27). La única facultad con la que cuenta el presidente en ese sentido es la establecida en el inc. 2º del art. 99, esto es, expedir instrucciones y reglamentos, siempre y cuando sean necesarios, y cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.

III. JEFATURA MILITAR

El presente inciso refiere a su comando militar, mandando sobre la totalidad de las fuerzas armadas del país, tanto en tiempo de paz y de guerra, integradas conforme lo fija el Congreso en virtud del art. 75, inc. 27 de la CN. Así el poder de mando se encuentra en cabeza del presidente y el poder de organización a cargo del Congreso¹⁵⁵.

La totalidad de las fuerzas armadas son de carácter nacional, siendo esta una facultad delegada por las provincias en el Estado federal, encontrándose comprendidas bajo su mando las fuerzas que armen las provincias en el excepcional caso previsto por el art. 126 de la CN.

El mando se ejerce sobre todo el personal que cuente con estado militar, sean estos oficiales, suboficiales, soldados voluntarios o conscriptos, civiles incorporados a las instituciones militares.

El presidente manda por medio de órdenes que constituyen actos administrativos¹⁵⁶, que imponen a los administrados o funcionarios la obligación de hacer o no hacer algo¹⁵⁷.

La Constitución Nacional no obliga al presidente a asumir personalmente en el campo de batalla el comando de las fuerzas armadas, más eso no significa que pueda delegar el poder de mando.

Antes de la sanción de la ley 23.554, la doctrina aceptaba que el presidente podía delegar sus funciones¹⁵⁸. Esta ley establece expresamente que el presidente ejercerá "la conducción integral de la guerra con el asesoramiento y asistencia del Consejo de Defensa Nacional"¹⁵⁹, previendo que el ministro de Defensa ejerza la dirección, ordenamiento y coordinación de las actividades propias de la defensa que no se reserve o no realice directamente el presidente¹⁶⁰.

De esta forma, el presidente será el encargado de tomar las decisiones estratégicas y tácticas de importancia, no pudiendo delegar tales decisiones, mientras que las decisiones relativas a la realización efectivas

de esas órdenes están a cargo del ministro de Defensa o del funcionario legalmente encargado.

El ejercicio de mando por parte del presidente es de carácter discrecional, ya que tiene libertad para elegir el curso de acción de su mando. Pero la discrecionalidad del mando no implica arbitrariedad. El mando debe ejercerse dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley, siendo responsable jurídica y políticamente en caso de violación de tales límites.

En ejercicio de sus atribuciones, en caso de guerra o conflicto armado internacional, el presidente puede establecer teatros de operaciones militares¹⁶¹, declarar con aprobación previa del congreso militar a una zona¹⁶² y disponer requisiciones de servicios o bienes, convocatorias y sus excepciones para satisfacer las necesidades de la defensa nacional¹⁶³.

La jurisprudencia de la CS es muy escasa respecto de las atribuciones militares del presidente en su carácter de comandante en jefe. Respecto de las atribuciones del comandante en jefe en ocasión de guerra resulta de interés el caso "Química Merck"¹⁶⁴, en el que el Máximo Tribunal Federal, por mayoría, sostuvo que "El órgano político del Estado munido constitucionalmente de las atribuciones para hacer efectiva la defensa de los supremos intereses de la Nación es el único árbitro en la conducción de la guerra promovida en causa propia. (...) La intervención del presidente de la República en la desposesión y apropiación de los bienes tenidos por enemigos no es violatoria del art. 95 de la CN. Esta sólo se refiere al impedimento de intervenir en causas regidas por leyes civiles o penales y no tiene relación con el ejercicio de los privativos poderes de guerra del P.E., el cual no implica comprometer ninguna de las garantías previstas en el art. 18 de la CN. (...) Ello, sin perjuicio de que, firmada la paz definitiva, pueda la recurrente intentar las acciones judiciales que crea convenientes para reducir a sus justos límites los efectos producidos"¹⁶⁵. Por su parte, la disidencia del Dr. Casares, entendió que "de esta sujeción de la guerra, —acto de enjuiciamiento—, a la ley natural, síguese la obligación de subordinar al orden jurídico positivo interno la ejecución de lo que el Estado de guerra haya de hacer con las personas y los bienes que se encuentren bajo la fe de su derecho nacional. Porque la guerra no está sobre toda ley, el Estado que la hace no puede considerarse con motivo y en ocasión de ella, relevado de las subordinaciones que su propio orden jurídico, instaurado para regir en toda circunstancia, impone a sus facultades respecto a las personas y los bienes que antes de iniciarse el estado bélico habían sido acogidas por el imperio de su jurisdicción. (...) Que, en síntesis, la definitiva apropiación por parte del Estado Argentino, a consecuencia de la guerra de los bienes pertenecientes a una Nación enemiga o puestos al servicio de sus hostilidades, pero que se hallan en el país bajo el régimen de sus instituciones, no puede consumarse sin violación a las garantías constitucionales, como no sea dando a quienes

por las leyes nacionales son dueños de ellos, posibilidad de debatir judicialmente la calificación en virtud de la cual el Estado se considera con derecho de apropiación a su respecto"¹⁶⁶.

En otro fallo dictado por la CS integrada por "jueces" nombrados por la última dictadura militar, en un *obiter dictum* entendió que "La confiscación a que se refiere el art. 17 de la CN —'borrada para siempre del Cód. Penal argentino', como dice esa norma— es el desapoderamiento de bienes sin sentencia fundada en ley o por medio de requisiciones militares, y no puede ser asimilada a la liquidación de una sociedad con fundamento en el art. 18 de la ley 19.550"¹⁶⁷ aplicando el criterio de la disidencia del Dr. Casares en el fallo "Química Merck".

IV. JEFATURA ADMINISTRATIVA

También cuenta con la jefatura administrativa de las fuerzas armadas, integrándose tales atribuciones con el inc. 14 del art. 99 de la CN que las refiere de forma específica. Las fuerzas armadas configuran órganos desconcentrados dentro de la administración pública nacional. Carecen de personería, de individualidad jurídica y dependen jerárquicamente del presidente de la Nación¹⁶⁸.

El ejercicio de la potestad disciplinaria se rige por el procedimiento previsto en el Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas sancionado por la ley 26.394¹⁶⁹.

V. CONCLUSIÓN

1. Todas las fuerzas armadas se encuentran subordinadas al poder civil personificado en el presidente democráticamente elegido.

2. El presidente ejerce su mando con estricto apego a los límites establecidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, las leyes dictadas por el Congreso y las normas de derecho internacional aplicables.

3. Su comando tiene como fin hacer realidad la misión constitucional de las fuerzas armadas: la defensa de la patria y de la Constitución (art. 21, CN).

4. El presidente carece de toda atribución normativa para fijar la finalidad, organización y gobierno de las fuerzas armadas. Estos poderes son exclusivos del Congreso (art. 75, inc. 27).

5. El presente inciso refiere a su comando militar, mandando sobre la totalidad de las fuerzas armadas del país, tanto en tiempo de paz y de

guerra, integradas conforme lo fija el Congreso en virtud del art. 75, inc. 27 de la CN.

6. El presidente será el encargado de tomar las decisiones estratégicas y tácticas de importancia, no pudiendo delegar tales decisiones.

7. El ejercicio de mando por parte del presidente es de carácter discrecional, ya que tiene libertad para elegir el curso de acción de su mando, pero no arbitrario, ya que permanece sujeto a la legislación y la Constitución.

8. Las fuerzas armadas configuran órganos desconcentrados dentro de la administración pública nacional. Carecen de personería, de individualidad jurídica y dependen jerárquicamente del presidente de la Nación.

9. El ejercicio de la potestad disciplinaria se rige por el procedimiento previsto en el Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas sancionado por la ley 26.394.

Art. 99, inc. 13.—

Provee los empleos militares de la Nación: con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las fuerzas armadas; y por sí sólo en el campo de batalla".

Comentario por Nicolás Gabriel Tauber Sanz

I. EMPLEOS MILITARES

La norma comprende tanto al ingreso de los integrantes de las fuerzas armadas, como el ascenso a los grados superiores, diferenciando entre grados de oficiales superiores y el resto de los grados.

Mientras es función del Congreso la creación de los empleos militares (fijar las fuerzas armadas - art. 75, inc. 27, CN) es atribución del presidente el nombramiento de las personas a ocupar los empleos o cargos creados.

II. EMPLEOS Y ASCENSOS MILITARES SIN ACUERDO DEL SENADO

No requieren acuerdo del Senado todos los empleos que no refieran a los grados superiores.

De esta forma las designaciones o ascensos correspondientes al personal de tropa, suboficiales y el resto de los oficiales dependen exclusivamente del presidente.

La decisión del presidente debe respetar el requisito de idoneidad del art. 16 de la CN¹⁷⁰.

La [ley 19.101](#) establece determinadas condiciones para ingresar a las fuerzas armadas¹⁷¹.

El empleo militar es empleo público. El personal militar goza de la garantía de la estabilidad del empleado público y del derecho a la carrera administrativa. Se le aplica la Ley de Ética Pública¹⁷².

Se aplican irrestrictamente todas las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional y las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. No puede denegarse el ingreso o ascenso por razones raciales¹⁷³, de género¹⁷⁴, ni cometerse ningún tipo de acto discriminatorio.

Todo el personal tiene derecho a tener las mismas oportunidades para ser promovido sin más consideraciones que sus calificaciones, competencia, tiempo de servicio y capacidad, probidad y competencia¹⁷⁵.

Bajo estas consideraciones debe juzgarse la constitucionalidad de la [ley 19.101](#) y su reglamentación.

III. EMPLEOS Y ASCENSOS MILITARES CON ACUERDO DEL SENADO

Se requiere acuerdo del Senado para "la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las fuerzas armadas".

El constituyente impone como requisito el dictado de un acto complejo, sin cuyo cumplimiento no existe ni la concesión del empleo o del grado de oficial superior.

Se prevé la posibilidad, excepcional, de conceder empleos o grados de oficiales superiores de las fuerzas armadas en dos supuestos: 1) en el campo de batalla y 2) en comisión durante el receso del Senado.

El primer supuesto, en el campo de batalla, exige la existencia de un conflicto armado al momento de disponerse la concesión del empleo o ascenso.

Respecto del segundo supuesto me remito al comentario del art. 75, inc. 19 de la CN.

IV. CONCLUSIÓN

1. Es función del Congreso la creación de los empleos militares y del presidente el nombramiento de las personas a ocupar los empleos o cargos creados

2. Se diferencia entre grados de oficiales superiores y el resto de los grados.

3. No requieren acuerdo del Senado todos los empleos que no refieran a los grados superiores, los que se concedan en el campo de batalla y los efectuados "en comisión" durante el receso del Congreso.

4. El empleo militar es empleo público. El personal militar goza de la garantía de la estabilidad del empleado público, del derecho a la carrera administrativa y de todas las declaraciones, derechos y garantías establecidas en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos con igual jerarquía.

5. Se requiere acuerdo del Senado para "la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las fuerzas armadas". Es un acto complejo, sin cuyo cumplimiento no existe ni la concesión del empleo o del grado de oficial superior.

Art. 99, inc. 14.—

Dispone de las fuerzas armadas, y corre con su organización y distribución según las necesidades de la Nación.

Comentario por Nicolás Gabriel Tauber Sanz

I. DISPONE DE LAS FUERZAS ARMADAS

La norma delimita las atribuciones del presidente como comandante en jefe de las fuerzas armadas.

Su función de comandante en jefe le confiere la potestad de *disponer*¹⁷⁶, de mandar, dando órdenes a todo el personal de las fuerzas armadas.

Su mando se instrumenta a través de órdenes emitidas mediante actos administrativos.

Los términos utilizados por el constituyente dan cuenta de la amplitud de las facultades del presidente en el ejercicio de su mando como comandante en jefe. Al respecto, Montes de Oca señaló que "en este inciso es donde se ve más patente la enorme suma de atribuciones conferidas al presidente de la República. Sin hacer distinciones puede llevar las fuerzas nacionales a cualquier punto de la Nación"¹⁷⁷.

La potestad de mandar es la natural consecuencia de su carácter de comandante en jefe de las fuerzas armadas y de su carácter de representante de la Nación frente a la comunidad internacional.

II. CORRE CON SU ORGANIZACIÓN Y DISTRIBUCIÓN

Las potestades de organización refieren a ejecutar, cumpliendo estrictamente lo dispuesto por el Congreso, las normas respecto de la estructura de las fuerzas armadas.

Las potestades de distribución refieren a la potestad de decidir, cumpliendo la Constitución Nacional y las leyes del Congreso, respecto de la incorporación, instrucción, movilización, concentración y permanencia de las tropas dentro de la Nación¹⁷⁸.

La ley 23.554 reglamenta la presente atribución presidencial habilitándola a establecer teatros de operaciones designando al oficial a cargo (en caso de guerra o conflicto armado internacional)¹⁷⁹, confeccionar los planes de movilización de acuerdo a las necesidades de la defensa nacional¹⁸⁰, aprobar los planes y acciones de defensa civil¹⁸¹ y disponer requisiciones de servicios o de bienes, convocatorias, imponer obligaciones de información, facilitar bienes o servicios (únicamente en caso de guerra o ante su inminencia)¹⁸².

III. SEGÚN LAS NECESIDADES DE LA NACIÓN

Le fija un fin y límite propio a la discrecionalidad del presidente en materia militar: "las necesidades de la Nación".

Todas las órdenes y decisiones tienen que ser en pos de cumplir con las necesidades de la Nación.

Este específico fin constitucional, "defensa de la patria y de esta Constitución", da el "para qué" de las atribuciones presidenciales derivadas de su carácter de comandante en jefe.

El presidente cuenta con sus atribuciones, la Constitución le otorga su poder, como un medio para satisfacer las necesidades de defensa de la Nación para enfrentar agresiones de origen externo.

El poder reside en la soberanía del pueblo (arts. 29, 33, 36 y 37, entre otros, de la CN) siendo el presidente y todos los poderes constituidos, mandatarios elegidos con fines y propósitos determinados por el constituyente con el objeto de hacer realidad el programa de la Constitución Nacional.

La discrecionalidad está al servicio de sus obligaciones y no debe ser confundida jamás con la arbitrariedad o con la desviación de poder.

Art. 99, inc. 15.—

Declara la guerra y ordena represalias con autorización y aprobación del Congreso.

Comentario por Nicolás Gabriel Tauber Sanz

I. EL ACTO DE DECLARACIÓN DE GUERRA U ORDEN DE REPRESALIA

La atribución alcanza el acto formal de la declaración de guerra, las acciones concretas de guerra o agresión y la participación en acciones bélicas comenzadas por terceros.

La Constitución establece que el acto de la declaración de guerra o de ejecutar represalias es un acto complejo en el que intervienen para su creación tanto el presidente y el Congreso. El Congreso actúa en forma previa al resolver la "autorización" y posterior en la "aprobación". Ambas atribuciones obviamente comprenden la de no autorizar o desaprobar.

En forma previa, autorizando al presidente a declarar la guerra y disponer represalias fijándole los términos alcances y límites dentro de los cuales podrá actuar.

No obstante que expresamente la Constitución Nacional establece que el Congreso debe autorizar previamente al presidente, la CS en el caso "Ludovico Lange"¹⁸³ declaró la constitucionalidad del dec. de facto 6945/1945, a través del cual se declaró la guerra a Alemania y Japón,

en virtud de su ratificación posterior a través de la [ley 12.837](#) sancionada en 1946¹⁸⁴.

La facultad de "aprobación" permite controlar los actos ejecutados por el presidente de acuerdo con los términos de la autorización, de la Constitución, del derecho internacional aplicable a la guerra y a los conflictos armados¹⁸⁵ y de la ley nacional, pudiendo el Congreso desaprobar lo actuado y ordenarle al presidente que ponga fin a determinada acción y/o a una campaña militar previamente autorizada.

De esta manera la Constitución divide claramente el papel del Congreso y el Poder Ejecutivo.

Respecto del primero, establece la intervención previa y posterior del Congreso para declarar la guerra o disponer represalias, y reserva, en forma exclusiva, la toma de la decisión al presidente. Esto quiere decir que el Congreso no puede declarar la guerra ni hacer la paz, su atribución es autorizar y aprobar (o no hacerlo). En cuanto al segundo, reconoce al presidente como la única autoridad constitucionalmente habilitada para tomar la decisión final de involucrar a la Nación en una guerra o para salir de ella, siempre y cuando esté previamente autorizado por el Congreso.

II. PROHIBICIÓN AL INICIO DE HOSTILIDADES DE HECHO

La Constitución prevé especial y taxativamente dos supuestos: declaración de guerra y orden de represalias.

Al carácter taxativo que tienen las atribuciones de los poderes de gobierno¹⁸⁶, se suma el compromiso expreso del constituyente con la paz.

De tal forma que, por fundamentos independientes que se refuerzan mutuamente, el presidente tiene prohibido dar inicio a acciones de guerra por fuera de las condiciones que impone expresamente la Constitución. El presidente no puede, válidamente, iniciar acciones bélicas sin autorización previa del Congreso a declarar la guerra y sin emitir un acto formal de declaración de esta.

El acto de declaración de guerra deberá ser emitido antes de dar inicio concreto de las hostilidades. No existe norma constitucional que imponga un plazo o período entre la declaración de guerra y el inicio concreto de las hostilidades. La inexistencia de tal previsión se sostiene sobre razones de eficacia y de protección respecto de las fuerzas armadas de la Nación que hacen desaconsejable preaviso. Esto quiere decir que, al menos, debe ser declarada en forma inmediatamente previa al inicio concreto de las hostilidades.

Resulta claro que al imponer como requisito constitutivo de la declaración de guerra, la previa autorización del Congreso, la Constitución impide que el presidente lleve a la Nación a la guerra por sorpresa, y sin discusión previa. El diseño constitucional implica de por sí un compromiso expreso con la paz al dificultar que el recurso de la guerra resulte eficaz ya que la autorización pone al Estado "enemigo" en aviso de la inminencia de la agresión.

La regulación constitucional de la guerra es consistente con la Carta de Naciones Unidas que en su art. 2º establece la prohibición de recurrir al uso de la fuerza contra cualquier Estado. Aun la jurisprudencia de la CS que sostuvo los criterios más amplios y laxos respecto del ejercicio de las atribuciones militares por parte del presidente mantuvo que los mismos encuentran su límite en "(...) la Constitución y los tratados internacionales en plena vigencia"¹⁸⁷.

Lo dicho no implica que el presidente, en su carácter de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, deba permanecer pasivo ante una invasión extranjera por no tener autorización del Congreso. Ante una invasión extranjera, el presidente está obligado a defender a la Nación por la fuerza, aun sin declaración alguna del Congreso. Al respecto, la doctrina constitucional ha sostenido que "Si la guerra proviene de una invasión hecha por una potencia extranjera, el presidente está no sólo autorizado, sino obligado a resistirla por la fuerza. No inicia la guerra, pero debe aceptar la provocación sin esperar una autorización especial del Congreso"¹⁸⁸.

Lo que implican los arts. 75, inc. 25 y el 99, inc. 15 de la CN, es que la Constitución Nacional impone, como requisito ineludible, la decisión del Congreso Nacional para emprender una guerra ofensiva o involucrarse en un conflicto bélico internacional por fuera de las tareas de defensa nacional que sean imprescindibles.

III. DERECHO APLICABLE A LA GUERRA

La guerra se encuentra regida por la Constitución Nacional, el derecho internacional y la legislación nacional. Rigen durante la guerra, con mayor énfasis, todas las normas que protegen los derechos y garantías.

En cuanto a las normas constitucionales me remito a los distintos comentarios a los artículos pertinentes en la presente obra.

En cuanto al derecho internacional, la declaración de guerra, de un ultimátum o el hecho del empleo de la fuerza por parte de un Estado genera la aplicación irrestricta del derecho internacional de los conflictos armados, el derecho internacional humanitario, el derecho de los refugiados y el derecho del desarme.

Este derecho internacional se integra por la Carta de Naciones Unidas; los cuatro Convenios de Ginebra de 1949¹⁸⁹ para la protección de las víctimas de los conflictos armados; los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949¹⁹⁰; el Protocolo III de 2005; la Convención de 1976 sobre prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles los tratados internacionales sobre derechos humanos¹⁹¹; la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y su segundo Protocolo Adicional¹⁹²; la Convención de Ginebra de 1980 con sus protocolos sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados¹⁹³; la Convención de 1972 sobre prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción¹⁹⁴; la Convención de 1993 sobre prohibición, desarrollo, producción, almacenamiento y empleo de armas químicas y sobre su destrucción¹⁹⁵; el Tratado de Ottawa de 1997 sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción¹⁹⁶; el Protocolo facultativo de 2002 de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la participación de niños en conflictos armados¹⁹⁷; la Convención de Dublín de 2008 sobre municiones en racimo; el Estatuto de la Corte Penal Internacional¹⁹⁸; la Convención sobre la condición de refugiados¹⁹⁹, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967²⁰⁰; el Tratado de 1963 que prohíbe los ensayos de armas nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y bajo el agua; el Tratado de 1968 sobre la no proliferación de armas nucleares²⁰¹, prorrogado indefinidamente por los Estados parte en 1995; el Tratado sobre la prohibición completa de los ensayos nucleares de 2002²⁰²; y el derecho consuetudinario internacional²⁰³.

En el ámbito interno, la [ley 23.554](#), establece la finalidad de las fuerzas armadas ("enfrentar las agresiones de origen externo") y reglamenta las atribuciones del presidente en caso de guerra: establecer teatros de operaciones (art. 28), declarar zona militar ámbitos determinados con autorización previa del Congreso (art. 30), disponer requisiciones de servicios o bienes y convocatorias limitadas a las necesidades de Defensa Nacional (art. 34).

IV. CONTROL JUDICIAL SOBRE EL ACTO DE DECLARACIÓN DE GUERRA

La cuestión puede ser analizada respecto del acto de la declaración de guerra (en su aspecto "formal" y "sustancial") y de los actos ejecutados por el presidente en ejercicio de sus atribuciones de guerra. En este punto me ceñiré al control sobre el acto de declaración de guerra, dejando el correspondiente al concerniente sobre el control del ejercicio de las atribuciones presidenciales para el acápite siguiente.

4.1. El *aspecto formal*: está configurado por la regulación constitucional referida a los requisitos de órgano y modalidad en que la guerra debe ser declarada. Esto es autorización previa del Congreso y declaración posterior del presidente dentro de los límites fijados en la autorización.

Al respecto la CS, en el fallo "SA Química Merck Argentina"²⁰⁴, sostuvo que "El órgano político del Estado munido constitucionalmente de las atribuciones para hacer efectiva la defensa de los supremos intereses de la Nación es el único árbitro en la conducción de la guerra promovida en causa propia". El fallo está construido sobre el presupuesto de que la declaración de guerra fue emitida conforme las atribuciones fijadas en la Constitución. Es el mismo criterio aplicado por la CS en "Soria de Guerrero"²⁰⁵, cuando sostuvo que el procedimiento de sanción de leyes no era una cuestión justiciable pero que "Tal principio sólo cedería en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley". Esto permite sostener que, aun para el criterio más amplio respecto de las "cuestiones políticas no justiciables", el acto de declaración de guerra debe respetar las prescripciones "formales" exigidas por la Constitución Nacional.

La posibilidad de ejercer el necesario control judicial respecto del aspecto "formal" se ha robustecido con el retroceso que ha tenido la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables. En efecto, en los últimos años, la jurisprudencia de la CS ha entendido que "Es inherente a las funciones de un tribunal judicial interpretar las normas que confieren las facultades privativas de los otros poderes para determinar su alcance, sin que tal tema constituya una 'cuestión política' inmune al ejercicio de la jurisdicción. (...) Esclarecer si un poder del Estado tiene determinadas atribuciones exige interpretar la Constitución y tal misión permitirá definir en qué medida —si es que existe alguna— el ejercicio de ese poder puede ser sometido a revisión judicial"²⁰⁶. En el caso "Colegio de Abogados de Tucumán", la CS fue más allá y estableció que "(...) El escrutinio judicial de los procedimientos resulta esencial para robustecer las prácticas democráticas. Estas normas constituyen un presupuesto para que la decisión mayoritaria sea válida. Por esta razón, no es admisible modificar las reglas sobre la base de los resultados que surgen luego de incumplirlas (...)"²⁰⁷.

Esto es así ya que sin el cumplimiento de los elementos esenciales que la Constitución establece para que exista declaración de guerra, el acto será nulo de nulidad absoluta. Sin acto formal de declaración de guerra, válidamente emitido, no nacen las atribuciones constitucionalmente conferidas al presidente para enfrentar tal situación.

4.2. *El control "sustancial"* del acto de declaración de guerra se ejerce sobre la propia decisión de autorizar y declarar la guerra en sí. Esto es, sobre las razones que fundan la declaración de guerra.

La jurisprudencia de la CS ha sostenido en el caso "SA Química Merck Argentina" la imposibilidad de ejercer control judicial respecto de las razones que motivan el acto de la declaración de guerra. Así declaró que "Es innegable el absoluto derecho del Estado para recurrir a la guerra cuando la apremiante necesidad de ella conduce a ese extremo, lo mismo que el derecho a conducirla por los medios indispensables que las circunstancias impongan y sin más limitaciones que las que en ese estado de emergencia pudiera haberle impuesto la Constitución y los tratados internacionales en plena vigencia"²⁰⁸.

La doctrina ha fundado este criterio en que la Constitución no establece en qué situaciones o sobre la base de qué causales el Congreso y el presidente pueden ejercer esta atribución, lo que permitiría suponer que les es privativa la evaluación de dichos motivos habilitantes al acto de declaración de guerra²⁰⁹.

Contra este criterio mayoritario, Bidart Campos planteaba una interpretación constitucional alternativa afirmando "(...) que dejamos planteada la posibilidad de interpretar que las alusiones a la 'invasión exterior' y al 'ataque exterior' en los arts. 6º y 23 expresan causales que sólo dan cabida constitucional a la guerra defensiva. A esta afirmación nos conduce asimismo todo cuanto en la misma constitución hace referencia a la paz. Actualmente, se valora como un derecho de tercera generación el 'derecho a la paz'²¹⁰.

Entiendo que esta posibilidad, que plantea Bidart Campos, es la interpretación correcta en el entendimiento que el bloque federal de constitucionalidad impone que la declaración de guerra solo puede fundarse en la existencia, actual o inminente, de una agresión externa contra la soberanía nacional²¹¹.

V. EL EJERCICIO DE LOS PODERES DE GUERRA. ATRIBUCIÓN DISCRECIONAL, NO ARBITRARIA

El presidente ejerce discrecionalmente su atribución, mas no arbitrariamente. Su discreción se encuentra limitada por la autorización del Congreso, la Constitución Nacional, el derecho internacional y la ley. El quebrantamiento de estos límites transforma los actos del presidente en arbitrarios perdiendo la protección del derecho y quedando sujeto a las responsabilidades políticas y jurídicas tanto a nivel nacional como internacional.

Existen muy pocos precedentes jurisprudenciales de la CS en los que se haya tratado el tema. La CS se expidió respecto de la extensión de los poderes de guerra del presidente en el caso "SA Merck Química Argentina"²¹². Al respecto la mayoría sostuvo que "(...) Que, en consecuencia, el presidente de la República obrando dentro de las atribuciones que expresa e implícitamente le ha otorgado la Constitución sin limitación no contradicha por ninguna otra disposición aplicable en la especie, ha podido dirigir el estado de guerra en la forma y por los medios o con los efectos que ha creído más conveniente en resguardo de los elevados intereses de la Nación, sin que ello importe trasgredir ninguna norma constitucional y *sin que tampoco implique, por lo demás, el reconocimiento de un discrecionalismo ilimitado*, pues nunca podría rayar en irresponsabilidad, en atención a lo prescripto en los art. 45, 51 y 52 de la CN"²¹³. Por su parte, la minoría entendió que "*Porque la guerra no está sobre toda ley, el Estado que la hace no puede considerarse con motivo y en ocasión de ella, relevado de las subordinaciones de su propio orden jurídico, instaurado para regir en toda circunstancia*, impone a sus facultades respecto a las personas y los bienes que antes de iniciarse el estado bélico habían sido acogidas por el imperio de su jurisdicción. Al hacer la guerra el Estado asume posición y responsabilidad de juez, y lo que pueda hacer, —sin comprometer la suerte de la guerra—, mediante sus propias y ordinarias instituciones, *debe hacerlo para el afianzamiento de la justicia que con ella se procura*"²¹⁴(El destacado me pertenece).

El criterio fue sostenido en el caso "Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano c. Nación"²¹⁵ cuando la CS resolvió que "El ejercicio de las atribuciones conferidas al presidente de la Nación en materia de poderes de guerra debe realizarse dentro del ámbito institucional, sin desviarse de los fines para los que esas atribuciones fueron otorgadas. La afectación de la propiedad privada, durante la investigación administrativa, a fines extraños al conflicto bélico — instalación y funcionamiento de establecimientos oficiales de educación, en el inmueble afectado—, aunque de interés público indubitable, y que ha producido beneficios al Estado, crea la obligación de restituirlos a su titular". En su voto, el Dr. Boffi Boggero, sostuvo que "El principio, fundado en la supremacía constitucional, según el cual las facultades privativas de un Poder no constituyen facultades incontrolables por el Poder Judicial, es aplicable a los 'poderes de guerra', para deslindar los ejercidos razonablemente y los que han ido más allá de su fundamento y finalidad. La posición contraria podría hacer ilusorios los derechos del individuo, entre los cuales se encuentra el de 'propiedad'".

De los precedentes citados surge claramente que las atribuciones militares del presidente de la Nación se ejercen discrecionalmente mas no arbitrariamente. Su discrecionalidad se encuentra siempre dentro de los límites establecidos por el bloque federal de constitucionalidad, el derecho

internacional humanitario, el derecho internacional de la guerra, el derecho internacional de refugiados, el derecho del desarme y la ley nacional. Este es el marco dentro del cual el presidente ejerce sus atribuciones discrecionalmente.

En el mismo sentido, Linares Quintana afirmaba que "(...) los llamados poderes de guerra del presidente no pueden ser ejercidos con violación flagrante o disimulada de estos textos expresos de la Constitución, ni quebrantando las garantías individuales, ni ultrapasando las limitaciones o frustrando las prohibiciones a que obviamente están condicionadas (...)"²¹⁶.

Por su parte Bidart Campos, al mismo tiempo que sostenía que el acto de declaración de guerra configuraba un acto no susceptible de control judicial, advertía que "Esto no quiere decir que en ocasión de la guerra quede permitido violar la constitución, ni que los poderes de guerra sean superiores a ella, o sean susceptibles de usarse de cualquier manera. Quede claro, entonces, que la guerra — o el 'hecho de que haya guerra' — no es inconstitucional, pero 'lo que se hace' en la guerra en uso de los poderes de guerra sí puede resultar inconstitucional (si la constitución es vulnerada; por ej., violando derechos personales, confiscando propiedad enemiga, etc.)"²¹⁷.

De la jurisprudencia y doctrina citada surge la procedencia del control judicial respecto de los actos ejecutados por el presidente en ejercicio de sus atribuciones constitucionales militares y de guerra.

De esta manera, el presidente se encuentra obligado a cumplir cabalmente con el bloque federal de constitucionalidad, con el derecho internacional de la guerra, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional sobre refugiados y el derecho internacional del desarme, pudiendo ser responsabilizado personalmente por el incumplimiento de sus deberes.

VI. REPRESALIAS

La reforma constitucional de 1994 modificó el presente inciso en lo que respecta a las represalias disponiendo que el presidente "(...) ordena represalias (...)". La norma de la constitución de 1860 establecía que el presidente "(...) concede patentes de corso y cartas de represalias (...)".

El cambio constitucional tiene un efecto muy concreto: impide que el presidente autorice a un particular a ejecutar represalias (las patentes de corso fueron eliminadas). De esta forma, solo el presidente puede ordenar a autoridades estatales hacer efectivos actos de represalia.

Originariamente, la cláusula permitía conceder a un particular permiso para ejecutar actos contra un Estado extranjero. La doctrina ya sostenía a principios del siglo XX que "las cartas de represalias están en desuso, porque se considera que los particulares deben permanecer extraños, ya activa, ya pasivamente, a la acción de las represalias; y, que éstas deben ser ejercidas por los Estados contra los Estados, y gravitar sobre sus bienes e interés solamente, en su calidad de personas del derecho de gentes"²¹⁸.

A fin de profundizar respecto del tema así como de la supresión de las patentes de corso me remito al comentario al art. 75, inc. 26 donde he tratado ambos asuntos.

VII. CONCLUSIÓN

1. La Constitución establece que el acto de la declaración de guerra o de ejecutar represalias es un acto complejo en el que intervienen para su creación tanto el presidente y el Congreso.

2. El presidente es la única autoridad constitucionalmente habilitada para tomar la decisión final de involucrar a la Nación en una guerra o para salir de ella, siempre y cuando este previamente autorizado por el Congreso.

3. El presidente no puede, válidamente, iniciar acciones bélicas sin autorización previa del Congreso a declarar la guerra y sin emitir un acto formal de declaración de esta.

4. La guerra se encuentra regida por la Constitución Nacional, con el derecho internacional de la guerra, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional sobre refugiados, el derecho internacional del desarme y la legislación nacional.

5. Es objeto de controversia el alcance del control judicial sobre el acto de declaración de guerra. Mientras que la jurisprudencia y la doctrina admiten el control sobre el debido proceso adjetivo, la mayoría sostiene que la inadmisibilidad del control judicial sobre las razones que motivan el acto de declaración de guerra.

6. Por mi parte entiendo que el bloque federal de constitucionalidad impone que la declaración de guerra solo puede fundarse en la existencia, actual o inminente, de una agresión externa contra la soberanía nacional.

7. El presidente ejerce discrecionalmente su atribución, mas no arbitrariamente. Su discreción se encuentra limitada por la autorización del Congreso, la Constitución Nacional, el derecho internacional y la ley. El quebrantamiento de estos límites transforma los actos del presidente en

arbitrarios perdiendo la protección del derecho y quedando sujeto a las responsabilidades políticas y jurídicas tanto a nivel nacional como internacional.

8. El presidente puede ordenar solamente a autoridades estatales a efectivizar actos de represalia.

Art. 99, inc. 16.—

Declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el art. 23.

Comentario por Nicolás Gabriel Tauber Sanz

I. DECLARACIÓN DEL ESTADO DE SITIO ANTE ATAQUE EXTERIOR

El art. 99, inc. 16 de la CN establece que en caso de ataque exterior el presidente tiene la atribución de declarar el estado de sitio (*en uno o varios puntos de la Nación y por un término limitado*), sin previa autorización del Senado ([art. 61](#), CN), siempre con acuerdo de este.

Se trata de un acto federal complejo en tanto que "prestar acuerdo significa determinar o resolver de común con otro. Concordar, confirmar, convenir en algo con alguien. Por ello el acuerdo necesita de dos o más voluntades, y el acto definitivo que surge de ellas es un acto complejo"²¹⁹.

De allí que, si falta la voluntad del Senado, el estado de sitio no puede regir, no existe.

Recién a partir del acto expreso de voluntad del Senado (conforme al art. 82 de la CN) el estado de sitio existe y puede ser impuesto.

El Senado no actúa como consultor del presidente, sino que el Senado cogobierna con este.

La voluntad del Senado, para ser válida y no estar afectada por ningún vicio de la voluntad, debe ser libremente expresada, luego de una amplia

discusión y con la libertad suficiente para disponer el rechazo a prestar el acuerdo establecido en la Constitución Nacional²²⁰.

De no existir una libertad absoluta por parte del Senado para resolver, así como la posibilidad de que el mismo lleve adelante una amplia y robusta discusión, el acto del Senado es inválido porque "en el acto complejo, dada la fusión que se opera entre las voluntades de los órganos o sujetos intervinientes, el vicio de una de dichas voluntades afecta al acto en sí, invalidándolo"²²¹.

El acuerdo del Senado cumple una doble función dentro del sistema republicano establecido por la Constitución: por un lado, es un acto de gobierno que da existencia, junto a la voluntad del presidente, al estado de sitio, y por otro es un acto de control propio del sistema, a fin de controlar el poder del presidente.

Es un acto de control porque el Senado debe controlar que la declaración del estado de sitio cumpla con todos los requisitos impuestos por el bloque federal de constitucionalidad aplicado e interpretado a la luz de las directivas emitidas por los organismos y tribunales internacionales.

De esta forma, la Constitución es clara: mientras no exista el acuerdo del Senado, válidamente emitido, el presidente no puede ejercer ninguna de las potestades que le confiere el art. 23 de la CN.

II. DECLARACIÓN DEL ESTADO DE SITIO ANTE CONMOCIÓN INTERIOR

En caso de conmoción interior le corresponde al Congreso (art. 75, inc. 29).

La única excepción establecida constitucionalmente es para el caso de que el Congreso estuviera en receso, en cuyo caso lo podrá dictar el Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 16). Asimismo, le corresponde al Congreso aprobar o suspender el estado de sitio decretado por el Poder Ejecutivo durante su receso.

La utilización del término receso ha generado una discusión respecto de si encontrándose en sesiones extraordinarias el Congreso, la potestad recae en el Poder Ejecutivo.

Dos son la razones para entender que durante las sesiones extraordinarias el Poder Ejecutivo carece de atribuciones: 1) el término receso da cuenta del hecho de que el Congreso no se encuentra en períodos de sesiones y que durante las sesiones extraordinarias el Congreso se encuentra reunido; 2) una interpretación teleológica de la Constitución debe dar cuenta que el fin de la reforma de 1994 fue "atenuar el presidencialismo" y 3) que la decisión de declarar en estado de sitio uno

o varios puntos de la Nación, al tener como efecto la suspensión de garantías constitucionales y otorgar mayores potestades al presidente imponen que dicha decisión sea adoptada en el marco de la más amplia participación y discusión de razones, además de por un órgano distinto al que será "beneficiado" de resolverse la declaración en estado de sitio.

La jurisprudencia del Máximo Tribunal, en consonancia con su condescendencia para con el Poder Ejecutivo, ha avalado que el Poder Ejecutivo declare el estado de sitio encontrándose el Congreso en sesiones, utilizando como argumento la posterior aprobación del Congreso de la medida adoptada en el caso "Rodríguez, Juan y otros"²²², de 1962.

A pesar del expreso texto del art. 99, inc. 16 de la CN y encontrándose reunido el Congreso Nacional en sesiones extraordinarias fue impuesto el estado de sitio, en toda la República Argentina, el 19/12/2001 por el expresidente Fernando De La Rúa, mediante dec. 1678/2001, el cual fue levantado al día siguiente en forma previa a su renuncia²²³. La misma actitud tomó el presidente provisorio del Senado, Ramón Puerta, al declarar el estado de sitio en las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos y San Juan el 24/12/2001²²⁴, encontrándose reunido el Congreso en sesiones extraordinarias²²⁵.

En cuanto a la inconstitucionalidad de estos decretos, no puede pasarse por alto que el propio texto del art. 99, inc. 16 de la CN establece expresamente que "En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que le corresponde a este cuerpo".

Entiendo que la expresa aclaración final que realiza el constituyente no deja lugar a dudas respecto de que pretendió restringir al máximo la potestad del presidente.

Lamentablemente, como en otros casos, la previsión constitucional no ha sido suficiente, entendiendo que en una próxima reforma constitucional debería suprimirse la potestad presidencial, sin ninguna excepción.

III. ESTADO DE SITIO Y DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA²²⁶

La facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia (DNU) ha sido utilizada para declarar el estado de sitio.

Fue cuando el presidente Alfonsín en ocasión de producirse saqueos en la provincia de Santa Fe y en la Capital Federal, el 29 de mayo de 1989, declaró el estado de sitio alegando la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia, *ad referendum* de la decisión del Congreso. El Congreso ratificó el estado de sitio mediante ley 23.662 el 31 de mayo de 1989.

Frente al dictado del DNU se interpuso un hábeas corpus producto del cual se declaró la inconstitucionalidad del decreto en primera instancia. Frente la apelación del Estado, la Cámara, revocó la sentencia de primera instancia y admitió la legitimidad del dictado del DNU, afirmando que el control judicial se circunscribía al examen de los requisitos de competencia, forma, plazo y determinación del lugar afectado por las medidas. Asimismo, fue deferente a la decisión presidencial por razones de urgencia y el hecho de que la sujetó a la posterior ratificación legislativa²²⁷. El caso no llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Disentimos con el criterio de la Cámara ya que la facultad del Poder Ejecutivo de dictar el estado de sitio a través de un decreto de necesidad y urgencia no tiene cabida en nuestro texto constitucional²²⁸.

Entiendo que a la prohibición expresa dispuesta en el primer párrafo del art. 99, inc. 3º de la CN se suma la existencia de otra prohibición expresa establecida en el art. 99, inc. 16, el cual establece "En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo". Así, ante la previsión expresa respecto de la imposibilidad de declarar el estado de sitio mientras el Congreso se encuentra en sesiones resulta indiscutible que el Poder Ejecutivo carece de la facultad de declararlo por ninguna vía, se llame DNU o cualquier otra.

No puede dejar de tenerse en cuenta cuál fue la expresa voluntad del constituyente del 94: "atenuar el presidencialismo". Así lo ha puesto de resalto la CS en el caso "Consumidores Argentinos", cuando sostuvo que "todo lo aquí expuesto no permite albergar dudas en cuanto a que la Convención reformadora de 1994 pretendió atenuar el sistema presidencialista, fortaleciendo el rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial (confr. en igual sentido "Verrocchi", Fallos 322:1726, y sus citas)" (consid. 9º), y que "el texto transcrito (en referencia al art. 99, inc. 3º, CN) es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país" (consid. 10).

En el caso de la declaración del estado de sitio, donde la Constitución expresamente, al regular las atribuciones del presidente, declara que "sólo" tiene dicha atribución en caso de receso del Congreso, siendo que tal declaración suspende garantías constitucionales, entendemos que la Constitución prohíbe expresamente al presidente declarar el estado de sitio en caso de conmoción interior encontrándose reunido el Congreso Nacional, cualquiera sea el carácter en el que se halle reunido.

No podría ser otra la solución ya que la suspensión de garantías debe decidirse con el máximo grado de participación y reflexión posible dentro del procedimiento democrático de discusión²²⁹.

IV. CONCLUSIÓN

1) En caso de ataque exterior el presidente puede declarar el estado de sitio en uno o varios puntos de la Nación con acuerdo del Senado. El acuerdo del Senado es constitutivo de la decisión de establecer el estado de sitio, el cual rige solo después de integrado el acto federal complejo que conforman las decisiones coincidentes del presidente y del Senado.

2) En caso de conmoción interior, el presidente solo puede declarar el estado de sitio cuando el Congreso está en receso.

3) El presidente no puede declarar el estado de sitio, por ninguna causal, mediante un decreto de necesidad y urgencia.

Art. 99, inc. 17.—

Puede pedir al jefe de gabinete de ministros y a los jefes de todos los ramos y departamentos de la administración, y por su conducto a los demás empleados, los informes que crea convenientes, y ellos están obligados a darlos.

Comentario por Matías A. Sucunza

El presidente es el responsable máximo de la administración general del país. La introducción de la figura del jefe de Gabinete no ha alterado dicha circunstancia. En su tarea de gobierno deberá gestionar la realización de distintos cometidos públicos, donde la información es un elemento vital para la toma de decisiones. El acierto en la adopción de medidas y cursos de acción dependerá del mayor número de variables y factores que se aporten para su consideración, de su calidad y corrección.

En ese marco, la manda²³⁰ en tratamiento reconoce al presidente la facultad de requerir al jefe de Gabinete, ministros y/o a cualquier autoridad de todo ramo o departamento de la administración centralizada o descentralizada los informes que estime convenientes. Por su intermedio, también puede requerirlos a cualquier otro funcionario o empleado. Razones de competencia, conocimiento especializado, tratamiento

personal del asunto u otros, pueden justificar el pedido a otro dependiente jerárquicamente inferior dentro de la organización administrativa.

El artículo no especifica qué tipo de informes ni para qué puede requerirlos. Generalmente han sido utilizados como insumos para la gestión de gobierno. Sin embargo, eso no quita que puedan ser solicitados a fin de constatar hechos, imputaciones o cuestionamientos de las acciones desenvueltas, para rendir cuentas o proyectar la agenda política. La unidad de acción que aglutina y guía la labor de las administraciones centralizada y descentralizada y que personaliza el presidente explica su razón de ser.

Estos informes son independientes o, en todo caso, complementarios de cada uno de los que se puedan exigir en el marco del control interno y externo, administrativo o judicial, de la labor realizada por los órganos y funcionarios precitados.

Solicitado el informe, el funcionario tiene la obligación de evacuarlo en el plazo que se fije (ver [ley 19.549](#)). Su omisión, retardo, falsedad o cumplimiento defectuoso lo hará pasible de las responsabilidades políticas, disciplinarias o penales pertinentes, más allá de las indirectamente vinculadas.

La ley 22.520 y modificatorias reconoce este deber tanto en relación al jefe de Gabinete como a los ministros (arts. 4º, 16, inc. 12 y conchs.). De ese modo, como parte del Gabinete, cada ministro o secretario de Estado deberá informar sobre actividades propias de su competencia y que el PEN considere de interés para el conocimiento del resto del Gabinete (art. 4º, inc. a], apart. 5º). Por sí, debe redactar y elevar a consideración del PEN la memoria anual de la actividad cumplida por su Ministerio y preparar y difundir publicaciones, estudios, informes y estadísticas relacionados con sus competencias (art. 4º, inc. b), aparts. 17, 19 y conchs.).

Art. 99, inc. 18.—

Puede ausentarse del territorio de la Nación, con permiso del Congreso. En el receso de este, sólo podrá hacerlo sin licencia por razones justificadas de servicio público.

Comentario por Matías A. Sucunza

Esta norma fue incorporada con la Constitución de 1853, no hallándose disposición similar entre los principales antecedentes.

Cuando el presidente deba ausentarse del territorio nacional, por la razón que sea (personal, política o institucional), deberá pedir permiso al Congreso. Ese "permiso" es necesario porque el Congreso es la autoridad que representa al pueblo como expresión genuinamente soberana, tiene a su cargo activar los procedimientos de sustitución o reemplazo en caso de acefalía o promover juicio político en caso del incumplimiento de su función (p. ej., si el presidente viajase constantemente por cuestiones de ocio y tuviese un desempeño abiertamente negligente). Dichas razones son las que justifican el permiso-aviso, por más que exista una "añeja costumbre según la cual el Congreso no deniega jamás el permiso en ella aludido"²³¹.

También es necesario porque, como hemos expuesto, el ejercicio de la presidencia es (uni)personal y ocupa un lugar central en el desenvolvimiento cotidiano de la acción de gobierno. De allí la necesidad de que el primer mandatario esté en ejercicio continuo y constante y de limitar o condicionar su ausencia. En esos términos, esta norma se encuentra directamente vinculada con lo preceptuado en el art. 88 de la CN, el cual regula los supuestos de acefalía permanente o transitoria del presidente y vice.

Cuando el Congreso se encuentre de receso, la norma es más rigurosa aún, limitando la posibilidad de ausentarse por razones ajenas a su magistratura y disponiendo que solo podrá hacerlo por razones justificadas de servicio público. En general, los viajes al exterior que el presidente realiza tienen que ver con el ejercicio de su condición de jefe y representante del Estado, para la firma o promoción de vínculos diplomáticos o de integración (políticos, institucionales, económicos, sociales o comerciales).

El desempeño de dicha magistratura constituye las razones de "servicio público" a la que la norma alude. Debemos tener en cuenta que la norma expresamente requiere que esa ausencia sea justificada. Es decir, que no cualquier actividad habilita su ausencia sino aquellas que realmente sean trascendentes para el propio Estado.

Estos requerimientos son necesarios cuando el presidente se marcha del país y no cuando circula por el territorio nacional, como alude el art. 88 de la CN. La localización de la residencia presidencial en Olivos ilustra el sinsentido de una limitación como esa. Remitimos a las consideraciones vertidas en dicho artículo.

La omisión en el permiso-aviso o en el informe de las razones que justificaron su ausencia del territorio nacional durante el receso del

Congreso, no tiene prevista una sanción específica. Sin embargo, dicha conducta importa una falta que afecta la institucionalidad y que puede ser considerada como causal de mal desempeño en un eventual juicio político.

Art. 99, inc. 19.—

Puede llenar las vacantes de los empleos, que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expiren al fin de la próxima Legislatura.

Comentario por Guido Riso

I. ORIGEN DE LA DISPOSICIÓN

En primer lugar, debemos señalar que la potestad prevista en el inciso bajo estudio surge en la denominada Constitución histórica, es decir, en la Constitución del año 1853²³², cuyo texto fue limitado posteriormente en sus alcances por la Convención Constituyente de 1860 que completa el período fundacional.

Lo relevante es que esta facultad ejecutiva se mantuvo en todas las reformas que se aplicaron sobre el texto constitucional durante el siglo XIX (años 1866 y 1898) y siglo XX (años 1957 y 1994) llegando a ser sostenida también por la CN de 1949 en el inc. 22 del art. 83.

Antes de la reforma constitucional del año 1994 que le otorgó la numeración actual, la potestad ejecutiva de completar en comisión las vacantes de los empleos públicos que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, se hallaba establecida en el inc. 22 del art. 86.

II. COMENTARIO

1. La regla constitucional del art. 99 es el reconocimiento al presidente de la nación de la potestad de efectuar determinados nombramientos en el Estado, en algunos casos por su sola voluntad: por ejemplo, los indicados en la segunda parte del inc. 7º: el jefe de gabinete de ministros y los demás ministros del despacho, los oficiales de su secretaria, los agentes consulares y demás empelados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por la Constitución. Sin embargo, respecto de otros cargos o funcionarios, la Constitución exige —además de la decisión

presidencial— el posterior acuerdo del Senado de la Nación; este mecanismo aplica por ejemplo para la designación de los cargos establecidos en los incs. 4º, 7º y 13 del mismo art. 99: los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y demás jueces de los tribunales federales inferiores, los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios y los grados de oficiales superiores de las fuerzas armadas.

No obstante lo señalado, el presidente de la nación también puede realizar nombramientos o designaciones de manera condicional, lo cual sucede en la siguiente hipótesis: que el tipo de designación requiera del acuerdo senatorial y que dicho cuerpo legislativo se encuentre en receso, es decir, no debe estar funcionando al momento en que el presidente decide llenar una vacante o realizar una nueva designación de las que requieren el respectivo acuerdo²³³.

En consecuencia, conforme la letra misma del inc. 19, el presidente está constitucionalmente habilitado para llenar de forma excepcional las vacantes de aquellos cargos o funciones que requieran el acuerdo del senado y que ocurran durante su receso. Este tipo de designación es denominada "nombramiento en comisión", lo cual significa que su validez está condicionada al posterior acuerdo senatorial una vez finalizado dicho receso.

Pues corresponde aclarar que el nombramiento en comisión no significa un permiso de salteamiento y omisión de las etapas o los requisitos que integran el proceso constitucional de designación establecido. Terminado el receso que habilitó el nombramiento en comisión, debe ser solicitado por el presidente al Senado el respectivo acuerdo, el cual puede ser concedido, concluyendo de tal modo la comisión y reconvirtiendo el cargo en definitivo, adquiriendo entonces el funcionario la estabilidad que otorga la Constitución; o bien puede denegar su acuerdo produciendo el cese de la función en comisión, lo cual obligará al funcionario en cuestión a abandonar el cargo, sin perjuicio de la validez de los actos que hasta ese momento haya dictado.

Este punto, el de la validez de los actos cumplidos por el funcionario en comisión, es sumamente importante pues justamente el sentido constitucional o finalidad buscada mediante esta cláusula, es precisamente facilitar la administración del Estado dotando de mayor dinamismo y eficiencia a la gestión ejecutiva, al permitirle disponer al presidente de la nación la cobertura de cargos que requieren del acuerdo del Senado, aun cuando este se halle en receso.

2. ¿Qué significa exactamente que las vacantes a llenar ocurran durante el receso del senado? ¿Puede el presidente de la nación llenar una vacante que se produjo durante las sesiones ordinarias del Congreso?

Una interpretación posible indica que la vacante debe producirse y completarse al momento de encontrarse en receso el Senado que debe prestar el pertinente acuerdo. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al decidir sobre la validez constitucional de la designación de jueces federales en comisión, adoptó una interpretación verdaderamente amplia de la potestad en estudio, concluyendo que la expresión utilizada por el constituyente: "ocurran durante su receso" no debe entenderse de forma rigurosa o literal, sino que debe considerarse como válida la posibilidad que la vacancia se haya producido durante período de sesiones, pero que subsiste al tiempo en que el Senado se encuentra en receso²³⁴.

Es decir, conforme el criterio de nuestra Corte Suprema, la vacante a llenar puede producirse en cualquier momento del año y del período legislativo, pero la decisión ejecutiva de completarla en comisión —para que sea válida en términos constitucionales— debe ser practicada solo durante el receso del Senado.

En definitiva, lo relevante para nuestro Máximo Tribunal a la hora de analizar la procedencia de la designación en comisión, no es el momento en que se produce la vacante sino el momento en que el presidente decide llenarla.

Como puede observarse, la interpretación reseñada abre una ventana constitucional que permite el uso discrecional por parte del Ejecutivo de esta potestad, que podría entonces aguardar simplemente hasta el período de receso parlamentario para nombrar en comisión o llenar un cargo vacante hasta —al menos— la próxima legislatura, asegurándose así cierta cantidad de actos válidamente cumplidos.

Sin duda, la norma puede ser interpretada de un modo más literal o menos presidencialista, esto es, que la vacante en cuestión debe producirse durante el período de receso del Senado y por razones de urgencia o de funcionalidad institucional, no puede aguardarse hasta la próxima legislatura para cubrirse ese cargo. Pues de no mediar esta necesidad o urgencia de asegurar la continuidad del funcionamiento del cargo vacante, el titular del Poder Ejecutivo bien puede entonces aguardar el tiempo necesario hasta que el Senado vuelva a sesionar regularmente.

3. ¿Qué debemos entender por "empleo" público?

¿La expresión "empleo" aplica a cualquier cargo institucional, es un empleo en estos términos el cargo de juez o camarista federal?

¿Podría el presidente cubrir de una sola vez todas las vacantes existentes en el Poder Judicial nacional y federal en pleno receso del

Senado y sorteando también el procedimiento establecido por el Consejo de la Magistratura?

Para construir la respuesta a estos interrogantes debemos analizar nuestra cláusula de estudio desde una visión panorámica del texto constitucional, entendido como una unidad coherente de distintas normas, correlacionando y coordinando unas con otras de tal forma que haya congruencia entre ellas.

En consecuencia, mediante una interpretación panorámica e integrativa de lo dispuesto por el inc. 19 con el resto de las normas constitucionales, el presidente de la nación no está habilitado a nombrar en comisión ningún cargo que —además del acuerdo del Senado— requiera constitucionalmente para su designación de un procedimiento complejo en el que intervienen otros órganos que no pueden ser remplazado por la sola y única voluntad presidencial²³⁵.

Art. 99, inc. 20.—

Decreta la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso, y debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento²³⁶.

Comentario por Leonardo Limanski

La reforma constitucional de 1994 en la estableció expresamente la competencia del Congreso para decretar la intervención federal a una provincia o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires²³⁷ y, a su vez, dispuso la facultad del presidente de la Nación de decretar "la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso, y debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento".

A partir de la nueva redacción constitucional se declaró la intervención federal a las provincias de Corrientes y Santiago del Estero. En el caso de la provincia de Corrientes²³⁸, el Poder Ejecutivo Nacional remitió un proyecto de ley al Congreso a fin de tratar la intervención federal a la provincia, entre otros temas para los cuales se había convocado a sesiones extraordinarias. Sin entrar en consideraciones políticas sobre la intervención, resulta adecuado que el Poder Ejecutivo haya decidido la convocatoria a sesiones extraordinarias —aun encontrándose facultado para decretar la intervención federal y convocar al Congreso en forma

simultánea— y haya utilizado su facultad de iniciativa legislativa para que sea el órgano constitucionalmente habilitado el que declarara la intervención federal de la provincia. Por su parte, la intervención federal a la provincia de Santiago del Estero fue declarada por ley 25.881 y ha sido iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional, esta vez, durante las sesiones ordinarias del Congreso.

En ambas intervenciones federales ocurridas pos reforma de 1994 ha sido el Congreso el órgano que ha declarado la intervención federal de las provincias, aun fuera del período de sesiones ordinarias, modificándose entonces una práctica constitucional muy arraigada en nuestra historia.

Ahora bien, también vale decir que si bien es el Congreso el órgano competente para declarar la intervención federal, y la Constitución nada establece sobre el procedimiento posterior a la intervención, históricamente se le ha delegado al Poder Ejecutivo la facultad de designar el interventor federal. Por tal razón es que cabe decir que el presidente también tiene un rol fundamental en el proceso de intervención federal por ser el órgano que —históricamente— ha designado al interventor.

* * *

CAPÍTULO CUARTO - DEL JEFE DE GABINETE Y DEMÁS MINISTROS DEL PODER EJECUTIVO

Art. 100.—

El jefe de Gabinete de ministros y los demás ministros secretarios cuyo número y competencia será establecida por una ley especial, tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia.

Al jefe de Gabinete de ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde:

1. Ejercer la administración general del país.
2. Expedir los actos y reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye este artículo y aquellas que le delegue el presidente

de la Nación, con el refrendo del ministro secretario del ramo al cual el acto o reglamento se refiera.

3. Efectuar los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al presidente.

4. 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 aquellas que por su importancia estime necesario, en el ámbito de su competencia.

5. Coordinar, preparar y convocar las reuniones de gabinete de ministros, presidiéndolas en caso de ausencia del presidente.

6. Enviar al Congreso los proyectos de ley de ministerios y de presupuesto nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo.

7. Hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de presupuesto nacional.

8. Refrendar los decretos reglamentarios de las leyes, los decretos que dispongan la prórroga de las sesiones ordinarias del Congreso o la convocatoria de sesiones extraordinarias y los mensajes del presidente que promuevan la iniciativa legislativa.

9. Concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, pero no votar.

10. Una vez que se inicien las sesiones ordinarias del Congreso, presentar junto a los restantes ministros una memoria detallada del estado de la Nación en lo relativo a los negocios de los respectivos departamentos.

11. Producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las Cámaras solicite al Poder Ejecutivo.

12. Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente.

13. Refrendar conjuntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes. Someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.

El jefe de Gabinete de ministros no podrá desempeñar simultáneamente otro ministerio.

***Comentario por María Victoria Ricciardi y Mariángeles
Ahumada Aguirre***

I. INTRODUCCIÓN

El jefe de Gabinete de Ministros fue incorporado al diseño institucional argentino en la reforma constitucional llevada a cabo en el año 1994. Entre los objetivos perseguidos por quienes idearon la reforma del 1994 se encontraba atenuar el "hiperpresidencialismo"²³⁹ que caracterizó el funcionamiento de la organización institucional argentina.

Así, se realizaron esfuerzos en pos de crear canales, medidas e instituciones para contrarrestar la exorbitancia del Poder Ejecutivo, consolidar el régimen republicano y democrático; y generar espacios de participación ciudadana. El jefe de Gabinete de Ministros fue uno de los mecanismos ideados en pos del logro de esos objetivos²⁴⁰.

La inclusión del jefe de Gabinete (a través de los arts. 99, 100, 101 y conchs.) significó una modificación al diseño institucional argentino. Sin embargo, las diferentes visiones a la hora de su incorporación —entre quienes se inclinaban por una versión más limitada y quienes abogaban por la adopción de un sistema parlamentario o semiparlamentario— sellaron a fuego la potencia de esta nueva figura.

Tras más de veinte años de la reforma todavía persisten importantes debates en torno a su rol, sus atribuciones y la naturaleza de la relación del jefe de Gabinete tanto con el presidente como con el resto de los ministros. De manera categórica puede afirmarse que la práctica político-institucional no se ha visto modificada de forma sustantiva por su incorporación. Hasta aquí, ha funcionado más como un ministro coordinador que como una figura de peso en el sistema institucional; menos aún se ha logrado disminuir la exorbitancia del Poder Ejecutivo y establecerse un sistema de "presidencialismo atenuado", como se pensó.

Sin embargo, esto no significa que no existan modos que permitan que esta figura opere de una manera más cercana a las ideas que fundamentaron su incorporación. Principalmente a través de un rol más activo en el ejercicio de sus competencias que contribuya a la construcción de una tradición democrática distinta basada en la existencia de un diálogo más robusto entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

A lo largo del presente comentario se analizarán las discusiones que impulsaron la incorporación del jefe de Gabinete de Ministros como figura constitucional; la pretendida y actual injerencia práctica, concreta y política en el diseño institucional; la función administrativa y, en último lugar, acercar la mirada constitucional a fin de consensuar un jefe de Gabinete de Ministros que promueva el ejercicio de las diferentes instituciones en pos de vitalizar una democracia más robusta en términos de deliberación.

II. ANTECEDENTES PARA LA INCORPORACIÓN DEL JEFE DE GABINETE DE MINISTROS

Nuestra Constitución primigenia estableció un sistema federal con preeminencia y preponderancia hacia la intervención del Poder Ejecutivo que, como se señalaba en su art. 74 —cuya redacción se mantuvo en el art. 87— es "desempeñado por un ciudadano con el título de 'presidente de la Nación argentina'". Sin embargo, las constantes crisis políticas e institucionales llevaron a pensar en la incorporación de una nueva figura dentro del Poder Ejecutivo. Con ella se pretendió —de forma cardinal— la desconcentración de las facultades que hasta ese momento, ya sea por oportunidad, celeridad o injerencia política, poseía el presidente sobre la función administrativa, social y política del Estado.

Con ese norte, el entonces presidente de la Nación, Raúl Alfonsín, conformó una mesa de diálogo que tuviera bajo su cargo el análisis y asesoramiento de diversas materias que permitieran consolidar el régimen republicano y democrático. Ello se materializó el 24 de diciembre de 1985 con el dictado del dec. 2446/1985 por el que se crea el *Consejo para la Consolidación de la Democracia* —presidido por el Dr. Carlos Santiago Nino junto a un círculo de intelectuales y políticos— como ámbito de discusión, participación y asesoramiento sobre "la revalorización de la democracia como un sistema que jerarquice la tolerancia, la racionalidad y la búsqueda de soluciones dentro del marco de la ley; en la vigencia de una moral austera que atienda primordialmente a la situación de los más postergados; y en criterios flexibles e innovadores que permitan encarar con éxito los desafíos y exigencia que enfrenta la República"²⁴¹. En concreto, se impulsaba "hacer más ágil y eficaz el funcionamiento de los diversos poderes del Estado" y "profundizar la participación democrática, la descentralización institucional, el control de la gestión de las autoridades y el mejoramiento de la Administración Pública"²⁴².

Con esos objetivos, el Consejo se posicionó de manera crítica sobre la preponderancia del Poder Ejecutivo de la Constitución de 1853/60, al instituir un "régimen netamente presidencialista". En efecto, esta comisión comprendió que el emplazamiento del presidente como órgano único a cargo de la administración estatal permitió consolidar un "excesivo poder" o una "patente debilidad" para encauzar la vida política, en tanto se convirtió "en el centro de la vorágine, en el núcleo del ciclón que atrae a todas las inquietudes, y sufre la imperiosa necesidad de constituirse en la única instancia capaz de sostener el andamiaje de la vida política del país"²⁴³.

Frente a ello, se consideró necesario diseñar medidas que permitan, en algún grado, condensar y contener la preponderancia del presidente, salvaguardar el desenvolvimiento de la administración estatal, adoptar un régimen más eficiente hacia la labor constitucional en materia

administrativa como así también proporcionar un equilibrio en la funcionalidad y responsabilidad respecto a los otros poderes. Así, tras efectuar una comparación con distintos regímenes políticos, se aconsejó la incorporación de una figura institucional, investida de facultades y con responsabilidad política, denominada "jefe de Gabinete de Ministros", para que de forma práctica, ágil y concreta resuelva cuestiones enmarcadas bajo la órbita del presidente.

Este instituto implicaba un cambio en el sistema político, por lo que la discusión se concentró en cómo llevar a cabo esa modificación. Aunque resultó una opción por sus características políticas, se descartó la posibilidad de implementar un sistema parlamentario por la raigambre netamente presidencialista que caracterizó al diseño institucional argentino, y porque se consideró que la transformación plena del sistema político podría ocasionar mayores perjuicios sobre su desenvolvimiento antes que permitir el desarrollo democrático pretendido. Por tanto, se reconoció en los sistemas semipresidenciales una "(...) notable ductilidad (...) para adaptarse a sistemas cambiantes" y una "extraordinaria flexibilidad para enfrentar situaciones de tensión y crisis ofreciendo múltiples salidas a los diferentes actores del proceso político"²⁴⁴. Por estas particularidades, y por poseer una estructura resolutive, se entendió que se debía optar por un sistema de "presidencialismo atenuado".

En definitiva, la pretendida atenuación se visualizó en la incorporación de un nuevo órgano, con atribuciones administrativas y responsabilidad política, con el objetivo principal de "desconcentrar el cúmulo de tareas [del] presidente [para] dar más flexibilidad a la institución presidencial en situaciones de tensión o crisis"²⁴⁵, a este nuevo órgano se lo denominaría Jefatura de Gabinete de Ministros.

III. LA INCORPORACIÓN DEL JEFE DE GABINETE DE MINISTROS AL DISEÑO INSTITUCIONAL

Los dictámenes del Consejo sirvieron de fuente para la reforma constitucional consensuada por los líderes de los partidos políticos mayoritarios del país de aquel momento, el Partido Justicialista y la Unión Cívica Radical, por medio del Pacto de Olivos. Del acuerdo surgieron los puntos claves a reformar de la Constitución Nacional que luego fueron incorporados al "Núcleo de Coincidencias Básicas" eje de la Declaración de Necesidad de Reforma de la Constitución (conf. [ley 24.309](#)). En términos generales, en la Declaración se mencionaron como objetivos de la Reforma la creación de órganos de control, el fortalecimiento del federalismo, la limitación de las facultades del Poder Ejecutivo y el acrecentamiento del rol del Congreso, entre otras medidas destinadas a reforzar el sistema democrático.

Al momento de la reforma, por tanto, existía cierto nivel de consenso sobre la necesidad de incorporar la institución de jefe de Gabinete. Sin embargo, la figura no llegó sin resistencias. En el seno de la Convención se identificaron dos posturas diferentes al momento de delinear la figura, una más cercana a la idea de que se debía adoptar un sistema "semiparlamentarista" y otra más bien interesada en incorporar una figura que permitiera descomprimir las funciones a cargo del presidente, pero sin modificar sustancialmente la configuración del Poder Ejecutivo²⁴⁶. Finalmente, su incorporación se justificó con una variedad de argumentos bien diferenciados, entre ellos: otorgar mayor eficacia en el actuar del Poder Ejecutivo; establecer un mayor control del Congreso sobre la Administración Pública y dar mayor flexibilidad a la relación entre el Poder Ejecutivo y Legislativo.

La existencia de estas diferencias provocó que triunfara una idea híbrida sobre el jefe de Gabinete de Ministros, sin límites claros sobre su actuación, facultades ni jerarquía, por lo que, hasta la actualidad, su integración al sistema constitucional continúa generando debates. En definitiva, la figura de jefe de Gabinete en el sistema institucional responde a un diseño *sui generis*, que se diferencia tanto del que existe en los sistemas parlamentarios como también de los sistemas semipresidencialistas.

Con ese norte, la reforma incorporó en sus arts. 100 y 101 las competencias y facultades del jefe de Gabinete de Ministros, tal como se verá a continuación.

IV. ANÁLISIS PARTICULAR DEL JEFE DE GABINETE DE MINISTROS EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Art. 100.— El jefe de Gabinete de ministros y los demás ministros secretarios cuyo número y competencia será establecida por una ley especial, tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia. (...).

El primer párrafo del art. 100 enuncia de forma genérica la función de asesores del presidente, cumplida por el jefe de Gabinete de Ministros y por los demás ministros. Estos últimos, en conjunto, conforman el Gabinete.

Por otro lado, de forma particular, diferencia las facultades que cumplen los ministros y el jefe de Gabinete al determinar que una ley especial, denominada *Ley de Ministerios*, establecerá la cantidad y competencia de cada cartera; mientras que es la Constitución Nacional la que dispone las atribuciones del jefe de Gabinete.

Así resulta factible analizar las posturas emergentes sobre la relación que liga tanto al presidente con su Gabinete, como a la relación del Gabinete entre sí.

En lo particular, la Constitución reformada delega en una ley la conformación de la organización ministerial. Si bien, en principio no aparenta una modificación sustancial, a diferencia de la redacción anterior en la que se establecía expresamente la cantidad de "ocho ministros secretarios" (mientras que la primigenia establecía la cantidad de cinco), la actual otorga mayor agilidad y eficiencia pues permite la adecuación del Gabinete a la complejidad administrativa.

Esta modificación, sustancial en sus efectos, fue previamente contemplada en los dictámenes del Consejo al indicar que "la necesidad de la adaptación del Departamento Ejecutivo del Estado a los problemas que plantea la comunidad, y a cuya solución debe proveer, y la velocidad con que tales cambios se producen, hace aconsejable que el número de ministerios pueda ser aumentado o disminuido sin necesidad de tener que acudir al procedimiento de reforma constitucional"²⁴⁷. De esta forma, se optó por modificar la recurrente creación de *secretarías o subsecretarías*, permitiéndosele a cada administración decidir la organización interna más conveniente para el desarrollo de la actividad administrativa.

En la actualidad, cada presidente, al asumir la función pública, nombra, y en algunos casos crea²⁴⁸ —bajo su absoluta discrecionalidad— el Gabinete que considere pertinente para generar los recursos y servicios que tiendan a garantizar el bienestar individual y colectivo. De esta forma, cada cartera ministerial estará a cargo de un funcionario de confianza del presidente, quien mantendrá —según lo establecido en el art. 99.7, CN— la facultad de removerlos si lo considera oportuno y necesario. Debe destacarse que, según clarifica armónicamente nuestra Constitución, los ministros no integran al Poder Ejecutivo, prevaleciendo, en lo que respecta a la administración, el presidente.

La segunda parte del párrafo transcripto, por otro lado, expresa de forma general la actividad que comparte el Gabinete. De esta forma, se confirma y determina la labor de asesores, tanto del jefe de Gabinete como de los demás ministros, del presidente sobre los despachos de los negocios del país. Y, a su vez, se enuncia la forma de otorgar *eficacia* a los actos del Poder Ejecutivo, esto es mediante el "refrendo" y la "legalización".

El "refrendo" es la firma de los ministros y del jefe de Gabinete en el acto dictado por el presidente, por medio del cual asumen su responsabilidad política²⁴⁹. De allí que se cuestione si su incorporación es un requisito que otorga validez al acto²⁵⁰ o bien si se relaciona directamente con la ejecutoriedad del acto, es decir, para que este

produzca efectos²⁵¹. Consideramos que, de una lectura integral de la Constitución, la firma de los asesores del presidente al dotar de eficacia el acto genera la ejecutoriedad de sus efectos, siendo válido únicamente con la signatura del presidente.

Esa perspectiva, además coincide con la referencia a la intervención del Gabinete en el "despacho de los negocios", ya que esta actividad alude a la evaluación de las estrategias y medidas que se podrían dictar, mientras que la sustancia y su materialización (según la oportunidad política) será decidida por el Ejecutivo en su calidad de responsable político de la administración²⁵².

Ahora bien, en tanto existe este vínculo estrecho entre el Ejecutivo y su Gabinete, la doctrina se dividió al momento de analizar las implicancias de la intervención del Gabinete sobre la estructura administrativa. Una postura expresó que la confluencia de la voluntad del presidente junto a la legalización y refrendo del jefe de Gabinete y de los ministros deja traslucir que el Poder Ejecutivo es un órgano *colegiado*. Desde otro punto de vista se especificó que al ser el refrendo una condición formal —es decir, no repercute en la sustancia del acto—, el Poder Ejecutivo es un *órgano unipersonal* toda vez que la única voluntad que prevalece es la del presidente.

En cuanto a nuestro Máximo Tribunal al expedirse sobre las atribuciones de los ministros, dejó en claro que los ministros son asesores y, por lo tanto, se encuentran "impedidos de [efectuar] todo acto resolutivo, a excepción de lo concerniente al régimen económico y administrativo de sus departamentos, [además] estos son los responsables en una primera instancia de la evaluación, el análisis y la consecuente gestión de los diversos asuntos de la administración pública siendo debidamente responsables de los actos que legalizan y solidariamente de los que acuerden entre ellos (art. 102)"²⁵³.

De esta forma, la actividad del Gabinete (concepto que, como ya se expuso, engloba al jefe de Gabinete y a los demás ministros) debe ser leída en conjunto con lo dispuesto por el art. 102, sobre la responsabilidad de los ministros y el art. 103 que limita sus competencias²⁵⁴.

En definitiva, el primer párrafo del artículo bajo comentario establece la relación constitucional que une tanto al presidente como al jefe de Gabinete y a la totalidad del Gabinete.

En relación con los ministros queda claro que existe un vínculo de jerarquía con el presidente, en tanto deben colaborar con la Administración Pública y las decisiones administrativas que la presidencia considere pertinente.

Sin embargo, respecto al jefe de Gabinete, al ser la redacción constitucional ambigua, no queda claro si existe una relación jerárquica o de coordinación. Tal es así, que en términos prácticos la propia doctrina se encuentra dividida: la Corte Suprema de Justicia de la Nación solo se expresó sobre ciertas cuestiones que logran dar un poco de claridad a esta relación, aunque no resuelve la situación específica, mientras que la Procuración del Tesoro de la Nación fue más determinante y comprendió, en diversos dictámenes, que no existe superioridad jerárquica ya que se trata de un ministro más.

— *Del vínculo del jefe de Gabinete y los demás ministros*

Otro aspecto a analizar del presente párrafo es la relación que establece nuestra Constitución entre el jefe de Gabinete de Ministros y los demás ministros.

En concreto, no resulta evidente el vínculo entre ambas figuras, ya que la interpretación de algunas normas expresa una relación jerárquica, mientras que en otras se enuncia una relación de coordinación cumplida por el jefe de Gabinete sobre el desarrollo de la actividad administrativa.

Si bien esta diferencia parece insignificante, la realidad es que según cuál sea la naturaleza jurídica del vínculo impactará en la determinación del órgano competente que tendrá la potestad de resolver los recursos administrativos interpuestos contra ciertas decisiones, como así también —resuelto el recurso—, cuál será la autoridad que agote la vía administrativa.

En este sentido, la postura que sostiene que el jefe de Gabinete es el superior jerárquico dentro del Gabinete se funda en que: (a) sus atribuciones surgen de la Norma Fundamental, mientras que la de los ministros es dada por una norma infra-constitucional; (b) ejerce la administración general del país; (c) solicita informes a los demás ministros sobre cuestiones atinentes a la cartera de estos; (d) recauda las rentas y ejecuta el presupuesto; (e) preside el Gabinete en ausencia del presidente; (f) sus actos son decisiones administrativas —a diferencia de los ministros que dictan resoluciones—. Según esta concepción tiene la facultad de: (1) revisar y resolver los actos dictados por los ministros; (2) avocarse en las atribuciones de las carteras de los ministros²⁵⁵.

En oposición, para la postura que concibe al jefe de Gabinete como un ministro más, un *primus inter parís*, o un ministro coordinador se apoya en que: (a) su función se centra en la coordinación del Gabinete; (b) su designación y remoción es a discreción del presidente como sucede con los demás ministros; (c) actúa en concordancia siendo asesor del Poder Ejecutivo y otorgando su refrendo; (d) no posee poder disciplinario sobre los ministros. Ello trasluce, entonces, en que el jefe de Gabinete (1) no es

el órgano con competencia para revisar los actos dictados por los ministros, manteniendo el presidente esa facultad (conf. art. 90, Reglamento de Procedimientos Administrativos, dec. 1759/1972); (2) no puede avocarse por ser de una competencia específica de los ministros²⁵⁶.

Pese a ello, la Procuración del Tesoro de la Nación [PTN] descartó la relación jerárquica entre ambas figuras, al referir que "(...) será competente para resolver un recurso jerárquico aquel órgano que tenga jerarquía sobre el órgano emisor del acto recurrido, entendida esta como una supremacía caracterizada por la facultad de modificar, anular, sustituir y dirigir al inferior, imponiéndole su voluntad. Pero no es ese el tipo de relación que establece la Constitución Nacional entre el jefe de Gabinete y los demás ministros. D.1. En ese sentido, nada en el texto constitucional autoriza a afirmar que el jefe de Gabinete tenga atribuida una supremacía que lo faculte para modificar, anular o sustituir decisiones adoptadas por los demás ministros en ejercicio de sus propias competencias". Y agrega, "4. Del texto constitucional no puede extraerse que el jefe de Gabinete tenga una jerarquía diferente —menos aún superior— a los otros ministros: ni de la ubicación en la estructura normativa, ni de la denominación, ni de las atribuciones" (conf. PTN, dictamen 222:053, 21/7/1997, y los dictámenes que allí se enuncian. Criterio reiterado en 235:383; 237:115; 245:38; 249:27; 249:432, del 26/5/2004).

— De la inmunidad del Gabinete

El Gabinete es un órgano colegiado de existencia necesaria conformado por el conjunto de ministros, incluido el jefe de Gabinete, al que la Constitución establece obligaciones de asesoramiento y de información. Esta última a pedido del presidente (art. 99, inc. 17, CN) o bien, ante el Congreso una vez iniciadas las sesiones ordinarias de "presentar una memoria detallada del estado de la Nación en lo relativo a los negocios de los respectivos departamentos" (conf. arts. 100, incs. 10 y 11, 101 y 104, CN). A su vez, dentro de la norma fundamental se atribuye la facultad de concurrir a las sesiones del Congreso pero sin posibilidad de votar (conf. arts. 100, inc. 9º y 106, CN) y, dentro del equilibrio del sistema de pesos y contrapesos, se otorga la facultad a cada una de las cámaras de convocar "a su sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime correspondiente" (conf. art. 71, CN).

Ahora bien, si bien es clara la Norma Fundamental en describir el deber de informar que poseen los asesores del Poder Ejecutivo ante el Congreso, nada indica sobre el resguardo o protección de las "opiniones o discursos que emitan" desempeñando ese mandato constitucional, es decir, no se hace referencia de si es posible aplicar de forma analógica la garantía de inmunidad establecida para los miembros del Poder Legislativo en el [art. 68](#), CN.

Sobre este tema, tuvo posibilidad de expedirse la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos conocidos como "Cavallo I"²⁵⁷ y "Cavallo II"²⁵⁸.

La causa es iniciada contra Domingo Felipe Cavallo, por entonces ministro de Economía, Obras y Servicios Públicos de la Nación, por calumnias e injurias a razón de sus manifestaciones expresadas en el recinto parlamentario en cumplimiento de la interpelación efectuada por el Congreso. El imputado dedujo excepción de falta de acción y jurisdicción, en atención a lo dispuesto por los arts. 68 y 106, CN. La Corte, entonces, debió resolver "si las expresiones vertidas por un ministro del Poder Ejecutivo, en el ámbito de la Cámara de Diputados, gozan de la inmunidad que ampara a los legisladores".

En una primera oportunidad, el Máximo Tribunal —por mayoría— desestimó el recurso extraordinario federal interpuesto por "no revestir carácter de sentencia definitiva" y no demostrar "que sea de imposible reparación ulterior"²⁵⁹.

En su segunda intervención, la Corte Suprema declaró admisible el recurso extraordinario federal interpuesto por la querella y confirmó el pronunciamiento de la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal por la que hizo lugar a la falta de jurisdicción y a la excepción de falta de acción y sobreseyó al imputado, Domingo Cavallo, por los delitos de calumnias e injurias.

Así, en cuanto a la cuestión llevada ante el estrado jurisdiccional examinó dos aspectos: (1) la institución ministerial, su naturaleza y funciones, en la que se debe decidir si gozan de inmunidad las expresiones efectuadas por los ministros en el marco de un debate parlamentario; (2) si así fuera, se debe determinar cuál es el alcance de esa protección.

Respecto al punto (1) aclaró que: (a) la Constitución diseña la institución ministerial en sus arts. 100 y ss.; (b) el art. 100 dispone las facultades y funciones atribuidas constitucionalmente a los ministros pues tienen "a su cargo el despacho de los negocios de la Nación"; (c) en términos institucionales, entonces, los ministros son "mucho más que meros agentes de la administración pública o simples fedatarios de los actos del presidente por medio de su firma" (conf. consid. 8º); (d) el diseño institucional constitucional debe ser interpretado con congruencia y relación directa de las distintas normas como una unidad sistemática (conf. consid. 10); (e) el régimen republicano de gobierno garantiza "un sistema de debate y control parlamentario libre, tanto de la eventual intromisión de los individuos como de las posibles presiones de otros poderes" (conf. consid. 11); (f) se debe distinguir entre inmunidad e indemnidad de ciertos funcionarios. La inmunidad "impide toda coerción sobre la persona del legislador sin un previo procedimiento a cargo de la respectiva Cámara".

La indemnidad "opera cuando los actos o ciertos actos de la persona directamente quedan fuera de la responsabilidad penal (consid. 8º del voto disidente del juez Fayt, en el precedente de Fallos 321:2617), o sea que son atípicos" (conf. consid. 13); (g) el art. 68 establece la indemnidad de las opiniones parlamentarias, es decir que se excluye del alcance de la ley penal los actos (las opiniones parlamentarias) pues son de carácter funcional.

En lo particular, el art. 71, CN: (a) prescribe una relación de colaboración entre el Poder Legislativo y los ministros del Poder Ejecutivo; (b) el ministro comparece como funcionario del Poder Ejecutivo a requerimiento del Congreso; (c) por ello, es una labor específicamente legislativa.

El art. 106, CN, por su parte: (a) se relaciona directa y complementariamente con el art. 71, CN; (b) es una facultad discrecional de los ministros de concurrir a las sesiones del Congreso; (c) permite lograr un acompañamiento legislativo; (d) es una colaboración funcional.

De la interpretación armónica de ambas normas se colige, entonces, que la voluntad del constituyente fue equiparar a los ministros con los legisladores en cuanto a esta actividad funcional. Por lo que, "en síntesis, el objetivo funcional y complementario que surge de las conductas previstas en los artículos constitucionales 71 y 106, nos permite afirmar que tales normas se encuentran dirigidas por igual a fomentar la colaboración y participación de los ministros en tareas propias del Poder Legislativo. Asimismo, corresponde inferir, por analogía, que cuando un ministro concurre al recinto del Congreso en sesión parlamentaria, en el marco de las funciones de información o colaboración previstas en tales artículos, lo hace con la protección derivada de una indemnidad implícita, pues resulta inadmisibles una interpretación que obste o limite el ejercicio de funciones otorgadas directamente por el texto constitucional, ya que no parece posible que la Constitución le haya impuesto deberes y concedido facultades sin la respectiva protección de las opiniones que emite cuando hace uso de la facultad prevista en el art. 106, o cumple con las obligaciones impuestas en el art. 71" (conf. consid. 17).

Ahora bien, afirmada la garantía de indemnidad, en cuanto al punto (2) identifiqué: (a) es un criterio funcional; (b) se debe desestimar la indemnidad como patrón constitucional común a la institucional ministerial; (c) se admite la garantía exclusivamente en el marco de dos funciones ministeriales. La primera, cumpliendo la obligación de informar y brindar explicaciones al Poder Legislativo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 71, CN. La segunda, como colaboración funcional al Congreso mediante el ejercicio discrecional de la facultad de concurrir a las sesiones parlamentarias tomando parte en sus debates sin derecho a voto conforme lo previsto en el art. 106, CN (conf. consid. 18).

Debido a ello, la Corte conceptualiza que la indemnidad que gozan los ministros no es una derivación del [art. 68](#), CN, sino que resulta de un diseño constitucional que enarbola la Norma Fundamental como unidad sistemática.

Cabe aclarar que si bien en esta oportunidad la Corte solo hizo referencia a los ministros, en virtud de lo ya expresado y en tanto que lo dispuesto en el art. 100, incs. 10 y 11, CN posee una redacción similar al art. 106, entendemos que la garantía reconocida en el precedente "Cavallo" a los ministros debería comprender también las funciones que cumple el jefe de Gabinete de Ministros ante el Congreso.

Art. 100.— (...) Al jefe de Gabinete de ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde (...):

El segundo párrafo del art. 100 expresa que por el ejercicio de las funciones que le asigna la Constitución, el jefe de Gabinete responderá políticamente ante el Congreso. Esta responsabilidad, a su vez, va de la mano con la interpelación que posee el Congreso para tratar una "moción de censura" y, de obtenerse la cantidad de votos necesarios²⁶⁰, remover de sus funciones al jefe de Gabinete (art. 101, CN).

De esta forma, ambas cláusulas de orden democrático materializan los objetivos que pretendía la reforma, esto es, aumentar el control del parlamento sobre la actividad de la Administración y atenuar el rol del presidente. A su vez, se buscó transformar al jefe de Gabinete en un "fusible" ante el Congreso, ya que la responsabilidad o remoción de los demás ministros es facultativa y discrecional del presidente.

Esta relevancia política que se le asignó al jefe de Gabinete demuestra también la voluntad de los constituyentes de virar hacia un sistema semiparlamentario, al otorgar al parlamento la facultad de revisar y controlar el ejercicio y desenvolvimiento de la Administración por intermedio de esta nueva figura. Tal como se señaló, esta situación pretendía que exista un diálogo más fluido entre los poderes Ejecutivo y Legislativo para un mejor y eficaz desarrollo de la actividad administrativa sin que ello pudiera afectar ni hacer tambalear la estabilidad de la figura presidencial.

Esta idea constitucional es reforzada al establecerse tres posibles formas de remoción: (1) por moción de censura; (2) por voluntad del presidente, a su discreción que deja entrever la pérdida de confianza (art. 9º, inc. 7º, CN); (3) por juicio político ([art. 58](#), CN).

A renglón seguido del presente párrafo se inicia la enumeración de las atribuciones del jefe de Gabinete. Nuevamente, desde la doctrina se intentó definir la naturaleza jurídica de sus funciones para diferenciarlas,

si es posible, de las del presidente. Algunos sostienen que estas atribuciones son atribuidas por la Constitución con carácter propio y exclusivo que impide la delegación o avocación por parte del presidente. Desde otro punto de vista, y con sustento en la interpretación armónica constitucional que debería prevalecer, se infiere que las facultades son concurrentes con sustento en que el presidente es quien designa y remueve al jefe de Gabinete de su función, aunque deja la salvedad de que algunas sí fueron otorgadas con carácter de exclusiva y excluyente²⁶¹.

Esta controversia refleja, a su vez, las posturas que existen sobre el vínculo entre el presidente y el jefe de Gabinete.

1.— *Ejercer la administración general del país.*

El presente inciso debe ser analizado junto a lo dispuesto por el art. 99, inc. 1º, relativo a las atribuciones del presidente, toda vez que ambas normas hacen referencia a la *administración general del país*. Mientras el art. 99 expresa la *responsabilidad política*, el art. 100.1 establece el *ejercicio*.

Ahora bien, estas normas no dejan en claro si la titularidad de la administración pública persiste en cabeza del presidente o bien, desde la reforma, fue transferida al jefe de Gabinete. Según cuál sea la decisión se debe identificar cuál es el vínculo entre ambas figuras. Veamos.

Como cuestión previa, debemos expresar el significado de la administración general del país. De este concepto se expresó que son las potestades administrativas que tiene a cargo el Poder Ejecutivo, es decir "comprende todos los servicios que están a cargo del gobierno federal"²⁶². Por su lado, "la jefatura administrativa, desagregada del ejercicio del poder presidencial, es aquella en la que se concentra el peso de la labor cotidiana del Estado"²⁶³. Y la administración pública será la actividad concreta y continuada, práctica y espontánea tendiente a garantizar el ejercicio de los derechos.

Previo a la reforma no existía confusión respecto a la titularidad de la administración general del país, ya que la jefatura y su ejercicio le correspondía al presidente (conf. art. 86, Constitución 1853/60). Con la incorporación del jefe de Gabinete, la Constitución relegó el ejercicio de la administración general a esta figura, mientras que mantuvo la responsabilidad política en el presidente. Pese a esta modificación en el sistema institucional, no es claro el órgano que posee la titularidad de la administración, cuestión de gran envergadura pues su conceptualización repercutirá en la integración del Poder Ejecutivo y otorgará el marco de competencias que podrá desarrollar el jefe de Gabinete, en última instancia, dentro de la organización administrativa.

Por un lado, quienes afirman que el presidente mantiene la jefatura de la administración y, por lo tanto, existe una relación de supra-subordenación jerárquica con el jefe de Gabinete, lo hacen sobre la base de las atribuciones presidenciales: (1) desempeña unipersonalmente el Poder Ejecutivo (art. 87, CN); (2) es el jefe de gobierno y responsable político de la administración²⁶⁴ (art. 99, inc. 1º, CN); (3) nombra y remueve a su exclusiva discrecionalidad al jefe de Gabinete (art. 99, inc. 7º, CN); (4) supervisa el ejercicio del jefe de Gabinete respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y su inversión (art. 99, inc. 10, CN); (5) posee la facultad de requerir informes de temas que estime convenientes (art. 99, inc. 17, CN); (6) puede delegarle funciones y atribuciones al jefe de Gabinete, órgano que debe ejercerlas sin más (art. 100.4, CN)²⁶⁵.

Más aún, para esta postura, se refuerza esta interpretación con la voluntad de los constituyentes que —al formalizar la inclusión del art. 100 a la norma fundamental—excluyeron la palabra "tener" contenida en el acápite A, "Atenuación del sistema presidencialista", del Núcleo de Coincidencias Básicas que promovía la creación del jefe de Gabinete. La cláusula expresaba entre las atribuciones del jefe de Gabinete: "tener a su cargo la administración general del país"²⁶⁶.

Este criterio —que es el mayoritario— se traduce en definitiva en que no se ha atenuado la influencia ni el poder ejercido por el presidente en el desenvolvimiento de la Administración.

Otra postura considera que a partir de la reforma constitucional existe una relación de coordinación entre el presidente y el jefe de Gabinete porque ese fue el objetivo de la reforma al reasignar las funciones que ejercía hasta ese momento el presidente y atenuar su rol preponderante²⁶⁷. Indican, a su vez, que la responsabilidad política que posee el presidente surte efectos al momento de efectuar una revisión global de su actuación, y no respecto a la actividad particular que ejecute.

Se afirma, entonces, que el jefe de Gabinete es el titular de la administración, existiendo un vínculo de coordinación de la actividad administrativa con el presidente al mantener, este último, la responsabilidad política²⁶⁸.

Si bien este criterio refuerza la idea de semiparlamentarismo pretendida en la reforma constitucional, no es la postura que predomina.

Entendemos que, ya sea que se trate de una relación jerárquica o de coordinación, en términos democráticos resulta necesario que el jefe de Gabinete de ministros se involucre en el perfeccionamiento de proyectos, en la toma de decisiones con elevada injerencia política o social, coordine la actividad ministerial y potencie su rol de enlace institucional del poder

Ejecutivo y Legislativo para lograr construir y afianzar un diálogo fluido entre ambos poderes políticos en virtud de su calidad de nexo²⁶⁹.

Ahora bien, retomando la distribución de competencias efectuada por la Constitución, la doctrina enarboló diferentes posturas para identificar la naturaleza de esas atribuciones y así definir el espectro de acción del jefe de Gabinete.

(1) Al afirmar que el ejercicio de la administración conlleva la titularidad de la misma, se infiere que existió una *desconcentración* de las competencias que —previo a la reforma— eran atribuidas al presidente. Así, tal como se indicó, se reconoce con carácter exclusivo y permanente la función administrativa a la Jefatura de Gabinete, mientras que el titular del Poder Ejecutivo poseerá solo la *facultad de supervisión* de esa función. De esta forma se impide la avocación del presidente de las atribuciones que posee el jefe de Gabinete.

(2) Si el presidente mantiene la *responsabilidad política de la administración y su titularidad*, y el jefe de Gabinete posee su ejercicio, esto implica que se efectuó una *delegación* de competencias. Esta noción es la que predomina, ya que el presidente puede delegar y avocarse las funciones del jefe de Gabinete, con salvedad de aquellas que posee de forma excluyente este último.

(3) Reconoce la responsabilidad política y la titularidad de la administración en el presidente (apartándose de la idea que sostiene la desconcentración) e indica que el ejercicio es de la Jefatura de Gabinete. Así, coincide en que existe delegación, pero para esta postura no es una delegación propia, toda vez que para que ello suceda debe existir una norma que expresamente delegue las competencias, hecho que no surge de la Constitución. Entonces, defienden la idea de una *delegación impropia* por ser el propio constituyente quien efectuó la traslación de competencias²⁷⁰. Respecto a la reasunción de competencias refiere que es posible "para los casos en que el titular del Poder Ejecutivo considere que el accionar irregular, anómalo o inconveniente del jefe de Gabinete, en punto a la administración general del país, pueda comprometer su propia responsabilidad como titular de la administración"²⁷¹.

Por su parte, la Corte Suprema le reconoció la legitimación para discutir la falta de jurisdicción de un órgano judicial ante sus estrados de forma directa, tal como fuera expresado en la causa "Rodríguez"²⁷².

Surge de los hechos del caso que un grupo de legisladores —cuyo mandato se encontraba vigente— junto al Defensor del Pueblo iniciaron una acción de amparo contra dos decretos que decidían la concesión de los aeropuertos nacionales e internacionales. Esta pretensión tuvo acogida favorable en primera y segunda instancia, lo que motivó la presentación

del recurso extraordinario por parte del Poder Ejecutivo. Mientras este remedio se encontraba pendiente de sustanciación, dicho órgano emitió el decreto de necesidad y urgencia 842/97 por el que ratificó los decretos impugnados con el fundamento de que el proceso de concesión estaba "inadmisiblemente demorado" y lo remitió al Congreso de la Nación, en los términos indicados en la Constitución (art. 99, inc. 3º, párr. 3º), para que se le otorgue el debido tratamiento legislativo.

Ante la promulgación del Dec. 842/97, los mismos actores iniciaron una nueva instancia judicial para impugnar esta norma, solicitándose una medida cautelar suspensiva de los efectos que pudiese tener sobre el marco regulatorio del servicio aeroportuario. Acogida la pretensión en primera instancia, el Estado nacional interpone el respectivo recurso apelación; sin embargo, y pese a esa presentación, el jefe de Gabinete de Ministros realizó una presentación directa ante el Máximo Tribunal discutiendo la competencia del Poder Judicial para entender y resolver en esos términos sobre el DNU impugnado y cuyo trámite legislativo se encontraba pendiente de resolución. Corrido el pertinente traslado, los actores desconocieron la legitimación activa del jefe de Gabinete por entender que se encontraba en juego el ejercicio de una prerrogativa exclusiva y excluyente del presidente, como lo es el dictado de decretos de necesidad y urgencia, cuya representación no había sido invocada.

Frente a ello, la Corte Suprema entendió que el planteo resultaba inadmisibles "pues no cabe confundir la facultad de dictar los aludidos decretos, que sí corresponde al titular del Poder Ejecutivo (conf. art. 99, inc. 3º, párr. 3º, de la CN), con el objeto de la presentación ante esta Corte, donde el jefe de Gabinete de Ministros no acciona en defensa de la validez del acto emanado del presidente de la Nación, sino que viene a plantear la falta de jurisdicción de un órgano judicial cuya actuación generó un conflicto de poderes, cuestión que es dable encuadrar dentro del amplio marco de facultades de ese funcionario (conf. art. 100, inc. 1º, de la CN)" (consid. 4º). Con respecto al objeto de la presentación directa, la Corte vedó la potestad jurisdiccional del Poder Judicial para intervenir en las relaciones entre el Poder Ejecutivo y Legislativo en ocasión de encontrarse pendiente el control de este último sobre los decretos de necesidad y urgencia dictados por el presidente. Así, dejó sin efecto la medida cautelar dictada oportunamente por no existir jurisdicción de la magistrada interviniente²⁷³.

2.— Expedir los actos y reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye este artículo y aquellas que le delegue el presidente de la Nación, con el refrendo del ministro secretario del ramo al cual el acto o reglamento se refiera.

El presente inciso enuncia la facultad reglamentaria del jefe de Gabinete, de facultades propias o delegadas por el presidente, con anuencia del ministro del ramo el que debe refrendar el acto.

Los actos del jefe de Gabinete son decisiones administrativas. En este apartado se incluyen los actos de alcance individual o reglamentos de alcance general para ejercer las facultades exclusivas que le asigna la Constitución, incluidos aquellos que sean necesarios para la organización o el funcionamiento administrativo²⁷⁴. Es decir, es una norma de gestión que atribuye competencia para dictar aquellos actos de carácter administrativo, excluyendo así la posibilidad de dictar otros tipos de actos o reglamentos que el mismo art. 100 indica su intervención por medio de su refrendo (conf. incs. 8º, 12 y 13).

Respecto a los actos o reglamentos dictados por facultades delegadas por el presidente, al ser una competencia presidencial, puede ser revocada en cualquier momento sin que exista conflicto constitucional pues serán de índole administrativa. Sin embargo, existen ciertas competencias que no podrán ser delegadas. Así, la atribución del presidente de reglamentar las leyes (conf. art. 99, inc. 2º, CN) —si bien no existe prohibición— no puede ser delegada en el jefe de Gabinete por ser exclusiva del Poder Ejecutivo.

Por último, el inciso, precisa la necesidad de refrendo de los ministros del ramo. Esto genera la responsabilidad de los ministros que intervengan y especifica el vínculo de coordinación que debe existir para la gestión administrativa toda vez que sin ella —se expresó— carece de validez el acto bajo cuestión. Cabe destacar que esta cláusula es la que se invoca para argumentar la superioridad jerárquica del jefe de Gabinete sobre los ministros. De seguirse esta postura, se podría afirmar que, sin el refrendo del ministro del ramo, el acto carecería de eficacia.

En cuanto a la posibilidad de que el jefe de Gabinete de Ministros ejerza facultades delegadas por el Congreso en materia tributaria, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en el caso "Selcro"²⁷⁵. Si bien en el mencionado precedente, el Máximo Tribunal no analizó la potestad reglamentaria de la Jefatura de Gabinete, sí limitó la posibilidad de ejercer la potestad delegada por el Poder Legislativo en tanto se omita cumplir con lo dispuesto por el art. 76, CN.

Del relato de los hechos surge que la sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al confirmar la sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por Selcro SA. En ambas decisiones se declaró la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 59 de la ley 25.237 —ley de presupuesto para el año 2000— en cuanto delegaba en el Poder Ejecutivo Nacional la facultad de establecer los valores o, en su caso, las escalas aplicables para determinar el importe de las tasas a percibir por la

Inspección General de Justicia. A su vez, se declaró la nulidad del art. 4º de la decisión administrativa nro. 55/00 de la Jefatura de Gabinete de Ministros en cuanto modificó las escalas previstas en el art. 4º del dec. 67/1996, ratificado por el art. 59 de la ley mencionada.

Frente al recurso extraordinario interpuesto por el Estado nacional, la CS se expidió sobre: (1) el concepto de "tasa" que se encuentra inserto en los decretos, la decisión administrativa y la ley bajo análisis y aclara que "respecto de esa clase de tributos rige el principio de raigambre constitucional de reserva de la ley o legalidad" (consid. 4º y 5º, que remite a Fallos 323:3770); (2) la imposibilidad de que un decreto del Poder Ejecutivo o una decisión administrativa puedan "crear válidamente una carga tributaria ni definir o modificar, sin sustento legal, los elementos esenciales de un tributo" (consid. 6º, que remite a Fallos 319:3400); (3) la invalidez de la delegación legislativa en el jefe de Gabinete de Ministros sin fijar un límite o pauta para el ejercicio de la atribución delegada (consid. 7º); (4) la exclusión de delegar aspectos sustanciales del derecho tributario (consid. 8º).

3.— Efectuar los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al presidente.

El jefe de Gabinete de Ministros tiene la facultad de nombrar los empleados para que se desempeñen en la Administración pública. Sin embargo, esta competencia debe ser interpretada con lo dispuesto por el art. 99, incs. 4º y 7º, CN, que atribuye al presidente la potestad de nombrar expresamente a magistrados, funcionarios, embajadores, agentes consulares, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios, al jefe de Gabinete y demás ministros del despacho, oficiales de su secretaría y a los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma. Así, se sostuvo que le corresponde a la Jefatura de Gabinete nombrar al grueso de los empleados de menor jerarquía que cumplen funciones dentro de la administración, siempre y cuando no se indique un procedimiento específico a seguir.

Por su parte, el presidente podrá delegar en la Jefatura de Gabinete el nombramiento de un empleado con igual o superior jerarquía, sin que ello afecte la organización administrativa ya que se estaría actuando en ejercicio de una facultad delegada²⁷⁶.

4.— 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 aquellas que por su importancia estime necesario, en el ámbito de su competencia.

El presente inciso distingue el ejercicio de las facultades delegadas con las resoluciones que se hiciera en virtud de materias propias y/o indicadas por el presidente.

Conforman la potestad de decisión y coordinación que posee la Jefatura de Gabinete al ser tomadas en ejercicio de facultades propias o indicadas por la autoridad presidencial. En este sentido, se le permite al jefe de Gabinete, por sí, convocar a los ministros y, en acuerdo de gabinete²⁷⁷, resolver cuestiones decididas a su discreción relativas a la administración y en tanto sean de su competencia.

A su vez, otorga la potestad de ejercer atribuciones delegadas por el presidente. En el acto de delegación debe estar el modo, el tiempo y la materia expresamente establecidos para que la Jefatura logre su cometido. La materia a delegar debe ser una función exclusiva del presidente y ser administrativa, ya que la delegación de otro tipo de materias o asuntos podría desnaturalizar el ejercicio del poder presidencial²⁷⁸. El ejercicio de una facultad delegada debe contar también con el acuerdo de Gabinete.

Cabe destacar que como la norma no aclara la materia o el objeto que podría el presidente indicarle a la Jefatura que resuelva en acuerdo de Gabinete, entendemos que podrían ser aquellas cuestiones de especial relevancia para el desarrollo de la actividad administrativa o de gobierno.

5.— *Coordinar, preparar y convocar las reuniones de gabinete de ministros, presidiéndolas en caso de ausencia del presidente.*

El presente inciso enuncia la función de coordinación y organización de la administración que posee el jefe de Gabinete de Ministros.

Preparar y convocar a reunión de Gabinete demuestra la función de un ministro sin cartera o de *primus inter pares*, ya que esta reunión es puesta al servicio del presidente para tratar los temas y las materias que considere relevantes.

Por otro lado, la posibilidad que se le asigna a la jefatura de presidir las reuniones en caso de ausencia del presidente es tomado como argumento para sostener su supremacía jerarquía respecto a los demás ministros. Así, y sin perjuicio de la atribución de coordinación, suplir al presidente en las reuniones de Gabinete lo coloca en una mejor y superior situación ya que decidirá sobre el ejercicio de poderes que la Constitución asigna a la presidencia.

Sin embargo, a este razonamiento se le contrapone la postura que indica que la posibilidad para presidir las reuniones de Gabinete se activa

cuando el presidente se ausenta de forma circunstancial y no delegó esa función en otro funcionario.

6.— *Enviar al Congreso los proyectos de ley de ministerios y de presupuesto nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo.*

Esta disposición identifica una atribución propia del jefe de Gabinete de Ministros que excede al ejercicio de la administración general del país (conf. inc. 1º) y lo instituye como figura de "conducción política de los asuntos estatales" y materializa su "emplazamiento como punto de contacto permanente entre el órgano ejecutivo y el Congreso de la Nación"²⁷⁹. De esta forma, la coordinación que ejerce sobre el Gabinete, el asesoramiento que le imparte al presidente y la potestad de ejercer la administración pública le otorga un contexto amplio y suficiente para formular los proyectos de ley que contengan los objetivos conducentes a la política pública y que cumplan con los fines constitucionales, armonizando los requerimientos de cada área ministerial²⁸⁰.

La intervención del jefe de Gabinete en la realización de los proyectos de ley, y en especial en el de presupuesto, se sustenta en que es "el órgano que está en mejores condiciones para elaborar el proyecto de ley. Es el sujeto que realiza la tarea esencial, con información que le brindan todos los órganos públicos, incluidos los ministros. Luego, en reunión de gabinete con los ministros, se debate esa propuesta y se llega por consenso a un proyecto que debe aprobar el presidente, quien en ejercicio de esa función puede efectuar las modificaciones que estime convenientes. El proyecto aprobado por el presidente es el que será entonces enviado al Congreso por el jefe de Gabinete (...)"²⁸¹. De esta forma, se observa la posición privilegiada que posee para cumplir con la finalidad de proveer los recursos y servicios que mejoren el bienestar individual y colectivo, toda vez que los derechos legales —incluyendo los constitucionales— exigen decisiones políticas responsables para canalizar recursos en vista de los siempre cambiantes problemas y oportunidades del momento que pueden afectar el interés público²⁸².

En términos prácticos, se debe completar su lectura con lo dispuesto por la ley 24.156, de "Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional"²⁸³ (LAF), que indica, entre otras cuestiones, como fecha límite para remitir el proyecto "antes del 15 de septiembre del año anterior para el que regirá" (art. 26).

En términos institucionales, el presente inciso materializa el rol de coordinador dentro del Gabinete y de nexo entre el Poder Ejecutivo y Legislativo en tanto se le impone la participación activa en la elaboración, discusión y eventual aprobación de la asignación de recursos que lo posiciona en un lugar central en términos institucionales.

Debe destacarse, además, que de la lectura del presente inciso surge evidente la preeminencia del principio de legalidad que de forma armónica se encuentra instituido en nuestra Constitución, en tanto ordena la remisión al Congreso para su tratamiento y posterior sanción que asignará los fondos de recursos y gastos públicos en materia presupuestaria; o bien, modificará la organización administrativa.

7.— Hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de presupuesto nacional.

El presente inciso tiene concordancia con lo dispuesto en los arts. 75.8, 85, 99.10 y 100.6.

Expresa la función administrativa-financiera que posee el jefe de Gabinete al ser quien adopte, a partir de la reforma constitucional, las decisiones relativas a la actividad jurídica recaudatoria como la actividad jurídica erogatoria, ya sea por sí o por petición de los demás ministros, con el fin de efectivizar los derechos constitucionales y las instituciones democráticas²⁸⁴.

Al interpretar esta atribución, se debe considerar lo establecido en el régimen legal orgánico de la ley 24.156 toda vez que le otorga potestades concretas —y en lo que aquí respecta— sobre la ejecución y modificación del presupuesto con posterioridad al tratamiento del Congreso al jefe de Gabinete. Cabe destacar aquí que las sucesivas modificaciones legislativas sobre la LAF retrajeron la potestad del Congreso de decidir sobre la distribución durante la ejecución del presupuesto, aumentando la discrecionalidad de la autoridad administrativa (conf. modificación introducida por la ley 26.124).

En particular, el art. 37 de la LAF, le otorga la competencia para "disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del monto total aprobado", lo que pone en duda el principio de reserva legal de la materia presupuestaria. Sin embargo, es claro que existen circunstancias propias de la gestión administrativa cotidiana que exigen y tornan imprescindible la variación mínima y racional de la ley. De allí, que cobra relevancia la posición del jefe de Gabinete, a quien se le otorgó esta competencia y es quien debe acudir una vez por mes a otorgar el informe mensual a cada una de las Cámaras —en forma alternativa— del Congreso. En efecto, el principio legal en materia presupuestaria encontraría resguardo si las instituciones centrales de la reforma constitucional, el jefe de Gabinete y la Auditoría General de la Nación, actuaran conforme lo dispuesto en la norma fundamental²⁸⁵.

Ahora bien, esta facultad discrecional que posee el Poder Ejecutivo sobre la modificación de las partidas y que provocó un desequilibrio en el principio de legalidad en materia presupuestaria fundamentó la necesidad

de limitar dicha potestad manteniendo bajo su órbita una flexibilidad para atender situaciones cambiantes en términos razonables²⁸⁶ (conf. art. 37 LAF, modificado por ley 27.342²⁸⁷). En estos términos se persigue una mayor intervención del Congreso, en virtud que ordena ponerle en conocimiento las modificaciones efectuadas, con el fin de resguardar el principio de legalidad tributaria.

Frente a la omisión de remitir las partidas presupuestarias por parte del jefe de Gabinete, se inició una acción de amparo con el efecto de que se ordene la inmediata remisión de los fondos asignados a la Universidad de Buenos Aires²⁸⁸. Sin perjuicio de que la CS, al remitirse a los argumentos del Procurador, desestimó el recurso extraordinario por no dirigirse contra una sentencia definitiva, resulta sustancial que en dicha causa ambas instancias judiciales rechazaron la acción de amparo por entender que "la reducción de partidas presupuestarias" es una "atribución discrecional expresamente conferida" al jefe de Gabinete Ministros sin que, en dicha oportunidad, se hubiera extralimitado de lo dispuesto por el art. 37, LAF.

En cuanto a la transferencia de recursos ingresados como excedentes de recaudación presupuestaria de un ejercicio a otro, resuelta por una decisión administrativa, la CS entendió que, si bien es una facultad de este funcionario disponer sobre ciertos remanentes que no posean una asignación específica legalmente establecida, frente a esa omisión no se puede dejar de tener en cuenta la existencia de regímenes concretos con su propio sistema de financiación. En efecto, sobre la cuestión bajo tratamiento sostuvo "(...) si el legislador diseñó en un cuerpo armónico e integral el Sistema Nacional de Bomberos Voluntarios y para su financiación creó un tributo con afectación específica cuyo producto no ingresaría a las rentas generales de la Nación sino que tendría un destino singular —el de la ley 25.054—, sería ilógico concluir que el excedente producido en un ejercicio financiero entre el monto recaudado y el estimado al confeccionar el presupuesto general, no pueda utilizarse en los siguientes con el mismo destino, sino que pase a formar parte de los recursos del Tesoro Nacional con los que se solventa otra clase de gastos públicos"²⁸⁹.

8.— Refrendar los decretos reglamentarios de las leyes, los decretos que dispongan la prórroga de las sesiones ordinarias del Congreso o la convocatoria de sesiones extraordinarias y los mensajes del presidente que promuevan la iniciativa legislativa.

La Constitución otorga al jefe de Gabinete la atribución de complementar los decretos reglamentarios que dicta el presidente, sus decisiones de convocar y promover la iniciativa legislativa, por medio de su refrendo.

De esta forma, queda clara la imposibilidad del jefe de Gabinete de Ministros de dictar decretos con contenido reglamentario o de decidir sobre ciertas potestades que posee exclusivamente el presidente en su rol de titular del Poder Ejecutivo y que se relacionan con disponer sobre el ejercicio que le compete al Congreso, en relación con la "prórroga de las sesiones ordinarias", "convocatoria de sesiones ordinarias" y "promoción de iniciativa legislativa".

En cuanto al jefe de Gabinete, se aprecia una dualidad sobre sus atribuciones, ya que al refrendar los decretos presidenciales ejerce la misma función que el resto de los ministros, sin visualizarse una diferencia sustancial entre una y otra intervención. Asimismo, sobre las atribuciones reglamentarias que posee, se confirma con este inciso que pueden versar únicamente sobre actos o reglamentos autónomos, es decir, que sean necesarios para efectuar la actividad administrativa, mientras que la intervención en otro tipo de actos o reglamentos quedará enmarcada en el mero refrendo, ya que son competencias exclusivas del presidente.

9.— Concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, pero no votar.

Por medio del presente inciso, parece materializarse la función primordial por el que fue institucionalizado el jefe de Gabinete de Ministros, en tanto se trata de una figura que debe cumplir el rol de nexo entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. De hecho, la concurrencia y participación en los debates parlamentarios permite reforzar la democracia en tanto la actividad práctica e inmediata que recae en cabeza del jefe de Gabinete podrá dotar de una mirada distinta según el tema que verse en la confluencia de las posturas mayoritarias y minoritarias en el Congreso.

Sin embargo, de una lectura más minuciosa respecto a la Constitución, se puede visualizar que el presente inciso no difiere de lo dispuesto por el art. 106, que les permite a los ministros efectuar la misma función, esto es concurrir a las sesiones del Congreso y participar. De esta forma, la incorporación del jefe de Gabinete de Ministros se ve desvirtuada al no existir una diferenciación —aparente— con respecto a los demás secretarios de estados, razón por la cual se deduce la vaguedad en la caracterización de las facultades del jefe de Gabinete, que lo diferencia de las del primer ministro.

Cabe destacar que el art. 101 determinará la obligación de la Jefatura de Gabinete de acudir al menos una vez por mes al Congreso a fin de brindar un informe sobre la gestión de la administración.

10.— Una vez que se inicien las sesiones ordinarias del Congreso, presentar junto a los restantes ministros una memoria detallada del estado

de la Nación en lo relativo a los negocios de los respectivos departamentos.

El deber de informar que establece el presente inciso forma parte del mayor control que posee el Congreso sobre el ejercicio de las competencias administrativas desarrolladas por el órgano ministerial o Gabinete. Y, en lo que respecta al jefe de Gabinete es la materialización de la finalidad perseguida en su incorporación de ser el órgano de conexión y nexo entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

Es de destacar que el "deber de informar" se encuentra, a su vez, instituido en el art. 101, que observa que el jefe de Gabinete debe presentarse una vez al mes en una de las cámaras para dar informe sobre el desarrollo administrativo; y en el art. 104, exigencia de dar memoria de la actividad desplegada por cada uno de los ministros según sus competencias.

La presente obligación es cumplida el mismo día que se inician las sesiones ordinarias del Congreso, otorgándose de forma detallada el informe y la rendición de cuentas que contenga la actividad desplegada en ejercicio de la Administración pública, esto es la memoria. También puede contener los eventuales proyectos que se pretenda trabajar ese año.

11.— Producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las Cámaras solicite al Poder Ejecutivo.

Parte de la función de colaboración que mantiene el jefe de Gabinete como nexo entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo resulta la obligación de informar y dar explicaciones a requerimiento del Congreso que soliciten a la presidencia sobre diferentes materias.

Cabe destacar que en la presente disposición el jefe de Gabinete actuará como asesor del Ejecutivo ante un pedido específico de alguna o ambas cámaras. Así, se diferencia de lo establecido en el inciso anterior, ya que el Poder Legislativo podrá requerir directamente al jefe de Gabinete o al presidente que informen sobre el ejercicio de sus funciones propias y exclusivas.

De esta forma, se instituye nuevamente la función de asesores presidenciales a los ministros, y asigna a la jefatura la función de coordinación sobre la revisión e información requerida por el Legislativo.

12.— Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente.

El refrendo complementa la actividad realizada por el presidente en ejercicio de la potestad delegada, según lo establece el art. 76, CN. Tanto de lo dispuesto por el art. 76 como la atribución que le asigna el presente inciso al jefe de Gabinete de Ministros, se puede inferir que no se puede efectuar una delegación legislativa en cabeza de la jefatura, ya que es una materia que exclusivamente la Constitución permite al Poder Ejecutivo, es decir, al presidente. Claro que para aquellos autores que sostienen que la reforma constitucional, con la incorporación del jefe de Gabinete de Ministros, modificó la integración del Ejecutivo, sí podría dictarlos.

Sin embargo, pese a lo que se pudiera afirmar, es clara la voluntad del constituyente en materia de delegación legislativa que impone un límite al Congreso, pues define que la ley debe ser previa, establecer las materias determinadas de delegación (solo de administración o de emergencia pública), el plazo fijado y las bases dentro de los cuales se ejercerá la delegación. Una vez ejercida la potestad delegada, es el jefe de Gabinete el órgano que refrende el decreto, y con ambas voluntades se materializa la delegación, cuyo tratamiento y evaluación respecto a su legitimidad recae en el Congreso, conforme lo establece la [ley 26.122](#), "Régimen Legal de los Decretos de Necesidad y Urgencia, de Delegación legislativa y de Promulgación parcial de leyes"²⁹⁰.

En definitiva, en materia de decretos delegados dictados por el Poder Ejecutivo bajo la potestad delegada por el Congreso, conforme lo establecido en el art. 76, el jefe de Gabinete debe refrendarlos y presentarlos ante la Comisión Bicameral Permanente a fin de que ejerza el control pertinente respecto a la validez del decreto dictado. Cabe destacar en este aspecto que la norma transcrita no estableció un plazo específico para que el jefe de Gabinete de Ministros deba cumplir con la orden constitucional.

Frente a esta omisión, se debe complementar la lectura de la presente disposición con lo establecido por la [ley 26.122](#) que específicamente determina que dentro de los diez días de dictado el decreto el jefe de Gabinete de Ministros debe elevarlo a consideración de la Comisión Bicameral Permanente para su tratamiento y control de validez o invalidez, específicamente "sobre la procedencia formal y la adecuación del decreto a la materia y a las bases de la delegación, y al plazo fijado para su ejercicio" (conf. arts. 12 y 13). Asimismo, la presente ley estableció que en caso de que el jefe de Gabinete de Ministros no cumpliera con el plazo dispuesto en la norma legal para remitir el decreto, se faculta a la Comisión a abocarse de oficio al tratamiento del decreto (conf. art. 18).

13.— Refrendar conjuntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes. Someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.

El jefe de Gabinete de Ministros interviene también mediante su refrendo y posterior presentación ante la Comisión Bicameral Permanente de los decretos de necesidad y urgencia y de aquellos decretos de promulgación parcial de leyes que dicte el Poder Ejecutivo. Esta función que establece la Constitución debe ser analizada en conjunto con lo dispuesto por el art. 99, inc. 3º, CN y con la [ley 26.122](#).

El rol en estos casos del jefe de Gabinete de Ministros se relaciona con otorgar eficacia a los decretos en cuestión por medio del refrendo, controlar que se encuentren plasmadas las firmas de los ministros (todos) y presentar para su tratamiento y control de validez dentro de los diez días para la consideración de la Comisión Bicameral Permanente. La comisión deberá expedirse sobre la "adecuación de requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado" (conf. arts. 10 y 14, sobre decretos de necesidad y urgencia y de la promulgación parcial de leyes, respectivamente).

Se establece el plazo de diez días para elevar el decreto a tratamiento de la Comisión Bicameral. En caso de transcurrido el plazo sin que se efectuara la remisión, la propia Comisión puede determinar su tratamiento para dictaminar respecto a su validez o invalidez (conf. art. 18). Una vez remitido el decreto, la Comisión tiene un plazo de diez días para efectuar el dictamen pertinente y elevarlo el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras para su tratamiento (conf. arts. 19 y 20), y pronunciarse sobre su rechazo o aprobación (conf. arts. 21 y 22).

100, in fine.— *El jefe de Gabinete de ministros no podrá desempeñar simultáneamente otro ministerio.*

Este último párrafo hace referencia a la necesidad de otorgar mayor eficiencia y eficacia a la administración, por medio de la descentralización de las decisiones y de limitar el poder presidencial. En efecto, la prohibición que se le impone al jefe de Gabinete de Ministros pretende acentuar la concentración en el ejercicio de la actividad y, a su vez, funciona como medio para evitar una eventual polarización que obstruya el desenvolvimiento de la administración²⁹¹. Es claro que la introducción de la presente prohibición responde a mantener a la Jefatura de Gabinete como nexo entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo y de allí que su eventual apartamiento, basado en la responsabilidad que posee ante ambos poderes, permita resguardar el sistema democrático.

Disposición transitoria.— Duodécima. *Las prescripciones establecidas en los arts. 100 y 101 del capítulo cuarto de la sección segunda de la segunda parte de esta Constitución referidas al jefe de Gabinete de ministros, entrarán en vigencia el 8 de julio de 1995. El jefe de Gabinete de ministros será designado por primera vez el 8 de julio de 1995; hasta*

esa fecha sus facultades serán ejercitadas por el presidente de la República (Corresponde a los arts. 99 inc. 7º, 100 y 101).

La presente disposición pretendió organizar y otorgar el tiempo necesario para lograr instituir la figura del jefe de Gabinete de Ministros, con sus atribuciones y responsabilidades, ordenando como entrada en vigencia el 8 de julio de 1995.

Desde su implementación hasta el año 2015 (último año electoral) fueron nombrados la cantidad de 18 jefes de Gabinete. Durante todo este período se logró visualizar que los objetivos buscados en la reforma no encontraron correlación en la realidad política, cumpliendo el jefe de Gabinete más bien un rol de asesor presidencial y de confianza que de colaboración y nexo.

De hecho, todavía se mantiene sin resolución una importante cantidad de discusiones que nacieron desde el momento de la incorporación del jefe de Gabinete de Ministros. En buena medida, la falta de acuerdos claros a la hora de su introducción al sistema institucional colaboró de forma definitiva para impedir el desarrollo y posicionamiento de este órgano en el nuevo marco institucional.

Así, hasta aquí, el jefe de Gabinete todavía no ha pasado a ocupar el rol que la Constitución le asigna. Principalmente, la ausencia de libertad de decisión respecto del titular del Poder Ejecutivo ha confirmado y mantenido la preponderancia del presidente y ha frustrado el objetivo de atenuar su primacía en el sistema político y administrativo argentino.

En cuanto a aspectos normativos, se deben destacar los decs. 909/1995²⁹² y 977/1995²⁹³ que regularon en primer lugar la implementación del jefe de Gabinete de Ministros para "alcanzar las finalidades asignadas constitucionalmente".

El dec. 909/1995 de "Organigrama y objetivos de las secretarías y subsecretaría de la Jefatura de Gabinete de Ministros" optimiza los recursos de la administración para lograr la ejecución de los objetivos y funciones insertos en la Constitución. Para ello, reorganiza la estructura de la Secretaría General de la Presidencia (art. 4º) y reordena las partidas presupuestarias y estructurales para posibilitar el ejercicio de las funciones del jefe de Gabinete (art. 5º). A su vez, establece que las delegaciones de facultades que se encontraban vigentes referidas a atribuciones que, con la reforma constitucional, le corresponden al jefe de Gabinete subsistirán mientras no sean por él modificadas (art. 7º), como así también indica que las normas que atribuyen funciones al Poder Ejecutivo en materias que son competencia del jefe de Gabinete se entenderán que hacen referencia a este último órgano (art. 8º). De su redacción originaria surge la creación

de secretarías y subsecretarías (17 en total) con el fin de asistir a la concreción de los objetivos constitucionales de la Jefatura de Gabinete.

Por su parte, el dec. 977/1995, de "Relaciones entre el Poder Ejecutivo Nacional y el jefe de Gabinete de Ministros", adopta "una serie de medidas para [regular] el funcionamiento de la institución jefe de Gabinete de Ministros y el accionar del Poder Ejecutivo nacional, hasta tanto se propongan las modificaciones necesarias a la actual Ley de Ministerios para su adaptación a la reforma Constitucional, sea éstas consideradas por el Congreso Nacional y entre en vigencia el texto legal definitivo". A su vez, establece la necesidad de denominar los actos y reglamentos que dicte el jefe de Gabinete para diferenciarlos de los decretos del Poder Ejecutivo y de las resoluciones de los demás ministros secretarios. Asimismo, determina el régimen para la convocatoria, preparación y coordinación de las reuniones de Gabinete y de los acuerdos de Gabinete; y prevé la modalidad de reemplazo del jefe de Gabinete, de sustitución de los ministros secretarios en supuestos de ausencia transitoria y el régimen de incompatibilidades.

En concreto, indica que "el presidente será asistido en sus funciones por el jefe de Gabinete y ambos, a su vez, por los ministros secretarios, de conformidad con las respectivas facultades y responsabilidades que la Constitución Nacional atribuye a aquéllos". Y destaca la potestad del jefe de Gabinete de "requerir de los ministros secretarios, secretarios y demás funciones de la Administración Pública nacional, la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones específicas y de las responsabilidades previstas en los arts. 100, incs. 10 y 11, y 101 de la CN, la que deberá producirse dentro del plazo que, a tal efecto y en forma improrrogable, les fije" (art. 1º).

Establece que el "Gabinete Nacional" estará integrado por el jefe de Gabinete, los ministros secretarios, los secretarios de la presidencia y los secretarios de la Jefatura de Gabinete que se designen (art. 2º). Determina la eficacia y la responsabilidad solidaria de los actos firmados por medio del refrendo y legalización (art. 3º). Individualiza los supuestos en los que se precisa refrendo y legalización conjunta del jefe de Gabinete y de la totalidad de ministros o del ministro del ramo (arts. 4º, 5º y 6º).

Denomina "decisiones administrativas" a los actos y reglamentos que emite el jefe de Gabinete en ejercicio de sus atribuciones y ordena que debe "contar con el refrendo y legalización del ministro secretario del ramo al cual la medida se refiera". Las decisiones deberán ser "puestas en conocimiento del presidente, en virtud de lo dispuesto por el art. 99, inc. 1º" (art. 7º). Por su parte, serán "resoluciones" los actos y reglamentos vinculados a la resolución de asuntos internos de la jurisdicción jefe de Gabinete de ministros que no precisaran el refrendo y legalización de algún ministro (art. 8º). Los arts. 9º, 10 y 11 establecen el régimen de reemplazo

en caso de ausencia, para ello se sigue el orden correlativo establecido en la Ley de Ministerios.

Se limita las delegaciones previstas en el inc. 4º, art. 100, CN a aquellas atribuciones de administración relativas a las competencias propias del presidente e impide la subdelegación (art. 12). Y permite la delegación — y subdelegación— en los ministros de atribuciones relativas al régimen económico-financiero y administración de recursos humanos relacionadas con sus respectivos departamentos (art. 14). Y se reserva al Poder Ejecutivo la resolución de las cuestiones atinentes al régimen económico financiero y administración de recursos humanos de las secretarías y organismos de la jurisdicción Presidencia de la Nación (art. 13).

Por último, indica que las decisiones y resoluciones que dicte el jefe de Gabinete y las resoluciones de los ministros tendrán carácter definitivo, salvo por el derecho de los afectados a deducir los recursos y las acciones que correspondan.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

A más de veinte años de la reforma de la Constitución todavía se mantienen sin resolución una importante cantidad de discusiones que nacieron desde el momento de la incorporación del jefe de Gabinete de Ministros al régimen constitucional. En buena medida, la falta de acuerdos claros a la hora de su introducción al sistema institucional dificultó que con su introducción se logaran los objetivos propuestos. Principalmente, la ausencia de libertad de decisión respecto del titular del Poder Ejecutivo ha confirmado la preponderancia del presidente. Ciertamente es posible que se requiera una modificación en sus atribuciones de forma tal de acentuar sus facultades para lograr dotar de potencia a su figura. De todas maneras, aun sin ninguna reforma de por medio, el jefe de Gabinete puede contribuir a cumplir con el funcionamiento de una democracia basada en la deliberación en especial si decide llevar a cabo el rol de puente entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo y ser la figura que brinde razones públicas que justifiquen la toma de decisiones en la comunidad.

* * *

Art. 101.—

El jefe de Gabinete de ministros debe concurrir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar

de la marcha del gobierno, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 71. Puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras.

Comentario por Miguel Ángel Benedetti

I. UN ENCLAVE CON REMINISCENCIAS PARLAMENTARISTAS EN EL TERRITORIO PRESIDENCIALISTA

Este artículo termina de diseñar el jefe de Gabinete de ministros introducido por la reforma de 1994. A diferencia del que lo antecede, se ocupa exclusivamente de articular dicho órgano unipersonal con las salas del Congreso a través de nuevas reglas de procedimientos de cuño parlamentarista. Su 1ª parte (hasta el punto y seguido) se formula como regla imperativa de rendición de cuentas del jefe de Gabinete ante cada cámara, con una accesoria remisión a "lo dispuesto en el art. 71"; en cambio, su 2ª parte (desde esa puntuación hasta el final) son reglas que habilitan a la/s cámara/s a deponer a aquel. Ambas partes de la cláusula conforman, al interior del histórico presidencialismo, un problemático enclave parlamentarista prácticamente invisible. A poco más de dos décadas de su adopción, esta sección I lo sitúa en el contexto constitucional en el cual se inserta y rememora ciertas peculiaridades de aquel texto supremo; luego, se plantean por problemas interpretativos y prácticos que conlleva cada parte de este (secciones II y III).

1.1. Dos niveles de control político congresional

Las novedades procedimentales que porta el art. 101 intentan renovar las históricas relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo sin interrumpir la tradición presidencialista argentina. A su manera y parcialmente, se lo puede diferenciar de sendos modelos precedentes: por un lado, del modelo de larga duración que intentara modificar con la ambiciosa promesa de "atenuarlo"; y, por otro, del efímero diseñado por la reforma de 1949 que "acentuaba el régimen presidencialista"²⁹⁴ al fijar, en lo que aquí interesa, relaciones solo "entre órganos supremos [presidente-Congreso] y no entre el Poder Legislativo y órganos de órganos"²⁹⁵.

Frente al histórico hiperpresidencialismo inspirado en Alberdi de *Bases*, la reforma de 1994 combina la inveterada presencia de los dependientes ministros del Ejecutivo con la inserción de un discreto jefe de Gabinete, siempre nombrado y supervisado por el presidente, pero con responsabilidad dual, ante este y también ante el Legislativo (al sujetarlo al tradicional juicio político y por los nuevos mecanismos aquí en estudio).

Así, cada una de las dos partes del art. 101 procura efectivizar la "responsabilidad política ante el Congreso" del jefe de Gabinete (art. 100, párr. 2º, CN) a través de diferentes mecanismos de contralor político en cabeza de cada cámara (siempre por separado, salvo en un caso). Ambos controles parlamentarios carecen de cualquier injerencia directa de la ciudadanía y, según la taxonomía de Gomes Canotilho, son de tipo "primario"²⁹⁶. En rigor, son dos niveles de control político horizontal de diferente frecuencia e intensidad, donde el más frecuente es menos intenso y viceversa. Reutilizando una distinción de Carlos Nino: uno sería "cotidiano", el otro, "límite"²⁹⁷. En efecto, el primer nivel es de "rutina"²⁹⁸ y se concreta en la obligación mensual del jefe de Gabinete de concurrir ante cada cámara para informar sobre "la marcha del gobierno" (1ª parte, art. 101). Por su parte, el segundo nivel es un control "límite" pero limitado, el cual se traduce en la primera recepción en el derecho argentino de la "interpelación" y "moción de censura" así como en la posibilidad de "ser removido" por la/s cámara/s (2ª parte, art. 101) ante acotadas "crisis" bajo el rígido presidencialismo (es decir, que quedarían fuera de su rango de actuación aquellas crisis que por su extrema magnitud tornen irrelevante el relevo de un módico funcionario no electivo como el jefe de Gabinete)²⁹⁹.

Por el primero de estos niveles de control, las cámaras contarían con un habitual canal de información y diálogo entre los órganos políticos sin depender para ello de la composición partidaria de aquellas; por el segundo, con una vía eventual para tomar decisiones y hacer cesar transitoriamente el diálogo inter-poderes en la medida que se supere el umbral de las mayorías requeridas, convirtiendo a los legisladores en limitados "jugadores con poder de veto"³⁰⁰. Como se observa, en cada nivel de control es crucial el rol diferencial de las mayorías parlamentarias (sin ellas el segundo nivel deviene inocuo); asimismo que obviamente el Congreso esté en sesiones (aquí cobra relevancia la cuestión de su autoconvocatoria en su receso)³⁰¹ y que se extienda al jefe de Gabinete ante el Congreso la inmunidad de opinión de los propios legisladores (art. 68)³⁰².

Para graficar estos disímiles controles, ya al adoptarse la reforma de 1994 e incluso antes se difundieron sendas figuras: al primer nivel se lo comparó con un "puente" para comunicar las orillas del Ejecutivo y Legislativo y por el cual transitaría mes tras mes el jefe de Gabinete; al segundo, con un "fusible" que evitaría un "cortocircuito" cuando se eleve demasiado la "tensión" política contra el Ejecutivo al interrumpir la continuidad de la gestión del jefe de Gabinete. Como es obvio que el "fusible" nunca funcionaría en forma automática sin que la/s cámara/s lo activara/n y tampoco podría resolver cualquier "tensión" ni sería esa su única misión, aquí se prefiere la metáfora de una módica "pieza de artillería", solo utilizable ante ciertas circunstancias críticas contra un único y modesto funcionario por parte de la/s cámara/s por criterios

estrictamente políticos y discrecionales, a diferencia del denominado "juicio político"³⁰³.

Con exclusión del reenvío al art. 71³⁰⁴, cada una de las dos partes del art. 101 se inspira en típicos mecanismos parlamentaristas existentes en derecho comparado. El "puente" de la 1ª parte (informe mensual ante cada Cámara), readapta y alarga a un mes el difundido dispositivo parlamentarista de la cotidiana presencia de un primer ministro ante el Parlamento para establecer entre ambos una fluida comunicación e indispensable para la responsabilidad del primero ante el segundo. Por ejemplo, en el semipresidencialismo de la Vª República francesa se fija una frecuencia semanal del "Premier ministre" y su gabinete³⁰⁵. Esta disposición fue reproducida, a partir de la observación *in situ* de Carlos Nino bajo el Consejo para la Consolidación de la Democracia³⁰⁶, en el "modelo mixto" propuesto desde esa instancia en 1987³⁰⁷, y extendida a una asistencia quincenal en el proyecto de Constitución elaborado en el marco del Centro de Estudios Institucionales (1993)³⁰⁸.

Por su parte, la módica "pieza de artillería" de la 2ª parte (interpelación-censura por una cámara, remoción por las dos) readapta a su manera otra típica herramienta parlamentarista que ya venía siendo incorporada durante todo el siglo XX en Latinoamérica por constituciones neopresidencialistas, que incluían alguna versión matizada de censura legislativa, no contra el poderoso presidente sino contra sus ministros (uno, varios o todos) para hacerlos dimitir por razones políticas. Estas son "formas de presidencialismo atenuado que aparecían como reacción y vía de escape frente al drama del poder absoluto", aunque "en la práctica ninguno de estos rasgos parlamentarios terminó siendo realmente efectivo"³⁰⁹. Resulta significativo destacar que todas esas experiencias regionales también comparten con la reforma argentina de 1994 la notable ausencia de la participación ciudadana para activar y concluir estos mecanismos³¹⁰. Ahora bien, dentro de ese marco regional, el caso argentino se aparta de la tendencia que añade a la referida censura parlamentaria la correlativa facultad presidencial de disolución legislativa para acercarse tan solo a la más tenue que no admite tal disolución (*i.e.*, Perú 1933³¹¹, Cuba 1940³¹², Guatemala 1945³¹³). A su vez, frente a esa tendencia regional, la reforma de 1994 también muestra sus diferencias: contempla esa responsabilidad política solamente para el jefe de Gabinete, no incluye el pedido de confianza por el propio gobierno y tampoco fija límites temporales ni número de veces en que se puede utilizar durante un mismo mandato presidencial. Cercana al momento de producción de la última reforma argentina cabe recordar a la Constitución de Colombia de 1991: también sin admitir la disolución del Congreso por el presidente, entre las "facultades de cada cámara" (art. 135, nros. 8 y 9) se relacionaba la interpelación (sin usar esa expresión) y la "moción de censura" contra cualquiera de los ministros que nombra el presidente,

ambas eran presentadas ante cualquiera de las cámaras (ídem caso argentino 1994); el pedido de censura podía basarse en la no concurrencia del ministro citado y "por asuntos relacionados con sus funciones propias del cargo" (como puede interpretarse del art. 101); y con toda pulcritud — a diferencia del más ambiguo caso argentino— distinguía entre presentación de la moción de censura ante y por una cámara y su posterior aprobación por el "pleno" de ambas para separar al ministro "de su cargo"³¹⁴. Este modelo colombiano, luego de algunas censuras negadas, se simplifica por una modificación constitucional del año 2007³¹⁵.

Al igual que todos estos "injertos constitucionales"—para recuperar una idea de Roberto Gargarella— era previsible que la reforma de 1994, al dotar a los legisladores de estos nuevos instrumentos de control de un solitario funcionario del poderoso Ejecutivo, enfrentara serias dificultades de adaptación a una tradicional e incólume estructura institucional (piénsese en la crónica debilidad del Congreso, órgano con tajante separación entre representantes y el pueblo, máxime cuando se reproduce la misma fórmula de la representación política en sus cámaras)³¹⁶.

1.2. El texto del art. 101, CN: gestación y reglamentación

Sin pretensión textualista ni originalista, quizá ayude a evitar tergiversaciones recordar la gestación de esta cláusula, antes y durante el peculiar proceso reformista, signada por la ausencia de debate abierto y por aceleradas transacciones entre elites con visiones contrapuestas. La primera vez que se conoce la letra completa del proyectado "jefe de Gabinete de Ministros" es en el acuerdo pre-reforma del 1/12/93 entre las "comisiones del radicalismo y del justicialismo" al redactar las coincidencias del "Pacto de Olivos"³¹⁷. Desde ahí se le asigna al nuevo órgano el primer lugar en la lista cerrada de reformas: bajo el epígrafe "Atenuación del sistema presidencialista", su párrafo inicial ya consignaba su "responsabilidad política ante el Congreso" y que este podría "removerlo mediante un voto de censura", seguido de las letras "a" y "b", donde lucían por separados los dos fragmentos que finalmente conformarían las dos partes de la cláusula vigente. Esa misma confección fragmentada (versión i) pasa textualmente al nuevo y difundido acuerdo entre Menem y Alfonsín del 13/12/93 en la casa de gobierno. La novedad que aquí interesa es que ellas encabezan ahora el "Núcleo de Coincidencias Básicas" (NCB) que debía ser aprobado en bloque por la Convención Nacional Constituyente (CNC), y así se traspasa a la [ley 24.309](#) (art. 2.A.a y b) de fines de 1993. Sobre la base de ese diseño pactado, la CNC debía darle la redacción definitiva, tarea que le cupo a la Comisión de Redacción. Por su intermedio, el 1º agosto, el plenario aprueba el conjunto del NCB, correspondiendo al jefe de Gabinete los arts. 87 y 87 bis (según numeración pre-reforma)³¹⁸. Ese "87 bis" yuxtapone los dos pasajes inicialmente separados con solo un punto entre ambos y nimias alteraciones gramaticales (versión ii). Sin embargo, en la última

sesión del 22 de agosto, se lo vuelve a modificar al aprobar la totalidad del texto reformado y reenumerado³¹⁹. Es la versión (iii) que se observan en el cuadro.

*Genealogía textual del art. 101*³²⁰

Ley 24.309 (1993)	Convención Nacional Constituyente (1994)	
fragmentos separados	fragmentos aglutinados por Comisión de Redacción	
<u>versión (i)</u>		
Art. 2.A (NCB)		
a) Sus atribuciones son:	<u>versión (ii)</u> sesión 1/8/94	<u>versión (iii)</u> sesión 2208/94
9. Concurrir en forma mensual al Congreso, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar de la marcha del gobierno, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 63.	Art. 87 bis	<u>Art. 101</u>
b) El jefe de Gabinete de ministros puede ser interpelado, a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada una de las Cámaras.	<u>El jefe de Gabinete de ministros debe concurrir al Congreso al menos una vez por mes,</u> alternativamente a cada una de sus cámaras, para informar de la marcha del gobierno, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 63. Puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada una de las cámaras.	El jefe de Gabinete de ministros debe concurrir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar de la marcha del gobierno, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 71 , puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras.

Esa versión (iii), con la única salvedad de que se restituye el punto en medio de cada parte, es el texto resultante vigente según sendas publicaciones oficiales de la Constitución reformada: idéntico en la primera del día después (BO del 23/8/1994) y en la definitiva de inicio del año siguiente, ordenada por la **ley 24.430** (BO del 10/1/1995)³²¹.

Si bien este texto supremo es indudablemente autoejecutivo, es dable pensar en los límites de su reglamentación³²². A esos fines, como se verá, resulta significativa la facultad de autoregulación de cada cámara (art. 66, CN). En cambio, es obvio que el presidente está inhibido de hacerlo en la medida que son mecanismos de control de un funcionario designado por él mismo³²³. Por ello, también es problemático que las cámaras opten por reglar estas atribuciones propias por medio de una ley ante la posible interferencia del Ejecutivo por vía del veto³²⁴, salvo que fuera mediante consulta popular vinculante (art. 40, párr. 1º, CN)³²⁵. En la práctica, poco después de la vigencia de las normas constitucionales del jefe de Gabinete, los reglamentos internos de cada cámara fueron modificados en forma selectiva:

— ambos incluyeron reglas semejantes acerca de cómo se presta el hasta aquí subutilizado informe mensual, bautizando a esa sesión como "informativa" (inicio 1ª parte, art. 101)³²⁶;

— solo el del Senado incluyó la posibilidad de hacer venir al jefe de Gabinete a la par de los ministros en virtud del reenvío al art. 71, CN (*in fine* 1ª parte, art. 101)³²⁷;

— ninguna de las Cámaras reglamentó los hasta ahora inoperantes mecanismos para separar al jefe de Gabinete de su cargo (2ª parte, art. 101).

II. LAS REGLAS SOBRE LA CONCURRENCIA MENSUAL A CADA CÁMARA (ART. 101, 1ª PARTE, CN)

Este pasaje inicial de la cláusula establece algunos elementos básicos del primer nivel de control. Con cierta claridad establece los sujetos intervinientes (cada cámara y el jefe de Gabinete), la imperativa acción de este último ("debe concurrir") y el objeto de esta ("para informar de la marcha del gobierno"); y, con cierta elasticidad fija el tiempo de la acción ("al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de sus Cámaras"). Al pensar en su funcionamiento, irrumpen varias cuestiones, solo algunas contempladas en los reglamentos de las cámaras. Mientras tanto, la práctica desplegada viene siendo sumamente escasa y distorsionada.

2.1. Cuántas veces al año "debe [y debió] concurrir" a cada cámara

La regla de "al menos una vez por mes" remite, en principio, a las ampliadas sesiones ordinarias (art. 63, CN). Es decir, que para esos nueve meses corridos (marzo a noviembre) corresponde un total de nueve asistencias por año, una por cada mes, desde el primero al último, en forma alternada³²⁸. Esa marca anual tiene dos tipos de excepciones: una expresa, en menos y por única vez para el año 1995, atento que recién en julio de ese año empezó a regir lo relativo al jefe de Gabinete (D.T. 12ª, CN); otra, en más y a todo evento, cada vez que se extienda el período ordinario por prórroga o convocatoria a extraordinarias. A su vez, aquella irreductible marca ordinaria también es susceptible de ampliarse en tanto se remarca que la asistencia mensual es de mínima, en una modesta manera de estimular la conexión cotidiana inter-poderes. Esa posibilidad aumentativa puede darse: en forma imperativa, si así lo decidiera cualquiera de las cámaras durante las sesiones ordinarias o durante el receso (para el caso que se acepte la aplicación extensiva al jefe de Gabinete del art. 71, CN)³²⁹; o por decisión del propio jefe de Gabinete (por extensión del art. 100, incs. 9º y 11, CN). Claro está que aquel número mínimo de nueve asistencias en el año y la alternancia mensual descompensa la presencia del jefe de Gabinete en cada cámara, en una criticable deriva del propio diseño que desechó concentrar este control únicamente en la cámara más numerosa y supuestamente más popular³³⁰.

Desde aquel comienzo de la vigencia de la obligación mensual del jefe de Gabinete (julio 1995) hasta la presente finalización de las sesiones ordinarias (noviembre 2016), los sucesivos "jefes" debieron concurrir como mínimo 194 veces entre ambas cámaras. Sin embargo, es sabido que en la *praxis* el grado de acatamiento ha sido doble y clamorosamente deficiente en todo el período: tan solo se registran 98 informes escritos mensuales³³¹, y ellos no siempre fueron acompañados de la efectiva presencia del jefe de Gabinete en el recinto parlamentario³³². A su vez, computando en esa temporalidad solo los escasos informes escritos presentados se pueden señalar dos tramos: el inicial y más breve (1995-2000), de mayor acatamiento³³³; el subsiguiente y más prolongado (2001-2016), con un promedio más bajo y errático³³⁴. Este punteo cuantitativo muestra el sostenido y desmesurado incumplimiento de la pauta de periodicidad, ya sea por nuda omisión como por la reiterada distorsión de presentar un mero informe escrito para sortear la inexcusable presencia del "jefe" en el Congreso. Esto último, además de violentar el más elemental argumento gramatical³³⁵, desnaturaliza el propósito institucional de alcanzar un genuino diálogo entre los poderes políticos. Así, deviene inadmisibles lo pretextado en alguna de esas sesiones ante quejas de opositores por reiteradas inasistencias del jefe de Gabinete de turno: en una de 2004 en Diputados, el propio sujeto obligado osciló entre sus demasías ocupacionales y la responsabilidad de la cámara para justificar sus ausencias³³⁶; en otra recordada sesión de 2008 ante el Senado, un legislador oficialista blandió una enigmática "presencia" vía informe escrito³³⁷.

En cuanto al tenor de los informes escritos, si se toman como base los ocho presentados durante el año 2016, cada uno de ellos reproduce cientos de preguntas que le hicieron llegar los senadores y diputados³³⁸. Si bien se puede extraer valiosa información, el desmedido número de cuestiones sobre tantas áreas de gobierno (sumado a la baja presencia en el recinto del jefe de Gabinete) también tiende a desvirtuar el sentido de este "puente" inter-poderes³³⁹.

2.2. La reglamentación por las cámaras de los informes mensuales

Sorprende que las dos regulaciones omitan toda previsión especial respecto a la publicidad y participación ciudadana en tan relevantes "sesiones informativas" (ni siquiera se mencionan bajo el régimen general de audiencias públicas ante cada cámara, incluido tiempo después en ambos reglamentos). En ese marco de baja transparencia y nula participación, ninguno de los reglamentos de las cámaras se ocupa en concreto de cuándo debe efectivizarse la concurrencia mensual. Si bien el del Senado al menos dispone que la "visita" del jefe de Gabinete debe realizarse en las "últimas semanas" del mes, ambos reglamentos dejan librada la fecha exacta a la buena fe y a un incierto acuerdo de las

autoridades de las cámaras y el jefe de Gabinete para sincronizar las ocupaciones de cada cual, no siempre fáciles de armonizar³⁴⁰.

La organización de la concurrencia mensual de ambos Reglamentos parte de una común distinción: un momento previo puramente escriturario y otro posterior, el de la sesión misma, marcado por la oralidad. Estos momentos son obligatorios y descalifican la distorsiva práctica de procurar suplir al último por el primero. Ambas regulaciones comienzan con la fase escrituraria, subdividida en tres pasos similares: i) conceden al "jefe" la iniciativa de manifestar por escrito los temas sobre los cuales expondrá en el recinto (7 días antes en Diputados; primer día hábil del mes en el Senado); ii) los legisladores tienen un plazo desde la recepción del temario para ampliaciones y añadir requerimientos (2 días en Diputados; 5 días en el Senado); iii) el "jefe" entrega las respuestas escritas con antelación a la sesión (solo el del Senado señala dos días antes).

En cuanto a la "sesión informativa", supuesto momento del intercambio de opiniones y no solo de información, los reglamentos también disponen tres pasos semejantes: i) el "jefe" comienza con una exposición de su informe (1 hora en Diputados; 40' en el Senado, agregando este que no puede ser leída; ambos autorizan que sea acompañado por uno o más ministro/s y otros funcionarios, quienes podrán hacer uso de la palabra previa aceptación de la cámara); ii) luego es el tiempo de los legisladores de los distintos bloques para sus ampliaciones o aclaraciones, una tras otra, sobre la base de las previas respuestas escritas del "jefe" y de sus dichos en el recinto (240' en Diputados, con un mínimo de 5' por bloque; 180' en el Senado, con un mínimo de 10' por bloque); iii) la sesión se cierra con las respuestas del jefe de Gabinete a las aclaraciones, ampliaciones o preguntas, todo en un breve lapso (hasta 20' en ambos reglamentos); en principio, sin admitir nuevas intervenciones de los legisladores³⁴¹. Como se observa, es indudable que estas regulaciones —con tal prevalencia de lo escrito y tan rígidas pautas en el uso de la palabra— merecen ser revisadas en la medida que no alientan el diálogo abierto entre legisladores opositores y el "jefe" que expone por el oficialismo.

2.3. Las consecuencias que acarrea la obligación de "concurrir" a cada cámara

Esta cuestión tiene dos facetas diferenciadas: primero, cuándo el jefe de Gabinete efectivamente cumple su obligación; y segundo, cuándo la incumple total o parcialmente como ya se presentara. Ambas funcionan como punto de conexión entre los dos niveles de control contemplados en la misma cláusula, articulándose —cada una a su manera— con lo que viene a continuación en el propio texto constitucional para consumar la "responsabilidad política ante el Congreso", sin perjuicio de que Diputados inicie juicio político por alguna de las causales de responsabilidad.

Ninguna de esas facetas se encuentra contemplada en los reglamentos internos de cada cámara.

En cuanto a la primera faceta, si bien la obligación mensual de concurrir se cumple con la presencia, el diálogo y la información brindada en forma y tiempo oportuno, es claro que cada cámara puede expresar su conformidad o disconformidad, expresión que —por sí misma— puede crear un compromiso al gobierno, pero sin efecto vinculante, "al igual que en la interpretación que siempre se dio al actual art. 71 antes de la reforma de 1994"³⁴². Las cosas cambian si durante la misma "sesión informativa" se pretende introducir una interpelación "a los efectos del tratamiento de una moción de censura" (art. 101, 2ª parte), en cuyo caso se deberá contar con alguna mayoría (no prevista en los reglamentos de las cámaras). Para ilustrar esta primera problemática conexión entre ambos niveles de control, se puede recordar un fallido planteo de censura en medio de la última "sesión informativa" del período legislativo de 1997 en Diputados (16 noviembre, Informe nro. 22)³⁴³: cuando el jefe de Gabinete aborda el conflicto político abierto por entonces³⁴⁴, un diputado "promueve una moción de censura para remover al señor jefe de Gabinete por incumplimiento en sus funciones (aplausos)"³⁴⁵; antes de la desfavorable votación, el diputado a cargo de la presidencia de la Cámara invoca una supuesta "correcta interpretación de las normas constitucionales y del reglamento" al sostener que "la moción de censura debe ser planteada en una sesión de interpelación que no podría ser esta"³⁴⁶.

La otra faceta correlativa de la imperativa concurrencia del "jefe" a los fines de informar y dialogar con los legisladores implica qué pueden hacer estos ante las inasistencias de aquel. Al respecto se ha resaltado la mala técnica de la cláusula de "imponer obligaciones sin las correspondientes sanciones"³⁴⁷. Aunque tampoco nada disponen los reglamentos de las cámaras, están disponibles las antes señaladas previsiones constitucionales: en la medida que semejante incumplimiento configura al menos la causal de "mal desempeño", habilita el inicio del llamado "juicio político" y, para lo que aquí más interesa, la 2ª parte del propio art. 101 dispone mecanismos —con los problemas que se pondrán de manifiesto— para hacer exigible su responsabilidad política. El problema común a estas previsiones es que si no se superan los umbrales de las mayorías requeridas se desnaturaliza la obligación de asistencia mensual pensada como control "cotidiano" al margen de aquellas. Por ello, ante inasistencias injustificadas del jefe de Gabinete, es preciso que los legisladores opositores cuenten con algún medio de exigibilidad de esta norma operativa para destrabar el eventual e indebido bloqueo en servicio de básicas razones democráticas³⁴⁸.

Corroborar esta apreciación la antes referida "sesión informativa" en el Senado de 2008 en momentos de un emblemático conflicto³⁴⁹: el día y la hora acordados para la sesión, el presidente del Senado anuncia que el

jefe de Gabinete le hubo comunicado que estaba demorado; la oposición acepta la espera pero, sobre la base del antecedente de sus reiteradas inasistencias, un senador plantea "en subsidio —como decimos los abogados— una moción de censura con fundamento en el art. 101"³⁵⁰; aunque esa moción ni siquiera fue votada ante la presencia tardía del jefe de Gabinete, a una senadora "simplemente" le cupo preguntarle si en adelante "va cumplir con la Constitución y, en consecuencia, va a venir todos los meses al Congreso"³⁵¹.

Por otro lado, tanto en esa misma sesión como en otra distante ya aludida se registra una errónea manera de procurar restringir indebidamente el segundo nivel de control por intermedio de un mismo legislador oficialista (diputado en 1997 y senador en 2008): al pretender objetar aquellas fallidas mociones de censura, esgrimió que "solo [es para] casos de extrema gravedad institucional" o ante "hechos de gravedad institucional"³⁵².

III. LAS REGLAS SOBRE INTERPELACIÓN-CENSURA Y REMOCIÓN CONGRESIONAL (ART. 101, 2ª PARTE)

Los hasta ahora ineficaces mecanismos por los cuales el jefe de Gabinete "[p]uede ser" apartado de su cargo por la/s cámara/s por razones puramente políticas se plasman en las dos últimas proposiciones de la cláusula con la cópula "y" entre ambas. Como su redacción es "algo confusa" y "bastante ambigua"³⁵³, y a dos décadas de su adopción subsisten marcados desacuerdos interpretativos sobre su hipotético accionar, quizá convenga esquematizar en paralelo cada proposición ([p] - [p']), a partir de los tres elementos [(a) (b) (c)] que regulan:

(a) [p] "ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura" (ImC)

[p'] "ser removido" (R)

(b) [p] con mayoría "absoluta de la totalidad" (MaT)

[p'] "absoluta de los miembros" (MaM)

(c) [p] por "cualquiera de las Cámaras" (x 1 C)

[p'] por "cada una" de ellas (x 2 Cs)

En este sencillo esquema luce con nitidez (c) [p] [p'], en cambio, son potencialmente controvertibles (a) [p], (b) [p'] y la relación entre ambas proposiciones. Precisamente, alrededor de estos últimos aspectos se fueron formulando distintas interpretaciones sobre cómo deponer al jefe

de Gabinete por esta vía parlamentaria. En lo que sigue se las presenta y confronta entre sí.

3.1. Qué efecto tiene la interpelación-censura; y cómo computar la mayoría de remoción

Un aspecto clave a la hora de pensar en el funcionamiento de este control parlamentario es dilucidar el efecto sobre la continuidad del jefe de Gabinete de la aprobación por una cámara de una interpelación —censura: (ImC) en [p] (a). Ante el silencio de la cláusula al respecto bien se pudo defender que la sola adopción de ese instrumento parlamentarista, como en todos los sistemas que de varias maneras lo adoptan, implica la dimisión del funcionario censurado (basta recordar las referidas experiencias latinoamericanas). Sin embargo, hasta el momento, la doctrina ha entendido que —por sí sola— no tendría efecto jurídico vinculante alguno, que solo implicaría un descrédito político para el jefe de Gabinete y a lo sumo podría inducir (no obligar a) su reemplazo, es decir, que tendría el mismísimo resultado que siempre se le adjudicó a la impropia interpelación del art. 71³⁵⁴; y a todo evento podría constituir el primer paso para la posterior remoción. Como esta difundida mirada no aporta argumentación explícita, cabe suponer que se basa en que la censura nunca podría implicar la remoción del jefe de Gabinete, ya que para ello se requiere la decisión de ambas cámaras. Empero, esa manera de leer el alcance de la primera proposición a la luz de la segunda, prescinde de toda connotación y denotación de esas palabras de la Constitución de tan marcados rasgos parlamentaristas ("interpelado"/"censura") y no advierte la menor diferencia entre dimisión y remoción (ya volveré sobre este punto).

Esta controversial coincidencia doctrinaria sobre (a) [p], a su vez, se hubo conjugado con una polémica colateral sobre cómo computar la mayoría prevista en (b) [p']. Algunos autores plantearon como una desprolijidad de la reforma y "un problema" que para remover al jefe de Gabinete solo se diga "mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras" (MaM), sin aclarar si se computa sobre los presentes (MaP) o sobre la totalidad de cada cámara (MaT) como sí se dice para la moción de censura³⁵⁵. Así, unos optaron por la primera alternativa mientras que otros prefirieron la segunda³⁵⁶. Lo cierto es que esta es la única ocasión en todo el texto de la reforma de 1994 que se exponen de corrido esas disímiles mayorías en una misma cláusula³⁵⁷. En suma, es de interés destacar que sobre las respuestas dadas a las dos cuestiones recién planteadas se fueron construyendo múltiples combinaciones interpretativas.

3.2. Cómo se depone al jefe de Gabinete por la/s cámara/s según múltiples lecturas

Para ordenar las distintas interpretaciones que se han expuesto en torno a la 2ª parte del art. 101, se puede partir de una gran división. Por un lado, una mayoría de autores, siempre con llamativa brevedad aunque con ciertas variantes dignas de recordar, ha considerado que la remoción del jefe de Gabinete solo se puede consumir si previamente es aprobada la moción de censura en alguna de las cámaras; por otro, una hasta ahora posición minoritaria, acepta la flexible posibilidad de desconectar esos procedimientos (en adelante, denomino respectivamente a estas interpretaciones como lectura de las dos etapas y de la alternancia facultativa; como se dijo, ambas coinciden en que la mera censura no apartaría al jefe de Gabinete de su cargo).

Lectura de las dos etapas (obligatorias y sucesivas): parece basarse en una lectura corrida del orden textual de las proposiciones de la 2ª parte de la cláusula; sin embargo, sobre esa base común se detectan dos variantes, más o menos exigentes, ya que una requiere tres votaciones decisorias obligatorias y otra solo dos (a su vez, en cada una de ellas también hay variaciones).

Variante etapista con tres votaciones decisorias consecutivas entre ambas Cámaras: fue la primera en difundir que para consumir la remoción del jefe de Gabinete, después de la supuesta primera etapa a cargo de una cámara ([p] ImC: MaT x 1 C), se requiere también la decisión final de ambas cámaras ([p'] R: MaM x 2 Cs). Dentro de esta posición restrictiva, a su vez, se detectan dos variaciones sobre las ulteriores votaciones de cada cámara para decidir la remoción: una extrema, exige reunir allí también MaT (exigiendo siempre para cada una de tres votaciones esa mayoría calificada, a pesar de que el texto no lo diga)³⁵⁸; otra, sostiene que bastaría con MaP³⁵⁹. Además de que no precisan el cauce a seguir para concretar esas sucesivas fases, se abre aquí otro interrogante que en general no es abordado por los autores: si las que consideran últimas votaciones de remoción deben/pueden hacerse en asamblea legislativa³⁶⁰.

Variante etapista con solo dos votaciones decisorias sucesivas, una en cada cámara: es más simplificada que la anterior al sostener que primero alguna de las cámaras debe aprobar la censura con la expresa mayoría calificada (MaT) y, recién después, la otra cámara también debería aprobarla para consumir así la remoción del jefe de Gabinete. Para esta segunda y última votación, de nuevo, la discrepancia radica en cómo computar la mayoría absoluta: o sobre la totalidad³⁶¹ o sobre los presentes³⁶², o en una combinatoria de ambos extremos³⁶³.

Lectura de la alternancia facultativa: disidente con la lectura de las dos etapas obligatorias al considerar que esa acumulación de pasos "no está dispuesta en forma expresa en el texto y no puede ser inferida por vía de interpretación"; sobre esa base lee las dos proposiciones de la norma como que consignan dos procedimientos alternativos a disposición de las

propias cámaras. En un caso, se podría optar por seguir las dos etapas ya mencionadas, pero admite como cierta novedad que las cámaras puedan directamente votar la remoción sin necesidad de aprobar la censura previa por una sola de aquellas³⁶⁴.

3.3. Qué resta de la módica "pieza de artillería" veinte años después

Es inevitable que cada una de las antagónicas interpretaciones repasadas termine otorgando un distinto peso a los dos órganos políticos implicados en esta novedosa como modesta instancia de control inaugurada por la reforma de 1994. Mientras unas tienden a flexibilizar y alentar (algo o poco) el uso de ese control parlamentario ante el poderoso Ejecutivo, otras debilitan ese control por aumento (mayor o menor) de sus recaudos; según los casos, con algún eventual o nulo impacto en el tradicional hiperpresidencialismo argentino³⁶⁵.

Sin perjuicio de esas disímiles implicancias, todas esas interpretaciones parecen mostrar cierta moderación al suponer que no basta con que una cámara sola fuese suficientemente adversa al Ejecutivo para separar al jefe de Gabinete, pero en simultáneo y prácticamente vacían de contenido a la primera adopción argentina de una institución de cuño parlamentarista ("ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura"). Por su parte, la lectura de las dos etapas (sin entrar aun a sus dos grandes variantes), en línea con ciertas opiniones de algunos de los reformistas de 1994, aunque parta del nudo textualismo de la cláusula no advierte que allí no se utiliza ninguna expresión que suponga alguna progresión procedimental como sí se dispone en otros procedimientos del Congreso³⁶⁶; y parece reproducir la diferencial lógica del juicio político donde una cámara acusa y la otra juzga. En particular, la rígida variante que exige tres votaciones consecutivas (en cualquiera de sus dos variaciones), también vulnera la lógica del bicameralismo de la peor manera, al exigir una doble intervención de una misma cámara en un mismo procedimiento de remoción a pesar de no haber discrepancia con la otra; y convierte a este control en aún más exigente que el del juicio político, desnaturalizando el sentido de ambos³⁶⁷. En definitiva, esta lectura refuerza indebidamente la supremacía presidencial de quien depende el jefe de Gabinete al hacer hiper-rígida su deposición parlamentaria. En cambio, la variante de las dos votaciones (en especial, la que exige MaP para la segunda votación) —y en su medida la tesis alternante— si bien arrastra algunos de los inconvenientes antes señalados, intenta al menos flexibilizar este instrumento e inclinar un tanto la balanza a favor del Legislativo.

Frente a esta rápida evaluación retrospectiva, todavía se podrían ensayar *correcciones* a la lectura de la alternancia. Sin ingenuo optimismo intentaría optimizar en lo posible las reglas vigentes de este control parlamentario sobre el funcionario más dilecto del Ejecutivo y quizá

contribuir a que esta modesta "artillería" no continúe "guardada en el arsenal" como dijera antaño Matienzo para la otra "gran pieza", alentando una eventual negociación inter-poderes ante ciertas crisis. Para ello, se podría empezar por tomar en serio la recepción parlamentarista de la "interpelación"/"censura", lo cual desvanece la supuesta obviedad de que su aprobación no implica efecto jurídico alguno. Entonces, sin sostener que con ella se obtendría la remoción (pues ello se predica para las dos Cámaras) postularía la obligación de dimitir del jefe de Gabinete (efecto anejo a toda censura parlamentarista, que no es exacto sinónimo de "removido")³⁶⁸. Así, seguirían siendo dos las posibilidades alternantes pero se desterrarían las supuestas dos etapas, pues con la que se consideraba la primera ya se lograría el resultado de deponer al jefe de Gabinete interpelado vía dimisión por censura, mientras que la otra posibilidad sería directamente su remoción por decisión de ambas cámaras con MaP, incluso con el aditamento no prohibido de su reunión en asamblea³⁶⁹. A su favor se puede computar que elude el sinsentido de una censura sin dimisión, le da sentido a las mayorías diferenciales (la más exigente para una cámara; la más benévola para las dos en conjunto) y, por último, evita juzgar lo nuevo sobre la base de la tradicional e impropia interpelación para los ministros y a lógicas procedimentales ajenas (del juicio político y de la sanción de una ley).

No obstante, en cualquiera de las combinaciones repasadas y evaluadas (incluida la última sugerida) subsiste el grave inconveniente democrático de la ausencia de toda participación directa de la ciudadanía. Precisamente, esa falta de control popular directo es la que a la postre cristaliza más que modifica al presidencialismo argentino, tradicionalmente débil desde el punto de vista de la democracia.

* * *

Art. 102.—

Cada ministro es responsable de los actos que legaliza; y solidariamente de los que acuerda con sus colegas.

Comentario por Matías A. Sucunza

Siempre han existido consejeros o colaboradores que estaban cerca del jefe de gobierno ayudando o colaborando, aunque la institución

ministerial —con el alcance que se le da en la actualidad— surgió en la Edad Moderna, época en que quienes ayudaban a los reyes en la Edad Media, cuando aquellos aumentaron su poder, se transformaron en funcionarios³⁷⁰.

En nuestro régimen siempre existió la figura del secretario de gobierno, la cual ha ido variando a lo largo del tiempo en función de los cambios institucionales. Por ejemplo, el Primer Triunvirato dispuso que a los vocales los acompañaran tres secretarios en los ramos de gobierno, guerra y hacienda, o el Estatuto Provisional de 1815 creaba tres secretarías de Estado, las cuales dependían del Directorio del Estado. Recién con la Constitución de 1819 se introduce la noción de ministerio en vez de secretarios, reafirmando su dependencia del Director, la atribución de responsabilidad por ley, el deber de evacuar informes ante el Congreso y la posibilidad de ser sometidos a juicio político³⁷¹. La Constitución de 1826 replica idénticas prescripciones, incorporando un capítulo especial titulado "De los ministros secretarios" que se mantuvo sin mayores alteraciones en la Constitución de 1853-60 y en las sucesivas modificaciones.

En la Constitución, los ministerios son concebidos como órganos de origen constitucional que carecen de personalidad jurídica, los cuales dependen jerárquicamente del presidente³⁷². Estos son creados por ley pero a propuesta e interés del máximo mandatario (el proyecto de ley lo envía el PEN), bajo la lógica de que la estructura organizacional forma parte de la zona de reserva de cada departamento de Estado, aun cuando se requiera de su aprobación normativa y podría alterar el proyecto propuesto³⁷³. El hecho de que conformen órganos constitucionalmente reconocidos imposibilita al presidente su supresión³⁷⁴, condicionando la organización político-burocrática que pretenda adoptar para la mejor realización de los cometidos públicos.

La Constitución histórica preveía el número de ministros, circunstancia que se modificó para brindar mayor flexibilidad al presidente en la organización de las carteras ministeriales. Tanto su número como su competencia y demás pormenores son reglamentados por la Ley de Ministerios (art. 100, CN)³⁷⁵.

La modificación operada en 1994 introdujo la figura del jefe de Gabinete de Ministros. Ello conllevó una serie de planteos vinculados al carácter y la condición de este en relación al presidente de la Nación y los propios secretarios de Estado. Remitimos a los comentarios efectuados en los arts. 100, 87, 99 y conchs.

Los ministros que tendrán a su cargo cada una de las carteras ministeriales son nombrados y removidos por el presidente. En ese sentido, un estudio de la experiencia argentina efectuado por Carmelo

concluye que presidentes bien posicionados, con menos necesidad de abrirse al diálogo y de someterse a las restricciones propias de los procesos cooperativos, tienden a aplicar estrategias de distribución de ministerios más cerradas, con grados de institucionalidad que dependen de la organización partidaria del presidente y su estilo de liderazgo y que solo recurren a estrategias de coalición para la obtención de soportes legislativos³⁷⁶.

Tanto los nombramientos como las remociones suelen estar fundados en razones de confianza, conveniencia, trayectoria o conocimiento técnico. La idoneidad constitucionalmente exigida como condición elemental para el ejercicio de toda función pública exigiría que, dado el grado de complejidad y experticia que exige la gestión de un ministerio, los responsables sean personas con alta formación o experiencia en el área³⁷⁷.

En relación con ello, Hutchinson señala que cierta doctrina entiende que es un error considerar que el ministro debe ser un técnico especialista en la materia que comprende la competencia de su departamento. La función del ministro es la de aprovechar el trabajo de los técnicos, dándoles rumbos generales de la política gubernamental. El ministro debe indicar qué se quiere hacer y el técnico, resolver los problemas para que se haga. De este mismo concepto se desprende que los ministros no son solo funcionarios puramente administrativos, sino políticos, pues sus atribuciones abarcan la acción de gobierno³⁷⁸.

Por nuestra parte, consideramos que la posibilidad de contar con un cuerpo de asesores ni su condición de político y no de especialista, suple el déficit de ignorar cuestiones elementales del ramo. Menos aun cuando la función de quien dirige la cartera es, justamente, decidir los cursos de acción más eficaces para el logro de los objetivos. Esa decisión política importa la capacidad de comprender en términos micro y macro la dimensión e incidencia técnica de la intervención que se quiera llevar a cabo. La experiencia argentina indica casos elocuentes acerca de nombramientos de funcionarios en carteras para las que carecían de toda preparación (p. ej., abogados a cargo del Ministerio de Economía).

A ello cabe sumar la imposibilidad de nombrar personas que incurriesen en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad o que, dentro del conjunto de condiciones que supone la idoneidad, no fuesen aptos para la función. La Ley de Ministerios no prescribe ninguna condición especial al efecto.

Es imposible obviar que los secretarios de Estado son funcionarios de confianza del presidente y que esa es una variable por considerar. Ahora bien, dicha circunstancia no puede constituirse en un condicionante fundamental para nombrar o mantener gente que carece de competencia

y experticia. Ello importaría soslayar el núcleo duro del concepto mismo de idoneidad, la razón de ser del nombramiento y subvertir los medios por los fines.

En general, como señala Carmelo, los presidentes realizan cambios de Gabinete después de un tiempo variable de protección de los ministros cuestionados, los cuales son removidos de modo consensuado y muchas veces intercambiando posiciones con funcionarios de segunda línea. Frecuentemente, este tipo de remociones han estado orientadas a descomprimir la situación de reclamo, manifestar intención de un cambio de rumbo y aprovechar, en algunos casos, para renovar o reformar el equipo ministerial³⁷⁹.

Además de las remociones promovidas por el propio presidente, los ministros pueden cesar su vínculo mediante la dimisión de su cargo, el juicio político por mal desempeño o comisión de delitos, fallecimiento o inhabilidad. En caso de ausencia transitoria, por cualquier motivo, o vacancia, los ministros serán reemplazados en la forma que determine el Poder Ejecutivo Nacional³⁸⁰.

La introducción del jefe de Gabinete plantea el interrogante acerca de si la concesión de licencias debe ser otorgada por este, atento tratarse de una medida administrativa (art. 100 y conchs., CN). Más allá del aspecto burocrático en sí, siendo el presidente el jefe y responsable político por antonomasia será él quien deba decidir la necesidad de suplantar o no al mismo, a fin de no entorpecer o dificultar la realización de los cometidos de la cartera y la acción general de gobierno.

Asimismo, los ministros detentan una suerte de doble carácter, pues componen el Gabinete —el cual tiene funciones consultivas, de refrendo³⁸¹ y políticas—³⁸² y son, a la vez, órganos monocráticos, cabeza de una cartera ministerial compuesta por disímiles órganos burocráticos jerárquicamente dependientes.

El art. 2º de la Ley de Ministerios reconoce la condición antedicha al establecer que el presidente de la Nación será asistido en sus funciones por los ministros individualmente, en materia de las responsabilidades que esta ley les asigna como competencia, y en conjunto, constituyendo el Gabinete Nacional. De ese modo, a pesar de que la Constitución Nacional reconozca en el jefe de Gabinete una suerte de coordinación burocrática y política de los despachos ministeriales, la subordinación de aquel a las directivas presidenciales y el control directo de la acción de gobierno limita dicha función (arts. 99, 100 y conchs., CN).

Los actos del Poder Ejecutivo Nacional serán refrendados por el Ministerio que sea competente en razón de la materia de que se trate³⁸³. Cuando esta sea atribuible a más de un ministro, aquel determinará la

forma y el plazo en que cada uno de ellos tomará intervención en lo que hace a la parte o partes del acto relativos a su competencia. En caso de dudas acerca del Ministerio a que corresponda un asunto, este será tramitado por el que designare el presidente de la Nación³⁸⁴.

Los actos que carezcan de refrendo y legalización carecen de eficacia (art. 100, CN)³⁸⁵. Algunas Constituciones provinciales refieren que sin ese requisito el acto carece de validez, expresión técnicamente correcta por cuanto la falta de refrendo es un vicio en uno de los elementos esenciales³⁸⁶ del acto como el procedimiento³⁸⁷. Ello, independientemente de que pueda ser ratificado o subsanado con posterioridad (arts. 1º, 7º y conchs., [ley 19.549](#)).

El ejercicio de la función ministerial a través de la cual se plasma la acción de gobierno importa la realización de un cúmulo de actividades que involucran la responsabilidad del Estado y, eventualmente, la personal de cada ministro. La publicidad, responsabilidad y rendición de cuentas son principios determinantes del Estado de derecho republicano y democrático. Cuando las acciones (u omisiones) de los ministros se originen por una falta de servicio, la responsabilidad será estatal. En su defecto, cuando se encuentre fuera de ese marco, el reproche será personal.

Al mismo tiempo, ese hecho u omisión lesiva generará distintos tipos de reproches para el funcionario según las esferas de responsabilidad que afecte (p. ej., penal, civil, disciplinaria o política). De ese modo, el deber del Estado de responder ante terceros por una falta de servicio de un ministro no implica irresponsabilidad de este ante sí. Por el contrario, el presidente o los órganos constitucional y legalmente competentes podrán reprocharle su actuar sea en términos funcionales (exigiéndole la renuncia o despidiéndolo), penales (promoviendo las denuncias pertinentes), civiles (por los daños causados), administrativos (requiriendo la devolución del dinero que hubiese tenido que abonar), éticos (si incurriese en actos que puedan conllevar inhabilidades en el ejercicio de la función) o disciplinarios (p. ej., si detentase alguna profesión y el acto supusiese una falta ética profesional).

El Congreso puede requerir informes al ministro para evaluar las acusaciones que se le hagan y arbitrar las medidas que estime pertinentes. Los distintos órganos de los sistemas de control interno y externo previstos constitucionalmente o en la Ley de Administración Financiera (por caso, el Defensor del Pueblo, la Sindicatura y/o la Auditoría General de la Nación), en el marco de su competencia y a esos fines, también pueden hacerlo. De igual manera, la ciudadanía puede requerir el acceso a todo tipo de información pública que le permita conocer y exigir razones y cuentas.

La responsabilidad de los ministros se producirá por los actos que legaliza o las omisiones en que incurriese. Cuando ellas dependiesen de más de una cartera ministerial³⁸⁸, serán solidariamente responsables de las que acuerdan u omiten. El art. 5º de la ley 22.520 replica el precepto constitucional.

Con relación al acuerdo general de ministros, si bien la Constitución lo fija como una condición sustancial (en tanto amplificaría la discusión y la mejor toma de decisiones, lo que en cierta medida se traduciría en el respectivo refrendo) y procedimental, la mecánica de poder y la estructura jerárquica desdibujan las posibilidades de ambos, reduciéndose a la mera constatación de una firma³⁸⁹.

Lo mismo ocurre con el refrendo. En teoría, importaría una salvaguarda para promover cierta deliberación, en tanto el presidente no podría expedir órdenes sin la firma del ministro respectivo. Sin embargo, la verticalidad y el ejercicio personalista del poder neutralizan su condición de reaseguro (incluso, si persiste en la negativa puede removerlo discrecionalmente). Ello sin desconocer que si las concepciones y los consejos del ministro se encuentran en colisión con los objetivos generales planteados por el presidente como responsable político del plan de gobierno, en el esquema presidencialista adoptado, debería dimitir.

La Constitución Nacional prevé ciertos actos en que la reunión y aprobación del Gabinete es condición de validez del acto. Por ejemplo, la sanción de un Reglamento de Necesidad y Urgencia (art. 99, inc. 3º), la promulgación parcial de leyes (art. 80) o el tratamiento de los proyectos de ley de ministerios y presupuesto nacional (art. 100, inc. 6º). Sin embargo, el acuerdo general de ministros puede ser requerido por el presidente en cualquier momento, quien podrá disponer además que se levante acta de lo tratado (art. 3º, Ley de Ministerios).

La coordinación, preparación y convocatoria a las reuniones de Gabinete de ministros están a cargo del jefe de Gabinete, quien las preside en caso de ausencia del presidente (art. 100, inc. 5º, CN). La ausencia que refiere es alguna de tipo ocasional o por superposición de tareas, pero no funcional, en cuyo caso ejercería la máxima jefatura el vicepresidente o los restantes funcionarios (arts. 88 y concs., CN).

En cuanto a garantías funcionales, la Corte Suprema ha entendido que alcanza a los ministros la inmunidad de opinión que protege a los legisladores en virtud del art. 68 de la CN por las expresiones de estos en ocasión de concurrir a las sesiones del Congreso para rendir informes o para participar en ellas por propia iniciativa³⁹⁰, gozando de indemnidad implícita en función del juego sistémico de lo estatuido en los arts. 71 y 106 de la CN. Fuera de esa interpretación, la CN no reconoce a los ministros inmunidades. La ley 25.320 limitó aquellas que se habían

reconocido reglamentariamente a los funcionarios del PEN, manteniendo solo la inmunidad de arresto pero no la de proceso.

Como mencionamos con anterioridad, la responsabilidad por sus actos se juzgará en cada una de sus esferas. No obstante ello, consideramos que cuando un funcionario está seriamente imputado de delitos graves asociados con el ejercicio de sus funciones, los derechos humanos u otros vinculados a temas sensibles dentro del sistema democrático, en función de los principios de transparencia, rendición de cuentas y gobernabilidad, debería dimitir de su cargo.

* * *

Art. 103.—

Los ministros no pueden por sí solos, en ningún caso, tomar resoluciones, a excepción de lo concerniente al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos.

Comentario por Matías A. Sucunza

Conforme mencionásemos anteriormente, los ministros detentan una suerte de doble carácter al componer el Gabinete (en el que desempeñan funciones consultivas, de refrendo y políticas)³⁹¹ y ser, a la vez, órganos monocráticos cabeza de una cartera ministerial compuesta por disímiles órganos burocráticos jerárquicamente dependientes³⁹². Es decir, que son asesores del presidente y responsables primarios de la administración general del país³⁹³. En esos términos, cuentan con un poder significativo.

Los ministros tienen como función dirigir burocrática, administrativa³⁹⁴ y políticamente el ramo a su cargo, ser los responsables políticos del mismo, colaborar desde su lugar en la ejecución del plan de gobierno y decidir/ejecutar lo concerniente al mismo, competencias que son especificadas en la ley 22.520 y modifs. Esta determina tanto las facultades que corresponden a todos los ministros en tanto tales, como las propias de cada uno dentro de su ramo en función de su especialidad³⁹⁵.

Entre otras destacan el cumplir y hacer cumplir la Constitución Nacional y la legislación vigente; orientar, en forma indicativa, las actividades del sector privado vinculadas con los objetivos de su área; promover y

fortalecer la iniciativa privada en función del bien común a través de la coordinación de las funciones y acciones de sus organismos dependientes y las de estos con las de los del ámbito privado; elaborar y suscribir los mensajes, proyectos de leyes y decretos originados en el Poder Ejecutivo, así como los reglamentos que deban dictarse para asegurar el cumplimiento de las leyes de la Nación; representar política y administrativamente a sus respectivos Ministerios; proponer al Poder Ejecutivo Nacional la estructura orgánica del Ministerio a su cargo; resolver por sí todo asunto concerniente al régimen administrativo de sus respectivos Ministerios ateniéndose a los criterios de gestión que se dicten y, adoptar las medidas de coordinación, supervisión y contralor necesarias para asegurar el cumplimiento de las funciones de su competencia; coordinar con los demás Ministerios los asuntos de interés compartido.

La amplitud de cada Ministerio y su capacidad de incidencia dependerá de cuánto se valore el objeto de la cartera ministerial pertinente. La mayor atribución de competencias, aprobación de recursos dentro del presupuesto y poder reconocido estará directamente asociado a la centralidad del ramo en la acción de gobierno. De allí que por más que el ministro proponga a través de sus informes y acciones ciertos cometidos y proyecte para ello determinadas erogaciones presupuestarias, si no existe aprobación e interés del presidente será un esfuerzo estéril. Por esa razón es que es tan importante pensar al Estado como una institución trascendente a los gobiernos, cuyos objetivos y valores públicos deberían recuperarse desde el ideario igualitario de la CN.

Así como los ministros pueden delegar la resolución de asuntos relativos al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos en los funcionarios que determinen conforme con la organización de cada área, el presidente también puede delegar en los ministros y en los secretarios de la Presidencia de la Nación facultades relacionadas con las materias que les competen, de acuerdo con lo que determine expresa y taxativamente por decreto (arts. 14 y 13, ley 22.520 y modifs.)³⁹⁶. No obstante ello, aquellas facultades que el Congreso atribuyó al presidente en los términos del art. 76 de la CN no puede ser delegadas a los ministros como regla. Remitimos a los comentarios efectuados en dicho artículo.

Las resoluciones que dicten los ministros tendrán carácter definitivo en lo que concierne al régimen económico y administrativo de sus respectivas jurisdicciones, salvo el derecho de los afectados a deducir los recursos que legalmente correspondan tanto en sede administrativa como las pretensiones que estimen en instancia judicial (arts. 15 y concs., Ley de Ministerios, y 1 y concs., [ley 19.549](#)).

Debemos recordar que las competencias de los ministros surgen de todo el bloque de juridicidad. El hecho de que hayamos referenciado la Ley

de Ministerios tiene que ver con su condición de norma especial. No obstante ello, las competencias de los ministros derivan de un sin número de normas tanto generales como especiales, las cuales reconocen distintas competencias a los mismos. Lo que debemos preguntarnos siempre, en todo caso, es qué norma lo faculta a actuar al ministro. Su responsabilidad por acción u omisión dependerá de ello. Recordemos que la competencia de los órganos estatales es normativa, restringida, de excepción, irrenunciable y de orden público, salvo los casos de delegación o sustitución expresamente autorizados o la avocación como regla³⁹⁷.

La necesidad de dar orden, seguridad y especialidad en el desarrollo de los cometidos estatales lleva a dividir la acción de gobierno en distintas carteras, las cuales en nuestro país varían en relación a la concepción que el presidente tenga del bien común (gobierno de turno vs. trascendencia de la idea de Estado constitucionalmente receptada). Esa misma concepción también define las líneas de intervención que el Estado desarrollará.

Sin embargo, el hecho de la indivisibilidad e interdependencia fáctico-jurídica (hechos-derechos) generará, indefectiblemente, superposición o conflicto de competencias entre carteras. Cuando ello ocurra quien resuelve el conflicto es el presidente³⁹⁸. En el caso de conflictos competenciales entre órganos del mismo ministerio resuelve el ministro³⁹⁹. Fuera de los casos sencillos, deberían primar en este caso lecturas que armonicen las competencias a fin de lograr promover intervenciones transversales en la acción de gobierno, las cuales son las que dan mejores respuestas a problemas estructurales. El art. 4º, inc. b), apartado 12 de la ley 22.520 ratifica dicha tesitura.

El ejercicio del gobierno de su cartera, en tanto facultades propias, no habilita al ministro a ejercer facultades reglamentarias. Solo podría, en principio, dictar resoluciones de orden interno económico y administrativo. En ese sentido, la CS ha ratificado esa regla entendiendo que la CN solo atribuye dichas facultades reglamentarias al presidente⁴⁰⁰. Aparece como una excepción a dicha regla la subdelegación cuando se tratase de una habilitación legal expresa.

Desde una posición más crítica, podría afirmarse que si bien de los arts. 100 y 103 de la Constitución pareciese que estos funcionarios tienen el gobierno de sus despachos, lo cierto es que su dependencia política y estructuralmente orgánica del presidente relativiza o destierra toda posibilidad de "libertad de criterios" que no fuesen compartidos por el máximo funcionario, tesitura que luce ratificada por el propio texto constitucional, la citada Ley de Ministerios y el ejercicio personal del poder⁴⁰¹.

En términos macro, si la división de poderes y la organización administrativa tenían como sentido instrumental ser un límite al poder, un mecanismo de especialización y coordinación que maximice recursos, una garantía a los derechos ciudadanos y a la opción democrática, su desconocimiento genera hipertrofia personalista, vulnerabilidad y autoritarismo⁴⁰². Por pensar en algunos de sus términos, podríamos explicitar que la hiperconcentración de poder y la personalización que la define, implica que la toma de decisiones se reduzca a la decisión unipersonal del presidente (sus asesores, confidentes o "partido").

La posibilidad de incidencia del ministro para el desarrollo de las competencias aún propias dependerá de factores coyunturales (cercanía, influencia personal, rigurosidad técnica, confianza o debilidad), que de ningún modo alteran el régimen instituido en sus formas y resultado: la decisión depende de él.

En definitiva, la propia estructura limita las potencialidades (especialmente técnicas) de los órganos que se crean pensando en atenuar o desconcentrar el poder del presidente en tanto deja intactas las dinámicas de funcionamiento y ejercicio del poder.

* * *

Art. 104.—

Luego que el Congreso abra sus sesiones, deberán los ministros del despacho presentarle una memoria detallada del estado de la Nación en lo relativo a los negocios de sus respectivos departamentos.

Comentario por Matías A. Sucunza

Esta norma fue incorporada en la Constitución de 1853. Por su intermedio se establece el deber de los ministros de presentar, cuando el Congreso inicie sus sesiones ordinarias, una memoria detallada del estado de cosas de sus respectivos departamentos. El jefe de Gabinete tiene idéntico deber⁴⁰³. La propia ley 22.520 y modificatorias precisa que corresponde a dicho funcionario presentar al Congreso, junto con los ministros, dicha memoria anual detallada y requerir de estos la información necesaria para el cumplimiento de su función específica y de las responsabilidades emergentes de los arts. 100, incs. 10 y 11 y 101 de la

CN (art. 16, incs. 9º y 12)⁴⁰⁴. En relación con los secretarios de Estado, dicho deber se encuentra expresamente receptado en el art. 4º, inc. b), apart. 17 de la mencionada ley.

La memoria es un instrumento técnico-institucional de contenido jurídico, político, social y económico. Consiste en un desarrollo circunstanciado de las acciones planificadas y ejecutadas como parte de las políticas de Estado instrumentadas por cada cartera ministerial. En ella deberán precisarse cualitativa y cuantitativamente los objetivos propuestos, las actividades desarrolladas, el nivel de ejecución, las dificultades y avances, las reformulaciones operadas, las metas alcanzadas y los demás pormenores asociados con el estado del ramo. Las consideraciones que se viertan deberán estar debidamente fundamentadas y documentadas, acompañando toda la información que acredite los datos y conclusiones realizadas.

A través de este instrumento se procura informar y rendir cuentas al Congreso, brindándole los datos, razones, documentos y juicios que permitan entender el nivel de realización de la planificación estatal, sus alteraciones y razonabilidad. Por su intermedio, las cámaras podrán ejercer los controles pertinentes y arbitrar todas las medidas que consideren conducentes para encausar las dudas, requerimientos u objeciones que tengan (p. ej., podrán interpelar a los ministros, citarlos, requerirles que den razones o amplíen esa memoria, promover el juicio político pertinente o efectuar las denuncias ante los organismos que correspondan). También servirá para que el Congreso reformule leyes que hubiese adoptado o proponga otras que permitan profundizar las líneas de intervención o actuación del Estado.

La norma determina claramente la condición de deber de esta exigencia. No obstante ello, tanto esta cláusula como la que impone la presentación en forma de la cuenta de inversión (arts. 75, inc. 8º y 99, incs. 8º y 10, CN), no han tenido el acatamiento debido en nuestra práctica constitucional. En ambos casos, se trata de elementos fundamentales para conocer la administración de la cosa pública en función de las metas propuestas y ejercer una correcta rendición de cuentas. La sanción de la Ley de Administración Financiera y la estructuración a través de subsistemas (como los de presupuesto o control)⁴⁰⁵ han mejorado, en cierto aspecto, esas falencias.

Siendo un deber, el Congreso cuenta con las facultades pertinentes para exigir su presentación y, en todo caso, hacer efectivas las responsabilidades funcionales y políticas que su omisión genere.

El hecho de que cada año se envíe el proyecto de ley de presupuestos (con la desagregación de los gastos de cada repartición) o la cuenta de inversión (rindiendo cuentas de lo planificado y ejecutado) no suple ni

sustituye la exigencia en tratamiento, la cual tiene otro cometido, alcance y finalidad. Como dijimos, la memoria implica un juicio y valoración cualitativos acerca de las acciones realizadas, las dificultades que se suscitasen, la reformulación de políticas en relación a cambios en el interés público o necesidades, que excede ampliamente su determinación o rendición cuantitativa.

En el supuesto en tratamiento, no es necesario que la memoria sea presentada o defendida personalmente por el ministro, bastando su remisión por escrito a las cámaras del Congreso para su distribución, circulación y discusión entre los legisladores. Luego de la reforma de 1994, quien generalmente "habla y comunica" acerca de la marcha del gobierno, tanto a la opinión pública como en el Congreso, es el jefe de Gabinete⁴⁰⁶. Ello no neutraliza la facultad ni exime el deber de ningún funcionario de asistir a la Legislatura cuando lo quisiera o se lo cite.

El Reglamento de la Cámara de Senadores prescribe el procedimiento a seguir con motivo del deber del art. 101, primera parte, de la CN. En lo que interesa, dispone que el jefe de Gabinete de ministros puede concurrir acompañado de los ministros y secretarios de Estado que considere conveniente, sin perjuicio del derecho que a los ministros del Poder Ejecutivo acuerda el art. 106 de la CN. Asimismo, los bloques políticos pueden solicitar al jefe de Gabinete de ministros la presencia de determinados funcionarios cuya área de competencia se vincule con los temas a exponer durante la sesión informativa. En cualquier caso, es privativo del jefe de Gabinete de ministros acceder tanto a esta última invitación, como ordenar las exposiciones de los ministros y secretarios de Estado que se encuentran presentes en el recinto, previo consentimiento de la Presidencia del cuerpo (art. 215, inc. e)).

* * *

Art. 105.—

No pueden ser senadores ni diputados, sin hacer dimisión de sus empleos de ministros.

Comentario por Matías A. Sucunza

La norma en comentario tiene origen en el art. 108 de la Constitución de 1826, el cual fuese incorporado sin modificaciones en la de 1853.

Por su intermedio se prohíbe a los ministros que ejerzan los cargos de senadores o diputados, en tanto no hagan dimisión de sus empleos⁴⁰⁷. Dicha prohibición resulta lógica si tenemos en consideración la forma republicana de gobierno, el principio de división de poderes y las consiguientes limitaciones competenciales, la necesidad de evitar influencias y condicionamientos operativos indebidos o, incluso, por razones materiales (imposibilidad de desarrollar ambas tareas al mismo tiempo).

De esa manera, la norma ratifica el sistema republicano y preserva el régimen presidencialista, en cuanto procura mantener la diferenciación de funciones entre los ministros del Ejecutivo y los representantes del Congreso. Ello marca una diferencia importante con el régimen parlamentario, donde tanto el primer ministro como el gabinete emergen del Parlamento.

Las distintas prohibiciones funcionales que recorren el articulado de la Constitución tienen por objeto mejorar la realización de la labor asignada, evitar la existencia de situaciones de incompatibilidad o tráfico de influencias e intereses, respetar el orden republicano como expresión de una decisión política ciudadana y construir mejores incentivos para el funcionamiento de la organización de poder adoptada.

Quiroga Lavié señala que la práctica parlamentaria muestra un hecho curioso: si un ministro ha pasado a ser legislador, invariablemente se ha producido su renuncia al cargo Ejecutivo. En cambio, si ha ocurrido lo inverso, cuando ha sido llevado un legislador a ejercer un ministerio, su cámara le ha otorgado licencia (p. ej., el diputado Pugliese, que era presidente de la cámara y fue designado ministro de Economía en 1989)⁴⁰⁸.

En ese sentido, el art. 72 de la CN dispone que ningún miembro del Congreso podrá recibir empleo o comisión del Poder Ejecutivo sin previo consentimiento de la cámara respectiva, excepto los empleos de escala. Es decir, que podría darse la contradictoria situación de que un legislador pueda ser designado ministro, pero no a la inversa, cuando en realidad los fundamentos de la prohibición pareciesen ser los mismos. Existiendo en este caso una expresa "habilitación" legal, debería primar otro orden de argumentos jurídicos, morales y éticos que lleven a conformar otro tipo de prácticas más respetuosas del mandato popular y la función pública a cargo. Respecto del alcance de esta cláusula, remitimos a los comentarios del artículo en cuestión.

El hecho de que la norma aluda a que no pueden ser senadores ni diputados sin dimitir del cargo ha sido generalmente entendido como habilitante para su candidatura a cualquiera de esos cargos. Es decir, que como la regla refiere al ejercicio efectivo del cargo, su postulación no violaría dicha prohibición (circunstancia a la cual se suma que toda limitación debe ser interpretada restrictivamente). En esos términos no existiría una prohibición explícita para ser candidato a senador o diputado siendo ministro en ejercicio. Electo, asumiendo el cargo, debería dimitir.

Por nuestra parte, consideramos que dicha interpretación se encuentra reñida con los mismos principios que justifican la razón de ser de la prohibición expresa. Esto es, el deber del ejercicio responsable de la función encomendada, la imposibilidad material de ejercer una cartera y avocarse al desarrollo de una campaña, la confusión que se suscita entre funciones, gobierno y Estado, los conflictos de intereses personales-partidarios, la afectación de la transparencia y rendición de cuentas, la utilización indebida de información privilegiada, recursos estatales o influencias público-privadas derivadas del ejercicio de la propia función, las ventajas comparativas que su posición le conceden en comparación a otros candidatos, las limitaciones en términos de ética pública, entre otras. El ejercicio responsable de la función pública y de los cometidos que a través de ella se realizan debería primar por sobre los intereses personales-partidarios.

De una u otra forma, esa alternativa no prohibida expresamente importa una interpretación disfuncional y/o una desviación de poder en la utilización de las instituciones para beneficio personal-partidario. Ello, por las razones expuestas, es un grave problema si pretendemos mejorar la seriedad, el compromiso, el rendimiento y la calidad de las actividades e intervenciones estatales. Un ejemplo radical de ello han sido las candidaturas testimoniales, donde figuras que ocupaban cargos de suma relevancia dentro del Estado y que contaban con cierta imagen social positiva se incluyeron como candidatos a legisladores sabiendo que efectivamente no asumirían. Respecto de este punto, remitimos a las consideraciones efectuadas en el art. 38, 1 y conchs.

Si bien el artículo no lo menciona, también aplican a los ministros limitaciones funcionales similares que al presidente y vicepresidente. La razón de ser de dichas limitaciones es análoga, por lo que remitimos a los comentarios del art. 92.

La ley 22.520 se ha encargado de explicitar esas restricciones, disponiendo que durante el desempeño de sus cargos, los ministros, secretarios y subsecretarios deberán abstenerse de ejercer, con la sola excepción de la docencia, todo tipo de actividad comercial, negocio, empresa o profesión que directa o indirectamente tenga vinculaciones con los poderes, organismos o empresas nacionales, provinciales y

municipales (art. 24). Tampoco podrán intervenir en juicios, litigios o gestiones en los cuales sean parte la Nación, las provincias o los municipios, ni ejercer profesión liberal o desempeñar actividades en las cuales, sin estar comprometido el interés del Estado, su condición de funcionario pueda influir en la decisión de la autoridad competente o alterar el principio de igualdad ante la ley consagrado por el art. 16 de la CN (art. 25). La Ley de Ética Pública 25.188 plantea incompatibilidades e inhabilidades similares que complementan la Ley de Ministerios.

* * *

Art. 106.—

Pueden los ministros concurrir a las sesiones del Congreso y tomar parte en sus debates, pero no votar.

Comentario por Matías A. Sucunza

Esta cláusula fue incorporada por la Comisión Redactora de la Convención de 1853, no constatándose antecedentes previos directos.

Por su intermedio se faculta a los ministros no solo a concurrir a las sesiones del Congreso sino también a tomar parte de las discusiones que se promuevan. Con ello se pretende favorecer la defensa de las políticas de Estado que como responsable político de su cartera planifique y ejecute, intercambiar opiniones, mejorar las acciones a desarrollar y su transparencia, brindar información, expresar las razones puntuales de cada medida o el plan macro en el que se insertan, potenciar el diálogo institucional, la gobernabilidad y/o rendición de cuentas. Los secretarios de Estado son la cabeza de cada ramo y cuentan, en función de ello, con una posición de privilegio que puede ser útil para la discusión informada en razones y la consiguiente toma o replanteo de decisiones.

No siendo legisladores, careciendo de todo tipo de mandato-competencia a esos fines, resulta elocuente que no tengan voto.

En este caso la participación es voluntaria. Es decir, siendo una facultad del ministro, puede hacer uso de ella o no. Ello lo diferencia del supuesto del art. 71 de la CN, interpelación que opera a requerimiento del Congreso y es obligatoria para los ministros. En consecuencia, deben asistir al

recinto a responder los interrogantes y brindar la información que los congresistas de cualquiera de las dos cámaras le exijan. No pueden excusarse mediante la remisión de informes escritos, siendo la comparecencia personal. Este mecanismo importa una actividad de control de la labor del Ejecutivo, el cual favorece el sistema de frenos y contrapesos en forma directa (rendición en sí) e indirecta (intercambio de información y razones).

La reforma de 1994 atribuyó al jefe de Gabinete las potestades de concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates sin voto⁴⁰⁹, producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las cámaras solicite al Poder Ejecutivo y concurrir periódicamente al Congreso a informar la marcha del gobierno (art. 100, incs. 9º y 11).

El Poder Ejecutivo tenía como práctica soslayar los pedidos de informes que le requería el Congreso, omitiendo su contestación⁴¹⁰. La marca del presidencialismo explica(ba) esta actitud de indiferencia. También ocurría que de forma ocasional y esporádica los ministros concurrían al Congreso, salvo cuando se los interpelaba. La incorporación de estas cláusulas y el mantenimiento del art. 106, pretende revertir esa situación, promoviendo otro tipo de conductas que fortalezcan el diálogo institucional, el proveimiento de información y rendición de cuentas.

El rol del jefe de Gabinete hará que sea este quien asuma de forma principal dichas tareas. Podrá ser acompañado de los ministros u otros funcionarios del ramo o repartición pertinente. Sin embargo, eso no neutraliza la posibilidad de que, voluntaria o forzosamente, el Congreso reciba o requiera de la presencia de cualquiera de los ministros o secretarios de Estado. La especialidad en el ramo, información más precisa o el respeto del ejercicio responsable de sus competencias, son algunas razones que justifican la subsistencia del art. 106.

Respecto de la forma de efectuar esas presentaciones en caso de interpelación o "visita", el reglamento de la Cámara de Senadores regula el uso de la palabra y discusión. En ese sentido, el art. 214 fija que el orden de la palabra será: a) El senador o los senadores interpelantes, por un máximo de sesenta minutos en conjunto; b) El ministro o el jefe de Gabinete por igual lapso; c) Cualquiera de los demás senadores por cinco minutos cada uno, pudiendo hacer llegar por escrito al ministro o al jefe de Gabinete sus preguntas puntuales, las que serán evacuadas inmediatamente o en la exposición final de aquel; d) El senador o los senadores interpelantes para formular las observaciones que consideren pertinentes, por un máximo de treinta minutos en conjunto y e) El ministro o el jefe de Gabinete, para su exposición final, por un plazo máximo de treinta minutos. Los plazos consignados solo pueden ser ampliados con la aprobación de la cámara.

La potencialidad de esta herramienta está directamente vinculada con la voluntad política del ministro no solo en asistir sino en brindar información y razones, su capacidad técnica, argumental y condiciones personales; el soporte de gestión, la coyuntura política-partidaria, la calidad institucional y el compromiso político-partidario en promover políticas de Estado.

Como mencionásemos en el comentario al art. 102, la Corte Suprema ha entendido que alcanza a los ministros la inmunidad de opinión que protege a los legisladores en virtud del [art. 68](#) de la CN por las expresiones de estos en ocasión de concurrir a las sesiones del Congreso para rendir informes o para participar en ellas por propia iniciativa, gozando de indemnidad implícita en función del juego sistémico de lo estatuido en los arts. 71 y 106 de la CN⁴¹¹.

Para ello, la mayoría de los fundamentos del Tribunal en el precedente "Cavallo" hizo suya la disidencia de Fayt en un caso anterior⁴¹², remarcando la conveniencia institucional de la "garantía de indemnidad" reconocida. En ella, este había expuesto que "si las disposiciones del art. 68 de la Constitución están destinadas a garantizar la independencia funcional de ambas Cámaras legislativas, de modo tal que lo que se afirme en las discusiones previas quede al margen de toda persecución ulterior, precisamente, para que la tarea de alcanzar la ley que mejor responda a los intereses de la Nación cuente con la más alta expresión de protección, esto es, la inmunidad, no menos garantías pueden otorgarse a las expresiones de un ministro del Poder Ejecutivo, ora convocado por alguna de las Cámaras, ora asistiendo espontáneamente a los debates, coadyuvando a ese propósito por expreso mandato de la CN" (consid. 25).

* * *

Art. 107.—

Gozarán por sus servicios de un sueldo establecido por la ley, que no podrá ser aumentado ni disminuido en favor o perjuicio de los que se hallen en ejercicio.

Comentario por Matías A. Sucunza

Esta disposición reconoce como fuente el proyecto de Constitución de Alberdi, el art. 109 de la Constitución de 1826 y el art. 93 de la Constitución de 1853/60.

Como mencionásemos en el comentario al art. 92, el pago de un sueldo por sus servicios constituye un derecho de los funcionarios. Así como el ministro se compromete al desempeño en forma del gobierno de su cartera, la obligación principal de la Administración es el pago de la remuneración fijada.

Al mismo tiempo, el hecho de que todos los cargos públicos sean rentados permite garantizar (en cierta medida) la posibilidad de acceso en condiciones igualitarias. La determinación del monto será por ley. Recordemos además que es el Congreso el que aprueba la ley de presupuesto en la que se incluyen los gastos de todas las jurisdicciones. No obstante ello, como ocurre en la diagramación de los ministerios, la proposición del monto y demás condiciones proviene del Ejecutivo.

A pesar de las diferencias terminológicas que pueden advertirse entre el art. 92 y el presente, lo cierto es que en el fondo no hay divergencias sustanciales. Si bien en principio la prohibición de la alteración del sueldo del presidente y vice es entendida a la baja y el art. 107 precisa que los sueldos de los secretarios de Estado no podrán ser aumentados ni disminuidos durante su ejercicio, el fin es el mismo: evitar la obtención de beneficios personales indebidos por la potencial influencia de su cargo y los condicionamientos en el ejercicio de la magistratura a través del castigo en su remuneración⁴¹³. En cuanto a las objeciones respecto de las sumas, el alcance de su alteración, los conceptos que comprende la noción de sueldo y otros pormenores vinculados, remitimos al comentario del art. 92.

Solo añadiremos cuatro cosas:

(i) Que el problema de la actualización (o aumento) de salarios ante procesos inflacionarios como los que han caracterizado la economía de nuestro país no constituye un problema socio-político o jurídico. Lo primero, porque existe consenso social acerca de que los sueldos deben acompañar esas subas como forma de preservar su valor. Lo segundo, porque ese aumento no es tal en los términos del art. 107 sino una manera de lograr paridad en valor, ajena a la razón de ser de la prohibición de la propia disposición y a la limitación de actualizar sostenida por ley 25.561.

(ii) Las objeciones a los sueldos radican en su exorbitancia en sí y comparativamente con las remuneraciones de otros servidores públicos, lo que pone en entredicho la vinculación entre dinero público, "jerarquías" de trabajos o funciones, incidencia social, igualdad, vocación de servicio y competitividad con el mercado laboral privado.

(iii) El problema más grave en la materia sigue siendo el uso de fondos reservados, su falta de rendición de cuentas y el manejo formal e informal de recursos públicos en un contexto de ausencia de controles institucionales adecuados.

(iv) Existe un consenso interpretativo generalizado en que el hecho de que la norma aluda a los que se hallen en ejercicio habilitaría la alteración de los sueldos de aquellos que se incorporen a futuro⁴¹⁴.

SECCIÓN TERCERA - DEL PODER JUDICIAL

JUSTICIA DIALÓGICA Y DERECHOS SOCIALES

Comentario por Roberto Gargarella

I. INTRODUCCIÓN⁴¹⁵

En este trabajo, quisiera explorar algunos recientes "avances judiciales" que se han dado en el área de los derechos sociales. Se advierte hoy, en efecto, un activismo judicial que no era común años atrás y que —esta es la intuición que quisiera defender en el texto— resulta defendible, en la medida en que parece consistente con las preocupaciones democráticas que podemos tener en la materia. El problema es, en todo caso, que estos "avances judiciales" resultan todavía escasos (son pocos, aunque importantes, los tribunales superiores que se han animado a dar pasos significativos en la materia) y —lo que es más importante para los propósitos de este texto— aún frágiles, en la medida en que no parecen encontrarse respaldados teóricamente, al menos de un modo sólido. En otros términos, los jueces han ido dando algunos pasos (que aquí consideraré) interesantes pero, normalmente, en una situación de cierta orfandad teórica. Por ello mismo, no es obvio que los "logros" obtenidos vayan a mantenerse y desarrollarse en el tiempo. Por todo lo dicho, en este texto presentaré un marco teórico posible que, según creo, no solo servirá para cubrir mucho de lo importante que se ha hecho en la materia desde el Poder Judicial, sino que podrá servir, también, para

brindarle a los jueces pautas con las que guiar sus acciones futuras y encontrar orientación más firme frente a la aparición de casos difíciles.

El marco teórico en el que estoy pensando es el de la democracia deliberativa. Por lo tanto, comenzaré el artículo exponiendo cuál es el modo en el que entiendo a la democracia deliberativa. Inmediatamente luego, señalaré algunas consecuencias institucionales que —según entiendo— podrían inferirse a partir de dicho marco teórico —consecuencias aplicables, directamente, sobre la función judicial. Describiré entonces las pautas que podrían organizar la actividad judicial en materia de derechos sociales como los seleccionados. Finalmente, ilustraré tales desarrollos teóricos abstractos tomando en cuenta algunos de los casos más interesantes que han sido resueltos, en los últimos años, en materia de derechos de la salud.

II. DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Quisiera comenzar esta sección partiendo de la siguiente pregunta: ¿cómo es que podríamos pensar la actual judicialización de los derechos sociales a la luz de una concepción deliberativa de la democracia? Para responder a esta pregunta es importante señalar, primero, que con la idea de democracia deliberativa me refiero a la visión de la democracia que presume que i) las decisiones públicas se justifican por su imparcialidad (entendida esta como un igual respeto por los puntos de vista de todos los potencialmente afectados) y ii) que el mejor arreglo institucional para favorecer la imparcialidad tiene que ver con procedimientos que consagran un diálogo entre iguales, capaz de incluir a todos los potencialmente afectados por la decisión del caso⁴¹⁶. Se trata, entonces, de un proceso democrático caracterizado por dos rasgos fundamentales, relacionados con la *inclusión social* y la *deliberación política*. Ambos elementos aparecen aquí como condiciones necesarias e indispensables para la creación de decisiones imparciales.

Aunque no es nada obvio qué tipo de diseño institucional específico se derivaría de un punto de partida ideal y abstracto como el señalado, me animaría a decir que este nos permite al menos pensar de un modo interesante y fructífero muchas cuestiones fundamentales para esta materia, y relacionadas con la separación de los poderes, la interpretación constitucional y la democracia.

División de poderes. En primer lugar, podríamos decir que la idea de la separación estricta de poderes resulta, desde el punto de vista de la democracia deliberativa, muy poco interesante, al menos si tomamos dicha noción tal como se la ha concebido habitualmente. Nos encontramos, en tal caso, con ramas del poder desvinculadas entre sí, celosas de sus funciones, aisladas de las demás a través de muros altos e impenetrables. La principal alternativa frente a dicho modelo, vinculada

con el tradicional modelo madisoniano de los "frenos y contrapesos" tampoco resulta especialmente interesante, al menos en una interpretación posible de la misma, en la que las ramas del poder están preparadas para defenderse de los "ataques" de las demás, e institucionalmente "armadas" para "disparar" (a través de "vetos" ejecutivos, declaraciones de inconstitucionalidad o juicios políticos), tan pronto como las otras se dispongan a llevar a cabo sus "siniestros e invasivos" planes⁴¹⁷. Frente a tal escenario, la democracia deliberativa concibe una organización de poderes diferente, en donde las distintas secciones de gobierno están capacitadas e incentivadas para colaborar unas con las otras. La idea de la división de poderes no aparece aquí como un modo de resguardar la autoridad específica de cada una de las ramas de gobierno ni como un modo de proveer a su mutua defensa, sino como un mecanismo institucional al servicio de la imparcialidad. Lo que se busca, en tal sentido, es que las distintas secciones del gobierno se ayuden unas a otras aportando información, sugiriendo correcciones e introduciendo matices frente a lo obrado por las demás.

Interpretación constitucional. Desde el punto de vista de la democracia deliberativa, la interpretación constitucional no queda asociada con el trabajo de científicos o especialistas en hermenéutica. La interpretación es vista, por el contrario, como una tarea colectiva que involucra a toda la comunidad y en la que todos los ciudadanos están llamados a intervenir, desde lugares de legitimidad distinta y, por tanto, dotados de responsabilidades también diferentes. Dentro de dicho proceso de construcción colectiva, el Poder Judicial puede ocupar un papel relevante, a partir del lugar privilegiado en que está situado. Se trata de la rama del poder diseñada para escuchar las quejas y demandas de quienes se sienten maltratados por el derecho, por lo cual ella cumple o puede cumplir una tarea excepcional, señalándole a las demás los déficits que sus decisiones conllevan. De todos modos, dicho papel especial de la justicia debe acomodarse al hecho de que sus débiles credenciales democráticas —más débiles que las de los restantes poderes— le exigen abstenerse de reemplazar al legislador, y requieren que impidamos que los jueces se queden con la "última palabra" a nivel institucional.

Democracia. El modelo de la democracia deliberativa se diferencia de entendimientos dominantes sobre cómo pensar la democracia. Ella rechaza, por un lado, visiones de la democracia que terminan por consagrar el "gobierno de los muertos" —visiones de la democracia que consideran que la voluntad popular quedó congelada en el tiempo, en el momento en que se dictó la Constitución. Al mismo tiempo, la concepción deliberativa se opone a las lecturas *rousseauunianas* y populistas más habituales, que afirman principios tales como el de "la voz del pueblo" como equivalente a "la voz de Dios". Contra tales lecturas, el enfoque de la democracia deliberativa entiende que las decisiones colectivas, para

ganar en imparcialidad, requieren ser el producto de un continuo, inacabable proceso de construcción colectiva, que implica idas y vueltas entre los ciudadanos, sus representantes, los jueces y un permanente proceso de desafíos y correcciones mutuas.

III. CONTROL JUDICIAL, DELIBERACIÓN Y DERECHOS SOCIALES

Llegados a este punto, quisiera realizar ciertas precisiones sobre las formas de la intervención judicial en las que podría pensarse, desde el paradigma de la democracia deliberativa, y su justificación. Tales precisiones incluyen algunas propuestas (que considero normativamente atractivas, además de consistentes con el "núcleo duro" del ideal de la democracia deliberativa) relacionadas con el papel que le correspondería adoptar a los jueces, frente a demandas hechas en nombre de los derechos sociales. Las sugerencias que voy a examinar muestran que existen muchos caminos intermedios, flexibles, abiertos, respetuosos de nuestras convicciones democráticas, que les permiten a los tribunales intervenir decisivamente en los casos bajo examen (derechos sociales en general, derechos de salud en particular), sin violentar ninguno de sus compromisos fundamentales. A través de medios como los que me interesa defender, la Corte puede entrar en la materia, participar de un modo dialógico en la construcción del derecho y ayudar así a las demás ramas del poder y a la ciudadanía en general, en este continuo proceso de reflexión constitucional. Actuando del modo en que propongo, la justicia puede, a la vez, escapar de las dos principales líneas de acción alternativas con las que aparece tradicionalmente asociada: ya sea la *imposición* de su autoridad y voluntad, por encima de la de los órganos democráticos, ya sea el *silencio* cómplice, que ampara las violaciones de derechos (por acción u omisión) cometidas por los demás poderes, y que suele ocultarse bajo el ropaje de un Poder Judicial "ceñido estrictamente" al derecho, y por lo tanto subserviente del Poder Legislativo.

Proceso. Lo más importante que tiene por decir el modelo de la democracia deliberativa, en todo este análisis, tiene que ver con su compromiso con la deliberación colectiva. Este insiste —entiendo yo— tanto para el *procedimiento* de toma de decisiones del caso como para la *sustancia* de dicha decisión, en el valor y la centralidad del diálogo como modo de favorecer la imparcialidad. Pensando, específicamente, en el procedimiento del caso, la idea sería que debe estar abierto a las voces de todos los afectados, situados en un pie de igualdad. La conexión entre decisión judicial y proceso deliberativo merece establecerse en al menos dos planos, como los siguientes:

Proceso (1): Control judicial del carácter deliberativo del proceso de creación legislativa. La postura que aquí se defiende se contrapone con la visión dominante, que deja en manos de los jueces todas las cuestiones constitucionales relevantes, dando por incluidos allí todos los temas

"sustantivos" referidos al contenido específico de los valores constitucionales fundamentales —libertad, justicia, igualdad. Del mismo modo, esta postura contradice la tradicional doctrina de las "cuestiones políticas"⁴¹⁸, que pedía quitar de las manos de la justicia temáticas (consideradas) de carácter eminentemente político, como las relacionadas con la declaración del estado de sitio. La postura que aquí se defiende exige de los jueces auto-restricción o deferencia, frente al legislativo, en lo que hace a aquellos aspectos "sustantivos" de la legislación, pero a la vez les demanda una intervención activa —un control estricto— sobre temas procedimentales. Esta postura es, en su esencia, idéntica a la que defendiera en su momento el jurista John Ely⁴¹⁹. Para Ely, la tarea de los tribunales en el control de las leyes les exigía concentrarse en la protección de minorías reducidas en número y aisladas (*discrete and insular*), y la obligación de "mantener abiertos los canales del cambio político". De todos modos, y frente a dicha concepción, la que aquí se defiende impone un matiz relevante: aquí se suscribe una propuesta como la que él expresara, pero desde el compromiso con una visión deliberativa de la democracia. Este nuevo fundamento para la misma postura implica una variación menor pero significativa sobre el modelo ofrecido por Ely. El control judicial sobre los procedimientos debe traducirse, por tanto, y en este caso, como control judicial sobre los procedimientos de *la deliberación democrática*. Así, y por caso, este enfoque requiere que los jueces examinen con el escrutinio más estricto todas aquellas normas que no hayan surgido de un debate público robusto. Decir esto no es lo mismo que decir que cualquier norma "discutida de modo insuficiente" (un parámetro obviamente demasiado vago) deba resultar constitucionalmente impugnada. Lo que se quiere decir es que los jueces deben estar preparados para desafiar aquellas normas que aparezcan como el mero producto de presiones de grupos de interés o que hayan sido aprobadas de modos no transparentes, privando a la ciudadanía del conocimiento de las razones en las que ellas están fundadas. De tal modo, el hecho de que una decisión haya sido aprobada en el Congreso a partir de una votación mayoritaria, nos otorga una razón necesaria pero no suficiente para considerar a la misma como una decisión legalmente válida. En definitiva, la ausencia de razones públicas en la justificación de la ley o la resistencia de las bancadas mayoritarias a toda discusión genuina con la oposición deben instar a un escrutinio judicial más estricto sobre la norma en cuestión.

Proceso (2): Control judicial del carácter inclusivo del proceso de creación legislativa. En el apartado anterior nos referimos a una labor judicial posible, justificada e indispensable, dentro del proceso de creación legislativa: el control judicial del carácter deliberativo del proceso en cuestión. En este apartado, quisiera concentrarme en el otro aspecto fundamental del proceso legislativo sobre el que el Poder Judicial merecería inmiscuirse. Me refiero a su intervención a favor de una

construcción legislativa inclusiva. La idea de base es la misma que en el caso anterior: una democracia deliberativa se justifica por su contribución a la formación de decisiones imparciales y la imparcialidad requiere — conforme asumimos— de una discusión entre todos los potencialmente afectados. Como sabemos, sin embargo, nuestras democracias reales parecen especialmente deficitarias en este aspecto inclusivo, dado que en ellas son muchas las voces que no se escuchan o resultan apenas audibles, frente a otras que se escuchan de forma permanente y altisonante. Desde minorías sexuales, raciales e indígenas hasta mayorías empobrecidas, son demasiados, en efecto, los que tienen razones para considerarse desplazados, real o virtualmente, del proceso de toma de decisiones. Dado el lugar institucional que ocupa el Poder Judicial, por tanto, su ayuda en esta tarea colectiva podría resultar de primerísima importancia.

Proceso (3): Decisión judicial construida dialógicamente. El compromiso de la justicia con la deliberación merece extenderse, también, a la forma misma de la decisión judicial. Esto es decir, la justicia puede definir un proceso abierto, colectivo, dialógico, de modo tal de construir su propia decisión atendiendo a puntos de vista plurales o crear un ámbito de discusión —una audiencia pública, por caso— para ayudar a que los poderes políticos adopten sus decisiones de una manera más imparcial. Este tipo de iniciativas tienen un sentido muy especial frente *litigios complejos o estructurales*, que incluyen a partes —grupos, regiones, intereses— muy diversas, y se refieren a cuestiones de enorme complejidad, que requieren, para su debida atención, de soluciones de tipo estructural⁴²⁰. Aunque entiendo que procedimientos como los referidos pueden organizarse de modo flexible, creo también que algunas precisiones pueden resultar pertinentes. En primer lugar, "dar voz" a una parte o escucharla, no es lo mismo que crear un proceso dialógico, que es lo que aquí se defiende. Lo que aquí se defiende es la necesidad de que el poder público, antes de tomar una decisión, escuche a las partes, las inste a dar razones, sepa dar debido peso a esas objeciones y finalmente ofrezca argumentos persuasivos relacionados con el modo en que ha balanceado las razones en juego. En segundo lugar, la idea de diálogo entre iguales se refiere a individuos particulares o grupos y no a corporaciones. Es obvio que en un proceso de polución ambiental, por caso, es importante escuchar el punto de vista de la compañía acusada de contaminar. Sin embargo, la idea de diálogo entre iguales, según entiendo, se refiere a ciudadanos con pretensiones diferentes, en donde cada participante cuenta como uno. Se viola la igualdad, entonces, cuando se pone en el mismo plano a ciudadanos y entidades supra-individuales, como por ejemplo una empresa. En tercer lugar, la idea de diálogo resulta desvirtuada (o directamente ofendida) si luego de un proceso de intercambio de puntos de vista, dichas razones, simplemente, no son tomadas en cuenta o alguien decide en lugar de las partes (o solo una de

las partes, con independencia de las otras), de modo puramente autoritativo, imponiendo su voluntad sobre las demás.

Remedios. Desde el punto de vista de la democracia deliberativa son muchos los remedios que aparecen como compatibles con los compromisos básicos de la teoría. Se incluyen aquí todos aquellos que sean capaces de honrar algunas exigencias elementales: ser flexibles, no imponer la autoridad judicial como "última voz", ayudar a las otras ramas a considerar información que aquellas no tomaran en cuenta o a rectificar conclusiones que contradigan principios constitucionales fundamentales. El Poder Judicial tiene, en este sentido, múltiples modos de llamar la atención de las ramas políticas, instándolas a tomar decisiones más compatibles con las demandas de un Estado constitucional. El Poder Judicial puede, por ejemplo, señalarle al poder público que ha violado ciertos compromisos constitucionales fundamentales, puede darle razones e informaciones no tomadas en cuenta, puede ofrecerle tales datos exigiéndole, a su vez, que tome una nueva decisión dando cuenta de estos nuevos elementos, puede señalarle alternativas compatibles con el respeto de la Constitución, puede exigirle que tome (alg)una decisión frente a un derecho que está siendo violado, puede exigirle que tome dicha decisión dentro de plazos determinados, perentorios, etc.⁴²¹.

Motivación y justificación de la intervención judicial. Actuando del modo sugerido, la justicia puede evitar las tradicionales y justas críticas que ha recibido por interferir indebidamente con la voluntad de los ciudadanos y sus representantes. Cabe dejar en claro, sin embargo, y por lo tanto, que la justificación que aquí se ofrece para ciertos modos de activismo judicial no representa una justificación plena sino condicional de dicha intervención. La misma encuentra respaldo en la medida en que se respete como "última palabra", la palabra de los ciudadanos y sus representantes en estas cuestiones (cuestiones de moral pública); y gana peso en tanto y en cuanto transite carriles flexibles y dialógicos como los aquí sugeridos. El problema que enfrentamos, sin embargo (y esta constituye una primera reserva importante frente al esquema teórico que aquí se sostiene) es que no contamos con herramientas institucionales para inducir o incentivar ciertas conductas judiciales, o desalentar o clausurar otras vías posibles de su accionar. Y, como decía James Madison en *El Federalista* nro. 51, el sistema institucional no puede sostenerse a partir de las buenas intenciones de nadie, sino recurriendo a "medios constitucionales" capaces de combinarse con los "motivos" habituales de las personas⁴²². En otros términos, nos enfrentamos con un problema si solo somos capaces de definir ciertos objetivos de la acción judicial como justificados o correctos, pero no contamos con los medios constitucionales apropiados que nos ayuden a alcanzar tales fines. Cuando esta es la situación, quedamos dependientes del azar o la buena voluntad ocasional de algunos jueces. De allí que, en la práctica, y tal como veremos a

continuación, resulte tan habitual que una Corte que se muestra capaz de adoptar una decisión magistral y ejemplificadora en la materia aparezca, al poco luego, suscribiendo otras decisiones contradictorias con su decisión anterior. Esta parece ser una característica de la justicia más avanzada en la materia y una muestra de la absoluta ausencia de canales e incentivos institucionales apropiados. Hemos desoído los consejos de Madison y quedamos a la merced, entonces, de la eventual aparición de uno o más jueces "iluminados" o bien asesorados frente al caso concreto. Esto es lo que nos deja con una justificación "truncada" o condicional en la materia.

IV. ACCIONES JUDICIALES CONCRETAS. ALGUNOS EJEMPLOS

En lo que sigue, quisiera concentrar mi atención en algunos ejemplos que muestran de qué forma las cortes pueden cumplir con una función activa, dialógica, consistente con pautas como las examinadas en la sección anterior. Los ejemplos provienen de casos reales, recientes, en materia de salud, decididos por algunos de los tribunales más originales y apropiadamente activos en la materia.

Doctors for Life: Facilitar el involucramiento público. El caso "Doctors for life"⁴²³ involucra una demanda del grupo "Doctors for Life International" destinada a impugnar la constitucionalidad de ciertas normas relacionadas con cuestiones sanitarias, que no habían sido objeto de discusión suficiente en el Parlamento porque —conforme a la demanda— el legislativo no había facilitado el involucramiento público requerido y necesario para la validez de las leyes en cuestión. En su respuesta, la Corte reconoció parcialmente este reclamo, al sostener que, en efecto, la democracia no concluye una vez que se vota en elecciones nacionales, que la intervención popular en asuntos públicos tenía raíces muy profundas en el país y que el principio de consulta a la ciudadanía había devenido una parte distintiva del "ethos nacional" (voto del juez Sachs)⁴²⁴. En vista a compromisos como los citados, la Corte declaró que la obligación de facilitar el compromiso público en el proceso de creación legislativa constituía una "parte material" del derecho, y por lo tanto declaró a (algunas de) las leyes impugnadas como inválidas⁴²⁵, suspendiendo dicha orden de invalidación por 18 meses, de modo tal de permitirle al Parlamento el redictado de las mismas, conforme a las exigencias de la Constitución.

En opinión liderada por el juez NgcoboJ, la Corte dijo que "(la intervención legislativa del pueblo) beneficia la dignidad cívica de los que participan, al permitir que sus voces sean oídas y tomadas en cuenta (...) (Así) se ayuda a contrapesar el lobby y las influencias avanzadas en secreto (...) y se ayuda de modo especial a los más desapoderados dentro de un país marcado por las disparidades de riqueza y en cuanto al poder de influencia (...)".

Aunque el impacto efectivo del fallo no puede medirse exclusivamente a partir de considerandos judiciales como el señalado resulta destacable el compromiso asumido entonces, públicamente, por la Corte sudafricana con los ideales de una participación amplia y un debate robusto, es decir, los dos componentes fundamentales de una democracia deliberativa. Más aún, resulta notable que los jueces de la Corte se hayan animado a ingresar de modo tan decisivo en el análisis de los componentes esenciales de la decisión legislativa para examinarla a la luz de los ideales de la democracia deliberativa⁴²⁶.

Acuerdo 2-2008 (México): Decidir casos difíciles por medio de debates públicos. Dentro de este conjunto de casos, que involucran a tribunales comprometidos con procesos de decisión dialógicos, interesa resaltar también una novedosa, inesperada decisión adoptada por la Corte Suprema de México, frente a un controvertido caso sobre el aborto. En dicha ocasión, el Máximo Tribunal decidió inaugurar un similar proceso de convocatoria a audiencias públicas. El caso en cuestión se presentó en el contexto de una Corte desprestigiada, y coyunturalmente afectada por una decisión que le había sumado aun mayores dosis de hostilidad pública (un polémico caso sobre pederastia). Se trataba, por lo demás, de la segunda oportunidad en que la Corte decidía sobre el tema a partir de leyes aprobadas por la Legislatura de la Ciudad de México (la primera había sido en el año 2000). En esta oportunidad, estaba en juego una ley que despenalizaba el aborto producido hasta la semana 12 del embarazo y fijaba pautas sobre la atención que debía darse a los casos eventuales en los centros de salud. La Corte debió lidiar entonces con acciones de inconstitucionalidad promovidas —en este caso— desde la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República. Enfrentada a tales demandas, la Corte optó por recuperar un recurso que había utilizado ya en un caso anterior sobre discriminación de militares portadores de HIV⁴²⁷. Fue así que el tribunal decidió convocar una serie de audiencias públicas que incluyeron a individuos e instituciones con posiciones disímiles sobre derechos sexuales y reproductivos, y a profesionales de la salud, juristas y especialistas en bioética, por ejemplo⁴²⁸. Las audiencias fueron seis y se desarrollaron entre abril y junio del año 2008. Finalmente, y luego de concluido el proceso, el tribunal emitió un fallo por mayoría, en donde sostuvo la constitucionalidad de la legislación promovida por la Legislatura de la ciudad de México. La Corte mantuvo entonces que la Constitución Nacional no incluía un derecho a la vida, y afirmó el derecho del legislador a "despenalizar aquellas conductas" que hayan dejado de recibir "a juicio del legislador democrático, un reproche social".

La Corte Constitucional de Colombia y la T 760/08: Reconstruir una ley a través de un proceso participativo. Desde hace años, la joven Corte Constitucional de Colombia viene aportando decisiones que muestran a

dicho tribunal como uno de los más originales, creativos, activistas y audaces que se conocen. Más específicamente, la Corte colombiana destaca por sus profundos y consistentes compromisos con una teoría de la deliberación democrática. Dichos compromisos se reconocen en una multiplicidad de sentencias a través de las cuales la Corte resaltó la centralidad del debate democrático como precondition de la legitimidad de una norma⁴²⁹. A partir de este tipo de asunciones, los jueces colombianos se han mostrado reiteradamente dispuestos a desafiar la validez de normas legislativas a las que no consideraban producto de un proceso de toma de decisiones transparente y fundado en razones públicas⁴³⁰. Asimismo, tales criterios deliberativos le han servido a la Corte como base teórica para instrumentar y ordenar procesos colectivos, públicos, deliberativos para la creación, el desarrollo o la supervisión de normas legislativas en situaciones complejas. Ello es lo que ocurrió, por ejemplo, y de modo notable, con la T 025/04, sobre desplazamiento forzado de personas. La decisión T 760/08, que vino a reestructurar el sistema de salud nacional, no forma entonces parte de la excepción, sino de la regla. La decisión del caso aparece como el punto más alto de un largo proceso de litigio frente a la Corte en materia de salud y que abarca literalmente cientos de miles de casos previos (más de 320.000 casos entre 1999 y 2005). El litigio en el área de salud resultó especialmente intenso en Colombia luego de las profundas reformas "de mercado" que se introdujeran en el área en 1993.

La citada decisión ordena y aclara la profusa jurisprudencia de la Corte en la materia, organiza medidas para reducir el recurso a tutelas y exige la reestructuración de los planes de beneficios, a través de un proceso transparente, participativo. Propone, por lo demás, una supervisión futura del fallo a través de procedimientos de audiencias públicas⁴³¹. Como ocurriera en decisiones anteriores, la Corte colombiana ha dado en este caso pasos audaces, que cuestionan el lugar y la autoridad del legislador hasta límites a veces difíciles de justificar⁴³². Su propósito es el de movilizar a un legislativo a veces inerte (y por lo tanto responsable, por omisión, de la violación de derechos básicos) y a veces indebidamente activo (en tanto promotor de decisiones que implican violaciones masivas de derechos). Plenamente consciente tanto de los recursos y capacidades que posee, como de los límites de su accionar legítimo, la Corte colombiana delinea sus (habitualmente demasiado extensas) decisiones con cuidado, ánimo inclusivo y vocación participativa. A las vísperas de cambios significativos en su composición, aparecen obvias dudas acerca de si, el tribunal será capaz de seguir caminando como hasta hoy, con relativo éxito, por la delgada cornisa que actualmente transita, en pos de decisiones más justificadas. Ello no obsta, sin embargo, a que destaquemos el esfuerzo excepcional representado por decisiones como la aquí examinada.

V. BALANCE Y CONCLUSIONES

En este trabajo, propuse el marco teórico de la democracia deliberativa como uno interesante y fructífero para reflexionar sobre la cuestión de la judicialización de los derechos sociales —y los derechos de salud en particular. Al respecto, sugerí algunas implicaciones institucionales que podrían asociarse con dicho punto de partida (la democracia deliberativa), muy especialmente en relación con los alcances y modos de la función judicial. En otros términos, me pregunté acerca del papel que le correspondería jugar, en la materia, a un Poder Judicial decidido a honrar los ideales de una democracia deliberativa. Finalmente, presenté algunos ejemplos vinculados con la práctica judicial reciente, que ayudan a ver de qué modo los ideales defendidos en la teoría pueden encontrar un buen reflejo en la práctica.

* * *

CAPÍTULO PRIMERO - DE SU NATURALEZA Y DURACIÓN

Art. 108.—

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.

Comentario por Guido Risso

I. ORIGEN DE LA DISPOSICIÓN

El denominado Poder Judicial, como agencia constitutiva del Estado, se encuentra presente desde el origen mismo de nuestro diseño institucional; así la Constitución histórica en el año 1853 institucionaliza la función jurisdiccional, mediante la creación de un Poder Judicial encargado de llevarla a cabo, en el viejo art. 91 cuya redacción —como veremos— no ha variado significativamente en el transcurso de estos casi dos siglos.

En tal sentido, la redacción original del artículo 91 establecía que el Poder Judicial de la Confederación sería ejercido por una Corte Suprema de Justicia compuesta por nueve jueces y dos fiscales que residirían en la

Capital, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Confederación.

Ahora bien, al cerrarse el ciclo constituyente con la revisión del año 1860, aquellos convencionales quitaron del texto la imposición numérica que le habían impuesto a la Corte, en tanto debía estar integrada por nueve jueces, delegando tácitamente la definición del número de jueces de la Corte en el legislador ordinario, y directamente eliminó de la redacción original del artículo 91 la presencia de los dos fiscales ante la Corte.

Finalmente, la última reforma constitucional operada en el año 1994 mantuvo la letra del artículo recortado en el año 1860 y modificó su numeración al actual: 108.

De cualquier manera, lo relevante es que —no obstante las modificaciones señaladas— la matriz estructural del Poder Judicial de la Nación que rige en la actualidad ha sido pensada, diseñada e impuesta desde y para una sociedad campesina y rural como era la sociedad argentina de mitad del siglo XIX.

II. COMENTARIO

Como se lee en su texto, la norma bajo análisis utiliza la expresión "poder judicial" en dos sentidos diversos, en primer lugar haciendo referencia directa al "ejercicio" del poder judicial, para luego remitir inmediatamente al "diseño" de la estructura de dicho poder.

En efecto, cuando el texto de la disposición examinada se refiere al ejercicio del poder judicial significa que nuestra Constitución Nacional ha optado por un sistema estatal de administración de justicia, y en consecuencia le ha impuesto la función jurisdiccional de manera privativa e indelegable al Poder Judicial; es por ello que dicho poder es el órgano constitucionalmente habilitado para "decir el derecho" y responsable de garantizar a los habitantes de la Nación el efectivo ejercicio del derecho a la jurisdicción.

En este sentido, el Poder Judicial es concebido entonces como un sistema basado en el modelo técnico burocrático, y como todo sistema está sujeto a fluctuaciones, pues opera en un contexto en donde mantiene múltiples relaciones, tanto internas derivadas en ocasiones de fortísimos controles verticales, como externas relacionadas con factores que van desde lo cultural hasta lo económico.

Esta cuestión es central a la hora de pensar las posibilidades reales de independencia interna y externa del Poder Judicial en un contexto —tanto hacia adentro como hacia afuera— de alta complejidad, en la medida en

que la independencia judicial es presupuesto indispensable de la imparcialidad; por tal razón es que la única posibilidad de independencia del Poder Judicial es mediante la objetividad jurídica o el estricto apego a la ley y la Constitución por parte del juez que debe decidir conflictos.

Sin embargo, esta conclusión no debe conducirnos hacia una imagen empobrecida del juez, concebido como un tecnócrata sin ideología ni convicciones personales y totalmente desconectado de su comunidad o entorno social. El juez debe observar y reconocer las singularidades y características propias de aquella comunidad en y para la cual ejerce la función judicial. No debemos olvidar que el rol del juez científico y aséptico, caracterizado casi como un engranaje más de la burocracia judicial y carente de conciencia propia, fue utilizado como justificación para la impunidad e inimputabilidad de los jueces que avalaron dictaduras y totalitarismos⁴³³.

Por otro lado, si bien es incuestionable que garantizar derechos y dirimir conflictos entre personas es una función judicial o jurisdiccional, debemos mencionar que esto es insuficiente para caracterizarlo, en tanto en las democracias modernas existen, además de mediadores extrajudiciales denominados *amigables componedores*, ciertos órganos del Estado que mediante una instancia administrativa ejercen una función similar.

El segundo sentido mediante el cual el constituyente aborda la expresión "Poder Judicial" contenida en el art. 108, remite concretamente al Poder Judicial ya no como función o tarea jurisdiccional —especificada en otras disposiciones tanto constitucionales como legales— sino como órgano; es decir, hace referencia al diseño estructural de la administración de justicia legal.

En este aspecto, el artículo en estudio se limita a establecer que el Poder Judicial de la Nación es ejercido por una Corte a la cual caracteriza como *suprema* y por los demás tribunales a los que denomina *inferiores*; en consecuencia, está imponiendo un orden jerárquico entre estos, es decir, el Poder Judicial es —por expreso mandato de la Constitución— un órgano vertical.

Sucede que el antecedente que observaban en 1853 nuestros constituyentes fundacionales, lejos de ser un sistema abierto, horizontal y democrático de la magistratura (inexistente por entonces), es el inspirado por la escuela militar al que se denomina modelo o estructura tecno-burocrática.

El Estado argentino organizó entonces su burocracia judicial de modo vertical y sobre la base de un modelo de jerarquización que como tal requiere de cierto grado de sumisión, la cual se garantiza de dos formas: 1) mediante un respectivo sistema de sanciones, y 2) mediante la lógica

"carrerista" o de asensos en la estructura piramidal, basada, entre otros elementos, en la fidelidad demostrada al superior.

El riesgo de cualquier modelo tecno-burocrático-verticalista es cerrarse sobre sí mismo y distanciarse del entorno, en el caso de la judicatura distanciarse de la comunidad, produciendo una especie "ghettización" del Poder Judicial, pues las estructuras de tipo burocráticas —en líneas generales— no son flexibles ni dinámicas, en tanto carecen de elementos dinamizantes capaces de impulsar cambios evolutivos; por el contrario, el tipo de ingeniería burocrática tiende tanto a la autosatisfacción como a la construcción de un estado paralelo de realidad también conocido como microclima.

Por último, es importante destacar que tampoco el artículo 108 remite a la composición del Poder Judicial, la cual se encuentra en manos del legislador ordinario o infraconstitucional, quien puede ampliar o disminuir la integración de la Corte de forma totalmente discrecional y a su vez diseñar, del mismo modo, el resto de la estructura judicial estableciendo diversos fueros y diferentes niveles de instancias jurisdiccionales, cuyos miembros serán elegidos mediante mecanismos específicos establecidos en la Constitución y a su vez distintos a los sistemas de elección mediante sufragio directo que rige para el Poder Legislativo, presidente y vicepresidente de la Nación; lo cual da lugar a la afirmación del origen no democrático o falta de legitimidad popular directa del Poder Judicial.

Sin embargo, así como la elección popular es el procedimiento democrático para la selección de nuestros representantes legislativos y ejecutivos, tanto en el orden nacional, provincial como municipal, el concurso público de antecedentes y oposición llevado adelante por el Consejo de la Magistratura de la Nación (art. 114CN) es presentado como el equivalente democrático para seleccionar a quienes integran los tribunales inferiores de la Nación.

No sucede lo mismo respecto de los jueces de la Corte Suprema, a quienes elige directamente el presidente de forma totalmente discrecional.

Corresponde aclarar que todos los cargos del Poder Judicial —sean estos en la Corte Suprema o en los tribunales inferiores de la Nación— requieren del respectivo acuerdo del Senado.

* * *

Art. 109.—

En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.

Comentario por José Ipohorski

I. LA FUNCIÓN JUDICIAL Y EL SISTEMA DE FRENOS Y CONTRAPESOS

El ejercicio de la función judicial, en los términos de la Constitución Nacional, supone que los jueces que integran el Poder Judicial, "conozcan y decidan", en los casos en los que intervienen (art. 116, CN), es decir, que resuelvan con la autoridad que nace de la propia Constitución, las controversias que se susciten entre particulares o entre particulares y el Estado, incluyendo aquí tanto a las provincias como a Estados extranjeros.

Es claro que en la organización del ejercicio del poder público de acuerdo a nuestra Constitución Nacional, no hay una estricta división de poderes o de funciones de gobierno, ya que por lo pronto cada una de las ramas de gobierno se autoadministra en lo que concierne a su propia organización para un mejor cumplimiento de las funciones asignadas. Asimismo, cada uno de los poderes previstos tiene un poder especial de controlar lo que hagan los otros en el ejercicio de sus funciones, oponiendo la ambición de unos funcionarios con la de otros, donde unos funcionarios "frenan" y "contrapesan" la expansión de los demás, en la búsqueda de un equilibrio en el ejercicio del poder que aspira a evitar la opresión de los ciudadanos. Es que si bien el sentido del poder político es protegernos contra la tiranía —ya sea de la nobleza, de la pertenencia a determinado grupo, de las tecnocracias o del dinero— a menos que se lo movilice, divida, controle o balancee, este poder político puede convertirse en poder tiránico⁴³⁴.

A su vez, está de por medio la plena vigencia del respeto al derecho de defensa de la persona y de los derechos (art. 18, CN) que, si bien es una norma que condiciona el ejercicio de todos los poderes del Estado —sobre todo cuando hay alguna afectación o privación de un derecho—, se asume que la mejor defensa es aquella que se ejerce ante los jueces del Poder Judicial, sin injerencias indebidas del Poder Ejecutivo y efectuada ante funcionarios que cuentan con garantías suficientes de imparcialidad e independencia.

Desde esta perspectiva, lo que caracteriza el ejercicio de la función judicial es su carácter de decisor final ya que, a diferencia de lo que sucede con los actos de los demás poderes del Estado, las sentencias dictadas

por los jueces no son susceptibles de ser revisadas por otro poder del Estado, como ocurre con las leyes y los actos administrativos, los cuales pueden llegar a ser declarados inconstitucionales por esta rama de gobierno⁴³⁵. Así, se ha señalado que lo dirimente en lo que se refiere a la caracterización de la función judicial, es que la decisión adoptada pueda ser definitiva y además que sea producida por un órgano imparcial e independiente⁴³⁶.

Debe tenerse presente que en todo acto de privación de un bien a un individuo deben intervenir todos los poderes del Estado y que tengan la debida independencia entre sí, pero más aún cuando estemos frente a la pretensión de ejercer un acto de coacción contra un individuo por parte del Poder Ejecutivo, a instancia o no de otro particular. En estos casos, existen buenas razones para que dicha decisión sea revisada por un Poder Judicial independiente, ya que el ideal en una democracia liberal es que entre el individuo y la coacción estatal se interponga siempre un juez, pero para ejercer este papel no basta que haya funcionarios que se denominan "jueces", sino que ellos satisfagan condiciones de independencia respecto de los demás poderes del Estado⁴³⁷.

Hecha esta aclaración: ¿a qué apunta este art. 109? Antes que nada, debe recordarse que la manera en que se plasmó el sistema de frenos y contrapesos en nuestra organización institucional —y en el resto de los países del continente sudamericano— ha habido una ruptura del sistema de equilibrios, donde el Poder Ejecutivo ha terminado de primar sobre los demás⁴³⁸. En este sentido, esta norma marca la desconfianza que tiene el texto constitucional respecto de la actuación de un poder del Estado —el Poder Ejecutivo— en su relación con el Poder Judicial. Si la Constitución de 1853/60 puede verse como un solapamiento, una transacción entre la tradición conservadora —que ve con buenos ojos un presidencialismo fuerte— y por otro lado el pensamiento liberal —que privilegia la existencia de un ámbito de decisión autónomo en el ejercicio de los derechos individuales— y que por ello requiere de un Poder Judicial independiente sin injerencias presidenciales⁴³⁹, podría decirse esta cláusula intentaría reequilibrar ese sistema de frenos y contrapesos, ya desequilibrado a favor del Poder Ejecutivo, buscando evitar intromisiones indebidas del Poder Ejecutivo en la actuación del Poder Judicial, como un reaseguro de la actuación independiente de ese poder. Ello se lograría garantizando que el Poder Ejecutivo no habrá de inmiscuirse en su tarea, evitando que se entrometa o revise lo ya decidido por el Poder Judicial, habiéndose agotado los mecanismos legales de revisión. En otras palabras, esta cláusula está orientada a que unos funcionarios públicos, con mecanismos específicos de selección, condiciones de permanencia y un procedimiento especial para su remoción —los jueces— sean independientes respecto de los demás poderes del Estado —en particular del Poder Ejecutivo— y puedan así resolver imparcialmente las controversias que les sean

sometidas y sin una suerte de último recurso de la autoridad presidencial, que de otra forma buscaría que sus políticas se impongan frente a cualquier límite que pudiera provenir del Poder Judicial.

II. EL EJERCICIO DE FUNCIONES JUDICIALES POR LA ADMINISTRACIÓN

Pero más allá de los reparos señalados en los párrafos anteriores, nuestro país no ha sido ajeno a una creciente intervención del Poder Ejecutivo y sobre todos sus agencias o entidades que fueron lentamente asumiendo atribuciones de resolución de controversias, tanto contra el Estado como así también de particulares entre sí. En línea con la jurisprudencia norteamericana, se ha terminado aceptando y consolidando la doctrina que admite la constitucionalidad del otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración, sin que por ello se desconozca lo dispuesto en los arts. 18 y 109 de la CN. Así, en el caso "Fernández Arias c. Poggio"⁴⁴⁰, se terminó reconociendo —siguiendo las palabras de ese pronunciamiento— que la realidad de nuestro tiempo, mucha más vasta y compleja que la que pudieron imaginar los constituyentes del siglo XIX, permite que una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia es un instrumento apto para resguardar intereses colectivos de contenido económico y social, en la medida que la decisiones dictadas por los órganos administrativos quede sujeto a "control judicial suficiente". Este control habrá de variar de acuerdo con la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos, la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo.

Puede advertirse que este reconocimiento judicial a las atribuciones de la Administración para resolver ciertas controversias entre partes —como si fuera un tribunal— se ha alejado de la letra del texto constitucional, ya que está de por medio la determinación de los alcances de los derechos de particulares o de alguna atribución estatal, y ello supone adentrarse en el ejercicio de una función encomendada a los jueces. No obstante, al remarcarse esta idea de que todo lo que sea decidido por estos organismos debe ser objeto de un "control judicial suficiente", se ha puesto más el acento en reconocer este carácter final de lo que se decida como una nota diferenciadora de su tarea, y que por tanto la última palabra sobre la cuestión debe quedar en manos de jueces imparciales e independientes, como un freno y un contrapeso a esa expansión ejecutiva. Puede decirse entonces que la práctica jurisprudencial ha aceptado que organismos de la administración lleven adelante tareas asimilables —aunque no idénticas— a la judicial, pero cuidando que la palabra final corresponda al Poder Judicial.

En estas condiciones, a partir de esta línea jurisprudencial, nada impediría que el legislador pueda establecer tribunales administrativos

orientados a dar una respuesta más rápida y eficaz a litigantes, contribuyentes, usuarios en determinadas áreas de regulación del mercado o de la economía, que es a donde generalmente se han orientado esta clase de organismos administrativos que ejercen una función asimilable a la judicial. Sin embargo, debe tenerse presente que, si el art. 76 de la CN veda al Poder Legislativo que este delegue sus propias competencias en el Poder Ejecutivo, mucho menos podría descargar atribuciones ajenas en este último, puesto que ello llevaría desconocer la propia organización de un Poder Judicial independiente cuyas atribuciones se encuentran previstas en la Sección Tercera, de la Segunda Parte, de la Constitución Nacional. En el mismo sentido, la circunstancia de que sea el Congreso el que crea los tribunales y les otorgue competencia (art. 75, inc. 20, CN), no puede llevar a recortar esa competencia de tal manera que termine desconociendo en los hechos las funciones que el Poder Judicial está llamado a cumplir. El riesgo que se advierte es que una actuación coordinada entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, termine "vaciando" por goteo y silenciosamente la competencia de los tribunales en la resolución de conflictos, al otorgarle el conocimiento de una cada vez mayor cantidad de asuntos a agencias administrativas, a contramano del reaseguro previsto en el art. 109 de la Ley Fundamental, y con el riesgo latente de que a su vez se termine de otorgar facultades extraordinarias al presidente o sus colaboradores, como expresamente lo prohíbe el [art. 29](#) de la CN. Sin embargo, no puede pasarse por alto que, luego de la reforma constitucional ocurrida en 1994, se advierte una toma de postura del texto constitucional orientado a descargar ciertos asuntos de un primer conocimiento por parte de los jueces integrantes del Poder Judicial, al otorgar reconocimiento a mecanismos alternativos de resolución de disputas, tales como mediaciones y arbitrajes⁴⁴¹, como así también a la solución de conflictos de acuerdo a lo que la legislación establezca, cuando está de por medio la protección de consumidores y usuarios de bienes y servicios, reconociendo la existencia de entes reguladores y organismos de control que muchas veces actúan como un primer filtro administrativo en las controversias que se suscitan entre concesionarios de servicios públicos, usuarios y otros sujetos afectados ([art. 42](#), CN).

Resulta esclarecedor para analizar la conformidad de estas decisiones políticas del legislador que suponen sacar del conocimiento de los tribunales del Poder Judicial ciertos asuntos, la manera en que la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha considerado esta clase de políticas y el establecimiento de tribunales administrativos. Si bien no existe en la Constitución norteamericana una cláusula similar a la del art. 109, existe semejanza entre nuestro art. 116, que fija la competencia de la Corte y de los tribunales inferiores del Poder Judicial y el art. III de la Constitución de los EE. UU., en cuanto organiza al Poder Judicial de la Unión⁴⁴². Hay numerosos pronunciamientos que tratan estas cuestiones, pero en uno más reciente, la Corte Suprema

norteamericana ha señalado que la mayor eficiencia, su menor costo para los litigantes y la necesidad de que la agencia involucrada pueda alcanzar mejor los logros de la legislación de que se trate justifican el establecimiento y la deferencia a los tribunales administrativos respecto de los tribunales integrantes del Poder Judicial. Se ha señalado que así como el Congreso puede fomentar que las partes arreglen sus disputas fuera de los tribunales o que recurran al arbitraje, sin que ello implique incursiones no permitidas en la separación de poderes, ya que el Congreso puede facilitar la existencia de mecanismos cuasi jurisdiccionales para que las partes, voluntariamente, puedan resolver sus diferencias, la legislación puede establecer una manera expedita, experta y accesible de manejar ciertas cuestiones de hecho que son particularmente adecuadas para su examen y determinación por una agencia administrativa organizada especialmente para esta tarea, resaltando a su vez que esa agencia sea relativamente inmune a las presiones políticas⁴⁴³.

No obstante este reconocimiento a la realidad de la intervención administrativa en asuntos propios del Poder Judicial, siguiendo una tendencia también en la jurisprudencia norteamericana, en algunos pronunciamientos de la Corte Suprema más recientes se ha tratado de acotarla, con el objeto de evitar su desborde. Así, en el caso "Ángel Estrada y Cía.", la Corte reafirmó lo señalado en el caso "Fernández Arias" pero aclaró que las normas constitucionales involucradas "(...) quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad están aseguradas, el objetivo económico y políticos tenidos en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones están sujetas a control judicial amplio y suficiente." Ello no sucede cuando se trata de dirimir conflictos entre particulares que suponen la aplicación de las normas del Cód. Civil ya que "(...) no toda disputa imaginable debe ser sometida a la agencia de la administración porque, de modo periférico, esta tenga algo que ver con alguna de las partes"⁴⁴⁴.

Otro riesgo que existe es que, argumentándose la necesidad de una respuesta ágil y rápida a algún interés social, se soslaye la intervención del Poder Judicial, ampliándose las prerrogativas del Poder Ejecutivo o alguna de sus agencias, otorgándose atribuciones a estas en desmedro de los tribunales y los derechos de los habitantes. Es lo que ha sucedido en el caso de la habilitación legislativa para el dictado de ciertas medidas cautelares por parte de la agencia fiscal (Administración Federal de Ingresos Públicos), tales como embargos, inhibiciones y otras medidas cautelares sobre bienes o cuentas de los habitantes, para llevar adelante los juicios de apremio por incumplimiento de obligaciones fiscales de los contribuyentes. Esta clase de medidas, eran dictadas por sí y ante sí por

representantes de la agencia fiscal, argumentándose la existencia de demoras de los tribunales, los riesgos que ello entraña sobre la correcta percepción de los ingresos fiscales y que en definitiva eran comunicadas al juez competente. La Corte terminó declarando inconstitucionales estas normas, puesto que la mera comunicación de las medidas adoptadas en sede administrativa terminaba desconociendo el principio de la tutela judicial efectiva y la defensa en juicio; a su vez, que es falsa y debe ser desechada la idea de que la prosperidad general constituya un fin cuya realización autorice a afectar los derechos individuales o la integralidad del sistema institucional vigente⁴⁴⁵. En todo caso, la creación de tribunales especializados o los refuerzos presupuestarios al Poder Judicial pueden operar como una manera de brindar una respuesta al interés estatal en juego, sin aumentar el poder de intromisión administrativa dictando medidas cautelares que son propias de los tribunales de la causa, puesto que ellos —los jueces— están en mejores condiciones de evaluar la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y los intereses públicos involucrados, sopesándolos en el caso concreto.

Una particular atención debe prestarse a la posibilidad de que el ejercicio de esa función judicial ejercida por organismos del Poder Ejecutivo involucre la aplicación de sanciones que, al ser de índole punitiva, su determinación y establecimiento corresponde a los tribunales judiciales, como una manera de mitigar un posible ejercicio arbitrario de la coacción estatal.

Debe reconocerse que, a veces, razones de urgencia en la protección del interés general y la facilidad de la constatación del presupuesto fáctico de la medida de coacción directa administrativa involucrada, no justifican, en principio, la intervención anterior de un juez integrante del Poder Judicial para llevar adelante alguna medida limitante de un derecho⁴⁴⁶. Pero nada de ello soslaya el control judicial posterior de una manera expedita y rápida, a fin de evitar injerencias arbitrarias en los derechos de las personas, o la aplicación de lo que vendrían a ser verdaderas condenas administrativas. Ni siquiera en casos de conmoción interior o exterior, el Poder Ejecutivo puede dictar por sí penas de carácter corporal, las que se encuentran expresamente prohibidas (art. 23, CN), ni aquellas de contenido patrimonial, que se constituirían como decomisos que encubren confiscaciones, que en algunos casos —de acuerdo al grado de violencia estatal involucrada— también pueden llegar a manifestarse como las requisiciones armadas fulminadas como medio para perseguir objetivos políticos o económicos estatales, por más loables que sean (art. 17, CN).

Con mayor razón, este control judicial debe ser lo más amplio y generoso posible, sobre todo cuando los organismos o agencias que integran la administración activa —no organismos ajenos a la gestión— son los que llevan adelante esta clase de acciones, careciendo de la necesaria ajenidad y objetividad para la correcta determinación de los

intereses públicos y los derechos de los individuos, justamente por estar directamente involucrados en la aplicación de la legislación de que se trate. En estos casos, la sanción aparece como una herramienta más de la que dispone la administración para alcanzar sus objetivos políticos y existe la tentación de aplicar la norma con criterio amplio en apoyo de las políticas que persigue el organismo, con menor interés en hacer justicia al imputado⁴⁴⁷.

Para evitar estos efectos perjudiciales, la Corte Suprema ha exigido la previa intervención judicial a la agencia de recaudación fiscal (Dirección General Impositiva) antes de imponer una sanción de clausura, reconociendo el carácter represivo de esta clase de medidas y señalando que el efecto devolutivo (no suspensivo) del recurso previsto contra la medida es inconstitucional⁴⁴⁸. En un fallo más reciente, la Corte señaló que la imposición de multas por parte del Banco Central de la República Argentina a directores de una entidad financiera, se encuentra sujeta a las previsiones establecidas en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, ya que el art. 75, inc. 22 de la CN reconoce con jerarquía constitucional a dichos tratados y obliga a tener en cuenta que "(...) el art. 8º, inc. 1º del Pacto de San José de Costa Rica, referente a las garantías judiciales, prescribe no sólo el derecho a ser oído sino también el de ejercer tal derecho con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable; y a su vez, el art. 25 al consagrar la protección judicial, asegura la tutela judicial efectiva contra cualquier acto que viole derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, la ley o la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales". Asimismo se señaló que el carácter administrativo del procedimiento sumarial no soslaya la aplicación de las garantías enunciadas en el art. 8º de la Convención mencionada⁴⁴⁹.

III. EL CONOCIMIENTO DE CAUSAS PENDIENTES

Respecto del segundo aspecto de este artículo, estamos ante un caso que tramita ante el Poder Judicial y que, por el motivo que sea, este es sustraído del conocimiento de los jueces naturales (art. 18, CN), no necesariamente para que el Poder Ejecutivo lo resuelva, pero sí para conocer en él de una manera no prevista en las leyes procesales. No debe confundirse este conocimiento prohibido con el supuesto en que el Poder Ejecutivo u otras agencias administrativas actúen en juicio, ya sea como demandantes, demandadas o incluso como querellante en causas criminales⁴⁵⁰, en donde intervienen en un pie de igualdad con los otros litigantes, sometándose a las alternativas del proceso de acuerdo con las leyes procesales.

Esta alternativa claramente supone una intromisión en el ejercicio de las competencias propias de los jueces, ya que estaríamos frente a una suerte de "avocación" del presidente, sus subordinados o agencias

dependientes, sobre causas pendientes ante los tribunales judiciales, como si fuera un superior jerárquico que los controla, "arrogándose" su conocimiento a fin de que sea el Poder Ejecutivo —u otro organismo, tribunal o personas de su confianza— el que los termine resolviendo siguiendo sus intereses. Lo burdo de la maniobra no quita que nuestra historia registre intentos de hacer lo que la norma le prohíbe al Poder Ejecutivo, de una manera indirecta y disfrazada de otras consideraciones.

Esto ha sucedido por ejemplo en el caso "Dromi"⁴⁵¹, donde el entonces ministro de Obras y Servicios Públicos, a los efectos de acelerar la privatización de la aerolínea estatal en el marco de un ambicioso programa de reforma del Estado, pidió a la Corte que se "avocara" en un caso que había sido fallado en sentido inverso al pretendido por el Poder Ejecutivo en primera instancia, soslayando la intervención de la Cámara de Apelaciones que debía conocer como tribunal intermedio —sin una norma legal que así lo previera⁴⁵²— y así lograr que la Corte Suprema, recientemente ampliada con jueces afines al entonces presidente de la Nación (ley 23.774, BO del 16/4/1990) revocara lo resuelto⁴⁵³. En este sentido, se ha sostenido que "La rapidez con que fue acogido y resuelto el caso, en el que el ministro [Rodolfo] Barra tuvo una intervención destacada, fue interpretada como un apoyo del Tribunal a las políticas de privatización de las empresas públicas que impulsaba el gobierno en los comienzos de la década del noventa"⁴⁵⁴.

Más recientemente, el Poder Ejecutivo, aduciendo sus competencias en el manejo de las relaciones internacionales (art. 99, inc. 11, CN) impulsó que el Congreso sancionara la [ley 26.843](#) (BO del 1/3/2013) por la cual se aprobó el llamado "Memorandum de Entendimiento sobre temas vinculados al ataque terrorista a la sede de la AMIA perpetrado en Buenos Aires el 18 de julio de 1994", suscripto entre nuestro país y la República Islámica de Irán. Aquí también el presidente pretendió arrogarse el conocimiento de una causa pendiente, concretamente aquella en donde se investiga el atentado a la Asociación Mutual Israelitas Argentinas (AMIA), pero lo particular del caso es que no lo hizo directamente o a través de un representante, sino delegándole dicha atribución a un cuerpo consultivo conformado por sujetos extraños a la causa: una comisión de notables, denominada "Comisión de la Verdad", conformada por representantes de nuestro país y de Irán, que estaría llamada a dictaminar respecto de la entidad de las pruebas valoradas en la investigación llevada adelante en nuestro país. Se argumentaba que la decisión de este cuerpo no era final y que solo entrañaba una suerte de opinión experta, pero eso no quita que haya un conocimiento de la causa por un sujeto extraño, cuando la nota característica del Poder Judicial es que "conoce y decide" (art. 116, CN) sin consultar a nadie —salvo al Ministerio Público en los casos en que la ley lo establezca⁴⁵⁵— o que los propios jueces de la causa así lo dispongan, como por ejemplo en cuestiones que suponen

conocimientos científicos o técnicos, disponiendo estudios o peritajes⁴⁵⁶. Es claro que el tipo de opinión o parecer que iba a expresar esta "Comisión de la Verdad" no entrañaba ninguna clase de conocimiento ajeno al propio de los magistrados, que no es otro que valorar el derecho aplicable a la luz de las pruebas incorporadas a la causa.

La actividad de la Comisión que se creaba implicaba que el Poder Ejecutivo, con la anuencia del Congreso, descargara el "conocimiento de una causa pendiente", como prohíbe el art. 109 de la CN, en un sujeto extraño al proceso, más allá de que no "decidiera", tal como lo establece el art. 116 de la Ley Fundamental. Es decir que, a partir de una delegación legislativa impropia, ya que si el legislador no puede delegar una competencia propia, mucho menos podría delegar una que les ajena (conf. arts. 75 y 76, CN), le encarga la tarea de llevar adelante una suerte de control de la actividad jurisdiccional a los jueces naturales del proceso a una "Comisión de la Verdad", siendo esta la clase de mecanismos que la Constitución prohíbe a los efectos de evitar injerencias no autorizadas del Poder Ejecutivo en el ámbito del Poder Judicial.

Es que el tribunal interviniente venía investigando el caso, se habían librado diversas órdenes de captura y, en todo caso, la labor del Poder Ejecutivo debía estar orientada a lograr el cumplimiento de los pedidos y las órdenes del juez de la causa, sin inmiscuirse en el manejo del proceso. En un extenso y bien fundado pronunciamiento, esta ley fue declarada inconstitucional por los tribunales, argumentándose, entre otras consideraciones, que se afectaba la independencia de los tribunales argentinos y la intervención del Ministerio Público Fiscal; que no había sentido en la creación de una "Comisión de la Verdad" cuando ya los jueces de nuestro país estaban conociendo en el asunto, remarcándose la falta de toda intervención de las víctimas en la conformación de dicha Comisión, a diferencia de lo que venía sucediendo en la causa que tramita en la República Argentina⁴⁵⁷.

Es que en el marco de la investigación y juzgamiento de causas criminales, las competencias del Poder Legislativo son la incriminación o desincriminación de conductas (art. 75, inc. 12, CN), la concesión de amnistías generales (art. 75, inc. 20, CN), el establecimiento y la reforma de los Códigos de Procedimiento (art. 75, incs. 12 y 30, CN), es decir, todas normas generales y abstractas no circunscriptas a un caso concreto, como el propio ejercicio de la función legislativa supone. Es así que frente a un hecho criminal ocurrido en nuestro territorio, cuya obligación de juzgamiento surge de la propia Constitución Nacional (art. 118, CN), el establecimiento de una suerte de instancia consultiva no ordenada por el juez de la causa, no se aviene con las normas constitucionales, en particular con el art. 109 de la CN. A su vez, la actuación coordinada del Congreso y del Poder Ejecutivo en el manejo de las relaciones internacionales (arts. 75, inc. 22 y 99, inc. 11, CN), no puede llevar a

desconocer la distribución de poderes que se establece en la Constitución, que es un claro principio de derecho público que limita dichas atribuciones en materia de celebración de acuerdos y tratados internacionales ([art. 27](#), CN).

IV. RESTABLECIMIENTO DE LAS CAUSAS FENECIDAS

En la última alternativa, en un caso tramitado y resuelto por el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo desconoce lo allí decidido, con el objeto de que sea nuevamente conocido por otro tribunal o por quien sea, asumiéndose que no se coincide con el resultado arribado. Esta prohibición guarda similitud con la garantía que establece la intangibilidad de la cosa juzgada contra todo intento de reapertura de un proceso ya terminado, fuera de los casos previstos en la ley procesal, y a su vez guarda similitud con el derecho de todo individuo a no ser perseguido dos veces por el mismo hecho (art. 8.4, CADH; art. 14.7, PIDCP).

No obstante lo categórico de su formulación, esta limitación no ampara frente a la revisión de aquellas decisiones obtenidas mediante fraude o manipulación del tribunal, en donde la cosa juzgada terminaría amparando la llamada cosa juzgada fraudulenta o írrita, obtenida para garantizar la impunidad de quien se ve beneficiada con ella, ya que no "(...) no cualquier desatinada acumulación de actos procesales es un proceso, ni cualquier conjunto de construcciones gramaticales constituye una sentencia, si se pretende proceder con ajuste a lo que reclaman los baremos constitucionales pertinentes"⁴⁵⁸. Sin embargo, esta vía excepcional de reapertura de procesos cerrados solamente podría ser pedida por particulares, asociaciones, autoridades o magistrados provinciales o el Ministerio Público, pero no por el Poder Ejecutivo o sus dependencias, frente a la prohibición prevista en la norma aquí comentada.

* * *

Art. 110.—

Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones.

I. INTRODUCCIÓN

El art. 110 de la CN constituye una pieza fundamental del diseño de un Poder Judicial independiente pues instituye dos garantías esenciales que permiten que quienes integran ese poder cumplan sus funciones con autonomía: la inamovilidad de los jueces y la intangibilidad de sus remuneraciones.

Al igual que ocurrió con varios artículos de nuestra Constitución Nacional, el texto del artículo original — consagrado en la Constitución del año 1853 — proviene del incluido a instancia de Alexander Hamilton en el art. III, sección 1, de la Constitución de los Estados Unidos⁴⁶⁰. Ya en ese entonces se concebía a las garantías de inamovilidad e intangibilidad de las remuneraciones de los jueces no como privilegios personales sino, precisamente, como garantías tendientes a asegurar el buen funcionamiento del Poder Judicial⁴⁶¹.

Este artículo no opera en soledad, sino que forma parte del conjunto de disposiciones orgánicas de la Constitución que posibilitan que el Poder Judicial actúe libre de las presiones que puedan emanar del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo. Así, es imposible analizarlo sin adoptar una mirada integral y concentrarse en las restantes disposiciones que componen el diseño de gobierno ideado por los constituyentes⁴⁶².

En esta ocasión, nuestro foco está situado en las problemáticas que giran en torno al art. 110 de la CN que históricamente han tenido una importante presencia en la agenda política de la Argentina. Entre ellas se destaca la manera en la que se diseña el régimen aplicable al Poder Judicial —tal como la duración de los mandatos de los jueces— a raíz de los efectos concretos que este tiene en la separación de poderes. A su vez, en un país profundamente marcado por la desigualdad económica, preguntas tales como si los jueces y los restantes integrantes de la justicia deben estar exentos del pago de impuestos o si sus sueldos deben estar protegidos contra la inflación de la moneda, se tornan especialmente significativas.

En el presente capítulo nos concentramos exclusivamente en los miembros de la justicia, entendidos como las personas que forman parte del Poder Judicial federal. En consecuencia, no analizaremos la situación de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa ni del Ministerio Público Fiscal, que está regulada por el art. 120 de la CN, entre otros.

La estructura del capítulo será la siguiente. En primer lugar, abordaremos la identidad de las personas alcanzadas por el art. 110. En segundo lugar, analizaremos la inamovilidad de los jueces. En tercer lugar,

discutiremos la irreductibilidad de sus remuneraciones. Finalmente, describiremos el alcance de la garantía de inmunidad de los jueces.

II. LAS PERSONAS ALCANZADAS POR EL ART. 110 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

2.1. Los sistemas de justicia provinciales

El art. 110 hace referencia expresa a los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación; esto es, a los jueces federales de tribunales inferiores a la Corte Suprema. La omisión de la referencia a los jueces provinciales es evidente, y responde a que, en virtud de los arts. 5º, 121 y 122 de la CN, las provincias tienen competencia privativa y excluyente para definir sus propias instituciones de gobierno, entre las que se encuentra su sistema de administración de justicia.

No obstante, el hecho de que las provincias gocen de autonomía para regular sus propios sistemas de administración de justicia no ha impedido que se cuestione si es constitucional que ellas adopten procedimientos y condiciones para la elección y designación de sus jueces diferentes a aquellos establecidos en la Constitución Nacional.

En efecto, se ha discutido la constitucionalidad del sistema adoptado por la provincia de Salta que dispone que los jueces del superior tribunal de justicia sean designados por un período de seis años⁴⁶³.

En este sentido, ciertos doctrinarios recuerdan que la exigencia de que los integrantes de los sistemas judiciales provinciales sean independientes responde al sistema representativo republicano impuesto por la Constitución Nacional, un sistema que las provincias se comprometieron a adoptar⁴⁶⁴. A partir de ello, argumentan que las garantías establecidas en el art. 110 representan la única manera de asegurar la independencia de los integrantes de la justicia. Además, otros invocan el "Estatuto del Juez Iberoamericano", que en su punto 14 establece que los jueces deben ser inamovibles desde el momento en que adquieren tal categoría como garantía de su independencia⁴⁶⁵.

Estos argumentos son similares a aquel que sostiene que las Constituciones provinciales no pueden permitir más de una o dos reelecciones de gobernadores por atentar contra el sistema republicano⁴⁶⁶. Todos ellos, no obstante, resultan en principio difíciles de defender a la luz del art. 122 de la CN, según el cual las provincias "se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas" (art. 122)⁴⁶⁷.

La Corte Suprema abordó la cuestión de la inamovilidad de los jueces provinciales en al menos dos ocasiones. En el caso "Iribarren" (1999)⁴⁶⁸, el tribunal declaró la inconstitucionalidad del art. 88 de la Constitución de

la provincia de Santa Fe en cuanto disponía la pérdida de la inamovilidad de los jueces a los 65 años de edad si estaban en condiciones de obtener jubilación ordinaria, sujeta a la decisión del Poder Ejecutivo de disponer o no la remoción del juez. Al decidir, la Corte consideró que el art. 88 de la Constitución provincial sometía a estos jueces a permanecer en la función sin "un atributo indispensable para su debido cumplimiento, con un carácter precario, sujetando este estado al exclusivo arbitrio del Poder Ejecutivo"⁴⁶⁹. En este caso, la Corte Suprema estableció lo que —a la luz de su jurisprudencia en cuanto al alcance de las autonomías provinciales— resultaba obvio: que no cualquier diseño provincial es compatible con disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno.

Años más tarde, la Corte Suprema volvió a abordar la cuestión en la causa "Federación Argentina de la Magistratura c. Salta, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad". En esa ocasión, la Federación Argentina de la Magistratura, una asociación civil sin fines de lucro que nuclea a colegios, círculos y asociaciones de magistrados y funcionarios judiciales de todas las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, promovió una acción declarativa de certeza contra la provincia de Salta a fin de que se declare la inconstitucionalidad del citado art. 156, primer párrafo, de la Constitución local, que dispone que los jueces del superior tribunal de justicia provincial son designados por un período de seis años.

En primer lugar, la Corte Suprema sostuvo que estaban dados los presupuestos para la jurisdicción originaria de la Corte⁴⁷⁰ y se corrió vista de las actuaciones a la Procuración General de la Nación para que se expidiera sobre el fondo de la cuestión.

El Procurador Fiscal ante la Corte Suprema subrogante sostuvo que la disposición provincial no era inconstitucional. En particular, entendió que no se desprendía de la interpretación del art. 110 ni de ningún otro precepto de la Constitución Nacional la prohibición de que los Estados provinciales le impongan límites objetivos a la estabilidad en los cargos de los magistrados judiciales, en tanto y en cuanto esos límites no generen un riesgo para la independencia de los jueces⁴⁷¹.

El dictamen destacó la jurisprudencia de la Corte Suprema respecto de la garantía de la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces. Esta jurisprudencia —explicó el procurador fiscal Sachetta— sostiene que el alcance mediante el cual la garantía de la intangibilidad es consagrada a nivel provincial "constituye materia propia de la zona de reserva local e inmune —en principio— a la actividad del Tribunal"⁴⁷². Sachetta consideró que esta jurisprudencia era aplicable a la causa puesto que tanto la inamovilidad de los jueces como la intangibilidad de sus retribuciones

constituyen garantías de la función judicial y conforman dos pilares constitucionales de la independencia del Poder Judicial.

Sorprendentemente, una vez que las actuaciones volvieron a la Corte Suprema, esta se retractó de su decisión anterior y sostuvo que la primera confrontación normativa a resolver en la causa se producía entre distintas normas de la provincia de Salta⁴⁷³. En otras palabras, explicó que en la acción se había formulado un planteamiento conjunto y no exclusivamente federal pues, a fin de resolver la controversia, había que determinar si las disposiciones de la norma impugnada confrontaban tanto con la Constitución Nacional como con las disposiciones de los arts. 150 y 151 de la misma Constitución provincial —que establecen la independencia del Poder Judicial salteño—. Sobre la base de este argumento, dispuso que la causa debía tramitar primero en la provincia.

A partir de esta sentencia —emitida diez años después del inicio de la acción en el 2007—, es a la justicia salteña a la que le compete la determinación de inconstitucionalidad del art. 156 de la Constitución provincial. Recientemente se interpusieron dos acciones ante el superior tribunal de Salta con ese propósito. Mucho se ha dicho acerca de qué sucederá en estas causas. Naturalmente, se ha opinado que los conjuces que intervendrán en estos procesos tendrán incentivos para decidir en favor de la movilidad judicial, con la mira puesta en llegar a ocupar ellos mismos más fácilmente dichos cargos.

2.2. Las implicancias para el Ministerio Público de la Defensa y el Ministerio Público Fiscal

El art. 110 hace expresa referencia a los jueces, por lo que es claro que no alcanza a los integrantes del Ministerio Público. El régimen aplicable a los integrantes de ese ministerio se rige conforme al art. 120 de la CN, que establece su independencia con autonomía funcional y autarquía financiera.

No nos corresponde abordar aquí las garantías funcionales del Ministerio Público, comentadas por otros autores en esta obra. Sin embargo, es importante destacar que la postura según la cual el Ministerio Público es un verdadero cuarto poder del Estado —o, a lo sumo, un órgano extra-poder autónomo que no depende de ningún poder de gobierno— implica defender que sus integrantes deben gozar de garantías esenciales que les permitan ejercer sus funciones con autonomía.

En el caso de los jueces, las garantías que aseguran su independencia están expresamente plasmadas en el art. 110 de la CN. No obstante, estas garantías no se encuentran expresamente contempladas en favor de los integrantes del Ministerio Público Fiscal ni en el art. 110 ni en el 120. Recientemente, esta cuestión tomó protagonismo cuando se debatió si la

ex Procuradora General de la Nación Alejandra Gils Carbó podía ser removida exclusivamente por juicio político o si cabía una vía de remoción alternativa.

Uno de los argumentos que esgrimieron aquellos que defendían el recurso al juicio político como vía exclusiva de remoción de una Procuradora General era que, de acuerdo con una interpretación armónica de la Constitución Nacional, el Ministerio Público debe estar en una situación equiparable a la del Poder Judicial. A partir de ello, sostenían que las garantías previstas en el art. 110 para los jueces de la nación deben necesariamente ser extendidas a los integrantes del Ministerio Público⁴⁷⁴.

Esta cuestión está lejos de haber sido resuelta. No obstante, puede argumentarse que los legisladores —primeros intérpretes de la Constitución Nacional— adoptaron una lectura que va en esta dirección. La equiparación en términos de garantías funcionales entre los integrantes del Poder Judicial y del Ministerio Público ha informado el contenido de las normas orgánicas del Ministerio Público. En efecto, al sancionar las leyes 24.946, 27.148 y 27.149, los legisladores dotaron a los integrantes del Ministerio Público —no solo a fiscales y defensores, sino también a funcionarios y empleados— de las mismas garantías que las otorgadas a los magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial.

Así, de conformidad con las leyes orgánicas del Ministerio Público, los fiscales y defensores gozan de la estabilidad en el cargo mientras dure su buena conducta⁴⁷⁵. Además, los miembros del Ministerio Público son equiparados a los del Poder Judicial a los fines remuneratorios, previsionales y tributarios, como así también en cuanto a su jerarquía, protocolo y trato⁴⁷⁶.

En el mismo sentido, el mecanismo de remoción de los fiscales y defensores está dotado de idénticas garantías procedimentales que el de los jueces. Así, esos magistrados solo pueden ser removidos por un tribunal de enjuiciamiento colegiado de composición plural, por las causales previstas en la ley, y en el marco de un proceso oral, público, contradictorio y continuo que garantice el derecho de defensa⁴⁷⁷. Por su parte, el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación son removidos mediante el mismo proceso que los jueces de la Corte Suprema de la Nación: el juicio político⁴⁷⁸.

Sin embargo, permanece abierta la discusión respecto de si esta protección es meramente de fuente legal —en cuyo caso podría ser modificada por una ley subsiguiente— o si se trata en cambio de una interpretación constitucional de los arts. 110 y 120.

En octubre de 2017, el juez Cayssials reconoció una tercera opción: declaró la inconstitucionalidad del art. 76 de la ley 27.148 que establece el

procedimiento de juicio político como mecanismo para remover al procurador general de la Nación⁴⁷⁹. Cayssials consideró que este artículo atenta contra el art. 53 de la CN, según el cual "los únicos magistrados y funcionarios que pueden ser sometidos a juicio político son los que enumera dicha norma"⁴⁸⁰. Se trató de un proceso sumamente politizado, en donde dos asociaciones cercanas al gobierno ("Será Justicia" y el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, que no debe confundirse con el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal) solicitaron esta declaración en un contexto en el que el presidente Mauricio Macri buscaba desplazar a la Procuradora General Gils Carbó de su cargo⁴⁸¹ posiblemente en ausencia de caso o causa, de conformidad con el art. 116 de la CN.

III. LA INAMOVIBILIDAD DE LOS JUECES: LA DURACIÓN DE SU MANDATO

El art. 110 de la CN establece que los jueces conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta. Ello implica, por un lado, que los jueces únicamente pueden ser removidos en caso de que incurran en mala conducta —aspecto que desarrollaremos en la sección siguiente— y, por el otro, que el mandato de los jueces es de carácter vitalicio —en este sentido, esta garantía se encuentra limitada por el art. 99, inc. 4º, que analizaremos oportunamente.

No se trata de una decisión institucional obvia: el sistema de jueces vitalicios no necesariamente garantiza un Poder Judicial independiente. Recientemente, este dilema ha estado en el centro del debate político de los Estados Unidos con motivo de la renuncia del juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos, Anthony Kennedy. Su retiro le dio al presidente Donald Trump, quien ya había tenido la posibilidad de nombrar a un juez durante su mandato, la oportunidad de nombrar a un segundo juez de la Suprema Corte y así consolidar un tribunal de carácter conservador⁴⁸². El caso de Kennedy refleja cómo circunstancias mayormente azarosas pueden permitirle a un presidente imprimir una influencia en una Corte Suprema durante décadas. En este caso, el tribunal adoptaría una dirección conservadora, pero en otros casos podría adoptar otro tipo de ideologías y/o afinidades partidarias⁴⁸³.

Todos los jueces tienen, por supuesto, ideología⁴⁸⁴. Ante esta realidad, es posible defender la necesidad de asegurar cierta diversidad entre los integrantes del Poder Judicial como requisito constitutivo de la independencia. Por ejemplo, el hecho de que un presidente pueda nombrar a todos los integrantes de una Corte, que luego ocuparán sus cargos de forma vitalicia, atentaría contra ciertas visiones de lo que significa la independencia judicial⁴⁸⁵. Esta no es necesariamente la visión de independencia judicial que adopta el art. 110 de la CN. Pero es cierto que otros diseños institucionales que permitan cierta movilidad podrían ser

más favorables a la diversidad y, en consecuencia, a visiones alternativas de la independencia judicial⁴⁸⁶.

Precisamente, en el año 2017 la Corte Suprema confirmó la idea de que el carácter vitalicio del mandato de los jueces no constituye la única manera de garantizar la independencia del Poder Judicial. En el caso "Schiffrin", que abordaremos más adelante al tratar la constitucionalidad del art. 99, inc. 4º de la Constitución, la Corte afirmó *obiter dictum* que "el sistema elegido por el constituyente [no necesariamente es] el que mejor garantiza la independencia judicial, sino simplemente uno más dentro de las distintas alternativas que se siguen en otros modelos organizacionales de las repúblicas que aseguran el estado constitucional de derecho y la independencia del Poder Judicial. (...) Es evidente que la inamovilidad y la independencia pueden garantizarse de diversas maneras y sin necesidad de asegurar un cargo vitalicio, tal como surge de los numerosos ejemplos existentes en el derecho comparado"⁴⁸⁷.

En esta misma línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al expedirse sobre el mandato de los jueces, tampoco consideró el carácter vitalicio de los cargos judiciales como un rasgo necesario para garantizar la independencia del Poder Judicial. En el documento titulado "Garantías para la Independencia de las y los Operadores de Justicia", la Comisión se limitó a afirmar que "el nombramiento para mandatos de corta duración debilita el sistema de justicia y afecta a la independencia y el desarrollo profesional" y que, en ese sentido, los períodos más prolongados —especialmente para los cargos de magistrados de las supremas cortes, defensores o fiscales generales— al no estar los funcionarios sujetos a una reelección, favorecen ampliamente la estabilidad en los cargos y, en esa medida, su independencia⁴⁸⁸.

Un breve análisis de derecho comparado latinoamericano parece confirmar que el sistema interamericano no impone el establecimiento de jueces con cargos vitalicios. En efecto, otros países de la región han adoptado diseños constitucionales alternativos a fin de asegurar la independencia de sus jueces. Por ejemplo, en Uruguay, los miembros de la Suprema Corte de Justicia duran diez años en sus cargos y no pueden ser reelectos sin que medien cinco años entre su cese y la reelección⁴⁸⁹. Además, de conformidad con la Constitución, todos los miembros del Poder Judicial cesan en el cargo al cumplir setenta años de edad⁴⁹⁰. Similarmente, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México duran en sus cargos quince años y no pueden ser reelectos⁴⁹¹. Por su parte, las 21 juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador son designados por períodos de nueve años, no pueden ser reelectos y se renuevan por tercios cada tres años⁴⁹².

IV. LAS EXCEPCIONES AL MANDATO VITALICIO DE LOS JUECES

4.1. Destitución

De acuerdo con el artículo bajo análisis, los jueces de la Corte Suprema y de los restantes tribunales federales conservarán sus empleos "mientras dure su buena conducta".

Existen dos mecanismos de remoción de jueces: uno aplicable a los jueces de la Corte Suprema y otro aplicable a los restantes jueces federales. El [art. 53](#) de la CN, aplicable a los jueces de la Corte Suprema, y el 115, aplicable a los restantes jueces federales, precisan las causales sobre la base de las cuales todos ellos podrán ser removidos: "mal desempeño", "delitos en el ejercicio de sus funciones" y "crímenes comunes".

Estas causales son taxativas. Tal como afirman Sebastián Guidi y Nicolás Dassen al comentar en esta obra el art. 114 relativo al Consejo a la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento ha descartado que la "mala conducta", por oposición al término "buena conducta" expresamente mencionado en el art. 110, configure una causal autónoma de destitución, sino que es una manifestación del "mal desempeño".

En la historia argentina hubo solamente dos juicios políticos a jueces de la Corte Suprema. En el año 1947, durante la primera presidencia de Perón, se realizó un juicio político contra la totalidad de los integrantes de la Corte Suprema —Antonio Sagarna, Benito Nazar Anchorena, Francisco Ramos Mejía y Roberto Repetto— y contra el Procurador General de la Nación, Juan Álvarez. La sentencia, dictada el 30 de abril de 1947, dispuso remover de sus cargos a todos ellos, salvo al juez Repetto que fue excluido por el voto de la mayoría por haber renunciado a su cargo. El único que juez que quedó fuera del juicio político fue Tomás Casares.

El segundo juicio político ocurrió una vez finalizada la década menemista. El período transcurrido entre el primer juicio político y el segundo, sin embargo, no fue pacífico. Por el contrario, la estabilidad de la Corte Suprema estuvo sujeta a diversos vaivenes políticos, los más destacados, las dictaduras militares. Aun sin juicio político, la mayoría de los golpes de Estado fueron sucedidos por destituciones masivas de los integrantes de la Corte Suprema⁴⁹³.

Tal como describe Diana Kapiszewski, la totalidad de los miembros de la Corte fueron reemplazados en 1955, y tres de sus cinco miembros fueron sustituidos nuevamente en 1958⁴⁹⁴. La Corte volvió a ser reemplazada íntegramente en los años 1966, 1973 y 1976⁴⁹⁵. Luego del final de la última dictadura cívico militar, en el año 1983, se integró una vez más el Máximo Tribunal por completo a través del proceso constitucional⁴⁹⁶. Daniel Sabsay se refiere al período comprendido entre 1947 y 1983 como aquel con menor estabilidad, "ya que se sucedieron 46

jueces, algunos de los cuales no llegaron a durar un año en funciones, con un promedio de 4,17 años cada uno"⁴⁹⁷.

En el año 2003, Néstor Kirchner impulsó el segundo juicio político a jueces de la Corte Suprema. Su objetivo era la destitución de la Corte de Menem —también conocida como la corte de la "mayoría automática", en referencia a los integrantes de la Corte nombrados por Carlos Menem que votaban sistemáticamente en favor de todo interés oficialista. Los jueces removidos por este juicio político fueron Eduardo Moliné O'Connor y Antonio Boggiano. Por su parte, Julio Nazareno, Adolfo Vázquez y Guillermo López renunciaron.

Las ocasiones en las que fueron removidos jueces federales de instancias inferiores se encuentran descriptas en el comentario al art. 114 de esta obra.

4.2. La edad

En el año 1994, la Convención Constituyente modificó el art. 99, inc. 4º de la CN, que aborda la facultad del Poder Ejecutivo de intervenir en el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema y de los restantes tribunales inferiores. Dicha reforma introdujo una nueva excepción al mandato vitalicio de los jueces.

Específicamente, la nueva versión del artículo establece que "[u]n nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite". La cláusula transitoria undécima fijó el 22 de agosto de 1999 como la fecha de entrada en vigencia de la caducidad de los nombramientos de los magistrados mayores de setenta y cinco años.

El art. 99, inc. 4º no fue bienvenido por los jueces quienes —de un momento a otro— vieron su garantía de inamovilidad restringida. La nueva Constitución estableció que su edad jubilatoria era a los 75 años, edad a partir de la cual solo podrían continuar en sus cargos mediando acuerdo del Senado y por períodos de cinco años (renovables indefinidamente por nuevos acuerdos del Senado).

En efecto, en 1999, ante la inminente entrada en vigencia de la caducidad de su nombramiento, el entonces juez de la Corte Suprema Carlos Fayt, quien tenía 80 años de edad, entabló una acción para que se declarara la inconstitucionalidad del art. 99, inc. 4º, párrafo tercero de la Constitución. En ese caso, la Corte Suprema concluyó que esa norma era

fruto de un ejercicio indebido de la limitada competencia otorgada a la convención reformadora⁴⁹⁸.

Para así decidir, la Corte Suprema sostuvo que la reforma constituyente debía actuar dentro de los límites autorizados por el Congreso de la Nación al declarar la necesidad de reforma con arreglo a las condiciones que expresa el texto de la Constitución. Destacó que el art. 110 (anterior 96) no había sido incluido en el conjunto de cláusulas que la convención reformadora estaba habilitada para revisar de conformidad con la [ley 24.309](#) que declara la necesidad de reformar la Constitución Nacional⁴⁹⁹. Asimismo, la Corte entendió que la posibilidad de remover a los jueces federales con motivo del cumplimiento de una edad determinada tampoco era parte del Núcleo de Coincidencias Básicas⁵⁰⁰. Así, dispuso la nulidad de la reforma introducida por la convención reformadora de 1994 en el art. 99, inc. 4º, párrafo tercero y en la disposición transitoria undécima al art. 110 de la CN.

El fallo, naturalmente, fue controversial y objeto de diversas críticas⁵⁰¹. Fundamentalmente, se criticó la legitimidad de la decisión en tanto los jueces que componían la Corte Suprema no se excusaron, con excepción del juez Petracchi, cuya excusación fue desestimada por la Corte y terminó votando en disidencia. Además, se objetó que la Corte rechazara la recusación formulada por el entonces Procurador General Nicolás Becerra.

El caso Fayt también generó varias dudas. Por un lado, muchos se preguntaron si, a los efectos de determinar cuál debía ser la edad de jubilación de los jueces, acaso no era relevante ver por qué Constitución habían jurado esos jueces —esto es, si importaban "los términos" en virtud de los cuales se habían obligado los jueces al prestar juramento. Este interrogante, sin embargo, había sido despejado meses atrás cuando la Corte resolvió el caso "Iribarren", discutido al comienzo de este capítulo⁵⁰². En ese caso, el juez Iribarren había jurado por la Constitución provincial de Santa Fe que ya incluía la cláusula que él después impugnó ante la justicia. Sin embargo, la Corte no consideró este antecedente un obstáculo para declarar la inconstitucionalidad de la cláusula y determinó así que no importan los términos por los cuales hubieran jurado los jueces. De este modo, a la luz de la doctrina Fayt-Iribarren, debía entenderse que los jueces que hubieran accedido a sus cargos luego de la reforma de 1994 no enfrentarían obstáculos para impugnar la constitucionalidad del art. 99, inc. 4º.

Una de las preguntas que más resonaron luego del dictado del fallo fue cuáles serían los efectos de la sentencia; esto es, qué sucedería con los restantes jueces que estuvieran en la misma situación que Fayt. Es importante destacar que en la parte dispositiva de la sentencia, la Corte dictó la nulidad de la cláusula y no su inconstitucionalidad —lo que significó

para algunos que la sentencia necesariamente debía tener carácter *erga omnes*⁵⁰³.

Por su parte, en su momento, María Angélica Gelli opinó que los efectos de la sentencia fueron confirmados por la práctica posterior de los poderes políticos, en el sentido de que los presidentes de la Nación y el Consejo de la Magistratura no insistieron en la renuncia de aquellos jueces que hubieran cumplido 75 años⁵⁰⁴.

Es necesario mencionar que el escenario descrito por Gelli cambió cuando la presidenta Cristina Fernández de Kirchner comenzó a presionar públicamente al juez Fayt para que renunciara. El pedido fue sostenido por el entonces jefe de Gabinete Aníbal Fernández, quien solicitó a la comisión de juicio político de la Cámara de Diputados que se le hiciera una evaluación psicofísica al juez Fayt. Como es de público conocimiento, el juez Fayt permaneció en el cargo hasta sus 97 años y anunció su renuncia a fines del mandato de la presidenta Cristina Fernández de Kirchner, que haría efectiva una vez que la presidenta completara su mandato.

Por otra parte, no todos los jueces de la Corte Suprema decidieron ampararse en la doctrina del caso Fayt. En efecto, los jueces Augusto César Belluscio y Eugenio Raúl Zaffaroni presentaron su renuncia al cumplir los 75 años de edad. En su renuncia, Belluscio sostuvo que razones éticas le impedían aprovecharse de una sentencia que él mismo había dictado⁵⁰⁵. Zaffaroni fundó su decisión en el texto constitucional posterior a la reforma de 1994 y agregó que los cargos de carácter vitalicio eran más propios de una monarquía que de un sistema republicano⁵⁰⁶.

Distinto fue el caso de los jueces Enrique Santiago Petracchi y Elena Highton de Nolasco. En el año 2011, Petracchi promovió una acción declarativa de certeza a fin de preservar su cargo una vez cumplidos sus 75 años. Obtuvo una medida cautelar en primera instancia que quedó firme porque el Estado no la recurrió⁵⁰⁷. Por su parte, en el año 2016, Highton de Nolasco inició un amparo a los mismos efectos. El juez Lavié Pico hizo lugar a la acción y, nuevamente, el gobierno optó por no apelar la resolución⁵⁰⁸.

En el año 2017, la Corte Suprema dio un giro de ciento ochenta grados en su jurisprudencia en la materia. En la causa "Schiffrin Leopoldo Héctor c. Poder Ejecutivo Nacional", el tribunal revocó la doctrina sentada en el caso Fayt⁵⁰⁹. De este modo, volvió a reconocer la validez de la única norma de la Constitución Nacional que fue declarada nula en toda la historia constitucional argentina.

La Corte se tomó el trabajo de explicar por qué decidió cambiar su jurisprudencia —algo poco habitual⁵¹⁰, aunque esperable a fin de evitar lucir como un tribunal inconsistente en un asunto delicado y de crucial

trascendencia política. En primer lugar, la Corte destacó que la sentencia dictada en el caso Fayt había sido la única vez en que la reforma constitucional no había sido aplicada, y que el fallo había atendido a una situación transitoria pues estaba en juego la posible afectación que podría acarrear la aplicación de la norma impugnada sobre la estabilidad de un magistrado en ejercicio⁵¹¹.

En segundo lugar, señaló que había transcurrido tiempo suficiente — más de veintidós años— para disipar los temores de que la aplicación de la norma afectara la situación de independencia de los jueces⁵¹².

Sorteado esto, la Corte sostuvo que el control judicial de la actuación de una Convención Constituyente debía adoptar la máxima deferencia hacia el órgano reformador, en virtud del alto grado de legitimidad y representatividad que tiene la voluntad soberana del pueblo expresada a través de la Convención Constituyente⁵¹³. Entendió que tal criterio amplio no había sido aplicado en "Fayt" y que —por el contrario— el criterio hermenéutico restrictivo según el cual el Congreso puede establecer no solo la necesidad de la reforma, sino también su contenido, y que la Convención Constituyente no puede apartarse de ello, atentaba contra la división de poderes⁵¹⁴. En ese contexto, enumeró las normas que deberían ser declaradas nulas en caso de aplicarse el criterio amplio de revisión⁵¹⁵.

La Corte advirtió, entonces, que era necesario abandonar la doctrina del caso "Fayt" y adoptar un nuevo estándar de control que fuera deferente y que respetara la voluntad soberana del pueblo expresada en la Convención Reformadora. Según dicho estándar, solo cabe descalificar la actividad de la Convención Constituyente en dos supuestos: (1) cuando se demuestre categóricamente que existe una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la habilitación conferida y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente; (2) cuando lo decidido por la Convención afecte, de un modo sustantivo y grave, el sistema republicano como base del estatuto del poder constitucional o los derechos fundamentales inderogables que forman parte del contenido pétreo de la Constitución⁵¹⁶. Esto es especialmente importante y trasciende enormemente a la problemática específica que nos compete: la Corte determinó los alcances y límites del poder de la Convención Constituyente.

La Corte aplicó el estándar desarrollado con anterioridad a los hechos del caso. Por un lado, explicó que la inclusión del art. 99, inc. 4º había respetado los límites establecidos por la norma habilitante. Señaló en este sentido que la [ley 24.309](#), al habilitar a la Asamblea reformadora de 1994 a actualizar las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo contenidas en la Constitución Nacional, incluyó los diversos componentes del proceso de designación de los jueces federales⁵¹⁷. A partir de ello, la Corte

concluyó que el constituyente realizó una exégesis racionalmente posible del alcance de la norma habilitante⁵¹⁸.

Por el otro, entendió que el límite de 75 años de edad para la inamovilidad de los jueces federales no afectaba ninguno de los principios fundantes del Estado de derecho ni, específicamente, el principio de la independencia judicial⁵¹⁹. Al respecto, advirtió que la inamovilidad no exige cargos vitalicios para los jueces, sino un sistema jurídico institucional que cree las condiciones necesarias para que los jueces se desempeñen bien y legalmente, de manera independiente y sin injerencia o presión de poderes externos, con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos sobre el interés supremo de la justicia y de la ley⁵²⁰.

Parecería ser, entonces, que el tema se encuentra actualmente zanjado. Al día de hoy, la página web de la Corte, al describir el mandato de los jueces cita la regla del art. 99, inc. 4º, párrafo tercero⁵²¹.

V. LA INAMOVIBILIDAD DE LOS JUECES: OTRAS GARANTÍAS

La garantía no solo protege la permanencia de los magistrados en la función judicial, sino también su permanencia en el grado y la sede de su juzgado.

En el año 1945, un decreto presidencial dispuso que Salvador Dana Montaña, juez federal de la ciudad de Santa Fe, fuera trasladado a un juzgado federal en San Rafael, Mendoza, y a su vez que el juez de Mendoza ocupara el lugar del juez Montaña. En respuesta, el 2 de abril de 1945, la Corte Suprema dictó una acordada en la que sostuvo que "el traslado de los jueces importa [la] violación de la garantía [de inamovilidad] si no media el consentimiento de los traslados o los superiores intereses de una mejor organización de la justicia"⁵²².

El alcance de la garantía de inamovilidad de los jueces ha sido cuestionado en el debate relativo al traspaso de los jueces nacionales de los fueros ordinarios de la Capital Federal al Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. En efecto, muchos de los que se resisten al traspaso han alegado que aquel atenta contra el art. 110 de la CN⁵²³. Sin embargo, lo cierto es que en la práctica dicho argumento no ha logrado imponerse como un obstáculo a la transferencia y, si bien la Corte Suprema no se ha expedido sobre este punto en concreto, sí ha emitido una sentencia en la que decidió no prestarle importancia al argumento de la inamovilidad.

En el caso "Corrales"⁵²⁴, la Corte Suprema resolvió un conflicto de competencia planteado entre la justicia federal y la justicia nacional para resolver un hábeas corpus colectivo. En este contexto, los jueces Lorenzetti y Maqueda, conformando el voto mayoritario de la Corte, sostuvieron que "en atención a que la Constitución federal le reconoce a

la Ciudad de Buenos Aires su autonomía no puede sino concluirse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio y su continuidad se encuentra supeditada a que tengan lugar los convenios de transferencia de competencias antes aludidos"⁵²⁵. Este argumento, reconocieron los jueces, implica necesariamente el abandono del tradicional criterio jurisprudencial según el cual, a los efectos de analizar si en una causa se estaba denegando el fuero federal, todos los magistrados que integran la judicatura de Capital Federal revestían el mismo carácter federal. Por consiguiente, Lorenzetti y Maqueda concluyeron que a los efectos de dirimir cuestiones de competencia, no corresponde equiparar a los tribunales nacionales ordinarios con los federales.

Asimismo, diversos doctrinarios rechazan la idea de que la transferencia sea violatoria del art. 110 de la CN. Al respecto, Marcela Bastera sostiene que siempre y cuando la transferencia asegure la equivalencia en el cargo, el grado, las funciones y demás condiciones en las cuales el servicio es prestado —algo previsto en la cláusula transitoria trece de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—⁵²⁶, no tiene sustento jurídico la postura que rechaza la transferencia por inconstitucional⁵²⁷. Destaca que el único cambio que sufrirían los jueces "versaría acerca de la estructura dentro de la cual se insertan; y la garantía de inamovilidad no otorga un derecho relativo al mantenimiento de esta última"⁵²⁸. Por su parte, Hernán Gullco sostiene que el argumento según el cual el traspaso de los jueces afectaría la garantía de inamovilidad presupone erróneamente que "existe, con base constitucional, una jurisdicción nacional ordinaria en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires"⁵²⁹. En cambio, sostiene Gullco, no puede desplazarse la jurisdicción nacional de la Ciudad de Buenos Aires puesto que esta jurisdicción simplemente "dejó de existir a partir de la reforma constitucional de 1994, en tanto reconoció autonomía jurisdiccional a la Ciudad"⁵³⁰.

VI. LA INTANGIBILIDAD DE LAS REMUNERACIONES DE LOS JUECES

El art. 110 prohíbe la disminución de la remuneración de los jueces federales fijada por ley y de cualquier manera. La prohibición rige mientras esos jueces "permaneciesen en sus funciones". El artículo pretende evitar que los jueces queden expuestos a las presiones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo mediante la amenaza de reducir sus remuneraciones.

6.1. La cuestión tributaria

El art. III, sección 1, de la Constitución estadounidense, fuente del art. 110 de nuestra Constitución, establece que los magistrados judiciales "recibirán una remuneración por sus servicios, que no podrá ser disminuida en tanto ejerzan sus cometidos". Al importar esta formulación, los constituyentes argentinos realizaron una modificación relevante, que

consistió en precisar que la remuneración "no podrá ser disminuida *en manera alguna*, mientras permaneciesen en sus funciones" (el destacado nos pertenece).

El agregado de los constituyentes rápidamente dio lugar a una importante discusión: ¿puede la remuneración de los jueces ser reducida por un acto gubernamental de carácter impositivo? En el año 1936, la Corte Suprema, integrada por conjuces, zanjó esta pregunta en el fallo "Fisco Nacional c. Rodolfo Medina"⁵³¹. La Corte sostuvo que la remuneración de los jueces no puede quedar sujeta al impuesto a los réditos o ganancias. De todos modos, destacó que ello no es óbice para que contribuyan al pago de los impuestos que gravan sus restantes bienes o actos.

En ese caso, la Corte Suprema explicó que la obligación de afrontar dicho impuesto representaba una disminución de la compensación correspondiente a los jueces por el ejercicio de sus funciones. Además, desarrolló los fundamentos históricos y políticos que dieron lugar a la garantía en los Estados Unidos eventualmente importada a la Constitución argentina, destacó la diferencia entre ambos textos y advirtió la importancia de los propósitos institucionales perseguidos con dicha cláusula para preservar la independencia del Poder Judicial. Fundándose en el precedente de la Suprema Corte estadounidense "Evans v. Gore" (1920)⁵³², la Corte concluyó que "Es evidente que en el caso sub judice, ni por el monto del impuesto, ni por su generalidad podría suponerse un propósito atentatorio. Pero el solo hecho de que se admitiera la facultad legislativa de establecer impuestos sobre los sueldos de los magistrados, dejaría abierta una brecha peligrosa para su independencia"⁵³³.

Notablemente, la Suprema Corte estadounidense revocó el precedente "Evans v. Gore" en 1936, tan solo dos años después de la decisión de nuestra Corte Suprema en "Fisco c. Medina". En "O'Malley v. Woodrough", la Corte estadounidense sostuvo que una ley que impone un impuesto a la renta de un salario judicial federal es constitucional cuando se aplica a un juez nombrado después de la sanción de la ley⁵³⁴. El juez Frankfurter, en representación de la mayoría, sostuvo que "someterlos a un impuesto general es simplemente reconocer que los jueces son también ciudadanos, y que su función particular en el gobierno no genera una inmunidad de compartir con sus conciudadanos la carga material del gobierno"⁵³⁵.

Sin embargo, el precedente "O'Malley" fue ignorado por la jurisprudencia argentina. La doctrina de "Fisco c. Medina" recién sufrió un embate en el año 1995, cuando el Congreso sancionó la [ley 24.631](#), que extiende el impuesto a las ganancias a los sueldos de todos los jueces y de los funcionarios judiciales que tuvieran asignadas retribuciones iguales

o superiores a los jueces de primera instancia⁵³⁶. Ante esa situación, la Corte Suprema reaccionó rápidamente.

En una muestra notable de corporativismo, sin esperar a que un juez iniciase una acción, el 11/4/1996, la Corte dictó la Acordada 20/96. Allí ratificó la jurisprudencia de "Fisco c. Medina" y su progenie⁵³⁷, y declaró la inaplicabilidad de la [ley 24.631](#) en cuanto derogaba las exenciones que comprendían a los jueces. Además, esgrimió dos razones adicionales para dictar esta acordada.

En primer lugar, explicó que la reciente reforma constitucional había reiterado en el art. 110 la redacción del texto del art. 96 de la Constitución de 1853⁵³⁸. Señaló que la decisión de los constituyentes de 1994 evidenciaba la inequívoca voluntad de ratificar la absoluta intangibilidad de las compensaciones de los jueces nacionales, y que ello también había implicado reconocer el alcance y contenido que la Corte Suprema le había dado a esta garantía en su jurisprudencia⁵³⁹.

En segundo lugar, advirtió que el Congreso de la Nación no está en condiciones de resolver la aplicación del impuesto a las ganancias a los jueces en tanto carece de atribuciones para modificar la Constitución mediante la legislación⁵⁴⁰.

Además, la acordada 20/1996 no solo resolvió la situación de los jueces: también extendió la inconstitucionalidad de la [ley 24.631](#) a los funcionarios del Poder Judicial, a pesar de que el art. 110 no los comprende⁵⁴¹.

6.2. La indexación de los sueldos de los integrantes del Poder Judicial

La jurisprudencia de la Corte Suprema con relación a la indexación de los sueldos de los integrantes del Poder Judicial ha sido relativamente inestable.

El primer *leading case* en la materia fue "Bonorino Perú, A. y otros c. Gobierno Nacional s/amparo" del año 1985⁵⁴². En este caso, un grupo de jueces solicitó que se condenara al Estado nacional a aumentarles el sueldo prospectivamente y a pagar una compensación retroactiva, alegando que por omisión del Estado padecían disminuciones en sus sueldos debidas a los efectos del proceso inflacionario. Los actores argumentaron que esta situación resultaba violatoria del art. 110 de la CN. La Corte, nuevamente integrada por conjueces, reconoció el contexto inflacionario vigente y admitió el reclamo de los magistrados demandantes. Consideró que, en un contexto inflacionario, la falta de actualización del salario judicial ocultaba una disminución de la remuneración prohibida por sí misma por el art. 110.

En el año 2001, la Corte Suprema moderó este exigente estándar en el caso "Mill de Pereyra"⁵⁴³. El tribunal determinó que la Ley de Convertibilidad 23.928, en cuanto prohibía todo tipo de indexación con posterioridad al 1 de abril de 1991, no violaba la garantía de intangibilidad de los salarios judiciales. Si bien reconoció la importancia de la garantía que consagra la intangibilidad de las remuneraciones, la Corte consideró que no podía dársele "una extensión tal que desconozca las facultades que el art. 75 inc. 11 de la Ley Fundamental confiere al Congreso de la Nación para "hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras"⁵⁴⁴.

Por último, en el año 2006, la Corte reemplazó la doctrina "Bonorino Perú". En el actual *leading case* "Chiara Díaz, Carlos Alberto c. Estado provincial s/acción de ejecución"⁵⁴⁵, la Corte Suprema desestimó que la garantía de la intangibilidad de las remuneraciones alcanzase el derecho de obtener actualizaciones salariales automáticas que compensen los efectos de la inflación sobre el poder adquisitivo de los sueldos.

Para así decidir, la Corte indicó que "la cláusula constitucional examinada constituye un mandato dirigido a los otros dos poderes del Estado y les impone abstenerse de dictar o ejecutar acto alguno que implique reducir la remuneración de los jueces, pero no instituye un privilegio que los ponga a salvo de toda y cualquier circunstancia que redunde en una pérdida del poder adquisitivo de sus haberes"⁵⁴⁶.

Así, la Corte afirmó que, en tanto la finalidad de dicha cláusula constitucional consistía en prevenir ataques financieros de los otros poderes sobre la independencia del judicial, no protegía a la compensación de los jueces de las disminuciones que indirectamente pudieran proceder de circunstancias como la inflación u otras derivadas de la situación económica general, "en tanto no signifiquen un asalto a la independencia de la justicia por ser generales e indiscriminadamente toleradas por el público"⁵⁴⁷. Agregó que era relevante que la Constitución hubiese delegado en el Congreso la facultad de incrementar la remuneración de los jueces cuando las cambiantes circunstancias lo demanden⁵⁴⁸.

La Corte destacó que el actualizar únicamente los haberes judiciales, exceptuándolos de la prohibición general de indexación vigente, "equivaldría no a mantenerlas sino a incrementarlas respecto de las retribuciones que perciben los restantes asalariados"⁵⁴⁹. Al mismo tiempo, indicó que una decisión contraria implicaría ir en contra del objetivo anti-inflacionario que se proponen alcanzar las leyes mencionadas mediante la prohibición genérica de la indexación, una medida de política económica cuyo acierto no compete a la esta Corte evaluar"⁵⁵⁰.

6.3. La jubilación de privilegio

En virtud de la acordada 20/1996, los haberes jubilatorios y las pensiones percibidas por jueces también están exentos del pago del impuesto a las ganancias, a pesar de que el art. 110 de ningún modo obsta a la imposición de tributos a las remuneraciones percibidas por los jueces ya jubilados.

6.4. El caso de los funcionarios

Es importante tener en cuenta que, según la Corte Suprema, "la intangibilidad de los sueldos de los magistrados es una garantía constitucional imposible de ser extendida a otros funcionarios"⁵⁵¹. Sin embargo, curiosamente, meses antes de este *obiter dictum*, en la condenable acordada 20/1996, el propio tribunal extendió la inconstitucionalidad de la [ley 24.631](#) a los funcionarios del Poder Judicial sin dar explicación alguna. En cualquier caso, no caben dudas: el art. 110 no se extiende a los funcionarios judiciales.

VII. OTRAS GARANTÍAS

7.1. Inmunidades de los magistrados

La ley de fueros —[ley 25.320](#), sancionada en el año 2000— regula las inmunidades de las que gozan los magistrados. En lo que aquí nos interesa, aquella establece que cuando se inicie un proceso penal en el que se impute la comisión de un delito a un magistrado sujeto a remoción o juicio político, el tribunal competente seguirá adelante con el procedimiento judicial hasta su total conclusión.

Ahora bien, el art. 1º de esta ley realiza tres precisiones importantes. En primer lugar, (1) "el llamado a indagatoria no se considera medida restrictiva de la libertad pero en el caso de que el magistrado no concurriera a prestarla el tribunal deberá solicitar su juicio político". En segundo lugar, (2) "en el caso de dictarse alguna medida que vulnera la inmunidad de arresto, la misma no se hará efectiva hasta tanto el magistrado no sea separado de su cargo, sin perjuicio de lo cual el proceso podrá seguir adelante hasta su total conclusión". En tercer lugar, (3) el tribunal donde tramite la causa podrá solicitar al órgano que corresponda —en el caso de los magistrados, dependiendo de si se trata de un juez de la Corte Suprema o de un juez inferior— la remoción o el juicio político de ese magistrado, acompañando al pedido las copias de las actuaciones labradas expresando las razones que justifiquen la medida. Los jueces tendrán derecho, sin embargo, a presentarse frente al tribunal, aclarar los hechos e indicar y presentar las pruebas que, a su juicio, puedan serles útiles.

Se ha argumentado que la ley de fueros es inconstitucional, sobre la base de que las inmunidades solamente pueden ser establecidas por

la Constitución Nacional y que ellas no pueden ser creadas por los legisladores⁵⁵².

Esa cuestión fue discutida indirectamente en el caso relativo a la existencia de las inmunidades de Milagro Sala en su carácter de diputada del PARLASUR, situación gobernada por la ley 27.120.

En su dictamen ante la Corte Suprema, la Procuradora General Gils Carbó abordó el planteo de la fiscalía provincial según el cual las inmunidades solamente pueden ser creadas por la Constitución⁵⁵³. Gils Carbó precisó que "en nuestro ordenamiento jurídico rigen diversas inmunidades que no fueron establecidas por la Constitución Nacional, como las previstas en las constituciones provinciales (...) Por su parte, el Congreso de la Nación ha otorgado inmunidad de arresto al Procurador Penitenciario de la Nación a través de la ley 25.875. Nuestro ordenamiento jurídico también contiene leyes que determinan el alcance de las inmunidades. Por ejemplo, la ley 25.320 dispone que los funcionarios o magistrados sujetos a desafuero, remoción o juicio político — entre ellos, el presidente de la Nación, el vicepresidente de la Nación, el jefe de Gabinete de Ministros, los jueces y miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los fiscales y el Procurador General de la Nación y los defensores y el Defensor General de la Nación — gozan de inmunidad de arresto"⁵⁵⁴.

La Corte, a su turno, adoptó otra postura⁵⁵⁵. Sin embargo, en cuanto las inmunidades de los funcionarios o magistrados sujetos a desafuero, remoción o juicio político, sostuvo que "En atención a que la inmunidad de arresto se erige en una clara excepción al principio republicano según el cual todos los ciudadanos son iguales ante la ley (art. 16 de la CN), esta excepción es admisible únicamente en razón de la necesidad de garantizar el funcionamiento de los poderes del Estado que emanan de la segunda parte de la Ley Fundamental. Por ello, debe descartarse que el legislador pueda conferirle inmunidad de arresto a autoridades distintas a las establecidas en la Constitución Nacional y con relación a otras facultades y deberes que no sean las que esta expresamente les confiere"⁵⁵⁶.

En cuanto a la inmunidad de los jueces en casos civiles, como explica María Angélica Gelli⁵⁵⁷, rige la doctrina de la Corte Suprema establecida en "Irurzun, Ricardo Ernesto c. Nación Argentina"⁵⁵⁸: "para someter a un magistrado nacional a la jurisdicción de los tribunales ordinarios en procesos civiles (...) que se le sigan por actos realizados en el ejercicio de sus funciones, la previa destitución de aquel mediante el juicio político regulado en los arts. 45, 51 y 52 de la CN o el cese en sus funciones por cualquier otra causa "⁵⁵⁹.

7.2. Responsabilidad de los jueces por el contenido de sus sentencias

Este tema está abordado en el comentario al art. 114 de esta obra.

* * *

Art. 111.—

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.

Se remite al comentario al art. 55.

* * *

Art. 112.—

En la primera instalación de la Corte Suprema, los individuos nombrados prestarán juramento en manos del presidente de la Nación, de desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución. En lo sucesivo lo prestarán ante el presidente de la misma Corte.

Se remite al comentario al art. 67.

* * *

Art. 113.—

La Corte Suprema dictará su reglamento interior y nombrará a sus empleados.

Comentario por Fernando Braccini

I. INTRODUCCIÓN

La actual redacción del art. 113 es una innovación de la Constitución de 1994, que modificó el art. 99 de la Constitución de 1853/60⁵⁶⁰. Esta reforma quitó a la Corte Suprema importantes potestades de administración y reglamentación del Poder Judicial. Mientras la cláusula original facultaba a la Corte al dictado de su "reglamento interior y económico" y a nombrar a sus empleados subalternos, la versión reformada establece que solo puede dictar su "reglamento interior" y nombrar a sus "empleados".

La reforma del art. 113 derivó del apartado H del Núcleo de Coincidencias Básicas⁵⁶¹, que creó el Consejo de la Magistratura, que mediante la cláusula H.3 lo facultó a "administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia" y por medio de la cláusula H.6 a "dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación del servicio de justicia.". Si bien las facultades de administración y reglamentación de la Corte Suprema no estuvieron previstas de manera explícita en el Núcleo de Coincidencias Básicas, reformarlas era indispensable para dotar al Consejo de la Magistratura de dichas potestades, y es por eso que la Convención Constituyente se encontraba habilitada a modificar el antiguo art. 99 de la CN.

Si bien esta reforma constituyó un recorte de las potestades de la Corte Suprema, esta fue reticente a aceptar la transferencia del poder de administración y reglamentación en favor del Consejo de la Magistratura. Las resistencias de la Corte dieron lugar a un conflicto político institucional entre ambos organismos por el control sobre el diseño del presupuesto del Poder Judicial, la administración de sus recursos y la potestad de dictar reglamentos⁵⁶². Desde 1994 a la actualidad, la Corte ha retenido de manera inconstitucional dichas facultades, que corresponden al Consejo de la Magistratura en virtud del art. 114 de la CN.

La transferencia de facultades en favor del Consejo de la Magistratura fue objeto de discusiones durante la Convención Constituyente de 1994. El Convencional Paixao, miembro informante del dictamen de mayoría que modificó las potestades de administración en el Poder Judicial, expresó que dicha reforma pretendía revertir "(...) una tendencia que a lo largo de este siglo —y particularmente en los últimos cincuenta años— ha llevado a concentrar en uno de los órganos que ejercen el Poder Judicial de la Nación —me refiero a la Corte Suprema de Justicia— la totalidad de los poderes de administración correspondientes a un conjunto de órganos descentralizados entre sí. Este proceso de concentración de poder administrativo en un tribunal de justicia, además de no tener en cuenta la

genuina esencia funcional de ese tribunal, no ha dado los resultados apetecidos por las leyes del Congreso de la Nación, que a lo largo del tiempo confirió a la Corte poderes reglamentarios, disciplinarios, administrativos y de gestión"⁵⁶³. En el mismo sentido, y en favor de la iniciativa se pronunciaron los Convencionales Cullen⁵⁶⁴, Hitters⁵⁶⁵, De la Rúa⁵⁶⁶, Aguilar Torres⁵⁶⁷, Alfonsín⁵⁶⁸, Berhongaray⁵⁶⁹, y en contra se expresaron en minoría los convencionales Conesa Mones Ruiz⁵⁷⁰, Avelín de Ginestar⁵⁷¹, Cornet⁵⁷², Castillo Odena⁵⁷³, Llano⁵⁷⁴, Maeder⁵⁷⁵, Pose⁵⁷⁶, Castillo⁵⁷⁷, Pontussi⁵⁷⁸, Jandula⁵⁷⁹ y Cullen⁵⁸⁰. Si bien se trató de una cuestión altamente discutida, las opiniones disidentes en el seno de la Convención Constituyente jamás pusieron en duda que el texto que se proponía y que fue finalmente aprobado transfería las potestades reglamentarias y de administración del Poder Judicial al Consejo de la Magistratura. De hecho, quienes se opusieron a la aprobación del nuevo texto lo hicieron debido a que tenían una fuerte desconfianza sobre este nuevo organismo porque no estaría conformado exclusivamente por jueces y porque su integración no había sido regulada con precisión en la Constitución⁵⁸¹. En consecuencia, tanto quienes estaban a favor de la reforma como quienes estaban en contra eran conscientes de que esta modificación transfería facultades de administración y reglamentación de la Corte Suprema al Consejo de la Magistratura.

Como consecuencia de la reforma y conforme los arts. 113 y 114 de la CN, el Consejo de la Magistratura pasó a ser el titular de la facultad de administrar los recursos del Poder Judicial y de dictar reglamentos de carácter general para regular la actividad de todas las dependencias judiciales del Estado nacional. Por su parte, la Corte Suprema quedó a cargo del dictado de reglamentos para regular su funcionamiento interno y los procedimientos ante dicho tribunal, y también de nombrar al personal que se desempeña bajo su órbita⁵⁸².

Este traspaso de facultades fue una de las innovaciones más destacadas de la Constitución de 1994, y generó opiniones diversas. Mientras algunos encontraron en esta reforma un riesgo para la independencia judicial⁵⁸³, otros condicionaron su éxito o fracaso al modo en que se implementara⁵⁸⁴. Entre las miradas más optimistas, y de manera coincidente con el Convencional Alfonsín⁵⁸⁵, Gelli encontró positiva la reforma porque "desembaraza [a la Corte Suprema] (...) de una serie de problemas y actividades que le quitaban tiempo y, en muchas ocasiones, perturbaban la función jurisdiccional"⁵⁸⁶. Por su parte, Roth destacó que esta reforma podría contribuir a que la Corte Suprema utilizara recursos destinados a defender los intereses de los miembros del Poder Judicial para mejorar la prestación del servicio de justicia⁵⁸⁷.

Además de coincidir con Gelli y Roth, nos inclinamos a pensar que la nueva regulación parece una buena forma de desalentar la participación del Máximo Tribunal de justicia del país en transacciones con los otros

poderes, lo cual resulta positivo. Desde nuestra perspectiva, resulta deseable desincentivar que la Corte se vincule con los otros poderes a través de la negociación presupuestaria. Las transacciones asociadas a esas negociaciones pueden ser particularmente problemáticas para la independencia del tribunal. En especial, podría verse condicionada la capacidad del tribunal para decidir en casos que involucren los intereses de los otros dos poderes. Por ejemplo, los otros poderes podrían condicionar el aumento de partidas presupuestarias al dictado de alguna decisión judicial sensible para el poder político en determinado sentido, o al no tratamiento de algún asunto. Si bien este tipo de transacciones no siempre ocurren, ejercer el rol de negociación del presupuesto del Poder Judicial expone a la Corte a ello e incentiva a que existan. En consecuencia, contamos con buenas razones para pensar que la regulación constitucional de 1994 puede contribuir a fortalecer la independencia de la Corte Suprema y así mejorar las capacidades jurisdiccionales del tribunal.

II. EL CARÁCTER DE "CABEZA DEL PODER JUDICIAL" EN LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 113

Si bien no ingresaremos aquí sobre el fondo de la discusión que dio lugar al conflicto político institucional entre la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura por la potestad de dictar reglamentos y de administrar recursos⁵⁸⁸, sí nos detendremos sobre el argumento que ha dado la Corte para retener las facultades en disputa. Según la Corte, la Constitución Nacional le otorga el carácter de autoridad máxima y cabeza del Poder Judicial, y eso la dota implícitamente de las facultades de administración y reglamentación necesarias para el gobierno del Poder Judicial⁵⁸⁹. Según el tribunal, su facultad de titular del Poder Judicial ha quedado "inalterada" con la reforma constitucional de 1994, pues "más allá de que algunas de las atribuciones reconocidas al Consejo por la Constitución Nacional son ejercidas sin intervención de esta Corte en la condición indicada (art. 114, incs. 1º, 2º, 5º), a la par que otras dan lugar a la actuación de este Tribunal con el alcance que contemplan diversas disposiciones legales en vigencia (leyes 23.853; 24.156; 24.937, arts. 7º y 14), el emplazamiento de dicho organismo dentro del ámbito del Poder cuya titularidad corresponde esta Corte es una clara demostración de la voluntad de los constituyentes de rechazar toda idea de un ejercicio conjunto bicéfalo de aquélla, al contemplar al Consejo en una disposición no casualmente ubicada en la Sección Tercera 'Del Poder Judicial' (conf. acordada 4/2000, voto mayoritario y voto concurrente de los Jueces Petracchi y Bossert)"⁵⁹⁰. Como se ve, la Corte rechaza que existan facultades concurrentes entre ambos organismos o que esas potestades puedan estar en cabeza del Consejo de la Magistratura, al cual considera un órgano inferior⁵⁹¹. Tal es así que incluso ha dejado sin efecto decisiones del plenario del Consejo de la Magistratura que se inmiscuían en este tipo actividades⁵⁹². El

argumento de la Corte fue reforzado a través de las [leyes 23.853](#), 24.156 y 24.937, que le otorgaron la facultad de formular el proyecto de presupuesto del Poder Judicial y de presentarlo al Poder Ejecutivo.

La interpretación del art. 108 efectuada por la Corte Suprema no es la única posible, ni la más coherente con la reforma constitucional de 1994. En efecto, esta norma podría ser interpretada como una cláusula que busca asegurar la existencia de una Corte Suprema de Justicia que sea la máxima instancia jurisdiccional del país y último intérprete judicial de la Constitución⁵⁹³, sin perjuicio de la forma en que luego el Congreso organice la justicia federal y los tribunales ubicados debajo de ella. Esta interpretación sería compatible con las modificaciones introducidas por la reforma de 1994, pues permitiría sostener el carácter de cabeza del poder judicial de la Corte Suprema y a la vez respetar las facultades de administración y reglamentación asignadas al Consejo de la Magistratura a través del art. 114 de la CN. De esta forma, el art. 108 se complementaría con el art. 113 para delinear las facultades de la Corte Suprema, que decide como última instancia y último intérprete judicial de la Constitución Nacional, a la vez que organiza su funcionamiento interior mediante el dictado de reglamentos y la designación de sus empleados.

III. LA FACULTAD DE DICTAR SU "REGLAMENTO INTERIOR"

Mientras el art. 114 asigna al Consejo de la Magistratura la facultad de dictar reglamentos relacionados con la organización judicial, o que sean necesarios para contribuir a la independencia judicial y a la prestación del servicio de justicia, el art. 113 dejó en manos de la Corte la facultad de dictar su "reglamento interior". A continuación, repasaremos la interpretación de la Corte sobre la potestad reglamentaria del art. 113, y luego analizaremos otras alternativas interpretativas de dicha norma.

Históricamente, la Corte Suprema ha sido la encargada de dictar reglamentos sobre temas de organización judicial en virtud de la facultad conferida por el art. 99 de la Constitución de 1853/60, y fue en ejercicio de esa facultad que dictó el Reglamento para la Justicia Nacional⁵⁹⁴. Si bien tras la reforma constitucional de 1994 la Corte dejó de estar habilitada para dictar reglamentos de esa naturaleza, el tribunal resistió la cesión de esa competencia en favor del Consejo de la Magistratura bajo el argumento que dicho poder derivaba de su carácter de cabeza del Poder Judicial⁵⁹⁵. Al rechazar la cesión de facultades, la Corte argumentó que retenía la potestad de dictar reglamentos de carácter general⁵⁹⁶ y que el Consejo carecía de competencias para reglamentar actividades en el seno de la Corte Suprema⁵⁹⁷.

A partir de ese entendimiento amplio sobre sus propias facultades, la Corte Suprema ha dictado reglamentos referidos al sistema informático de gestión judicial⁵⁹⁸, a la organización de la feria judicial⁵⁹⁹, a la tramitación

de los procesos colectivos⁶⁰⁰ y a la organización de la unificación de los fueros correccionales y de instrucción⁶⁰¹. Asimismo, ha regulado el monto previsto en el art. 242 del Cód. Proc. Civ. y Com. sobre sentencias apelables⁶⁰². Incluso ha introducido reformas al Reglamento para la Justicia Nacional⁶⁰³, lo cual resulta especialmente problemático en la medida en que el Consejo de la Magistratura también ha reformado dicho reglamento⁶⁰⁴. Además de inconstitucional, esto resulta conflictivo en términos institucionales, dada la concurrencia de funciones entre el Consejo de la Magistratura y la Corte Suprema y la posibilidad que dicten reglamentos contradictorios.

Por otra parte, la Corte Suprema ha sido reactiva a considerarse alcanzada por las reglamentaciones del Consejo de la Magistratura. A criterio del tribunal, los reglamentos del Consejo solo son obligatorios para los tribunales inferiores. Por ejemplo, mediante la res. 562/2005, el Consejo de la Magistratura intentó poner en funcionamiento el régimen de declaraciones juradas patrimoniales previsto en la ley 25.188⁶⁰⁵, pero la Corte consideró que el Consejo carecía de facultades para emitir reglamentaciones que la obligaran y dictó la acordada 30/2005 que ratificó el reglamento para el ámbito de la Corte Suprema de Justicia. Algo similar ocurrió con la reglamentación de ley 26.857, que amplió la publicidad de las declaraciones juradas. La Corte Suprema se adelantó en aprobar un régimen de presentación y publicación de declaraciones juradas para el tribunal⁶⁰⁶ y rechazó la regulación que meses más tarde dictaría el Consejo de la Magistratura⁶⁰⁷. En las acordadas 25/2013 y 9/2014, la Corte interpretó, nuevamente, que la potestad de reglamentar el régimen de declaraciones juradas se desprendía del art. 108 de la Constitución y de su carácter de cabeza del Poder Judicial. Consideramos que esta interpretación desconoce el traspaso de facultades realizada por el Constituyente de 1994 en favor del Consejo de la Magistratura, dado que la regulación del régimen de declaraciones juradas no puede ser considerada un asunto "interior" de la Corte en la medida en que no regula aspectos relacionados únicamente a su funcionamiento interno. Por el contrario, se trata de un régimen legal aplicable a todos los jueces federales y nacionales, incluidos los de la Corte Suprema.

Una discusión similar podría haberse suscitado respecto a la aplicación del régimen de acceso a la información, aprobado por medio de la ley 27.275, que obliga a todas las dependencias estatales a brindar información a los ciudadanos. De acuerdo con el art. 28 de la ley, cada sujeto obligado debe crear un organismo autónomo para resolver reclamos acerca del cumplimiento de la ley. Esto podría haber dado lugar a una nueva disputa entre la Corte y el Consejo acerca de quién debería reglamentar la ley, aunque ese conflicto no existió porque el Congreso los consideró sujetos obligados independientes⁶⁰⁸. Ahora bien, ¿qué hubiera ocurrido si el Congreso no obligaba a la Corte y al Consejo de manera

separada?, o en general, ¿qué ocurre cuando el Congreso dicta normas generales para el Poder Judicial que requieren ser reglamentadas? Entendemos que, en la medida en que no se trate de asuntos relacionados a la organización del funcionamiento interno de la Corte Suprema o al régimen de contratación de sus empleados, el art. 114, inc. 6º de la Constitución otorga la potestad de dictar dicha reglamentación al Consejo de la Magistratura.

En síntesis, a partir de la reforma constitucional de 1994 la Corte se encuentra habilitada a dictar los reglamentos de tipo "interior", que regulan i) la vida interna administrativa de la Corte, como por ejemplo la creación de dependencias auxiliares⁶⁰⁹, la asignación de recursos al interior del tribunal⁶¹⁰ o la confección del presupuesto de la Corte⁶¹¹; ii) o los procedimientos que tienen lugar exclusivamente ante dicho tribunal, ya sea a través la reglamentación de una ley del Congreso —como lo ha hecho al regular ciertos aspectos del recursos extraordinario federal⁶¹²— o mediante reglamentos sobre materias que el Congreso aún no legisló, como ha sido el caso del régimen de *amicus curiae* ante la Corte Suprema⁶¹³ o de audiencias públicas ante la Corte Suprema⁶¹⁴.

IV. LA FACULTAD DE NOMBRAR A SUS EMPLEADOS

La segunda facultad otorgada por el art. 113 también ha sido interpretada por la Corte Suprema de un modo amplio. En lugar de interpretar que esta cláusula se limita a facultarla a manejar sus recursos humanos, la Corte Suprema ha considerado que le atribuye "(...) la augusta misión de asegurar la indispensable unidad y orden jerárquico en lo que hace al personal que integra dicho Poder. Así, vela por la adecuada organización y rangos escalafonarios y por la dotación a estos de la retribución pertinente"⁶¹⁵. A partir de esa interpretación, la Corte Suprema ha establecido el escalafón de todos los trabajadores del Poder Judicial⁶¹⁶, ha participado como empleador de sus negociaciones salariales paritarias y establecido aumentos salariales⁶¹⁷, establecido el pago de asignaciones salariales suplementarias⁶¹⁸, autorizado la realización de horas extra por parte de personal de juzgados federales en ejercicio de competencia electoral⁶¹⁹ y creado cargos bajo la órbita de otros tribunales⁶²⁰, entre otras actividades.

Este entendimiento sobre las potestades de la Corte en el manejo de los recursos humanos del Poder Judicial deriva, una vez más, de su interpretación amplia sobre las consecuencias de su rol como cabeza de dicho poder, asignado por el art. 108 de la CN. Según la propia Corte "(...) la reforma constitucional de 1994 ha mantenido a esta Corte en las funciones de gobierno del Poder Judicial, en su condición de cabeza de este departamento (art. 108), al establecer en favor del Consejo únicamente potestades de administración de recursos y ejecución del presupuesto (art. 114, inc. 3º) que, por su naturaleza, importan una gestión

auxiliar de la que desempeña el Tribunal en el carácter indicado (acordada 8/1999, consid. 4º del voto de la mayoría y consid. 6º del voto concurrente del juez Vázquez)"⁶²¹. Esta interpretación ignora que la reforma de 1994 quitó potestades que estaban expresamente asignadas a la Corte por el antiguo art. 99, que la facultaba a nombrar a "todos sus empleados subalternos", dado que la redacción del actual art. 113 se refiere expresamente a "sus empleados". Esta nueva regulación se complementa a su vez con la atribución de facultades de administración al Consejo de la Magistratura mediante el art. 114, inc. 3º de la CN. Si bien es razonable que la facultad de nombrar a sus empleados venga acompañada de la potestad de regular sus contrataciones, así como de definir sus remuneraciones, consideramos que la Corte Suprema se ha extralimitado al incluir bajo su poder de reglamentación a todos los empleados del Poder Judicial.

En lo que refiere a la regulación del ingreso de empleados a la Corte, el Congreso consideró que carecía de potestades para regular en esa materia cuando dictó la ley 26.861 de ingreso democrático e igualitario al Poder Judicial y al Ministerio Público. El art. 3º de dicha ley establece expresamente que el art. 113 de la Constitución impide que el Congreso regule sobre esta materia, lo cual fue ratificado por la Corte a través de la acordada 26/2013. En contra de lo sostenido por la Corte y el Congreso, se podría argumentar que el art. 113 de la Constitución no impide al Congreso establecer pautas mínimas que asegurar mayor igualdad y transparencia en la designación de empleados del Poder Judicial en general, incluida la Corte Suprema. En efecto, lo que el art. 113 de la Constitución veda es que una autoridad distinta a la Corte Suprema designe a su personal y organice cómo debe prestar funciones. Dado que la potestad de reglamentar la ley permanecería en cabeza de la Corte Suprema —debido a que se relaciona con el ejercicio de la potestad de designar trabajadores— y que sería la propia Corte la que decidiría sobre la contratación en base a los criterios establecidos en la ley y la reglamentación, pareciera que la ley 26.861 podría haber alcanzado a la Corte Suprema sin que ello significara un menoscabo de sus facultades.

* * *

Art. 114.—

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, y formular la acusación correspondiente.
6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

Comentario por Nicolás Dassen y Sebastián Guidi

I. INTRODUCCIÓN. UN CONSEJO PARA QUÉ

El Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados fueron introducidos en los arts. 114 y 115 del texto constitucional reformado en 1994, como parte del acuerdo político conocido como Pacto de Olivos, y que se plasmó jurídicamente en el Núcleo de Coincidencias Básicas de la [ley 24.309](#) declarativa de la necesidad de reforma de la Constitución⁶²². La creación de estos dos organismos se realizó con los siguientes tres grandes objetivos:

(i) Mejorar la idoneidad técnica y la independencia de los candidatos a jueces inferiores de la Nación y brindar mayor transparencia al proceso de selección de dichos magistrados a través de la organización de concursos públicos de oposición y antecedentes, como paso previo a la designación por parte del Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado.

(ii) Despolitizar el proceso de remoción de los jueces inferiores de la Nación⁶²³. Para ello, el Consejo de la Magistratura reemplaza a la Cámara de Diputados como acusador por las causales de remoción del juicio político previstas en el [art. 53](#), CN, y el Jurado de Enjuiciamiento reemplaza al Senado de la Nación en su rol de juzgador o cámara de remoción. Adicionalmente, se le agregó al Consejo el ejercicio de las facultades disciplinarias, o sea, la capacidad de aplicar sanciones administrativas —advertencia, apercibimiento y multa— a los jueces por faltas menores que no ameritan la remoción. Estas facultades eran ejercidas, antes de 1994, por la Corte Suprema de Justicia.

(iii) Profesionalizar y promover una mayor apertura de la administración del Poder Judicial, al mismo tiempo que alivianar a la Corte Suprema de esas tareas para que se abocara exclusivamente a sus deberes jurisdiccionales. Para ello, se dispuso dejar en manos del Consejo de la Magistratura las facultades de administrar el presupuesto del Poder Judicial, con excepción del presupuesto de la propia Corte Suprema (como liquidar sueldos, realizar compras de insumos y contratación de servicios, administrar oficinas de cuerpos auxiliares de la justicia, como la oficina de notificaciones, etc.) y de ejercer las facultades reglamentarias, también conocidas como de superintendencia (p. ej., reglamentos de licencias de personal o de ingreso al Poder Judicial).

Si bien la creación de Consejos de la Magistratura o Judicatura ya era para la época relativamente común en el derecho constitucional de otros países de la región y de algunas provincias argentinas, no puede entenderse su incorporación en 1994 sin tener un panorama de la situación del Poder Judicial de la primera mitad de la década de 1990. En efecto, la discrecionalidad y la falta de transparencia y de obligación a la rendición de cuentas que la Constitución otorgaba a los poderes Ejecutivo y Legislativo en la designación y remoción de jueces dio lugar ejercicios abusivos de tales facultades que afectaron la independencia judicial. Algunas de estas circunstancias fueron: (i) la ampliación del número de jueces de la Corte Suprema de Justicia de 5 a 9 integrantes, permitiendo al gobierno de aquel entonces contar con una "mayoría automática" en el Tribunal⁶²⁴; (ii) la designación de jueces en lo criminal y correccional federal presuntamente cercanos al gobierno, inclusive con alegaciones de corrupción, con competencia para entender en delitos de corrupción contra la administración pública⁶²⁵; (iii) la designación de jueces con pocos antecedentes para ejercer el cargo⁶²⁶; (iv) la protección del poder político a jueces que debieron haber sido removidos por juicio político⁶²⁷. Muchas de estas circunstancias generaron una demanda en la sociedad de una mayor independencia del Poder Judicial. Según el Banco Interamericano de Desarrollo, la confianza en el Poder Judicial en Argentina era alrededor del 57% en 1984, pero luego, durante los noventa cayó al 26%, y en 1998 era el 19,21%⁶²⁸. A pesar de esta percepción, el número de jueces

destituidos mediante juicio político desde la recuperación democrática de 1983 era, en 1994, igual a siete —si uno se remontaba a 1853, por cierto, apenas superaba la docena de jueces destituidos—⁶²⁹. La lectura de las versiones taquigráficas de la Convención Constituyente y de las sesiones parlamentarias en las que se sancionó la primera ley de Consejo de la Magistratura confirma que su introducción en el sistema constitucional pretendía responder a la necesidad de remediar de algún modo estas situaciones⁶³⁰.

Al estudiar los modelos judiciales, Raúl Zaffaroni afirmaba en 1994 que "cualquier institución debe cumplir con ciertas funciones y su estructura óptima dependerá de la clara atribución previa de éstas, es decir, que la estructura óptima de una institución será siempre la que la capacite mejor para el cumplimiento de su cometido. Cuando el cometido no ha sido bien definido, menos aún lo estarán sus modelos estructurales"⁶³¹. Como indicamos al comienzo del comentario, los objetivos o "cometidos" de la creación del Consejo de la Magistratura buscaron principalmente corregir los abusos a los cuales fue sometido a comienzos de la década de 1990 el sistema de designación y remoción de jueces hasta ese entonces vigente. Sin embargo, debemos interpretar los arts. 114 y 115 de la Constitución dejando de lado lo que su incorporación haya tenido de coyuntural y preguntarnos acerca del rol que debiera tener el Poder Judicial en el sistema republicano y democrático argentino.

A nuestro entender, el desafío del Poder Judicial es servir para la expansión de los derechos de la población vinculados con la participación política y para el control de la tendencia expansiva del Poder Ejecutivo Nacional⁶³². Esta visión, al mismo tiempo que pide a los jueces que sean deferentes de las decisiones sustantivas de los órganos democráticos, es sumamente exigente con las condiciones procedimentales en las cuales estos órganos se desenvuelven⁶³³. Este control, entonces, no requiere que los jueces sean seres sin ideología o a-políticos. Por el contrario, creemos que esta visión requiere un fuerte compromiso de los jueces con los valores democráticos, que debería llevarlos a sostener las decisiones democráticas aun cuando discrepen con ellas. Al mismo tiempo, este mismo compromiso con el sistema democrático debe llevarlos a revisar especialmente las condiciones procedimentales en las que la democracia se desenvuelve: exigir que los procedimientos hayan incluido un debate público robusto, en el que las minorías y los grupos desaventajados hayan gozado de una razonable posibilidad de exponer sus puntos de vista⁶³⁴.

Este compromiso con la democracia puede —y debe— ser considerado al evaluar la idoneidad de los magistrados. Sin embargo, lo que forzosamente esta versión de la misión judicial reclama, es una fuerte independencia de los jueces de las personas que circunstancialmente ocupan los cargos ejecutivos y legislativos.

Es en esta visión del rol del Poder Judicial que interpretaremos el alcance de la creación del Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento.

II. INTEGRACIÓN: REPRESENTACIÓN, EQUILIBRIO E IDONEIDAD

El segundo párrafo del art. 114, CN ha sido objeto de disputas interpretativas desde su sanción. Según este, debe "procur[arse] 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". En una segunda oración, establece que "será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley". La vaguedad de la norma se hizo notar durante el propio trámite de su sanción en la Convención Constituyente, y en cada oportunidad en la que el Congreso ha debatido la ley reglamentaria. El único aspecto de la regulación que, hasta ahora, no ha sido objeto de rencillas políticas ha sido la cuestión de la "periodicidad" de la integración. De hecho, todas las leyes orgánicas del Consejo de la Magistratura que han regido hasta la fecha han establecido mandatos de cuatro años, que no se superponen con el mandato presidencial⁶³⁵.

Como puede apreciarse fácilmente, casi no quedan aspectos de este párrafo que no puedan ser problematizados. ¿Cuáles son "todas las instancias" judiciales? ¿Es la Corte Suprema una "instancia" en este sentido, o la Cámara de Casación Penal, que está jerárquicamente por encima de los Tribunales Orales y de la Cámara de Apelación? ¿Debe el Poder Ejecutivo designar un representante en el Consejo? ¿Deben los legisladores ser consejeros o pueden designar representantes que no revistan tal condición?⁶³⁶ ¿Pueden los jueces ejercer simultáneamente el cargo de juez y consejero, mientras los abogados deben suspender el ejercicio de su profesión? ¿Las disciplinas jurídicas son el "ámbito académico y científico" relevante, o puede haber otros? ¿Deben los académicos ser "representantes" de los académicos?⁶³⁷ ¿Deben formar parte del "equilibrio" constitucional? Y finalmente, ¿cómo podemos reconocer el tan mentado equilibrio? Estas y otras preguntas son estimulantes tanto para desentrañar el sentido de las normas constitucionales como para pensar el mejor diseño institucional. Por razones de espacio e importancia, trataremos solo algunas de ellas.

Desde el comienzo de nuestra práctica institucional con respecto al Consejo de la Magistratura se difundió la interpretación de la palabra *equilibrio* según la cuarta acepción del *Diccionario de la Real Academia Española*: "contrapeso, contrarresto, armonía entre cosas diversas". Desde entonces, existió cierto consenso en que el "equilibrio" no equivalía a igualdad numérica sino a "no predominio": habría equilibrio en un diseño en el cual ninguno de los estamentos pueda hacer prevalecer

su voluntad sin la concurrencia de miembros adicionales⁶³⁸. Este es el sentido que finalmente le otorgaría la Corte Suprema. Veamos cómo interpretaron esta noción las diferentes leyes reglamentarias del art. 114, CN como resultado de las disputas del poder político por controlar el Consejo:

Leyes 24.937/24.939 (20 integrantes)	Ley 26.080 (13 integrantes)	Ley 26.855 (19 integrantes)
presidente de la CS	Se excluye	Permanece excluido
4 jueces	3 jueces	3 jueces (elegidos por el voto popular)
4 abogados	2 abogados	3 abogados (elegidos por el voto popular)
2 académicos	1 académico	6 académicos (elegidos por el voto popular)
4 senadores	3 senadores	3 senadores
4 diputados	3 diputados	3 diputados
1 representante del PEN	Se mantiene	Se mantiene

La ley 24.937, reformada por la ley 24.939⁶³⁹ instituyó una representación de 20 consejeros compuesta por cinco jueces, cuatro abogados de la matrícula federal, dos representantes del ámbito académico y científico, cuatro legisladores de cada cámara y un representante del Poder Ejecutivo Nacional. Los diputados y los senadores representaban a por lo menos tres bloques parlamentarios: cada cámara enviaría a dos legisladores por el bloque más numeroso y uno por cada uno de los siguientes. En cambio, los abogados, los académicos y los jueces serían elegidos por sus pares, con la excepción del presidente de la Corte Suprema, que presidía también el Consejo. Esta integración no sufrió impugnaciones con base constitucional: ninguno de los sectores puede formar quórum o tomar decisiones por sí mismo.

La ley 26.080 disminuyó de 20 a 13 el número de consejeros: ahora el Consejo estaría compuesto por tres jueces, dos abogados y un solo representante del ámbito académico y científico, además de tres legisladores por cada cámara del Congreso y el representante del Poder Ejecutivo. El efecto buscado fue eliminar los consejeros representantes de las segundas minorías parlamentarias y de las minorías del ámbito de los jueces y abogados. Sin embargo, la ley no alteró el régimen de selección de los consejeros de cada estamento⁶⁴⁰.

Por último, la ley 26.855 volvió a ampliar el número de consejeros, esta vez a 19, pero como veremos en el apartado siguiente fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema. Por lo tanto, nos apresuramos en aclarar que a la fecha de esta publicación, el Consejo funciona con 13 integrantes, de acuerdo con la ley 26.080⁶⁴¹. La ley 26.855 mantuvo a los tres legisladores por cada cámara y el representante del Ejecutivo. Lo verdaderamente novedoso fue lo dispuesto para la elección de los tres

abogados, tres jueces y seis académicos que ahora integrarían el Consejo: serían electos por el voto popular.

La constitucionalidad de las leyes 26.080 y 26.855 ha sido tratada por la Corte Suprema en el orden inverso al de su sanción. En el caso de la ley 26.080, la principal objeción ha sido la distribución de bancas entre los estamentos del Consejo. En el caso de la [ley 26.855](#), las impugnaciones fueron dirigidas a la elección popular de los representantes de los jueces y los abogados y de las personas del ámbito académico y científico. Por último, a la fecha de entrega de este trabajo está en consideración de la Corte un fallo acerca de la idoneidad de los miembros del Consejo. A continuación, trataremos las tres cuestiones.

2.1. Cómo se elige a los consejeros: la [ley 26.855](#) y la cuestión de la "representación"

La discusión acerca de cómo lograr el "equilibrio" entre los estamentos llamados a conformar el Consejo de la Magistratura —que discutiremos en el próximo apartado— lleva casi tanto tiempo de vida como el propio texto del art. 114. Sin embargo, existe una cuestión que, a pesar de ser lógicamente previa, no ocupó el centro de la escena sino mucho tiempo después: ¿cómo se eligen a los consejeros?

La [ley 26.855](#) fue sancionada en 2013, dentro de un paquete de leyes impulsadas por el oficialismo de entonces con el nombre de "democratización de la Justicia". El cambio más radical que la nueva ley establecía con respecto a todas sus antecesoras era la elección popular de los jueces, abogados y académicos de manera conjunta con las elecciones nacionales para cargos ejecutivos y legislativos. Adicionalmente, los ahora seis representantes académicos ya no debían pertenecer únicamente a la disciplina jurídica.

En el esquema de la [ley 26.855](#), quienes aspiraban a integrar el Consejo de la Magistratura debían presentarse a elecciones partidarias juntamente con la elección presidencial⁶⁴². Cada partido o alianza que presentara candidato a presidente —se prohibía la conformación de alianzas únicamente para presentar candidaturas al Consejo— podría presentar una única boleta con sus dos candidatos a representantes de los jueces, dos candidatos a representantes de los abogados y cuatro candidatos a representantes del sector académico. El partido o la alianza que obtuviera mayor cantidad de votos a nivel nacional conseguiría el cargo para todos los candidatos y el siguiente para la mitad de ellos (es decir, dos tercios de los cargos irían para el partido o la alianza más votado, y el tercio restante para el siguiente).

Además, el Poder Legislativo seguiría representado por tres diputados y tres senadores: dos por el bloque político de mayor número de cada

cámara, y uno por el siguiente. Por último, el Poder Ejecutivo conservaba un representante.

En este esquema, entonces, y suponiendo que la mayoría electoral coincide con la mayoría en los bloques legislativos y en el Poder Ejecutivo —lo cual es previsible, ya que la ley preveía que la elección a consejeros se realizara juntamente con la elección presidencial—, el oficialismo cuenta automáticamente con más de dos tercios de los cargos del Consejo (dos diputados, dos senadores, el representante del PEN, dos jueces, dos abogados y cuatro académicos: 13 sobre un total de 19 miembros). Además, la [ley 26.855](#) había disminuido la mayoría necesaria para tomar la mayor parte de las decisiones a la mayoría de los miembros totales del Consejo —cuando siempre había sido de dos tercios de los miembros presentes—.

No es extraño que la Corte Suprema, al poco tiempo de dictada la [ley 26.855](#), la declarara inconstitucional. Así, en el fallo "Rizzo", la Corte fundó la invalidez constitucional de la reforma en cuatro razones⁶⁴³:

2.1.1. El equilibrio⁶⁴⁴

Como se vio en el apartado anterior, la práctica institucional argentina había interpretado el equilibrio como "no predominio" de un sector sobre otro. La Corte ratifica esta interpretación: "la concepción de los constituyentes (...) fue mantener en el Consejo un equilibrio entre sectores de distinto origen sin que exista predominio de uno sobre otro. Es decir, que ningún sector cuente con una cantidad de representantes que le permita ejercer una acción hegemónica respecto del conjunto o controlar por sí mismo al cuerpo"⁶⁴⁵. Así, el "equilibrio" constitucional debe procurarse entre los distintos estamentos que conforman el Consejo. Sin embargo, aquí la Corte no hace mérito de la cantidad de miembros de cada sector⁶⁴⁶ sino que extrae una implicancia adicional del mandato del equilibrio: no puede decirse que es equilibrada una composición en la cual "la totalidad de los integrantes del Consejo tendría un origen político-partidario"⁶⁴⁷, de modo directo o indirecto: de sus 19 integrantes, 12 serían elegidos directamente en las urnas por la ciudadanía, mientras los restantes 7 lo serían por el Congreso o el Poder Ejecutivo.

El modo más sencillo de entender esta afirmación de la Corte es que en el sistema de la [ley 26.855](#), en realidad, no hay representantes de los jueces, de los abogados o de los académicos. Entendido así, el argumento del equilibrio queda reducido al próximo argumento, el de la representación.

2.1.2. La representación⁶⁴⁸

El art. 114 habla de "la representación" de los jueces, los abogados y de los órganos políticos provenientes de la elección popular. Al mencionar a los académicos, no refiere a su "representación".

El mayor desarrollo de la Corte en el fallo "Rizzo" parece destinado a mostrar que la elección popular de los consejeros es constitucionalmente inviable, sin importar la modalidad de esta elección. Para hacerlo, desarrolla dos líneas argumentales.

La primera serie de argumentos parece destinada a preservar el espíritu corporativo de la representación en el seno del Consejo de la Magistratura. Así, tras afirmar que no hace más que "entender (...) las palabras de la Constitución en el significado en el que son utilizadas popularmente y explicarlas en su sentido llano, obvio y común"⁶⁴⁹, afirma que "las personas que integran el Consejo lo hacen en nombre y por mandato de cada uno de los estamentos indicados, lo que supone inexorablemente su elección por parte de los integrantes de esos sectores. En consecuencia, el precepto no contempla la posibilidad de que los consejeros puedan ser elegidos por el voto popular ya que, si así ocurriera, dejarían de ser representantes del sector para convertirse en representantes del cuerpo electoral"⁶⁵⁰. De modo similar, afirma poco después que "para ejercer una representación electoral se requiere necesariamente un mandato, que solo puede ser otorgado por los integrantes del sector"⁶⁵¹. Por último, se recurre a los debates de la Convención Constituyente a fin de mostrar que la elección por parte de los jueces y de los abogados de sus respectivos representantes era la intención inequívoca al momento de la sanción del art. 114⁶⁵².

Si bien el concepto de representación no incluye necesariamente la elección de los representantes por los representados⁶⁵³, la idea de que la representación de los jueces y de los abogados es una representación corporativa no solo es la que se desprende de modo más inmediato del texto del art. 114, sino que parece estar lo suficientemente asentada en nuestra práctica constitucional⁶⁵⁴. Tanto los debates en la Convención Constituyente como los debates parlamentarios de la ley 24.937⁶⁵⁵ muestran que era una idea incontrovertida.

Sin embargo, este argumento presenta una dificultad al tratarse de los académicos. Como hemos dicho, el art. 114 habla de la "representación" de los jueces y de los abogados, pero solo indica que el Consejo "será integrado asimismo por personas del ámbito académico y científico en el número y forma que indique la ley". En "Rizzo", la Corte entiende que el adverbio "asimismo" utilizado indica que el régimen de los académicos debe mantener el equilibrio y el sistema de representación establecido para los jueces y abogados⁶⁵⁶. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los jueces y los abogados, no parece que el "ámbito académico y científico" sea un sector diferenciado del resto de la sociedad con intereses

a ser especialmente representados dentro del órgano de gobierno del Poder Judicial. Por el contrario, su inclusión parece estar orientada a la apertura del Consejo hacia fuera de los sectores políticos y corporativos. Así, parecería que no hay nada ni en la letra del art. 114 ni en la naturaleza del sector académico que insinúe fuertemente que los académicos no puedan ser electos por las mayorías electorales. De hecho, esto fue advertido en los debates parlamentarios de la ley 24.937, ya en 1996. Incluso, en esa ocasión, el primer proyecto aprobado por el Senado preveía que los académicos fueran designados por el propio Senado. Quienes entonces defendieron la solución finalmente adoptada —la elección de los académicos por sus pares— no la defendieron como constitucionalmente obligatoria sino simplemente como conveniente, por ejemplo, para que el Senado no multiplicara su injerencia en el Consejo⁶⁵⁷.

Tal vez para no reposar la totalidad del argumento en una discutible interpretación de "asimismo"⁶⁵⁸, la Corte ensaya una segunda línea argumental destinada a mostrar que la elección popular de funcionarios es un mecanismo excepcional previsto en la Constitución para ciertos cargos, que no puede ser ampliado por el Congreso para otros. De otro modo, sostiene la Corte, el Congreso crearía cargos cuando las mayorías electorales le fueran favorables y los cancelaría cuando le fueran adversas⁶⁵⁹. Aún más: "el Poder Judicial tiene la legitimidad democrática que le da la Constitución Nacional, que no se deriva de la elección directa (...) En consecuencia, resulta consistente que los consejeros, como miembros de un órgano que integra el Poder Judicial de la Nación, sean elegidos de forma indirecta, de la misma manera que los jueces"⁶⁶⁰.

Este argumento resulta poco atractivo, por tres razones. En primer lugar, la elección de los consejeros por parte de las asociaciones de académicos o abogados no es una elección "indirecta", comparable a la de los jueces, sino una elección directa por parte de cuerpos electorales reducidos a cierta profesión. La analogía, entonces, no se sostiene.

En segundo lugar, si bien el Consejo de la Magistratura está incluido dentro de la Sección destinada al Poder Judicial, no cumple funciones jurisdiccionales sino de gobierno del Poder Judicial. Las buenas razones que existen para excluir a los jueces del voto popular no son aplicables, sin más, al órgano político que se encarga de gobernar uno de los poderes del Estado. Garantizar la independencia de los jueces no implica que los órganos que deciden sobre las cuestiones de gobierno del Poder Judicial deban estar aislados de la ciudadanía.

Por último, la posibilidad de que el Congreso varíe las reglas de elección de consejeros según los vientos electorales es una crítica que podría aplicarse a cualquier mecanismo de selección que no tenga rango constitucional. En este caso, lo preocupante no era que se diera al electorado participación en la elección de cargos públicos distintos al

presidente y los legisladores nacionales⁶⁶¹, sino, como se verá en el apartado iv, la posibilidad de que se estuviera creando un mecanismo electoral especialmente dirigido a cierto sector.

2.1.3. Independencia de los jueces⁶⁶²

Un tercer argumento de la Corte es que la elección en los términos planteados por la [ley 26.855](#) violaba la independencia de los jueces que desearan presentarse como candidatos a ocupar un cargo en el Consejo: "el magistrado que aspira a ser miembro del Consejo en representación de los jueces debe desarrollar actividades político-partidarias, llevar a cabo una campaña electoral nacional con el financiamiento que ello implica, proponer a la ciudadanía una determinada plataforma política y procurar una cantidad de votos (...) En la práctica, la ley contraría la imparcialidad del juez frente a las partes del proceso y a la ciudadanía toda, pues le exige identificarse con un partido político mientras cumple con la función de administrar justicia. Desaparece así la idea de neutralidad judicial frente a los poderes políticos y fácticos"⁶⁶³.

Como se aprecia fácilmente, este ya no es un argumento que pueda aplicarse a todos los integrantes del Consejo sino solo a los que van en representación de los jueces. Por otra parte, tampoco es un argumento aplicable a cualquier tipo de elección en la que participan jueces, sino a las elecciones en las que participen como candidatos de partidos políticos (en el régimen de la [ley 26.855](#), los jueces debían presentarse a elecciones exclusivamente acompañando candidaturas a presidente y legisladores nacionales⁶⁶⁴).

Con ese alcance, creemos que el argumento es correcto: lo que viene a salvar la Corte es la independencia de los jueces con respecto a quienes ocupan los máximos cargos ejecutivos y legislativos. Nuevamente: creemos que una de las máximas funciones del Poder Judicial es asegurar que quienes ocupan los cargos políticos no abusen de su posición para torcer las reglas democráticas en su favor. Así, para ser correcto, este argumento de la Corte no necesita resolver la cuestión de la independencia judicial con respecto a la opinión pública, que es una cuestión harto más compleja.

2.1.4. Distorsión del proceso electoral⁶⁶⁵

Un último argumento de la Corte resulta particularmente interesante. Este se enfoca en el carácter altamente restrictivo de las reglas electorales que se fijaron para la elección de los consejeros. Por una parte, la [ley 26.855](#) previó que no podrían conformarse agrupaciones políticas al solo efecto de presentar candidatos al Consejo, ni tampoco más de una agrupación podría presentar a los mismos candidatos⁶⁶⁶. Al mismo tiempo, la [ley 26.855](#) permitía que los candidatos a consejeros adhirieran su boleta

a las boletas para cargos legislativos únicamente si la agrupación se presentaba con la misma denominación en por lo menos 18 distritos⁶⁶⁷. Con acierto, la Corte califica a estas restricciones como "barreras irrazonables" al derecho de asociarse con fines políticos. Además, afirma que "[e]l Estado no puede implementar un sistema electoral que coloque en mejor condición a una o unas pocas agrupaciones políticas por sobre el resto".

Nuevamente, este argumento tiene un alcance limitado. Si el Congreso hubiera aprobado un sistema electoral más generoso con las fuerzas minoritarias o con las agrupaciones que no quisieran atar su candidatura al Consejo a un candidato a presidente, no habría tenido oportunidad de formularse. Sin embargo, dentro de su alcance, es un argumento poderoso: precisamente la intención que declamaban los promotores de la ley 26.885 era la de *democratizar la Justicia*. Aquí, al ejercer un escrutinio estricto sobre las reglas procedimentales, la Corte muestra que una elección popular para cualquier cargo que no garantiza un mínimo nivel de ecuanimidad entre sus candidatos no puede ser convalidada constitucionalmente. En una comprensión de la función judicial preocupada por la garantía de la democracia, los jueces deben ser especialmente cuidadosos al momento de avalar la constitucionalidad de las reglas que las mayorías circunstanciales dictan para la elección de cargos —como debe serlo con leyes electorales o de regulación de los partidos políticos—⁶⁶⁸.

2.2. Quiénes integran el Consejo: la ley 26.080 y la cuestión del "equilibrio"

Como se señaló, establecida la inconstitucionalidad de la [ley 26.855](#), recobró su vigencia en cuanto a la integración del Consejo la ley 26.080. Esta integración sufrió impugnaciones constitucionales desde su sanción⁶⁶⁹.

En el fallo "Monner Sans", la mayoría de la Corte ratifica el entendimiento de "equilibrio" como "no predominio". Así, descarta que la integración de la ley 26.080 haya vulnerado el "equilibrio" constitucional por no haber dispuesto una representación igualitaria entre los distintos estamentos, aunque deja abierta la posibilidad de hacerlo con nuevos argumentos⁶⁷⁰. En su voto concurrente, Argibay agrega que la representación del sector político se encuentra fragmentada entre representantes de distintos bloques parlamentarios y que además, las decisiones trascendentales del Consejo exigen mayorías especiales, por lo que las mayorías según la ley 26.080 son siempre producto de alguna coalición entre sectores distintos.

En 2015, nueve años después de la modificación de la integración del Consejo de la ley 26.080, la sala II de la Cámara en lo Contencioso

Administrativo Federal declaró su inconstitucionalidad con sustento en el voto de mayoría en "Rizzo" y "Monner Sans"⁶⁷¹. La línea argumental es simple: de los 13 integrantes del Consejo, seis son legisladores y uno es el representante del Poder Ejecutivo, es decir que más de la mitad de los integrantes del Consejo son "representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular". Así, los representantes de los poderes políticos podrán formar quórum propio y, para las decisiones que no requieran mayoría especial, tendrán mayoría propia. Si bien la concurrencia de Argibay había anticipado que este argumento subestima la fragmentación de la representación política en el Consejo (ya que asume que los integrantes de bloques políticos diferentes tienen sus intereses lo suficientemente alineados como para actuar juntos), el razonamiento mayoritario en "Rizzo" avala esta decisión.

Creemos que existe una segunda manera en la que la ley 26.080 viola el equilibrio exigido por la Constitución: en los casos en los que el partido político que detenta el Poder Ejecutivo tiene mayoría⁶⁷² en ambas cámaras del Congreso, controlará automáticamente a cinco de los trece miembros del Consejo, es decir, poco más de un tercio. Como las decisiones más importantes del Consejo se toman con una mayoría de los dos tercios, el oficialismo tendrá siempre una "minoría de bloqueo", suficiente para otorgarle poder de veto sobre cualquier decisión que el resto de los miembros del Consejo puedan haber consensuado. Por ejemplo, bajo el sistema de la ley 26.080, el oficialismo podrá bloquear cualquier intento de acusación contra un juez, otorgándole protección de manera indefinida. Esto también es claramente violatorio del equilibrio constitucional.

2.3. La idoneidad para el cargo y el título de abogado

Otra cuestión desatada por la ley 26.885 es la de los requisitos para integrar el Consejo. En la redacción original de la ley 24.937, mantenida en la reforma de 2006, para ser miembro del Consejo se requerían las mismas características que para ser juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La ley 26.885 modificó esta disposición exigiendo en cambio que los consejeros reunieran los requisitos para ser diputado nacional⁶⁷³. En la práctica, esto implicaba que los representantes de los poderes políticos no debían tener título de abogado con ocho años de ejercicio.

En el caso "Fargosi"⁶⁷⁴, la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el fallo de primera instancia que declaraba la inconstitucionalidad de esta reforma, restableciendo el requisito de la ley 26.080 y por lo tanto expulsando al consejero Ruperto Godoy, representante del Senado en el Consejo, que no poseía título de abogado⁶⁷⁵.

La Cámara, en definitiva, señaló que un consejero sin el título de abogado no posee la "idoneidad" requerida para las funciones del Consejo,

que implican la participación en procesos de selección, disciplina y acusación de jueces. Este argumento merece alguna atención.

La premisa de la Cámara es que ser abogado es determinante al momento de realizar las funciones del Consejo, y por lo tanto sería la principal medida de la idoneidad de sus miembros. Sin embargo, es interesante y hasta contradictorio que el propio fallo describa las distintas competencias del Consejo para las cuales otro tipo de formaciones profesionales pueden resultar más útiles que la técnica jurídica: organización de la Escuela Judicial, elaboración del presupuesto del Poder Judicial, administración del personal, etc.⁶⁷⁶. Por otra parte, incluso en las áreas en las cuales la experiencia jurídica parece más relevante, el requisito de título de abogado no parece determinante. Los consejeros, al igual que los legisladores, cuentan con asesores cuya tarea es precisamente proveerles de la información necesaria para tomar decisiones conscientes acerca de asuntos en los que no son expertos personalmente.

Adicionalmente, la apertura del órgano de gobierno y administración del Poder Judicial a otras perspectivas profesionales, además de enriquecer su deliberación interna, puede operar como un reaseguro contra la tendencia corporativista de este tipo de instituciones. Al incorporar académicos, abogados y representantes del poder político en la reforma constitucional de 1994, justamente lo que se quiso fue promover un Poder Judicial más abierto a la sociedad.

III. LAS COMPETENCIAS DEL CONSEJO

3.1. La selección de jueces

La Constitución de 1853/1860 había impuesto un sistema puramente político de selección de jueces, tanto para la Corte Suprema como para los tribunales inferiores: al igual que aún lo establece la Constitución de los Estados Unidos, los jueces eran designados por el presidente de la Nación con el acuerdo de la mayoría simple del Senado. En la reforma de 1994, los partidos mayoritarios acordaron dos reformas en el sistema de nombramiento de jueces, que figuran en el actual art. 99, inc. 4º de la CN.

Por una parte, los jueces de la Corte Suprema continuarían siendo designados por el presidente, pero ahora se exigiría una mayoría de dos tercios de los miembros presentes "en sesión pública convocada al efecto". De este modo, se garantizaría que el oficialismo necesite acordar al menos con parte de la oposición política el nombramiento de cada nuevo juez. En 2003, el presidente de la Nación dictaría el dec. 222/2003 para dar mayor transparencia y legitimidad al proceso de designación de jueces de la Corte Suprema, proceso que luego se extendería con el dec. 588/2003 para la designación de jueces inferiores de la Nación y los integrantes del

Ministerio Público Fiscal y la Defensoría Pública. Ambos decretos obligan al Poder Ejecutivo a someter a los candidatos a un escrutinio público previo al ingreso del pliego al Senado, obligándolos a proporcionar declaraciones juradas acerca de sus antecedentes, solicitando información a las agencias tributarias acerca del cumplimiento de las obligaciones fiscales del candidato y permitiendo a la sociedad civil intervenir en el proceso remitiendo impugnaciones o apoyos a los candidatos propuestos⁶⁷⁷. El Senado también modificó su reglamento interno, sometiendo estos nombramientos a un proceso de publicidad que incluye audiencias públicas⁶⁷⁸.

Por otra parte, también el art. 99, inc. 4º prevé que los magistrados de tribunales inferiores son elegidos por el presidente de una terna que le remite a tal efecto el Consejo de la Magistratura. Una vez elegido el candidato, este debe obtener también el acuerdo del Senado (con mayoría de miembros presentes, ya que nada se especifica).

Los incs. 1º y 2º del art. 114 son el espejo del art. 99, inc. 4º. Según estos, serán atribuciones del Consejo de la Magistratura "seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores" y "emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores". Usualmente se afirma que el objetivo del Consejo de la Magistratura fue despolitizar el proceso de selección y remoción de jueces⁶⁷⁹. En efecto, la realización de concursos en el seno del Consejo lo aleja enormemente de un sistema puramente político como el anterior a la reforma constitucional. Sin embargo, el propio diseño constitucional demuestra que no fue objetivo del constituyente crear un procedimiento puramente aséptico. En primer lugar, la propia integración del Consejo de la Magistratura prevé la participación de los órganos políticos en el proceso de concursos. En segundo lugar, el presidente elige al candidato de su preferencia dentro de la terna vinculante. Por último, el Senado no tiene restricciones para pronunciarse acerca del acuerdo, más allá de tener en cuenta la idoneidad del candidato.

Desde nuestro punto de vista, es imposible tratar la designación de jueces como si fuera una cuestión meramente administrativa. Por el contrario, las consideraciones ideológicas acerca del compromiso de los candidatos con la defensa de los derechos humanos y el sistema democrático deben jugar un rol preponderante junto con los méritos académicos y profesionales. Sin embargo, las consideraciones políticas deben ser realizadas a la luz pública y estar abiertas a la crítica de los ciudadanos. Un breve examen del sistema vigente de selección de magistrados mostrará que muchas veces los factores políticos inciden de modos a simple vista ocultos.

En la actualidad el régimen de concursos se encuentra regulado por el art. 13 de la ley 24.937 (en la redacción de la ley 26.885) y está a cargo de la Comisión de Selección y Escuela Judicial⁶⁸⁰. En este sistema, los concursos constan de cuatro etapas. Inicialmente, cada concursante realiza un examen anónimo que es evaluado por un jurado de especialistas externos al Consejo. En segundo lugar, los antecedentes de cada candidato son calificados por la Comisión según una tabulación más o menos rígida establecida por el Reglamento (puntaje por doctorado, maestrías, publicaciones, antecedentes docentes, etc.)⁶⁸¹. Estos puntajes pueden ser impugnados solo con base en "error material, vicios de forma o de procedimiento, o en la existencia de arbitrariedad manifiesta"⁶⁸².

Las etapas tercera y cuarta consisten en dos entrevistas con los candidatos mejor posicionados como resultado del examen y la evaluación de los antecedentes. Una entrevista con la Comisión de Selección, que puede modificar fundadamente el orden de mérito dispuesto por la oposición y los antecedentes y luego otra con el plenario del Consejo a fin de "evaluar la idoneidad, aptitud funcional y vocación democrática del concursante". Estas etapas son las más discrecionales o subjetivas, en la que puede tratarse de una mera formalidad, o bien, puede dar lugar a cambios importantes en el orden de mérito de los concursantes como resultados de las dos etapas previas, debido a los apoyos políticos que cada candidato haya generado entre los consejeros. El plenario del Consejo puede, además, revisar de oficio la calificación otorgada al examen o a los antecedentes de cada candidato, aunque debe fundar todo apartamiento de las decisiones de la Comisión⁶⁸³. Por último, el plenario aprueba con los dos tercios de sus miembros presentes la lista de mérito, cuyos tres primeros nombres constituirán la terna a remitir al Poder Ejecutivo.

Si bien el art. 13, apart. c de la ley orgánica del Consejo establece que esta decisión del plenario es irrecurrible, está aceptado que la arbitrariedad en las atribuciones ejercidas durante el concurso es remediable judicialmente⁶⁸⁴. Así, por ejemplo, se ha anulado un examen en el cual un candidato había sido descalificado por no incluir el encabezado de su proyecto de sentencia y por diferencias razonables en la interpretación del derecho vigente⁶⁸⁵. Sin embargo, la jurisprudencia ha sido más reticente a invalidar decisiones del Consejo fundadas en consideraciones sobre el respeto de los candidatos a los derechos humanos y el régimen democrático⁶⁸⁶.

El Procurador General, en su dictamen en la causa "Carranza Latrubesse", admitió la intervención judicial también en estos casos, aunque la Corte rechazó *in limine* intervenir en la causa por aplicación del art. 280, Cód. Proc. Civ. y Com. En disidencia, aunque arribando a diferentes resultados, los jueces Fayt y Zaffaroni declaran que la intervención judicial "quedará circunscripta a ejercer el control de legalidad

de los actos emitidos en el marco de los respectivos procedimientos y a verificar si se han producido transgresiones" de suficiente "nitidez y gravedad"⁶⁸⁷.

Un estudio realizado por Demian Zayat sobre los 119 concursos realizados entre 1998 y 2008 para cubrir 157 vacantes para judicaturas federales muestra que en 116 de ellos hubo variaciones de posiciones luego de las impugnaciones presentadas por los candidatos⁶⁸⁸. Dado que las impugnaciones son resueltas por la Comisión con conocimiento de la identidad del concursante, es esperable que consideraciones políticas se cuelen al resolverlas, a pesar de que según el reglamento las impugnaciones proceden solo en casos excepcionales. Según el mismo estudio, en el 70% de las ternas al menos uno de los ternados no se encontraba entre los primeros tres lugares en la lista de mérito original, sino que llegó allí gracias a las impugnaciones o de las entrevistas con la Comisión o el plenario.

Una vez compuesta la terna, el presidente debe elegir a uno de los ternados para lograr el acuerdo del Senado. La sola existencia de una terna implica que el Poder Ejecutivo no está obligado a elegir al primero de la lista. Sin embargo, el hecho de que su decisión sea discrecional no implica que sea arbitraria: como con todo acto de gobierno, el presidente está obligado a someter al escrutinio público las razones que lo motivaron a elegir a uno u otro candidato de los tres propuestos⁶⁸⁹. Esta obligación se refuerza cuando se aparte del primer candidato en el orden de mérito, ya que en este caso el presidente no podrá argumentar que ha sido deferente a la decisión del Consejo, o cuando elija a un candidato que ha sufrido impugnaciones fundadas por parte de la sociedad civil⁶⁹⁰.

Una desafortunada práctica que aumenta la discrecionalidad del Poder Ejecutivo en la selección de jueces es la acumulación de ternas. En el Poder Ejecutivo suele haber un retraso en el envío de ternas al Senado, por lo que los concursos con ternas enviadas desde el Consejo se acumulan en dicho Poder. Esto provoca que un mismo candidato esté ternado en más de un concurso para cubrir juzgados vacantes. La reglamentación vigente⁶⁹¹ dispone que si uno de los miembros ternados renuncia a la terna —p. ej., por haber obtenido acuerdo para otro cargo—, esta se completa con el cuarto miembro en el orden de mérito, y así sucesivamente. De este modo, la acumulación de ternas producida por el retraso injustificado dentro del Poder Ejecutivo permite el ascenso artificial de concursantes, con el consecuente problema de que en un juzgado en particular, se designe a alguien que no estaba entre los primeros tres lugares del orden de mérito, pero que contaba con estrechos vínculos políticos, poniendo en dudas la independencia judicial. Dado que la selección del candidato debe ser realizada por el Poder Ejecutivo, este podría ser compelido judicialmente a efectuar la elección si no la realiza en un plazo razonable⁶⁹². Dado que la terna es vinculante, el

presidente *debe* elegir a uno de los propuestos: no puede rechazar la terna en su totalidad ni dejarla inactiva indefinidamente.

El proceso se completa con el acuerdo de la mayoría de los miembros presentes del Senado. Al igual que en el caso del Poder Ejecutivo, el otorgamiento del acuerdo es una facultad discrecional del Senado. Sin embargo, también este debe dar sus razones, que se expresarán en los debates parlamentarios. La ley actual (art. 13) prevé que el rechazo del pliego enviado por parte del Senado hace caer la terna en su totalidad, obligando a la realización de un nuevo concurso. Esto es razonable, ya que lo contrario implicaría obligar al presidente a enviar un candidato que no eligió en el primer lugar, colocando al Senado en la posición última de elegir al juez de su preferencia. En la práctica, ante la dificultad prevista para obtener el acuerdo el candidato renuncia o su pliego es retirado por el Poder Ejecutivo.

Si lo que se buscaba con su incorporación era despolitizar el proceso de selección de jueces, el Consejo de la Magistratura lo ha logrado de un modo algo paradójico. Por una parte, es ampliamente aceptado que a pesar de ciertas irregularidades, el sistema de concursos garantiza un nivel mínimo de idoneidad técnica por parte de los candidatos que el sistema puramente político no garantizaba⁶⁹³. Sin embargo, mediante la pátina de legitimidad técnica que otorga a los ternados, el Consejo oculta el carácter fuertemente político de muchas de las decisiones que toma durante el proceso de selección y las discusiones políticas que pueden rodear la selección de tal o cual candidato ternado por parte del presidente. En el futuro, sería conveniente que la reglamentación del sistema estableciera mayores medidas de transparencia y de rendición de cuentas sobre todo el proceso de selección de magistrados. Esto no significa que la designación de jueces sea una cuestión puramente tecnocrática sobre la cual la democracia no tenga nada que decir: las importantes elecciones valorativas que rodean este proceso no deben ocultarse, sino que deben enfrentarse al escrutinio público.

3.2. Las facultades de administración y reglamentación. Disputas con la Corte Suprema

El art. 114 otorgó al Consejo de la Magistratura dos facultades que hasta la reforma de 1994 se encontraban indiscutiblemente en cabeza de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por una parte, según el inc. 3º, corresponde al Consejo "administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia". En segundo lugar, según el inc. 6º, también es su atribución "dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia". El art. 113, por su parte, mantiene en cabeza de la

Corte la facultad de dictar su reglamento interior y nombrar a sus empleados.

Sin embargo, desde la primera conformación del Consejo en 1998, la Corte ha resistido los intentos de este por ejercer estas atribuciones. El Poder Legislativo, por su parte, tampoco ha sido terminante en cuanto a la transferencia de las competencias de reglamentación y administración de la Corte al Consejo.

3.2.1. Facultades presupuestarias

En la actualidad, el Consejo posee una Oficina de Administración y Financiera del Poder Judicial, que es supervisada por la Comisión de Administración y Financiera del Consejo. Sus competencias fueron dispuestas por el art. 18 de la ley 24.937, que prácticamente no fue modificada en este punto. Así, entre sus competencias se encuentra la de elaborar el anteproyecto de presupuesto anual del Poder Judicial (que es elevado a la Corte Suprema) e incluso "ejecutar el presupuesto anual del Poder Judicial". El Consejo tiene, además, facultades administrativas y de superintendencia con respecto a su propio personal (art. 7º, incs. 13 y 14, según ley 26.885).

Por su parte, la Corte goza de amplias facultades presupuestarias y administrativas. Principalmente, la [ley 23.853](#) de Autarquía Judicial le otorga la facultad de elaborar el anteproyecto de presupuesto de todo el Poder Judicial para remitirlo al Poder Ejecutivo y que este a su vez lo remita al Congreso junto con la ley anual de presupuesto. A la vez, el art. 5º de la misma ley faculta al presidente de la Corte a reestructurar partidas presupuestarias dentro de dicho presupuesto una vez aprobado (al igual que el art. 4º de la ley 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto). El art. 9º, por su parte, dispone que la Corte dispone de "amplias facultades" para establecer aranceles y disponer de los recursos que estos generen.

Otras leyes son concordantes con ella. Así, el art. 117 de la ley 24.156 de Administración Financiera dispone que será la Corte la que fije las modalidades del control de la Auditoría General de la Nación en el Poder Judicial. El dec.-[ley 19.362](#), al igual que el art. 7º de la Ley de Autarquía Judicial, otorgan a la Corte amplias facultades en materia de administración de los recursos humanos del Poder Judicial.

Cabe destacar que todas estas leyes fueron modificadas en algunos puntos por la ley 26.885, que sin embargo apenas alteró la distribución de competencias en esta materia, que permanece casi igual desde antes de la reforma de 1994. El proyecto original⁶⁹⁴ enviado por el Poder Ejecutivo preveía la asignación al Consejo de las facultades presupuestarias, aunque el Congreso terminó cediendo esas reformas para mantener

el *statu quo*. Así, la permanencia de las competencias de administración en cabeza de la Corte no es producto de la mera inacción del Poder Legislativo, sino que es una decisión consciente.

La Corte no solo se ha amparado en estas normas de rango legal para rechazar los intentos del Consejo en materia presupuestaria y administrativa, sino que atribuye a la propia Constitución la voluntad de preservar esas competencias en cabeza de la Corte. Así, por ejemplo, la res. 471/2004 del Consejo de la Magistratura aprobó un acta acuerdo entre el Consejo y la entidad gremial correspondiente a fin de otorgar un aumento del 10% a todos los empleados del Poder Judicial. Cinco días después, la Corte declaró inválida dicha resolución mediante la acordada 26/2004, sosteniendo una postura que ya había mantenido en acordadas anteriores: la reforma de 1994 no había alterado la condición de "titular" del Poder Judicial de la Nación y que, al estar el Consejo incluido dentro de este poder, este quedaba sometido a dicha "titularidad": "el emplazamiento [del Consejo] dentro del ámbito de del Poder cuya titularidad corresponde a esta Corte es una clara demostración de la voluntad de los constituyentes de rechazar toda idea de un ejercicio conjunto o bicéfalo de aquélla"⁶⁹⁵. La acordada menciona los incs. 1º, 3º y 5º del art. 114, CN pero no queda claro en absoluto qué alcance le otorga, entonces, a las facultades del Consejo.

3.2.2. Facultades reglamentarias

Algo similar ha ocurrido con las facultades reglamentarias del Consejo. Si bien el inc. 6º del art. 114, CN le otorga al Consejo la facultad de "dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia", la Corte ha preservado celosamente la competencia en esta materia, rechazando los intentos del Consejo por ejercerla.

Desde la primera conformación del Consejo, la Corte se ha declarado el titular de estas facultades. Así, en 1999, mediante la acordada 16/1999, le "delegó" al Consejo las facultades de superintendencia sobre sus propios funcionarios y empleados. El Consejo de la Magistratura respondió mediante la res. 6/2000, que si bien era casi idéntica en su parte resolutive, optaba por "ratificar" las facultades originarias de superintendencia del Consejo, argumentando que de ningún modo el Consejo estaba sujeto a la superintendencia de la Corte Suprema. La Corte, a su vez, invalidó dicha resolución mediante la acordada 4/2000, en la que sentó la postura que mantendría en lo sucesivo. Así, la mayoría de la Corte argumenta que dado que el Consejo fue incorporado por la reforma de 1994 dentro de la Sección correspondiente al Poder Judicial, está subordinado a las facultades de superintendencia de la Corte en virtud del art. 108, CN que dispone que el "Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte

Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores". Otros conflictos análogos se suscitaron con la cuestión de la autorización a magistrados y funcionarios para ejercer la docencia⁶⁹⁶ o con la prohibición para los funcionarios del Poder Judicial de estar afiliados a partidos políticos⁶⁹⁷.

Al igual que lo que ocurre con las facultades presupuestarias y administrativas, el Poder Legislativo ha optado por mantener el *statu quo* previo a la reforma constitucional. En la redacción original de la ley 24.937, el plenario del Consejo estaba facultado para "dictar los reglamentos referidos a la organización judicial y los reglamentos complementarios de las leyes procesales, así como las disposiciones necesarias para la debida ejecución de esas leyes y toda normativa que asegure la independencia de los jueces y la eficaz prestación de la administración de justicia".

Sin embargo, poco tiempo después estas facultades se vieron desdibujadas. Así, la ley 25.488, una amplia reforma al Cód. Proc. Civ. y Com., facultó a la Corte a dictar los reglamentos necesarios para su implementación. Unos años después, la ley 26.080 recortó formalmente las facultades reglamentarias del Consejo. En la actualidad, según el art. 7º, inc. 2º de la ley 25.937, la facultad del Consejo es la de "dictar los reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye la Constitución Nacional y esta ley a fin de garantizar una eficaz prestación del servicio de administración de justicia".

De modo más ambiguo, la ley 26.685, al implementar la notificación electrónica, dispuso que la Corte y el Consejo "de manera conjunta, reglamentarán su utilización y dispondrán su gradual implementación" (art. 4º)

Al igual que ocurre con las facultades de administración, el art. 114, CN no deja margen de dudas en cuanto a la competencia del Consejo para ejercer sus facultades reglamentarias. El art. 113, CN, que otorga a la Corte la facultad de dictar su reglamento interior y nombrar a sus empleados, es la manida "excepción que confirma la regla": si las facultades administrativas y reglamentarias de todo el Poder Judicial estuvieran en cabeza de la Corte, no habría sido necesario aclarar esa facultad.

En definitiva, lo que subyace tanto para el caso de las facultades presupuestarias como para las facultades reglamentarias es una disputa de poder. Poder para disponer de dinero público, de designar empleados en oficinas auxiliares al Poder Judicial (oficina de notificaciones, cuerpo médico forense, etc.) y de fijar criterios para un sinnúmero de cuestiones que inclusive, pueden afectar intereses creados (p. ej., régimen de licencias, régimen de ingresos y ascensos de empleados, horarios de

atención). Si la creación del Consejo dispuesta por una reforma constitucional se hizo en parte, para descargar de tareas administrativas a la Corte Suprema, y para que el manejo de cuestiones atinentes a la administración de la Justicia estuviera a cargo de un espectro más amplio y democrático de representantes vinculados al sector (abogados, académicos, representantes del Poder Legislativo), no queda más que bregar por el cumplimiento del art. 114, CN. Ello, sin renunciar a exigir un equilibrio en la integración del Consejo y una madurez para el ejercicio responsable del cargo que ocupan los Consejeros.

3.3. Las facultades disciplinarias y acusatorias

El art. 114, inc. 4º faculta al Consejo a "ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados", mientras que el inc. 5º lo faculta a "decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente". La destitución de los jueces inferiores es decidida por el Jurado de Enjuiciamiento, creado por el art. 115.

Las sanciones disciplinarias a los magistrados están reguladas por los arts. 7º y 14 de la ley 24.937. Por una parte, el art. 7º, inc. 16 de la ley 24.937 (según redacción de la ley 26.080) establece que las sanciones disciplinarias son impuestas por el plenario del Consejo por mayoría absoluta de sus miembros totales, y según el art. 14, estas pueden llegar hasta una multa del 50% de los haberes del magistrado.

Las faltas disciplinarias se encuentran enumeradas taxativamente. Entre ellas se encuentran algunas bastante amplias como "actos ofensivos al decoro de la función judicial, el respeto a las instituciones democráticas y los derechos humanos o que comprometan la dignidad del cargo" o "la falta o negligencia en el cumplimiento de sus deberes". Cabe destacar de todos modos que ninguna de las infracciones enumeradas en el art. 14 puede ser cometida mediante el dictado de sentencias judiciales, por lo que el mismo artículo establece que "queda asegurada la garantía de independencia de los jueces en materia del contenido de las sentencias". Enseguida veremos que la cuestión es algo más compleja en el caso de la acusación y remoción de los magistrados.

Para evitar la sujeción de los magistrados *sine die* a un expediente sancionador inconcluso, la ley 26.080 incorporó un plazo máximo de 3 años para la aplicación de la sanción, a contarse desde la presentación de la denuncia contra el magistrado (art. 7º, inc. 16). El mismo plazo rige para la decisión de formular la acusación ante el Jurado de Enjuiciamiento (art. 7º, inc. 15).

Dado que las sanciones disciplinarias a magistrados tienen una naturaleza administrativa, el magistrado acusado goza de un derecho de

apelación más amplio (de hechos y de derecho) que en los casos de destitución, de naturaleza política⁶⁹⁸. Según el mismo art. 14 de la ley 24.937, las sanciones son recurribles ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así, la Corte ha reducido o dejado sin efecto sanciones impuestas por el Consejo "cuando media arbitrariedad o manifiesta extralimitación en el ejercicio de las facultades disciplinarias de por las autoridades respectivas, y cuando razones de orden general lo hagan conveniente"⁶⁹⁹.

Esto contrasta con la irrecurribilidad de la que el art. 115, CN reviste a la sentencia destitutoria del Jurado de Enjuiciamiento. Ello es así debido a que la responsabilidad disciplinaria administrativa es diferente a la responsabilidad política, por lo que no se aplica la doctrina la Corte, que estudiaremos en el comentario al art. 115, según la cual su única misión en los procesos de destitución de magistrados se limita a revisar o garantizar que no se hayan producido graves irregularidades que hayan vulnerado el debido proceso.

La acusación de magistrados ante el Jurado de Enjuiciamiento también es decidida por el plenario del Consejo, por una mayoría de dos tercios de sus miembros presentes⁷⁰⁰. La decisión de acusar ante el Jurado, al no ser una decisión jurisdiccional, no es revisable judicialmente⁷⁰¹. Tampoco lo es la decisión de desestimar una denuncia contra un magistrado⁷⁰².

Según el art. 114, el Consejo tiene también la facultad de suspender a los magistrados cuyo proceso de remoción se encuentre abierto⁷⁰³. La redacción original de la ley 24.937, mantenida por la ley 26.080, disponía que la suspensión solo podía disponerse luego de decidida la acusación, mientras que la redacción de la [ley 26.855](#) nada dice al respecto.

El art. 114 nada dice acerca de la oportunidad de la suspensión del magistrado acusado. Sin embargo, una suspensión prolongada en el tiempo, sin decisión acerca de la formulación de la acusación ante el Jurado, es contraria al objetivo de la Constitución de minimizar los riesgos de estos procedimientos contra la independencia judicial: si en el art. 115 se fijó un plazo máximo de 180 días para que el Jurado se expida, con más motivo no puede sujetarse a un magistrado a una suspensión *sine die* antes incluso de ser acusado ante el Jurado. Ante la falta de previsión constitucional expresa, habrá que evaluar en cada caso la razonabilidad de la suspensión dispuesta antes de la acusación ante el Jurado, que deberá ser interpretada de modo restrictivo. La pauta de los 180 días del art. 115 parece un buen parámetro de razonabilidad de la duración de las suspensiones dictadas por el Consejo antes de la acusación⁷⁰⁴.

* * *

Art. 115.—

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 irrecurrible, 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.

Comentario por Nicolás Dassen y Sebastián Guidi

I. INTRODUCCIÓN

El art. 115, CN prevé que los jueces de los tribunales inferiores serán removidos por las mismas causas que los sujetos a juicio político según el [art. 53](#), CN "por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal", cuya integración y procedimientos serán fijados por la ley que regule el Consejo de la Magistratura, por lo que está sujeta también a la mayoría de los miembros totales de cada cámara.

En la Constitución de 1853 no se preveía ningún sistema de remoción para los jueces inferiores, recién en la reforma de 1860 se los sujetó al régimen de juicio político junto con el presidente, el vicepresidente, los ministros y los jueces de la Corte Suprema. Durante exactamente cien años, hasta 1960, el Senado destituyó a seis jueces inferiores (además de los tres jueces de la Corte Suprema destituidos en 1947). Desde 1960 hasta 1983, el Senado no destituyó a ningún juez, aunque cabe recordar que las dictaduras militares autodenominadas Revolución Argentina y Proceso de Reorganización Nacional instauraron sus propios sistemas de destitución de jueces, mediante jurados regulados por los decs.-ley 16.937 y 21.374, respectivamente. Desde 1983 hasta 1999, solo otros 7 fueron destituidos por el Senado, mientras que otros 6 fueron absueltos⁷⁰⁵.

El Jurado de Enjuiciamiento, según el art. 115, debe estar compuesto por "legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal". La integración original del Jurado, según la ley 24.937, era de nueve miembros: tres abogados de la matrícula federal, tres jueces (un juez de la Corte Suprema y dos camaristas) y tres legisladores (dos senadores y un diputado). La ley 26.080 redujo a siete la cantidad de miembros: dos camaristas, dos senadores, dos diputados y un abogado de la matrícula federal. En ambas versiones, el Jurado toma la decisión de destituir con los dos tercios de sus miembros.

El art. 115, CN, a diferencia del art. 114, no manda al legislador a que los estamentos que integran el Jurado guarden "equilibrio" entre sí. Creemos que, por más que no se exija expresamente, el propio mandato de la integración por varios sectores implica que ninguno de esos sectores pueda tomar la decisión por sí mismo⁷⁰⁶. En el fallo "Colegio Público de Abogados" de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, ya citado, se asegura que incluso si la exigencia de equilibrio fuera aplicable al Jurado, su actual integración cumpliría con ese requisito, ya que ningún sector por sí mismo alcanza la mayoría de dos tercios necesaria para destituir a un juez⁷⁰⁷.

II. EL CARÁCTER POLÍTICO DEL JUICIO. LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS CONDENAS DEL JURADO

Hay consenso casi⁷⁰⁸ unánime en la doctrina en que los magistrados son destituidos en virtud de su responsabilidad política⁷⁰⁹. Esta postura fue adoptada desde el inicio de la vida institucional del Consejo y el Jurado: lo hizo tanto el Consejo al acusar⁷¹⁰, como el Jurado al destituir⁷¹¹. Suele citarse a Karl Loewenstein, quien afirmaba que "existe responsabilidad política cuando un determinado detentador del poder tiene que dar cuenta a otro detentador del poder sobre el cumplimiento de la función que le ha sido asignada"⁷¹². Así, la responsabilidad política no es la que busca el castigo del funcionario sino solo separarlo de un cargo para cuyo ejercicio ya no se lo considera apto. De hecho, la propia Constitución dispone que los jueces duren en su cargo "mientras dura su buena conducta". El art. 115 dispone que el fallo del Jurado "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". Existe una diferencia con lo dispuesto para el juicio político del Congreso, que puede además dictar la pena de inhabilitación.

Sin embargo, su carácter "político" no le quita su carácter de "juicio". Afirma Gelli que "predicar la naturaleza política del juicio de remoción de magistrados no significa sostener el carácter partidario o ideológico de la destitución"⁷¹³. Esto fue sostenido por el Jurado desde su primer fallo: "se trata de un juicio de responsabilidad política con sujeción a las reglas del

debido proceso legal, lo que equivale a decir que en lo sustancial el juicio es político, pero en lo formal se trata de orientado a administrar justicia"⁷¹⁴.

Así, este carácter político también delimita la calidad de la revisión judicial que podrá efectuar la Corte Suprema. El art. 115, CN establece que el fallo del Jurado de Enjuiciamiento será "irrecurrible". Sin embargo, la Corte ha mantenido la línea jurisprudencial del fallo "Nicosia", de 1993, según la cual las destituciones por juicio político son revisables "con un criterio de revisión (...) francamente riguroso" ante "patentes violaciones a aspectos esenciales del derecho de defensa"⁷¹⁵.

En el primer fallo de la Corte Suprema en ocasión de revisar el primer fallo del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, la Corte extendió expresamente la regla de "Nicosia" y afirmó 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 'nítidas y graves' a las reglas del debido proceso y a la garantía de la defensa en juicio"⁷¹⁶. La Corte, hasta ahora, se ha atenido a esta rigurosidad: nunca ha declarado la nulidad de un procedimiento de remoción por parte del Jurado de Enjuiciamiento.

Durante la Convención de 1994 se discutió expresamente la cuestión de la recurribilidad del fallo del Jurado, con la intención precisamente de que la inclusión de la "irrecurribilidad" desplazara la jurisprudencia del caso "Nicosia", inhibiendo a la Corte de revisar los fallos del Jurado en todos los casos. Sin embargo, la Corte invoca precisamente a uno de los convencionales que se manifestó en desacuerdo con el criterio de la mayoría para señalar las consecuencias que la irrecurribilidad tendría frente a la Convención Americana de Derechos Humanos⁷¹⁷. Así, la Corte afirma que la única manera de interpretar la "irrecurribilidad" del fallo es mediante el mantenimiento de la jurisprudencia de "Nicosia".

La Corte, integrada por conjueces, mantuvo esta misma postura en relación con los juicios políticos realizados por el Senado, en la causa "Moliné O'Connor"⁷¹⁸.

Por último, cabe destacar que la necesidad de que los procedimientos de juicio político respeten las garantías del debido proceso ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷¹⁹.

III. LAS CAUSALES DE DESTITUCIÓN. CUESTIÓN DE LA "MALA CONDUCTA"

Según el art. 115, CN, los magistrados de los tribunales inferiores pueden ser destituidos por las causales enumeradas en el art. 53. Es decir: "mal desempeño", "delitos en el ejercicio de sus funciones" o "crímenes comunes". Entre estas causales, la de "mal desempeño" es la que

presenta contornos más difusos y cuya definición ha conllevado algún trabajo jurisprudencial.

En el fallo "Brusa", el Jurado de Enjuiciamiento ha tratado de precisar el concepto de "mal desempeño" adhiriendo a la definición de Carlos Sánchez Viamonte. Así, para este autor y para el Jurado, el "mal desempeño" es "cualquier irregularidad de cualquier naturaleza que sea, si afecta gravemente el desempeño de las funciones aún en los casos de enfermedad o incapacidad sobreviniente, aunque no aparezca la responsabilidad, falta o culpa intencional"⁷²⁰.

En dicho fallo, el Jurado resaltó lo que consideró un acierto del Poder Legislativo, al no intentar describir las posibles causales de mal desempeño en la ley 24.937. Sin embargo, esto es lo que hizo la ley 26.080 pocos años después. El art. 25 de la ley 24.937⁷²¹ en su actual redacción enumera conductas que "entre otras" pueden configurar "mal desempeño". El carácter abierto de la lista, sin embargo, nos inhibe de intentar una sistematización.

Como vemos, el "mal desempeño" es un concepto amplio, que no requiere la comisión de delitos y que ni siquiera implica dolo por parte del magistrado. Sin embargo, debe estar "fundado en cargos bien determinados, que hacen referencia, a su vez, a hechos precisos y concretos"⁷²². Además, debe estar basado en un hecho, o sucesión de hechos, lo suficientemente grave.

La taxatividad del art. 59, CN no admite que se promuevan destituciones por causales distintas a las allí enumeradas. Así, por ejemplo, el Jurado ha descartado que la "mala conducta" (por oposición a la "buena conducta" que según el art. 110, CN es condición para la permanencia en el cargo de los jueces) configure una causal autónoma de destitución, sino que es una manifestación del "mal desempeño"⁷²³. También ha descartado que el "descrédito público" pueda ser una causal de destitución: en todo caso, el descrédito podrá ser una consecuencia de una conducta que constituya mal desempeño, pero nunca podría condenarse a un magistrado por haber caído en la consideración ajena⁷²⁴.

Por último, cabe destacar que el primer párrafo del art. 19, CN⁷²⁵ es una barrera infranqueable para la destitución o incluso la sanción de los jueces: si la conducta no afecta a terceros, no tiene porqué ser considerada "mal desempeño" a los efectos de la destitución. Así, la Corte Suprema ha considerado inválida una sanción aplicada a un diplomático por conductas privadas ejercidas en su dormitorio y en locales de esparcimiento "en los que se bebe, se baila, y en los que se ofrecen espectáculos de variedades": "el ámbito de privacidad protegido por el art. 19 de la CN no comprende exclusivamente las conductas que los individuos desarrollan en sus domicilios privados, sino que también alcanza a las que, de modo

reservado, con la intención de no exhibirse, y sin que tengan trascendencia pública ni provoquen escándalo, aquéllos llevan a cabo fuera del recinto de aquel"⁷²⁶. Este razonamiento es plenamente aplicable a las sanciones a magistrados.

IV. CUESTIÓN DE LOS HECHOS ANTERIORES AL NOMBRAMIENTO

Tradicionalmente, se sostenía que los jueces solo podían ser destituidos por causas posteriores a su nombramiento, ya que lo contrario implicaría revisar la decisión del Poder Ejecutivo y el Senado, de quienes se presumía que habían examinado los antecedentes del candidato y lo consideraban idóneo para el cargo. Así, una vez nombrado, el juez conservaría su puesto mientras durara su buena conducta⁷²⁷.

Sin embargo, cada vez con mayor énfasis, se fue delineando el criterio de que la revisión de los antecedentes por parte del Senado no podía presumirse *iuris et de iure*, sino que se debía verificar si en efecto los hechos en cuestión habían sido conocidos al momento de la designación.

Inicialmente, esto había sido indicado como posibilidad teórica. Así, por ejemplo, en "Brusa", la mayoría sostuvo que "remover a un juez de la Nación por este Jurado de Enjuiciamiento, a causa de hechos anteriores a su designación y *conocidos antes de ella*, implica atribuirle la potestad de revisar la designación de los magistrados federales efectuada por el Poder Ejecutivo con el acuerdo del Senado"⁷²⁸. Belluscio, Billoch Caride y Dugo, en su voto en "Lona", también hacen la salvedad de que para que la designación sea irrevisable, los hechos imputados deben haber sido "conocidos y evaluados" por el Senado⁷²⁹.

En "Otilio Romano", el último caso resuelto por el Jurado en el que se imputaba un hecho anterior al nombramiento, la unanimidad del Jurado establece la regla con mayor claridad: "si bien este órgano posee facultades para juzgar conductas previas al acuerdo, ello no sucede cuando tales hechos fueron conocidos por el Senado y, no obstante, prestó al magistrado el acuerdo para el cargo del cual hoy se pretende su remoción"⁷³⁰.

V. CUESTIÓN DEL "CONTENIDO DE LAS SENTENCIAS"⁷³¹

Como se mencionó, la ley 24.937 asegura que "queda asegurada la garantía de independencia de los jueces en materia del contenido de las sentencias" en materia disciplinaria, pero no replica dicha garantía al regular la facultad acusatoria del Consejo o la actividad del Jurado. Se trata de un antiguo reclamo de los jueces en defensa de su independencia de criterio para interpretar el derecho que puede llegar, inclusive, a discrepar fundadamente con criterios establecidos por jueces de una instancia superior.

Ahora bien, una interpretación razonable nos lleva a pensar que ello no implica un blindaje para evitar investigar el mal desempeño en la tarea jurisdiccional como causal de destitución: las sentencias no son ejercicios literarios, sino que son actos jurisdiccionales que resuelven un conflicto interpretando y aplicando la ley a ciertos hechos invocados por las partes que se entienden por probados, en el marco de un proceso. Las sentencias no solamente interpretan, sino que producen efectos en el mundo. Mediante una sentencia es posible incluso cometer delitos, como por ejemplo el de prevaricato⁷³², o cometer un grave o inexcusable error de derecho. Aun fuera de estos casos extremos, por ejemplo, el apartamiento *deliberado e injustificado* del criterio sostenido en los antecedentes análogos de un mismo juez puede llevar a estudiar con cuidado sus motivos, para detectar posibles violaciones a la imparcialidad judicial.

Desde un inicio, el Jurado ha sido cuidadoso con la delimitación de la independencia judicial en el contenido de las sentencias y el mal desempeño. Así, ha hecho suya la doctrina de la Corte Suprema en cuanto a que "el presupuesto necesario de la función de juzgar resultaría afectado si los jueces estuvieran expuestos al riesgo de ser removidos por el solo hecho de que las consideraciones vertidas en sus sentencias puedan ser objetables, a excepción de que ellas constituyan delitos o traduzcan ineptitud moral o intelectual" (Fallos 274:415). Sin embargo, el primer caso que eligió para sentar esta doctrina es una clara muestra, precisamente, de cuándo los jueces no deberían poder ampararse en la libertad para dictar sentencia para eludir su responsabilidad. Se trata del fallo que absolvió a Ricardo Bustos Fierro. Este juez federal de Córdoba había hecho lugar a una medida cautelar solicitada por un afiliado del Partido Justicialista a fin de que permitiera al entonces presidente Menem presentarse como precandidato a las elecciones internas del partido. La situación era absolutamente extravagante: era claro que la Disposición Transitoria Novena de la Constitución le impedía a Menem presentarse a un tercer período consecutivo, y así lo había establecido un fallo de la Cámara Nacional Electoral. Por otra parte, no había ninguna norma que le impidiera a Menem presentarse como precandidato en una interna partidaria. Sin embargo, el juez Bustos Fierro eludió la aplicación del fallo de la Cámara mediante el artilugio de enviar la causa a la Secretaría Fiscal de su juzgado como si se tratara de un tema impositivo (en vez de la Secretaría Electoral)⁷³³ y dictó la medida cautelar, produciendo un hecho de alto impacto político en la sociedad⁷³⁴.

Bustos Fierro fue acusado por el Consejo de la Magistratura y fue absuelto por el Jurado por cinco votos contra cuatro. La mayoría dedicó varios párrafos a explicar que "en el juicio político se juzga institucional y administrativamente la conducta o incapacidad de los jueces, pero no la dirección de sus actos o el criterio que informa sus decisiones en la

interpretación de la ley"⁷³⁵. Así, la mayoría señaló que la sentencia de Bustos Fierro en todo caso podía constituir un "error judicial", pero que la creencia de que cualquier error en una sentencia podría ser causal de juicio político haría moralmente imposible la tarea de juzgar⁷³⁶. La intención de beneficiar al propio presidente Menem para presentarse a un tercer mandato fue considerada por la mayoría como "meras conjeturas"⁷³⁷.

El voto de la minoría consideró que Bustos Fierro no podía "ampararse en la garantía de independencia de la que goza la judicatura" ya que el propio juez había renunciado a la independencia judicial al inclinarse "espuriamente" por el objetivo del presidente. También evaluó que el dictado de una medida cautelar abiertamente improcedente solo podía tener "motivos extrajurídicos" que eran "producir un hecho político de alto impacto que, a no dudarlo, estaba encaminado a proyectar influencia directa en la disputa partidaria interna entonces vigente"⁷³⁸. Así, la minoría concluye que la "independencia de los jueces no es un escudo de protección ni otorga un 'bill' de indemnidad"⁷³⁹.

* * *

CAPÍTULO SEGUNDO - ATRIBUCIONES DEL PODER JUDICIAL

Art. 116.—

Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas 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.

LA COMPETENCIA FEDERAL

Comentario por Sergio Vergara y Melissa Viola

I. ORIGEN DE LA COMPETENCIA FEDERAL

En Argentina, la coexistencia de una justicia denominada ordinaria y una justicia federal obedece a cuestiones históricas que tienen origen en la formación de nuestro país. Los cambios iniciados por la Revolución de Mayo tuvieron como consecuencia el surgimiento de identidades locales muy marcadas que influyeron notablemente en la conformación de las autonomías provinciales. Las provincias se caracterizaban por poseer fuertes sentimientos de autonomía e independencia, sentimientos que, de alguna manera, impidieron que Argentina contara con una Constitución Nacional hasta 1853. Sin embargo, paradójicamente, en todo momento las provincias mantuvieron la voluntad de unificarse para formar una entidad común superior. El objetivo era crear una unión que permitiera el desarrollo del país como un todo, sin por ello avasallar las identidades propias de las partes que lo conformaban⁷⁴⁰. De esta manera, durante el proceso constituyente, las provincias acordaron delegar ciertas competencias al Gobierno federal, lo que finalmente permitió la formación del Estado Nación. Así, las provincias fueron (y aún continúan siendo) los sujetos primarios del ordenamiento jurídico argentino, ya que eran estas las que poseían todas las facultades que no fueran expresamente delegadas al Gobierno federal. En la Constitución Nacional de 1853-1860 esto quedó plasmado en el art. 104 (actual art. 121), en el que se establece: "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".

Las fuentes que inspiraron el texto de la Constitución Nacional de 1853-1860 fueron varias, pero es innegable la influencia que tuvo en materia federal la Constitución de los Estados Unidos del año 1787. Su objetivo, imitado luego por la Constitución Argentina, fue establecer un Poder Judicial federal que garantizara la supremacía de la Constitución y de las leyes federales⁷⁴¹. En este contexto, el derecho federal surgió con el objetivo de regular la organización del Gobierno federal y sus facultades, lo cual, lógicamente, debería tener supremacía por sobre las autonomías provinciales. En consonancia con el texto estadounidense, en la Constitución argentina de 1853-1860 se plasmaron dos órdenes jurisdiccionales: el federal, aplicable a determinados casos expresamente determinados por la Constitución y las normas dictadas en consecuencia; y el provincial, que deriva de los preceptos contenidos en los actuales arts. 5º y 121 de la CN.

La competencia federal surgió como la vía judicial por la cual se tratarían aquellas causas en las que fuera aplicable la legislación federal,

siempre que existiera interés federal o nacional, o en las situaciones en las que la calidad personal de los litigantes así lo habilitara. Así, se observa que la competencia federal siempre ha tenido un carácter restrictivo, ya que por su naturaleza versa sobre cuestiones determinadas que responden a los intereses delegados por las provincias. La regla es que las cuestiones sean dirimidas por la justicia ordinaria, la justicia federal es la excepción.

Las materias que habilitan el fuero federal son aquellas que versan sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes del Congreso o tratados celebrados con naciones extranjeras, y son privativas de la jurisdicción de los tribunales federales. Esto le otorga a la competencia federal un carácter inalterable, restrictivo y exclusivo. En el año 1884, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo: "Los jueces de provincia no pueden conocer de ellas, so pretexto de ser también intérpretes de la constitución [y de las] leyes del congreso (sic). Interpretan y aplican estas leyes, como leyes supremas de la nación, en las causas cuyo conocimiento les corresponde (...), no pudiendo, por consiguiente, deducirse de aquí que tengan jurisdicción concurrentes con los tribunales nacionales"⁷⁴².

No obstante, pese a que la justicia federal tiene carácter exclusivo y restrictivo, siempre se ha entendido que los tribunales federales pueden (y deben) interpretar y aplicar el derecho común. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1906 dicta el fallo "Empresa de Transportes Unidos c. El Ferrocarril Gran Oeste Argentino y otros"⁷⁴³, en el cual dice que "[c]orresponde al fuero federal el conocimiento de una causa que trata en primer término de la interpretación y aplicación de la Ley de Ferrocarriles Nacionales 2873 y solo, subsidiariamente, de las disposiciones del derecho común invocadas en la demanda". De esta manera, mediante una interpretación *contrario sensu* del criterio de la Corte, entendemos que las cuestiones federales deben tener un papel central en los hechos para que la causa sea sometida al fuero federal. Este es el criterio que, con algunas variaciones, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación a lo largo del tiempo para determinar cuándo una causa caerá bajo la competencia ordinaria y cuándo bajo la federal.

II. COMPETENCIA FEDERAL. FINALIDAD. CARACTERES DE LA JUSTICIA FEDERAL

2.1. Jurisdicción y competencia. Competencia federal y competencia provincial

Antes de abocarnos al análisis de la competencia federal establecida por la Constitución Nacional y leyes reglamentarias y referirnos a las características, los alcances y la finalidad de la justicia federal, resulta importante discernir entre las nociones de jurisdicción y competencia. En más de una oportunidad, tales conceptos han sido utilizados para referirse

a ideas similares. El término *jurisdicción* tiene su origen en el latín *jurisdictio* que significa la acción de "decir o declarar el derecho". En su sentido más amplio, el concepto de jurisdicción se refiere a los tres poderes del Estado: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial⁷⁴⁴; nuestro análisis se limitará a este último caso: la jurisdicción del Poder Judicial.

Se sostiene que la jurisdicción es una función pública ejercida por el Poder Judicial, que tiene a cargo declarar el derecho de las partes en un caso concreto y debe hacerlo observar mediante su decisión con autoridad de cosa juzgada, factible de ejecución⁷⁴⁵. La jurisdicción es "(...) la potestad de conocer en las cuestiones que se susciten entre los individuos y la facultad de resolverlas con arreglo a las leyes (...)"⁷⁴⁶. En otras palabras, la jurisdicción judicial es la función ejercida por el Poder Judicial, consistente en aplicar el derecho en un caso concreto y hacerlo ejecutar.

La competencia, en cambio, es "(...) el fragmento de jurisdicción atribuido a un juez. La relación entre la jurisdicción y la competencia es la relación que existe entre el todo y la parte. La jurisdicción es el todo; la competencia es la parte, un fragmento de la jurisdicción. En todo aquello que no le ha sido atribuido, un juez, aunque sigue teniendo jurisdicción es incompetente (...). [U]n juez competente es, al mismo tiempo, juez con jurisdicción; pero un juez incompetente es un juez con jurisdicción y sin competencia"⁷⁴⁷. Palacio, por su parte, define a la competencia como "(...) la capacidad o aptitud que la ley reconoce a cada órgano o conjunto de órganos judiciales para ejercer sus funciones con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante una determinada etapa del proceso"⁷⁴⁸.

En otros términos, todo juez o tribunal tiene jurisdicción para aplicar el derecho vigente a un caso concreto, pero debe hacerlo en la medida de la competencia que le haya sido reconocida por la normativa aplicable en razón de la materia, el territorio, las personas, etc.⁷⁴⁹.

Ahora bien, cabe destacar que en la Argentina coexisten dos jurisdicciones judiciales, la federal y la provincial, reflejo de dos órdenes de gobierno que también coexisten en razón de la delegación de funciones que realizaron las provincias a favor de la Nación, a partir del dictado de la Constitución de 1853, y plasmado en el actual art. 121⁷⁵⁰. Clodomiro Zavalía explicaba: "En cada pulgada de territorio de las provincias (...) existen dos jurisdicciones judiciales, dos órdenes de jueces con atribuciones de tal manera definidas y precisas que, teóricamente, no es posible que choquen"⁷⁵¹. La jurisdicción federal es ejercida por los jueces federales en nombre de la Nación y de conformidad con las facultades acordadas por la Constitución Nacional y las leyes reglamentarias. La jurisdicción provincial, de su lado, es ejercida por los jueces provinciales, cuyas facultades emanan de las leyes locales. La Corte Suprema ha establecido la coexistencia de "la competencia federal que deriva de

nuestra organización como Estado federal, con dos órdenes de gobiernos distintos y, por ende, con dos poderes judiciales diversos: el nacional, que ejerce la jurisdicción en todo el territorio del país, y el Poder Judicial provincial, que la ejerce en el ámbito de los límites de cada provincia; cada uno de ellos, con competencia determinada en razón de la materia, de las personas, de las cosas y del territorio"⁷⁵².

2.2. Competencia federal de primera instancia y en grado de apelación. Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El art. 116 de la CN establece la competencia de la justicia federal, enunciando los casos en los que los jueces de primera instancia y la Corte Suprema deben entender. El mencionado artículo dispone: "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas 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".

De la lectura del artículo transcrito se infiere la atribución de la competencia federal en razón de dos parámetros diferentes: la materia y las personas. Tal atribución, en palabras de la Corte Suprema, responde a diferentes razones, según sea el caso y tal como analizaremos a su turno.

No debe soslayarse que la determinación de la competencia federal en razón de la materia justifica la tarea de mayor relevancia a cargo de los jueces federales: aplicar la ley suprema de la Nación en los términos del [art. 31](#) de la CN —la propia Constitución, las leyes del Congreso y los tratados con potencias extranjeras— y velar por su celoso cumplimiento, desestimando las pretensiones que impliquen conculcarla y declarando la inconstitucionalidad de toda norma local que se le oponga —así como de toda ley del Congreso Nacional que se oponga a la Constitución o a los tratados—. La Corte Suprema ha sostenido inveteradamente que "(...) es función específica de la Justicia Federal prestar resguardo y tutela a las instituciones nacionales y juzgar de la validez de los actos de los funcionarios nacionales en provincia"⁷⁵³. Cabe preguntarse cómo podría el Gobierno federal ejercer sus atribuciones y preservar la soberanía nacional sin la actuación de una justicia de igual orden que aplique la ley suprema de la Nación.

De más está decir que esta relevante función atribuida a la justicia federal no conlleva la destrucción de las Constituciones y autonomías provinciales; por el contrario, la actuación de la justicia federal debe resguardar la coexistencia armoniosa entre los órdenes nacionales, provinciales y municipales y fulminar cualquier intento por parte de un orden de gobierno de ejercer sus facultades en detrimento de los restantes. La Nación adoptó la forma federal de gobierno y ello implica, sí, la preservación de la soberanía nacional, pero también de las autonomías locales. Cabe recordar las palabras de Clodomiro Zavallía: "(...) Teniendo propósitos distintos y poderes diferentes, lógicamente, la Nación y las provincias deben tener jurisdicciones separadas. El régimen federal —ha dicho en una ocasión la Corte— tiene la particularidad de permitir la acción simultánea de dos gobiernos, uno nacional y otro provincial, sobre los mismos individuos, dentro del mismo territorio, aunque en esferas bien distintas, según su competencia respectiva"⁷⁵⁴. Lo que se señala es que el ejercicio de la competencia federal —con su nota de supremacía, tal como analizaremos a su turno— no debe interferir en las cuestiones que hacen a la esfera del orden provincial.

Prosiguiendo con el análisis de la regulación constitucional de la competencia federal, el art. 117 de la CN establece: "En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en todos los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente". Se infiere con claridad que la norma establece la actuación de la Corte Suprema en grado de apelación y en competencia originaria y exclusiva.

Con relación al primer supuesto, destacamos que la actuación de la Corte Suprema es mucho más reducida de lo que parece sugerir la norma. Así, en la actualidad, el Alto Tribunal solo ejerce la competencia federal en grado de apelación a través del recurso extraordinario federal, en virtud del cual resuelve exclusivamente cuestiones constitucionales y federales. Desde que se dictó la ley 4055 en el año 1902, la Corte Suprema no actúa como alzada de los juzgados federales de primera instancia, sino que lo hacen las Cámaras Federales con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las provincias (cfr. art. 16 de la mencionada ley).

Asimismo, corresponde considerar que, hasta el año 2015 y por aplicación del dec.-ley [1285/1958](#) (cfr. art. 24, inc. 6º), la Corte Suprema entendía también en los recursos ordinarios interpuestos contra las sentencias de las Cámaras Federales de Apelación, cuando la Nación era parte de la controversia y el valor disputado era superior a cierto monto (desde 2014, \$10.890.000, cfr. acordada 28/2014). No obstante, mediante sentencia del 20/8/2015, *in re* "Anadon, Tomás Salvador c. Comisión Nacional de Comunicaciones s/despido", el Máximo Tribunal declaró la

inconstitucionalidad del art. 24, inc. 6º del dec.-ley 1285/1958 y aclaró que, en adelante, solo entendería en los recursos ordinarios que fuesen interpuestos por las partes contra sentencias que hubiesen sido notificadas antes de que el fallo "Anadon" quedase firme. En otras palabras, en el corto plazo, la Corte Suprema dejará de ejercer en grado de apelación por interposición del recurso ordinario⁷⁵⁵.

Si a lo expuesto sumamos que, conforme al art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com., la Corte Suprema puede rechazar el recurso extraordinario previsto por la ley 48, sin invocar fundamentos y según su sana discreción, cuando verifique la falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas sean insustanciales o intrascendentes, podemos comprobar que la competencia del Alto Tribunal en grado de apelación es más restringida que lo que sugiere el art. 117.

Además de la hoy reducida competencia en grado de apelación, la Corte Suprema ejerce, en los casos previstos por el art. 117 de la CN, competencia originaria y exclusiva. Si bien el análisis de la competencia originaria de la Corte Suprema excede el marco del presente trabajo, diremos que es ejercida en las causas en las que una provincia es parte y en las causas que conciernen a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros.

La competencia exclusiva y originaria del Alto Tribunal en razón de las personas se configura frente a la existencia de una controversia entre dos provincias⁷⁵⁶, cuando dos partes suscitan la jurisdicción federal (v.gr., provincia contra Estado nacional, provincia contra Estados extranjeros, etc.), o cuando, siendo parte una provincia y una persona que no suscita la jurisdicción federal, la materia involucrada en el pleito es predominantemente federal.

Con respecto al caso de embajadores, ministros y cónsules, el fundamento de la intervención de la Corte Suprema en competencia originaria debe encontrarse en "las altas razones institucionales que determinaron su consagración constitucional, y que en el caso responde a la necesidad de preservar el respeto y la mutua consideración con las potencias extranjeras, otorgando a sus representantes diplomáticos una jurisdicción que les permita el cumplimiento más eficaz de sus funciones (...)"⁷⁵⁷.

2.3. Caracteres concernientes a la jurisdicción y competencia federales

Existe copiosa doctrina y jurisprudencia del Alto Tribunal que ha enumerado y tratado los caracteres propios de la jurisdicción y competencia federales, sin resultar coincidentes las opiniones respecto de incluir unos y excluir otros. En el presente trabajo nos referiremos a

aquellos caracteres sin cuya comprensión no pueden concebirse acabadamente los alcances y funciones de la Justicia Federal.

En primer lugar, la jurisdicción federal es suprema. Clodomiro Zavalía afirmaba que, si bien el radio de acción de la Justicia Federal es limitado, "(...) allí donde actúa, producido el conflicto, deben primar las leyes de la Nación y las resoluciones de las autoridades que obren en su nombre, hasta tanto, naturalmente, que (sic) la Corte suprema, con el caso concreto por delante, dirima el conflicto (...). Nunca se insistirá demasiado en el concepto de que la jurisdicción federal es limitada y de excepción. Sólo penetrándolo es posible comprender la verdadera función que tiene asignado el 'Poder judicial de la Nación' en el sistema institucional que nos rige. Únicamente es de su incumbencia lo que está escrito en la Constitución; pero en lo que le incumbe es supremo"⁷⁵⁸(el destacado es propio).

En sentido similar, se ha sostenido más recientemente que "en donde se observa con mayor claridad la mencionada supremacía de la jurisdicción federal, es en las relaciones entre la Justicia Federal y las autoridades locales judiciales o administrativas. En caso de conflictos priman las decisiones de aquélla, ya que no existen allí conflictos de poderes sino de leyes sancionadas por distintos poderes, dentro del límite de sus facultades constitucionales y como en tal caso la interpretación de estas leyes corresponde a la Justicia Federal, se deduce que sus resoluciones son supremas, y las autoridades provinciales están obligadas a conformarse a ellas"⁷⁵⁹. La supremacía de la jurisdicción federal puede verse reflejada en aquellos casos en los que jueces federales ordenan el dictado de medidas cautelares de no innovar, imponiendo a órganos provinciales o municipales abstenerse de realizar una conducta determinada, en general, iniciar juicios de ejecución de obligaciones tributarias⁷⁶⁰.

En segundo lugar, la competencia federal prevista por la Constitución es de excepción y la enumeración de los casos en los que se suscita es taxativa. Así como los Gobiernos provinciales conservaron todos aquellos poderes que no fueron delegados a la Nación y esta ejerce solo aquellos que le fueron expresamente delegados por las provincias, los arts. 116 y 117 marcan la delegación que las provincias han efectuado a favor de la jurisdicción provincial. En razón de ello, en todos aquellos casos no enunciados por los artículos mencionados, resulta competente la justicia local. La Corte Suprema ha sostenido que "(...) el fuero federal con asiento en provincias tiene carácter de excepción, vale decir, se halla circunscripto a las causas que expresamente le atribuyen las leyes que fijan su competencia, cuya interpretación debe ser de carácter restrictivo (...). Debe ser subrayado que dicha regla no es sino una aplicación de la tradicional doctrina (...) con arreglo a la cual sostener que la justicia nacional tiene que rever los actos de las autoridades de provincia

contraría y destruye el sistema de gobierno establecido por la Constitución, pues los jueces nacionales no constituyen autoridades superiores con respecto a los actos de los gobiernos provinciales, sino que sólo tienen jurisdicción cuando las garantías constitucionales son violadas por o contra una autoridad nacional (sic)"⁷⁶¹. Por lo expuesto, en cada controversia que se somete a conocimiento de la justicia federal, la parte debe acreditar las razones en virtud de las cuales debe intervenir ella y no la justicia local.

Sin perjuicio de ello, el mero hecho de que la enunciación de la Constitución resulte taxativa no obsta a que cada vez se sometan más casos a la decisión de la justicia federal. Tal fenómeno responde a dos razones obvias: la primera, el dictado constante de nuevas leyes federales por parte del Congreso, que se suman a las ya existentes y vigentes; la segunda, el ascendente número de leyes y decretos provinciales y municipales que, *prima facie*, conculcan las previsiones de leyes nacionales y de la propia Constitución Nacional⁷⁶², suscitando de esta forma la competencia de excepción.

En tercer lugar, cuando la competencia federal se suscita en razón de la materia, es improrrogable, privativa y excluyente de los tribunales provinciales. El silencio o consentimiento de las partes resultan inhábiles para derogar esos principios⁷⁶³. De tal forma, la incompetencia de la justicia provincial puede promoverse en cualquier estado del proceso⁷⁶⁴. A nuestro criterio, estos caracteres son la contrapartida lógica de los mencionados en el párrafo anterior. Así como la justicia federal no debe intervenir en la resolución de casos en los que se ventilen cuestiones locales, menos aún la justicia provincial debe intervenir en casos en los que se hayan puesto en controversia cuestiones federales. La improrrogabilidad de la competencia federal cede cuando se suscita en razón de la persona y siempre que concurrentemente no se suscite en razón de la materia⁷⁶⁵.

En cuarto y último lugar, la habilitación de la jurisdicción federal requiere la existencia de un caso concreto. En tal sentido, el juez federal solo puede expedirse en casos particulares referidos a cuestiones concretas y no sobre principios generales, ni por vía de medida general⁷⁶⁶. Como corolario de ello, la justicia federal no procede de oficio y solo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte. Resulta ilustrativo el voto del Dr. Santiago Petracchi en Fallos 310:2648. Allí afirma que "(...) el Poder Judicial de la Nación conferido a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales nacionales (...) se define (...) como el que se ejercita en las causas de carácter contencioso a las que se refiere el [art. 2º](#) de la [ley 27](#). Tales causas son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación de derechos debatidos entre partes adversas, cuya titularidad alegan quienes lo demandan (...) Al respecto, cabe observar que la atribución de declarar la invalidez constitucional de los

actos de otros poderes reconocida a los tribunales federales ha sido equilibrada poniendo como límite infranqueable la necesidad de un caso concreto (...). Por sus modalidades y consecuencias, el sistema de control constitucional en la esfera federal excluye, pues, el control genérico o abstracto o la acción popular. La exclusión de tales modalidades impide que la actividad del Tribunal se dilate hasta adquirir las características del Poder Legislativo, y dentro de la marcha del proceso constitucional, subordina la eficacia final de un pronunciamiento al consenso que encuentren en el pueblo".

III. REGLAS GENERALES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA FEDERAL

En el art. 116 de la CN se establecen de manera taxativa ciertos casos en los que surgirá la competencia federal, ya sea que la ejerza la Corte Suprema de Justicia de la Nación o los tribunales federales inferiores. De acuerdo con lo establecido por este artículo, el surgimiento del fuero federal tiene, principalmente, dos fundamentos: por un lado, garantizar la supremacía del orden jurídico federal y, por otro, garantizar la imparcialidad de quien juzgue la causa. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiterados fallos ha sostenido que "la materia y las personas constituyen dos categorías distintas de casos cuyo conocimiento atribuye la Constitución Nacional a la Justicia Federal (art. 116); el primer supuesto lleva, centralmente, el propósito de afirmar las atribuciones del gobierno federal en las causas relacionadas con la Constitución, tratados y leyes nacionales, así como las concernientes a almirantazgo y jurisdicción marítima, mientras que el segundo procura, en lo esencial, asegurar la imparcialidad de la decisión, la armonía nacional y las buenas relaciones con los países extranjeros"⁷⁶⁷. Estas reglas de determinación de la competencia federal responden a los criterios de autonomía de las provincias y de la soberanía del Estado nacional⁷⁶⁸.

Del art. 116 de la CN y de la [ley 48](#) se desprende que entenderán juzgados federales siempre que se ventilen cuestiones relacionadas con ciertos elementos propios de la competencia federal, a saber:

- (i) en razón de la materia;
- (ii) en razón del lugar;
- (iii) en razón de la persona.

A los fines de esclarecer lo mencionado, explicaremos someramente por qué dichos elementos son propios de la competencia federal y qué ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cada caso.

3.1. Competencia federal en razón de la materia

En el apartado precedente nos hemos referido sucintamente a las reglas determinativas de la competencia federal, es decir, en razón de la materia, las personas, el lugar, el grado y el valor. No obstante, dedicaremos un apartado particular para dar tratamiento a la competencia *ratione materiae* en el entendimiento de que, entre todas las reglas que les atribuyen a los jueces federales el conocimiento de una causa, es la de mayor relevancia. El sustento de tal afirmación radica en que la Constitución Nacional establece que los jueces federales tienen como función intervenir en todas aquellas causas en las que se debaten cuestiones vinculadas con instituciones e intereses nacionales. Así, del adecuado ejercicio de la jurisdicción federal en los casos cuyo entendimiento les atribuye la Constitución, depende el sostenimiento del régimen federal. Asimismo, no debe soslayarse que la competencia federal en razón de la materia es, por un lado, de excepción y se suscita en casos taxativamente enumerados y, por otro lado, improrrogable, privativa y excluyente de los tribunales provinciales. Consecuentemente, resulta de importancia determinar cuál es la materia que rige un caso determinado, pues sobre esa base debe intervenir la justicia federal, y no la provincial, o viceversa.

El art. 116 de la Constitución establece los casos en los que la justicia federal debe intervenir en razón de la materia: cuando las causas versen sobre puntos regidos por la Constitución Nacional, las leyes dictadas por el Congreso de la Nación y los tratados con las naciones extranjeras; asimismo, en las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima.

Ahora bien, en relación con los primeros tres supuestos, ¿cualquier causa en la que se discutan cuestiones vinculadas con normas constitucionales, tratados o leyes de la Nación, suscita la competencia federal en razón de la materia? La legislación, doctrina y jurisprudencia del Alto Tribunal indican una respuesta en sentido negativo.

La [ley 48](#), establece, en su art. 2º, inc. 1º, que los jueces federales intervienen en las causas que sean "especialmente" regidas por la Constitución Nacional, las leyes del Congreso y los tratados públicos con naciones extranjeras.

Ricardo Haro considera que la competencia federal en razón de la materia se suscita cuando la demanda se basa de modo "directo, principal e inmediato" en una cláusula constitucional, ley o tratado. Aclara que esto ocurre cuando "el fundamento jurídico medular de las pretensiones que se demanda" deviene del texto de la norma pertinente. Afirma que la "(...) vinculación entre las pretensiones jurídicas y la ley federal debe ser tan estrecha, que la dilucidación de la controversia dependa de la interpretación y aplicación exclusiva o principal de la norma federal, pues lo que en estos casos interesa es la sustancia o materia jurídica federal del pleito". En otro apartado asevera que, para que se suscite la

competencia federal, las causas deben tener una "(...) decisiva, directa y prevalente relación con la dilucidación de las pretensiones litigiosas"⁷⁶⁹.

La Corte Suprema, en un fallo en el que remitió al dictamen de la Procuración General, se expidió en el sentido de que la competencia federal prevista por los arts. 116 de la CN y 2º, inc. 1º de la [ley 48](#) procede cuando el derecho que se pretende hacer valer se funda directa e inmediatamente en uno o varios artículos de la Constitución Nacional, en leyes federales o en tratados con las naciones extranjeras, es decir, cuando lo "medular de la disputa" versa sobre el sentido y los alcances de esos preceptos, cuya "adecuada hermenéutica resulta esencial para la justa solución del litigio"⁷⁷⁰. En ese entendimiento es que la Corte ha sentado la doctrina en cuanto a que la circunstancia de que alguno de los agravios pueda conducir al estudio de normas de naturaleza federal no justifica la declaración de incompetencia de la justicia local y la remisión de la causa a la justicia federal, ya que todos los jueces de cualquier jerarquía y fuero pueden interpretar y aplicar la Constitución y las leyes de la Nación en las causas cuyo conocimiento les corresponda, sin perjuicio de que las cuestiones federales eventualmente comprendidas puedan ser objeto de adecuada tutela por vía del recurso extraordinario⁷⁷¹.

Más recientemente, la Corte Suprema se ha declarado incompetente originariamente al sostener que "(...) para habilitar la instancia prevista en el art. 117 de la CN —cuando en la causa es parte una Provincia— es preciso que en la demanda no se planteen, además de las cuestiones federales, otros asuntos que —por ser de naturaleza local— resultarían ajenos a su competencia, pues la eventual necesidad de hacer mérito de ellos obsta a su radicación por la vía intentada frente a la necesidad de no interferir el ejercicio de atribuciones que las provincias no han delegado al conocimiento exclusivo de esta Corte"⁷⁷². La doctrina que establece la Corte es que, cuando una provincia es parte, para que se suscite su competencia originaria, la cuestión federal planteada debe ser exclusiva, es decir, no debe haberse planteado conjuntamente una cuestión local. Frente al mencionado precedente, se generan algunos interrogantes que, entendemos, aún no tienen una respuesta concluyente: las conclusiones de la Corte ¿son aplicables al analizarse la competencia federal en las instancias inferiores? En otras palabras, a fin de que se suscite la competencia federal en razón de la materia en primera instancia, ¿también la cuestión federal planteada debe ser exclusiva? O —por el contrario— ¿la Corte se valió de ese argumento únicamente para restringir su competencia originaria ante un creciente número de causas similares?

Responder a tales interrogantes permitirá dilucidar si la competencia federal en razón de la materia se suscita cuando las normas federales "gobiernan" o son "esenciales" para la resolución del caso —lo que no excluye la articulación conjunta de cuestiones locales— o si, por el contrario, la cuestión federal debe ser exclusiva. A modo de respuesta,

ponemos de relieve que, luego del dictado del fallo transcripto, la Corte Suprema no ha adoptado una posición única⁷⁷³, como así tampoco los juzgados de primera instancia a lo largo del país. Por tal motivo, adquiere relevancia la labor de los profesionales para poder predecir aquellos casos en los que la Justicia Federal (en especial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación) tendrá interés en resolver y, por lo tanto, en declararse competente⁷⁷⁴.

Resulta claro que, para que se suscite la competencia federal en razón de la materia, por lo menos el fundamento medular de la demanda debe tener sustento en la Constitución, en una ley del Congreso de la Nación o en un tratado con potencias extranjeras. Por el contrario, la simple invocación o aplicación de normas federales al caso, que no lleguen a gobernar su solución, no basta para suscitar la competencia federal en razón de la materia. En esos casos, no se priva al interesado del acceso a la jurisdicción federal, pero primeramente deberá ocurrir ante la justicia local y luego, por intermedio del recurso extraordinario federal, podrá intentar obtener un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia⁷⁷⁵.

La solución resulta de elemental lógica pues, de lo contrario, la justicia federal debería entender en una cantidad innumerable de causas de derecho común, ya que la Constitución contempla casi todos los derechos que asisten a los habitantes de la Nación.

Con relación a la competencia federal en razón de la materia por la violación de normas constitucionales, formularemos algunos comentarios.

En primer lugar, la vinculación con normas de la Constitución Nacional debe ser directa. No puede desconocerse que casi todas las pretensiones que puedan articularse tienen como fundamento el derecho de propiedad, de igualdad, a la vida, etc., pero su mera invocación no basta para que se suscite la competencia de excepción. Por el contrario, para que ello ocurra, la contienda debe requerir dilucidar los alcances de una norma constitucional. A modo de ejemplo, si se impugna una tasa cobrada por una Municipalidad a una compañía que presta el servicio de telefonía (comercio interjurisdiccional) por considerar que no existe un servicio efectivamente prestado, primero deberá dilucidarse si existe la violación de una norma de derecho público local (Ley de Coparticipación Federal de Recursos Fiscales) y luego si se conculca el art. 75, inc. 13 de la Constitución (según el cual las provincias no pueden legislar en materia de comercio interjurisdiccional). Consecuentemente, la justicia local resulta competente, sin perjuicio de que podrá acudir a la Corte Suprema mediante la interposición de un recurso extraordinario. Ahora bien, supongamos el caso en el que se impugna un tributo provincial porque a esa misma compañía telefónica se le cobra un impuesto más alto por tener su sede en la Ciudad de Buenos Aires, mientras que a los contribuyentes de la provincia recaudadora se les cobra un impuesto más bajo. Aquí sí la

pretensión del actor se basaría "directamente" en una norma constitucional, pues la provincia estaría regulando el comercio interjurisdiccional, lo que le está vedado por imperio del art. 75, inc. 13 de la CN. Entonces, la justicia federal resultaría competente.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema ha declarado la competencia de la justicia provincial cuando los derechos que se alegan vulnerados están protegidos por la Constitución local y leyes de igual carácter⁷⁷⁶. Consecuentemente, no basta que un derecho esté directamente amparado por un artículo de la Constitución Nacional, sino que, además, no debe estar amparado por normativa local. A modo de ejemplo, es usual que las Constituciones provinciales y demás normas locales consagren el "principio de igualdad de las cargas tributarias". En tales casos, si bien tal derecho está amparado por la Constitución Nacional, resultaría competente la justicia local.

Con relación a la competencia federal en razón de la materia por leyes del Congreso, consideramos relevante remarcar que aquella en general no se suscita cuando se plantean cuestiones relacionadas con los Códigos de fondo dictados por el Congreso de la Nación (Civil y Comercial, Penal, de Minería, del Trabajo y de la Seguridad Social). Ello responde a la reserva efectuada en el art. 75, inc. 12 de la CN, según el cual, los Códigos de fondo deben ser aplicados por los tribunales federales o provinciales según las cosas o personas estuviesen bajo sus respectivas jurisdicciones.

En cuanto a la competencia federal en razón de la materia por vulneración de tratados internacionales, resulta relevante distinguir entre dos posiciones que ha adoptado la Corte Suprema de Justicia a lo largo de los años. Según la primera, la competencia federal en razón de la materia solo se suscita cuando las normas cuya vulneración se plantea — contenidas en el tratado— son federales. Por el contrario, si se trata de normas de derecho común, se suscita la competencia local⁷⁷⁷. Por su parte, la segunda postura afirma que la naturaleza federal del tratado alcanza también a su contenido, por lo que resulta irrelevante que la materia sea de las calificadas como derecho común; la competencia federal en razón de la materia se suscita independientemente de tal circunstancia⁷⁷⁸.

Finalmente, con relación a la competencia federal en razón de la materia por almirantazgo y jurisdicción marítima, la Corte Suprema ha sostenido que se suscita en todas aquellas causas concernientes a la navegación —marítima o fluvial— de buques y sus tripulantes, a los fletamentos y pasajeros, a los seguros marítimos, a los naufragios y averías, a los privilegios marítimos, entre otros aspectos adicionales⁷⁷⁹. También consideramos pertinente remarcar los fines perseguidos por el constituyente al atribuir la competencia a los jueces federales en estos

casos: poner bajo control del Gobierno federal el tráfico de cualquier clase y objeto que concierna a la navegación, que pueda dar lugar a presas y capturas, tratar cuestiones que afecten nuestras relaciones con potencias extranjeras y comprometan principios de derecho internacional⁷⁸⁰.

3.2. Competencia federal en razón del lugar

La competencia federal en razón del lugar tiene una aplicación acotada y tiene como fundamento el art. 75, inc. 30 de la CN, el cual establece que "Corresponde al Congreso: (...) 30. Ejercer 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 el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservan los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines". Del análisis del texto de este artículo surge que los lugares sometidos a competencia federal son la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su carácter de capital del país, y los establecimientos de utilidad nacional, independientemente de su localización geográfica.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha construido un criterio jurisprudencial que ha sido caracterizado como "criterio finalista"⁷⁸¹, el cual establece que el Congreso tiene potestad para legislar de manera exclusiva sobre los establecimientos de utilidad nacional cuando se trate del cumplimiento de la finalidad de bien general de dicho establecimiento. Es decir, se tienen en cuenta los objetivos de la legislación, y para que un establecimiento sea considerado "de utilidad nacional" es necesario que el Congreso así lo disponga. En virtud de ello, imperan la jurisdicción y la legislación nacional para servir a los objetivos expresamente encomendados al Gobierno federal por la Constitución y por las leyes federales.

Sin embargo, que un establecimiento sea considerado de utilidad nacional no implica que la legislación del Congreso excluya potestades provinciales y/o municipales. Tal como lo establece el art. 75, inc. 30, continúan vigentes las potestades tributarias y de policía, tanto de los municipios como de las provincias, en tanto no perturben el cumplimiento de los fines nacionales. Así lo dispuso la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Lago Espejo Resort SA. c. Neuquén, Provincia del, y otro (Estado Nacional) s/acción meramente declarativa"⁷⁸², en el que establece la diferencia entre legislación exclusiva y legislación necesaria. Cabe destacar las palabras de la Corte cuando sostiene que "las actividades desarrolladas en los establecimientos de utilidad nacional no cuentan con inmunidad absoluta ante la potestad de imposición general que se reconoce a las provincias; y el menoscabo al fin público concebido ha de ser efectivamente demostrado por quien lo alega".

En cuanto a la competencia federal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el art. 75, inc. 30 es claro al establecer que el Congreso ejercerá una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación. Si bien en este territorio todos los tribunales poseen naturaleza federal, pues son creados por el Congreso de la Nación en virtud del art. 75, inc. 20, y por el especial estatus que posee dicho territorio, la división entre justicia ordinaria y justicia federal estará dada por los juzgados nacionales y los juzgados nacionales *en lo federal*. El Congreso de la Nación es el encargado de atribuir competencia a unos u otros juzgados, lo cual ha sido realizado con un criterio similar al que rige en el interior del país, que diferencia a los tribunales federales de los ordinarios o provinciales⁷⁸³.

3.3. Competencia federal en razón de la persona

La competencia federal también se suscita en razón de las personas que intervienen en las causas cuando alguna de ellas posee determinadas cualidades que hacen necesaria la intervención de la justicia federal. Estas cualidades son otorgadas por la Constitución Nacional y sus leyes reglamentarias, las cuales disponen que suscitan la competencia federal aquellas causas⁷⁸⁴ (i) en que el Estado federal es parte; (ii) que conciernen a embajadores, ministros y cónsules extranjeros; (iii) que se susciten entre dos o más provincias; (iv) entre una provincia y los vecinos de otra; (v) entre vecinos de diferentes provincias y (vi) entre una provincia, o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero. El art. 117 es el encargado de determinar cuáles de estas causas corresponderán a los tribunales inferiores y cuáles serán de competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En estos casos, el elemento determinante de la competencia federal es el fuero personal de quienes son parte en el proceso, y no son relevantes la materia del pleito ni el lugar en el que sucedieron los hechos. La finalidad de la competencia federal difiere en cada caso, pero, en general, puede sostenerse que se tiende a asegurar la "convivencia armónica en el orden nacional (...) y en el orden internacional (...)"⁷⁸⁵.

En cuanto al supuesto de los asuntos en que la Nación es parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación es conteste en sostener que entenderá la justicia federal en todas aquellas causas en que participe el Estado federal, de manera directa⁷⁸⁶ o a través de sus organismos, empresas o entidades autárquicas⁷⁸⁷, e incluso cuando el Estado intervenga en calidad de tercero⁷⁸⁸. En este caso, estaremos en presencia de una competencia que puede ser prorrogada por parte del Estado hacia tribunales provinciales, ya que el fuero federal ha sido otorgado en su favor.

En cuanto a las causas concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, la competencia federal surge como vía de protección de las relaciones diplomáticas con otros Estados, las cuales han sido

delegadas al Poder Ejecutivo Nacional. La Corte Suprema ha dicho que entenderá el fuero federal incluso en aquellas causas que tengan como litigantes a las personas que componen la legación extranjera y sus familiares⁷⁸⁹. Cabe destacar que solo entenderá la justicia federal cuando esté en juego algún negocio público que involucre la representación del Estado extranjero⁷⁹⁰, y entenderá en instancia originaria la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁷⁹¹.

Respecto de las causas que se suscitan entre dos o más provincias, o entre una provincia y los vecinos de otra, denominadas comúnmente "causas por razones de vecindad", lo que se busca es garantizar la imparcialidad del juzgador⁷⁹². Este precepto se adoptó siguiendo lo dispuesto por la Constitución de los Estados Unidos y, según la opinión de parte de la doctrina, cuando se trata de una causa que involucra a vecinos de distintas provincias, el fundamento que habilita la competencia federal es totalmente anacrónico, ya que da por sentado que los jueces provinciales tendrán animosidad y parcialidad al juzgar causas que involucren ciudadanos de otra provincia⁷⁹³. Asimismo, es importante destacar que intervendrá la justicia federal⁷⁹⁴ en aquellas causas suscitadas entre dos o más provincias, siempre que no involucren cuestiones sobre límites, las cuales serán dirimidas por el Congreso.

Por su parte, aquellas causas en las que estén involucrados Estados o ciudadanos extranjeros son denominadas "causas de extranjería". Hay que recordar que, para que un Estado extranjero sea sometido a jurisdicción de los tribunales nacionales, es necesario que este Estado renuncie a su inmunidad de jurisdicción. En cuanto a las causas que involucran a un ciudadano extranjero, al igual que en el caso anterior, parte de la doctrina entiende que el fundamento de este fuero carece de sentido en la actualidad, ya que no puede verse afectada la responsabilidad del Estado nacional por la actuación de los jueces locales⁷⁹⁵.

IV. ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA FEDERAL EN ARGENTINA⁷⁹⁶

Tal como se ha mencionado en los apartados precedentes, Argentina es un país federal en el cual las provincias son entes autónomos que tienen facultades propias para entender en ciertas materias y que, a su vez, han delegado expresamente ciertas facultades al Gobierno nacional. De esta manera, coexisten dos órdenes jurídicos en un mismo territorio: el provincial y el federal, que dan origen a una organización compleja del Poder Judicial. Al decir de Haro, "el Poder Judicial de la Nación es un poder multiorgánico y el único extendido en todo el territorio del país, descentralizando la función judicial (...). Esta presencia de los tribunales federales a través de todo el territorio nacional tiene por finalidad acercar el servicio de justicia —esencial en un Estado de Derecho— a los lugares donde están las personas (...), asegurando el acceso y la vigencia efectiva del derecho constitucional a la jurisdicción"⁷⁹⁷.

La justicia federal está compuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su carácter de órgano judicial supremo, y por tribunales inferiores, que entienden en aquellas cuestiones asignadas por la Constitución Nacional. Estos tribunales federales inferiores tendrán asiento en las provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Cabe destacar que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene la particularidad de ser un territorio federalizado, que no está sujeto a jurisdicción provincial. Tal como se explicó en apartados precedentes, en virtud del art. 75, inc. 30 de la CN, el Congreso dicta una legislación exclusiva en este territorio y los juzgados son creados por esta legislación dictada por el Congreso Nacional, tal como lo establece el art. 75, inc. 20 de la Constitución. Por lo tanto, todos sus tribunales tienen carácter federal, aunque cabe distinguir entre juzgados nacionales (a secas), que son los encargados de dirimir las cuestiones ordinarias y los juzgados nacionales *en lo federal*, que resuelven en cuestiones de esta naturaleza.

Por su parte, las cámaras federales de apelaciones del interior del país entienden en diversas materias, excepto en cuestiones referidas a materia electoral y seguridad social. Asimismo, es importante mencionar que las cámaras federales de apelaciones emplazadas en el interior del país tienen una competencia territorial que no necesariamente coincide con la organización del territorio provincial; es decir, el hecho de que una cámara federal se emplace en el territorio de una provincia no implica que solo conocerá en cuestiones suscitadas en dicha provincia. De acuerdo con lo establecido por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos⁷⁹⁸, las cámaras federales de apelaciones tienen la siguiente competencia territorial:

(i) *Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca*: ejerce alzada sobre los juzgados federales de primera instancia de Bahía Blanca nros. 1 y 2, Santa Rosa, y General Pico (La Pampa).

(ii) *Cámara Federal de Apelaciones de Comandante Luis Piedrabuena*⁷⁹⁹: ejerce alzada sobre los juzgados federales de la provincia de Santa Cruz y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

(iii) *Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia*: ejerce alzada sobre los juzgados federales de primera instancia de Rawson, Comodoro Rivadavia (Chubut), Río Gallegos (Santa Cruz) y de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. Además, sobre los Juzgados Nacionales Ordinarios de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

(iv) *Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba*: ejerce alzada sobre los juzgados federales de primera instancia de Córdoba nro. 1, 2 y 3, Río Cuarto, Bell Ville y La Rioja.

(v) *Cámara Federal de Apelaciones de Corrientes*: ejerce alzada sobre los juzgados federales de Corrientes.

(vi) *Cámara Federal de Apelaciones de General Roca*: ejerce alzada sobre los juzgados federales de primera instancia de General Roca, Viedma y San Carlos de Bariloche (Río Negro), Neuquén y Zapala (Neuquén).

(vii) *Cámara Federal de Apelaciones de La Plata*: ejerce alzada sobre los juzgados federales de primera instancia de La Plata, Lomas de Zamora, Junín y Quilmes (Buenos Aires).

(viii) *Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata*: ejerce alzada sobre los juzgados federales de primera instancia de Mar del Plata, Azul, Dolores y Necochea (Buenos Aires).

(ix) *Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza*: ejerce alzada sobre los juzgados federales de primera instancia N° 1, 2 y 3 de la ciudad de Mendoza, San Rafael (Mendoza), San Juan y San Luis.

(x) *Cámara Federal de Apelaciones de Paraná*: ejerce alzada sobre los juzgados federales de primera instancia de Paraná y Concepción del Uruguay (Entre Ríos).

(xi) *Cámara Federal de Apelaciones de Posadas*: ejerce alzada sobre los juzgados federales de la provincia de Misiones.

(xii) *Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia*: ejerce alzada sobre los juzgados federales de primera instancia de Resistencia (Chaco), Formosa, Reconquista (Santa Fe) y Roque Sáenz Peña (Chaco).

(xiii) *Cámara Federal de Apelaciones de Rosario*: ejerce alzada sobre los juzgados federales de primera instancia de Rosario, Santa Fe (Santa Fe), y San Nicolás (Buenos Aires).

(xiv) *Cámara Federal de Apelaciones de Salta*: ejerce alzada sobre los juzgados federales de primera instancia de Salta, Jujuy y San Ramón de la Nueva Orán (Salta).

(xv) *Cámara Federal de Apelaciones de San Martín*: ejerce alzada sobre los tribunales de San Martín, Mercedes, Morón, San Isidro, Campana y Tres de Febrero (Buenos Aires).

(xvi) *Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán*: ejerce alzada sobre los juzgados federales de primera instancia de Tucumán, Catamarca y Santiago del Estero.

Comentario por Ornella Mazza Gigena

I. NATURALEZA Y OBJETO

Para abordar de manera integral el estudio del recurso extraordinario federal resulta imprescindible entender el rol institucional que históricamente asumió la Corte Suprema de la Nación en nuestro país, puesto que ella no fue pensada como una tercera instancia ordinaria de justicia sino como un órgano que pretende garantizar el ejercicio pleno de derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, a través del control de constitucionalidad que ejerce en última instancia.

Para algunos autores, la atribución del ejercicio del control de constitucionalidad del Poder Judicial se deriva de la lectura armónica de los arts. 31 y 116 de la CN⁸⁰⁰.

Esta interpretación resulta concordante con la doctrina estadounidense asentada en el célebre caso "Marbury vs. Madison"⁸⁰¹, mediante el cual se declaró por primera vez en la historia de los Estados Unidos la inconstitucionalidad de una ley del Congreso Federal por derivación del principio de supremacía constitucional.

En ese caso se sostuvo que, si las constituciones escritas se encontraran al mismo nivel que las leyes ordinarias, serían intentos absurdos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza, y que todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y, consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula.

Por ende, como la Constitución Nacional es la norma suprema de la Nación, y los jueces tienen el mandato de aplicar las leyes, entonces deben dejar de aplicar aquellas que resultan contrarias a la Constitución.

Este argumento ha sido objeto de diversas críticas, entre ellas la que presupone que la contradicción entre las cláusulas constitucionales y las leyes inferiores es siempre evidente y por ende, implica una labor políticamente neutral y automática de parte de los jueces, cuestión que sucede de manera remota en la práctica constitucional⁸⁰².

Roberto Gargarella destaca dos problemas que afectan al poder judicial, "(...) poniendo en riesgo la justificación de su tarea de control de

constitucionalidad. Uno de ellos tiene que ver con las dificultades propias de la interpretación constitucional, mientras que el otro se vincula con la famosa cuestión de la legitimidad democrática de la justicia"⁸⁰³.

Sin intenciones de adentrarnos de lleno en esta discusión, lo cierto es que en nuestro país fue la propia Corte la que delimitó sus funciones y se atribuyó la facultad de ser el "intérprete final de la Constitución" desde sus primeros precedentes⁸⁰⁴ y el "supremo custodio de las garantías constitucionales"⁸⁰⁵.

Por su parte, el art. 14 de la ley 48⁸⁰⁶ creó una herramienta destinada a garantizar la supremacía de la Constitución Nacional: el recurso extraordinario federal.

Este recurso constituye el mecanismo procesal por excelencia para acceder al Máximo Tribunal⁸⁰⁷, exceptuando aquellos casos en los que la Corte actúa en instancia originaria⁸⁰⁸.

Para algunos autores⁸⁰⁹, la función del recurso extraordinario federal es únicamente garantizar la supremacía constitucional para hacer efectivos los derechos y garantías establecidos en aquella.

Otros apelan a una construcción histórica de su función, al afirmar que "(...) esta institución fue pensada, creada y desarrollada para mantener (...) la unión nacional de los Estados que se acababan de constituir como Federación, frente al fracaso de la Confederación. Para ello instituyeron el instrumento de contralor de la vigencia de la distribución de competencias otorgadas al Estado Federal, dando esa función esencial para la dinámica operativa del sistema político total, a la cabeza del Poder Judicial"⁸¹⁰.

De esta manera, el recurso extraordinario tiene por objeto exclusivo defender la distribución de competencias establecida en la Constitución Nacional y por ello "(...) jamás la instancia extraordinaria fue pensada para hacer justicia. Y menos como una tercera instancia de tribunal de derecho"⁸¹¹.

En otro sentido, se ha mencionado al recurso extraordinario como una especie de "casación federal", de modo que las sentencias de la Corte sean acatadas no solo por los jueces federales inferiores sino también por los jueces provinciales⁸¹².

El criterio de la propia Corte en este sentido ha sido vacilante: en algunos pronunciamientos sostuvo que el recurso extraordinario fue creado con el objeto de asegurar la supremacía de la Constitución Nacional⁸¹³; en otros, que se trata de un remedio excepcional, de aplicación restrictiva, tendiente a asegurar el predominio de la autoridad de la Nación sobre los Estados provinciales⁸¹⁴.

También lo ha considerado una herramienta tendiente a hacer efectivas las garantías constitucionales⁸¹⁵, y más adelante sostuvo que, si bien el recurso previsto por el art. 14 de la ley 48 no importa una tercera instancia ordinaria, la jurisdicción que la Corte ejercita por esa vía es uno de los casos posibles de la competencia apelada que menciona el art. 117 de la CN⁸¹⁶.

En pronunciamientos más recientes, nuestro Máximo Tribunal entendió que el recurso extraordinario federal es el instrumento legal que por excelencia dirige la misión de la Corte, cual es la de ser el intérprete y salvaguarda final de las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional⁸¹⁷.

II. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

Para la admisibilidad del recurso extraordinario federal se exige el cumplimiento de requisitos de admisibilidad comunes a todos los recursos judiciales, requisitos propios de procedencia del recurso extraordinario y requisitos formales. Todos ellos han sido delineados por la propia Corte, a través de sus sentencias y acordadas.

III. REQUISITOS COMUNES

3.1. Existencia de un caso o una causa

Desde principios de siglo XX, nuestro Máximo Tribunal ha mencionado que, para que su actuación sea posible, debe existir un caso o una causa judicial.

Entre los primeros fallos, mencionó que "[a] los efectos del recurso extraordinario federal, es un caso, pleito o cuestión y debe motivar conocimiento de la Corte Suprema, todo asunto judicial originado por cuestiones constitucionales de ley o de tratados que hayan podido ser llevados a los tribunales superiores locales y motivar una "sentencia definitiva" por parte de estos (...)"⁸¹⁸.

En palabras del propio Tribunal, "(...) la existencia de un caso o controversia constituye un presupuesto necesario para ejercer la función jurisdiccional"⁸¹⁹.

De esta manera, consideró que la actuación del Poder Judicial de la Nación no se extiende a todas las violaciones posibles de la Constitución, sino a las que le son sometidas en la forma de un caso por una de las partes y, si así no sucede, no hay jurisdicción acordada⁸²⁰.

Como consecuencia, la Corte no realiza declaraciones generales o en abstracto sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes

que dicte el Congreso o de los decretos del Poder Ejecutivo, sino únicamente con relación a la aplicación de estas al hecho o caso contencioso producido.

Ahora bien, ¿cuál es el concepto de "causa"?

La Corte ha definido el concepto de "causa" como aquellos asuntos en que se pretende de modo efectivo la determinación del derecho debatido entre partes adversas, el que debe estar fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada al litigante⁸²¹.

Es por ello que vinculó el concepto de causa directamente con el de legitimación para ser parte en un proceso⁸²², y con la configuración de agravio, en la medida en que la cuestión federal esté relacionada con un interés institucional que subsiste al momento del dictado de la sentencia⁸²³.

Tanto el concepto de agravio como el de la legitimación han sufrido modificaciones a lo largo de la historia de los precedentes de la Corte y, consecuentemente, la configuración del caso también fue variando. Esta cuestión será tratada más adelante en este artículo.

3.2. Tribunal de justicia. Excepciones

Algunos autores no tratan este requisito de manera autónoma, sino que parecieran incluirlo de modo implícito al mencionar la necesidad de que se configure un "caso judicial"⁸²⁴.

Sin embargo, nuestra Corte lo ha tratado como requisito autónomo desde antaño, realizando un análisis separado del resto de los requisitos comunes.

Así, ha mencionado que la [ley 48](#) se refiere a "(...) los tribunales destinados a fallar casos contenciosos de derecho civil, comercial, penal o de minería y no a juntas o comisiones encargadas de funciones políticas o administrativas"⁸²⁵.

Es por eso que ha descartado la admisibilidad del recurso extraordinario federal contra resoluciones dictadas por organismos que ejercen funciones jurisdiccionales pero no son Tribunales de Justicia, afirmando que "(...) los pronunciamientos de las autoridades administrativas cuyo cumplimiento requiere la intervención de los tribunales, por vía que no sea la de ejecución de sentencia, escapan al contralor del recurso extraordinario que solo cabe, en tales casos, respecto de las ulteriores decisiones de la justicia, ante la cual es posible alegar las cuestiones constitucionales que extemporáneamente se invocaran antes"⁸²⁶.

Claro que ello es así, a menos que los agravios del apelante se funden en la falta o insuficiencia del control judicial suficiente, según doctrina que la propia Corte ha establecido desde el conocido precedente "Fernández Arias c. Poggio"⁸²⁷.

En este último caso, la medida del control judicial deberá ser "(...)la que resulte de un conjunto de factores y circunstancias variables o contingentes, entre los que podría mencionarse, a título de ejemplo, la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos, la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo, etc. (...) Y todo ello (...) obliga a examinar, en cada caso, los aspectos específicos que singularizan a la concreta materia litigiosa"⁸²⁸.

Dejando de lado ese tipo de casos, la propia Corte ha establecido excepciones al requisito de Tribunal Judicial en materia de decisiones tomadas en el marco de juicios políticos y enjuiciamientos a magistrados federales y locales, al considerar al Senado un Tribunal de Justicia respecto de las resoluciones relativas al juicio político nacional, a los efectos de la admisibilidad del recurso extraordinario⁸²⁹.

Para llegar a esta conclusión, tuvo en cuenta:

1. la literalidad de las normas constitucionales (arts. 51 y 52 de la CN) establece que corresponde al Senado "juzgar" en "juicio público" a los "acusados" por la Cámara de Diputados, culminando el proceso mediante su "fallo". Asimismo, mencionó que los miembros del Senado deben "prestar juramento para ese acto";

2. las disposiciones del Reglamento de la Cámara de Senadores de la Nación mencionan la función de aquel de "administrar justicia con imparcialidad y rectitud conforme a la Constitución y a las leyes de la Nación" (art. 1º), establecen que "el Senado se constituye en tribunal" (art. 2º), que "está sujeto, en determinados aspectos, a la Ley de Procedimientos del 14 de septiembre de 1863" (art. 6º), y que "puede dictar resoluciones interlocutorias" (art. 22), entre otras cuestiones; y

3. no cabe dudas que el juicio político a magistrados "(...) se trata de un proceso orientado a administrar justicia, esto es, a dar a cada uno su derecho —sea a la Cámara de Diputados, en cuanto le asista el de obtener la remoción del magistrado, sea a este, en cuanto le asista el de permanecer en sus funciones—. Ese juicio, asimismo, se encuentra reglamentado por expresas normas de procedimiento (...) y, a su término, es dictada una decisión —'fallo'— por parte de un órgano (...) constituido en 'tribunal'"⁸³⁰.

Otra de las excepciones al requisito de Tribunal Judicial la constituyen las decisiones de la Comisión Federal de Impuestos, en tanto la [ley 23.548](#) prevé expresamente la posibilidad de que las decisiones de la Comisión Federal de Impuestos sean apelables por la vía del [art. 14](#) de la [ley 48](#).

Sin embargo, la Corte consideró que aquella previsión debe entenderse limitada a los supuestos en que el recurrente tenga un interés concreto y actual en obtener la revisión de lo resuelto por ese organismo⁸³¹.

3.3. Cuestión justiciable. Evolución

Algunos autores ven el origen de las cuestiones no justiciables en el derecho francés⁸³², al mencionar que el Consejo de Estado francés —de creación napoleónica— fue atacado con el retorno de los Borbones al poder y, ante la eventualidad de una posible supresión de su jurisdicción contenciosa, decidió disminuir sus atribuciones a fin de sobrevivir.

Según esta teoría, para lograr ello el Consejo de estado francés "(...) giró a los tribunales judiciales algunas materias que antes eran de su competencia y a otras cuestiones las consideró *irrecevables*, es decir, no revisables y ni siquiera receptibles"⁸³³. Así, el reclamo era rechazado mediante la interposición por parte de la administración de algo que se designó como "*fin de non recevoir*".

Por ende, existieron cuestiones que el Consejo de Estado rechazaba sin más y se negaba a darles tratamiento, y tampoco remitía a los tribunales judiciales: los actos de gobierno, los que quedaron exentos de todo control jurisdiccional.

En Estados Unidos, la doctrina tiene sus raíces en el ya citado precedente "*Marbury v. Madison*", mediante el cual se estableció la categoría de "cuestiones políticas". Allí se consideró que ellas versan sobre atribuciones que la Constitución reserva al Poder Ejecutivo y, por ello, no son cuestionables judicialmente.

Más adelante, en el caso "*Baker v. Carr*"⁸³⁴, la Corte estadounidense definió algunas características que podría tener una cuestión para ser considerada "cuestión política", como ser una facultad constitucional privativa de un determinado Poder del Estado, ausencia de normas que rijan actos o procedimientos determinados para resolver la cuestión, la imposibilidad de obtener una resolución sin entrometerse en las funciones de otro Poder o la dificultad de decidir el problema sin recurrir a una decisión política inicial, entre otras.

En nuestro país, el primer precedente del concepto fue el caso "*Cullen c. Llerena*"⁸³⁵, en el que la Corte se expidió en oportunidad de resolver

sobre la intervención federal en las provincias, entendiendo que ella se trata de un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde exclusivamente a los poderes políticos de la Nación y, por ende, sus decisiones al respecto no pueden ser controvertidas por el Poder Judicial.

Citando algunos casos de la Corte Suprema de Estados Unidos⁸³⁶, nuestro Máximo Tribunal consideró que cada uno de los poderes del Estado aplica e interpreta la Constitución por sí mismo cuando ejercita las facultades que ella le confiere a cada uno de ellos, por lo que la rama judicial no resulta competente para intervenir en estos asuntos.

Este concepto fue replicándose en fallos posteriores y la Corte consideró cuestiones políticas no susceptibles de ser revisadas judicialmente también a la declaración del estado de sitio, a la necesidad de la declaración del estado de guerra, a las cuestiones electorales, al juicio político, a la declaración de necesidad de reforma constitucional, a la conveniencia de los actos del Congreso o del Poder Ejecutivo, al procedimiento de formación y sanción de las leyes, a las causas determinantes de la acefalía presidencial, entre otras.

Más tarde, el concepto fue sufriendo modificaciones a través de distintas resoluciones⁸³⁷. En el fallo "Bussi"⁸³⁸, la propia Corte relata el progresivo abandono de la teoría de las cuestiones políticas no justiciables, afirmando que "(...) la amplia y vaga extensión dada a aquellas, condujo a que el desmantelamiento de la doctrina anterior se hiciera a través de pronunciamientos dictados en temas muy diversos. Así, lisa y llanamente entró a conocer en causas que se referían al desenvolvimiento de la vida de los partidos políticos (Fallos 307:1774 y sus citas); trató el tema de la admisibilidad de la presentación de un candidato independiente para diputado nacional (Fallos 310:819) y revisó resultados electorales al dejar sin efecto resoluciones de juntas electorales provinciales (Fallos 308:1745). También conoció de la legalidad del procedimiento de formación y sanción de las leyes (Fallos 317:335) y aún de la competencia del Senado de la Nación para determinar la designación de sus integrantes (Fallos 321:3236) o de sus facultades para decidir la detención de personas (Fallos 318:1967 y 319:1222)".

Este abandono progresivo de la teoría denota una mayor participación por parte de los jueces en temas en los cuales anteriormente no intervenían, alegando que se trataban de "cuestiones no justiciables", sin aclararse bien cuáles son tales cuestiones, ni por qué razones no podemos judicializarlas⁸³⁹.

3.4. Agravio

Otro de los requisitos comunes es la existencia de agravio o gravamen que afecte a quien recurra la sentencia "(...) cuya previa comprobación

condiciona la admisibilidad del recurso, y que a la Corte compete verificar aún de oficio"⁸⁴⁰.

Se trata de un requisito intrínsecamente vinculado a la legitimación activa del recurrente, ya que la regla general en materia de legitimación es que los agravios vinculados con derechos sobre bienes jurídicos deben ser ejercidos por su titular.

Sin embargo, luego de la reforma constitucional del '94 y con la incorporación de los derechos de incidencia colectiva al texto de la Constitución Nacional, se admitió la legitimación en este tipo de derechos no solo del afectado directo sino también del Defensor del Pueblo y asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley.

Así, el concepto de agravio fue adaptándose a la existencia de legitimados anómalos que no son titulares de la relación jurídica sustancial pero sí de la relación procesal que los habilita a actuar en representación de aquellos.

Por otro lado, nuestra Corte ha exigido históricamente que el agravio sea cierto y concreto, y no meramente conjetural. En este sentido, un agravio es conjetural cuando no existe una controversia efectiva de derechos, traducido en un perjuicio concreto sufrido por la aplicación de disposiciones cuestionadas⁸⁴¹.

De igual modo, el agravio debe ser actual y, por ende, "(...) no subsiste cuando el transcurso del tiempo lo ha tomado inoperante, ha desaparecido de hecho o ha sido removido el obstáculo legal en que se asentaba". En estos casos, la decisión se tornaría inoficiosa "(...) puesto que falta uno de los requisitos indispensables para la viabilidad del recurso extraordinario y ello impone que la Corte deba atender a las circunstancias existentes al momento de su decisión aunque sean sobrevivientes a la interposición del recurso extraordinario"⁸⁴².

Sin embargo, en el fallo "F.A.L."⁸⁴³, la Corte cambió el criterio, al considerar que, para el ejercicio de su jurisdicción, no resulta obstáculo la circunstancia de que los agravios aludidos carezcan de actualidad, dada la rapidez con que se produce el desenlace de ciertas situaciones que, en la práctica, tornan difícil que el Tribunal analice todas las cuestiones constitucionales implicadas sin que el caso se vuelva abstracto.

Un caso se vuelve abstracto cuando en él se ha perdido el interés jurídico susceptible de ser eficazmente tutelado por el Poder Judicial. Ello cobra especial relevancia si tenemos en cuenta que la Corte no tiene plazos para dictar sentencia y, por lo tanto, el *timing* de sus decisiones resulta ampliamente discrecional, consecuencia de la ponderación que

hacen los jueces sobre el tiempo de decisión de los casos, principalmente aquellos de gran relevancia.

Así, algunos casos se vuelven abstractos por el mero paso del tiempo. Por ejemplo, casos de reclamos por reajustes jubilatorios o casos de aborto, que se tornan abstractos por la muerte del reclamante y por el estado de avance del embarazo que imposibilitan cualquier práctica abortiva, respectivamente.

IV. REQUISITOS PROPIOS

4.1. Sentencia definitiva

El [art. 14](#) de la [ley 48](#) establece que "(...) sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia".

Por su parte, el [art. 6º](#) de la [ley 4055](#) pone en cabeza de la Corte Suprema conocer "(...) por último el grado de apelación, de las sentencias definitivas pronunciadas por las cámaras federales de apelación; por las cámaras de apelación de la Capital; por los tribunales superiores de provincia y por los tribunales superiores militares, en los casos previstos por el [art. 14](#) de la [ley 48](#)(...)".

Es así que, para la habilitación de la instancia extraordinaria, es necesario que exista una sentencia definitiva, entendida como aquella que pone fin al pleito o impide su continuación. Sin embargo, la Corte ha sostenido, reiteradamente, que constituye también una sentencia definitiva aquella con consecuencias frustratorias respecto del derecho federal invocado, por su tardía o imposible reparación ulterior⁸⁴⁴.

Siguiendo este criterio, entonces, son sentencias definitivas: 1) las que ponen fin al pleito, 2) las que impiden su continuación, y 3) las que causan un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior. Con relación a estas últimas, se consideró que este principio no es absoluto, ya que cede cuando se configura un supuesto de gravedad institucional⁸⁴⁵.

En caso de que la sentencia no tenga alguna de esas consecuencias, se rechaza la habilitación de la instancia extraordinaria. Así, la Corte ha rechazado el recurso extraordinario cuando la sentencia que se cuestione ordenara remitir los autos a primera instancia para que allí se pronuncie sobre el fondo de la litis, en el entendimiento de que la solución sobre los demás puntos del pleito podría hacer innecesaria toda decisión sobre la cuestión federal planteada y, de no ser así, el interesado igualmente tendría la posibilidad de interponer el recurso extraordinario contra la sentencia del tribunal superior que ponga fin a la causa, en caso de que se den los requisitos para su interposición⁸⁴⁶.

También ha rechazado su intervención en el caso de que la sentencia recurrida sea "incompleta", es decir se trate de una decisión cuya consideración obligaría a la Corte a decidir la causa por partes y no de manera final, toda vez que "(...) las cuestiones federales resueltas en autos no definitivos puedan ser presentadas en ocasión del recurso que eventualmente quepa contra la sentencia final de la causa"⁸⁴⁷.

En relación con las sentencias que rechazan acciones de amparo, la Corte ha sostenido que ellas no pueden ser consideradas definitivas ni equiparables a tales en los términos del [art. 14](#) de la [ley 48](#), cuando "(...) dejan subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria"⁸⁴⁸.

Del mismo modo, las decisiones en materia de recusación de los jueces son, por regla general, ajenas a la vía del [art. 14](#) de la [ley 48](#), atento su naturaleza procesal y la ausencia de sentencia definitiva o equiparable a ella⁸⁴⁹.

Sin embargo, en un fallo reciente⁸⁵⁰, la Corte consideró que puede hacerse una excepción a ese principio, haciendo suyos los fundamentos del dictamen de la Procuración General de la Nación, que consideró⁸⁵¹ que, si bien "(...) las impugnaciones vinculadas con las causales de recusación remiten al examen de temas de hecho y derecho procesal, ajenos, en principio, a la vía extraordinaria federal, (...) el Tribunal ha sorteado este obstáculo en supuestos donde se controvierte la inteligencia del art. 18 de la CN y de los tratados incorporados a esta, en tanto las cuestiones de recusación se vinculan con la mejor administración de justicia, cuyo ejercicio imparcial es uno de los elementos de la defensa en juicio".

Es por ello que el pronunciamiento puede equipararse a uno definitivo, "(...) en la medida que lo resuelto importa un perjuicio de tardía o insuficiente reparación ulterior, toda vez que aquí se hallan en juego la imparcialidad objetiva de los jueces y la doble instancia judicial (arts. 8.1 y 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.1 y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y art. 75, inc. 22, de la CN), y esta es la mejor oportunidad para su adecuada tutela pues, de lo contrario, la posterior revisión de lo decidido implicaría un excesivo desgaste jurisdiccional".

En materia de prescripción, la Corte ha considerado que la decisión que desestima la defensa de prescripción no reviste el carácter de definitiva o equiparable a tal, a los fines del recurso extraordinario federal⁸⁵².

Sin embargo, en otro fallo reciente, conoció en un asunto vinculado a la prescripción al considerar que esa oportunidad resultaba procesalmente adecuada para su tratamiento, dado que "la sentencia apelada es

definitiva, en tanto constituye el fallo final de la causa e impide cualquier nuevo planteo sobre la cuestión"⁸⁵³.

Como puede verse, si bien existen algunos estándares para considerar cuando una sentencia es equiparable a definitiva, lo cierto es que es la propia Corte la que termina resolviendo al respecto y ha sostenido que, en caso de que omita pronunciarse sobre si una sentencia es o no definitiva pero concede la apelación extraordinaria, ello importa una declaración implícita de que no queda ningún recurso en el orden local⁸⁵⁴.

4.2. Tribunal superior de la causa

El recurso extraordinario federal debe interponerse contra la sentencia definitiva que haya dictado el superior tribunal de la causa, una vez agotadas las instancias existentes en las respectivas jurisdicciones para el examen de las cuestiones federales planteadas.

Es tribunal superior de la causa aquel que dentro de la organización judicial que corresponda se encuentra habilitado para decidir en último término sobre la materia que suscita la cuestión federal. Por ello, la decisión acerca de cuál es el tribunal superior de provincia a los efectos del recurso extraordinario constituye una cuestión de derecho procesal que incumbe, en principio, a los magistrados provinciales.

Sin embargo, ha sostenido la Corte que ello queda sujeto a lo que en definitiva ella resuelva, por referirse a un requisito para la habilitación de su competencia⁸⁵⁵.

En principio, puede decirse que tribunal superior de provincia es el órgano judicial erigido como supremo por la Constitución de la provincia, salvo en los siguientes casos:

1. Cuando resulte incompetente en la causa, "(...) circunstancia que no podrá extraerse del carácter constitucional federal de la materia que aquel suscite"⁸⁵⁶.

En este sentido, la Corte sentó la doctrina mediante la cual, en caso de que el órgano judicial máximo de la provincia carezca de aptitud jurisdiccional, aquella calidad la tendrá el tribunal inferior habilitado para resolver el litigio por una sentencia que, dentro del régimen procesal respectivo, no sea susceptible de ser revisada por otro o, incluso, por él mismo. Consecuentemente, "(...) los litigantes deben alcanzar a ese término final, mediante la consunción, en la forma pertinente, de las instancias locales, a efectos de satisfacer el recaudo examinado"⁸⁵⁷.

En consecuencia, los máximos organismos judiciales provinciales no pueden negar la tutela jurisdiccional por medio de las vías que autoricen

la Constitución y las leyes locales en función de la índole constitucional federal de la materia examinada.

Por ello, "(...) la exigencia de transitar exhaustivamente las instancias existentes en el orden local —ordinarias y extraordinarias— como recaudo de admisibilidad del remedio federal, tiene como presupuesto el reconocimiento ineludible de la aptitud jurisdiccional de los tribunales de todo el país —incluidos los superiores tribunales— para considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional (art. 31) y el fundamento último de esta atribución se halla precisamente en la obligación de las provincias de asegurar su administración de justicia (art. 5º), objetivo que reclama con carácter de necesidad, que sus jueces no estén cegados al principio de supremacía constitucional para que dicha administración de justicia sea plena y cabalmente eficaz"⁸⁵⁸.

2. Cuando las decisiones judiciales de instancias inferiores no resulten apelables, el juzgado que interviene en ellas es el que se considera tribunal superior de la causa, a los fines del [art. 14](#) de la [ley 48](#). Así lo decidió el Máximo Tribunal en relación con las sentencias dictadas en el marco de ejecuciones fiscales de juzgados contencioso administrativos federales⁸⁵⁹.

3. En el ámbito de la justicia penal nacional, la Cámara Nacional de Casación Penal es el tribunal superior de la causa a los efectos del recurso extraordinario, pues está facultada para conocer previamente en todas las cuestiones de naturaleza federal que intenten someterse a la decisión final de la Corte Suprema⁸⁶⁰.

4. En materia de *per saltum*. La figura del *per saltum* fue incorporada al art. 257 bis del Cód. Proc. Civ. y Com. mediante la ley 26.790.

Esta disposición permite la procedencia del recurso extraordinario interpuesto directamente ante la Corte Suprema, prescindiendo del requisito de tribunal superior en aquellas causas de competencia federal en las que se acredite que entrañan "cuestiones de notoria gravedad institucional".

La norma entiende que tal existirá en aquellas cuestiones sometidas a juicio que exceden el interés de las partes de la causa, proyectándose sobre el general o público, de modo tal que por su trascendencia queden comprometidas las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno o los principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional y los tratados internacionales por ella incorporados.

Además, exige que, para el caso, sea necesaria una solución definitiva y expedita y que el recurso constituya el único remedio eficaz para la

protección del derecho federal comprometido, a los fines de evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior.

Los límites para la actuación de la Corte en estos casos están dados por la misma ley, al establecer que ella deberá habilitar la instancia extraordinaria con alcances restringidos y de marcada excepcionalidad.

Nuestro Máximo Tribunal ha rechazado esta figura en numerosos casos⁸⁶¹. Sin embargo, en el fallo "Rizzo"⁸⁶², admitió la vía del *per saltum* y declaró la inconstitucionalidad de los arts. 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855 y del dec. 577/2013, dejando sin efecto la convocatoria a elecciones para los cargos de consejeros de la magistratura representantes de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula federal y de otras personas del ámbito académico y científico, sin afectar el proceso electoral para cargos de diputados y senadores establecido por dec. 501/2013.

Resta mencionar que solo son susceptibles del recurso extraordinario por vía del *per saltum* las sentencias definitivas de primera instancia, las resoluciones equiparables a ellas en sus efectos y aquellas dictadas a título de medidas cautelares, exceptuando las causas en materia penal.

4.3. Cuestión federal

Este requisito ha sido la columna vertebral del recurso extraordinario federal, si bien la Corte ha prescindido de él en diversos precedentes, al incorporar la figura de la arbitrariedad de sentencias y la gravedad institucional.

Son cuestiones federales aquellas que versan sobre la interpretación de normas federales (constitucionales o legales) o de actos federales emanados de autoridades de la Nación, así como sobre los conflictos planteados entre la Constitución Nacional y otras normas o actos provenientes de autoridades nacionales y locales.

Las cuestiones federales "(...) comportan, esencialmente, temas de derecho, razón por la cual resultan excluidas, como materia del REF, las cuestiones de hecho. No obstante (...) la Corte Suprema ha debido hacer excepción a ese principio (...) "⁸⁶³.

Algunos autores⁸⁶⁴ consideran más apropiada la denominación "cuestión constitucional", por la índole de la actuación que le cabe a la Corte Suprema y su rol institucional. Lo cierto es que no toda cuestión federal implica una cuestión constitucional, aunque sí a la inversa.

El art. 14 de la ley 48 establece tres casos en los que podrán apelarse ante la Corte Suprema las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de las provincias:

1. Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.

2. Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.

3. Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, de un tratado o ley del Congreso o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.

Este artículo ha sido tomado de la ley americana *Judiciary Act* (24/9/1789), sección 25, cap. 50 y, tanto la jurisprudencia nacional como la de aquel país, han reconocido que la procedencia de ese recurso extraordinario exige: primero, que se haya debatido en el pleito una cuestión federal; segundo, que la decisión haya sido contraria al derecho fundado en la Constitución, tratado o ley nacional invocados.

De este artículo surgen lo que la doctrina ha denominado las cuestiones federales simples y las complejas. Dentro de estas últimas, las directas e indirectas. Las analizaremos a continuación.

4.3.1. Cuestiones federales simples y complejas

Las cuestiones federales simples son aquellas que versan acerca de la interpretación o alcance de alguna cláusula de la Constitución Nacional, de una ley del Congreso, de un tratado o de una comisión ejercida por autoridad nacional. Es decir, se trata de la interpretación de derecho federal, contemplado como tercer supuesto en el [art. 14](#) de la [ley 48](#).

Para Imaz y Rey⁸⁶⁵ es derecho federal el sancionado por las autoridades nacionales, siempre que no asuman el carácter de legislación común o que tengan aplicación local. En igual sentido se ha expedido la Corte desde antaño⁸⁶⁶.

Para Guastavino⁸⁶⁷ es el derecho sancionado por el legislador nacional, tendiente a la consecución, de modo inmediato, de todos los fines que se atribuyen al Congreso y al Gobierno Federal por el Preámbulo y las normas de la Constitución Nacional.

En este sentido, no son cuestiones federales, aunque estén reguladas por normas federales, las que se derivan de cuestiones procesales, como ser la habilitación de instancia. Ello no siempre es así, ya que pueden verse excepciones en los casos en los que la Corte considera que existe arbitrariedad de sentencia o gravedad institucional.

El derecho federal está integrado, entonces, por la Constitución Nacional, los tratados internacionales y las leyes dictadas por el Congreso, de acuerdo con las atribuciones que le da la propia Constitución, con excepción de los incs. 12, 15, 2ª parte, y 30 del art. 75 (normas de derecho común; normas de organización, administración y gobierno de territorios nacionales que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias y normas de establecimientos de utilidad nacional en el ámbito de la Capital Federal).

Además, incluye los decretos reglamentarios de esas leyes, los actos administrativos, reglamentaciones de autoridades nacionales, las disposiciones de entes descentralizados y autárquicos en el ejercicio de la función administrativa, y los reglamentos que cada Cámara del Congreso se da para sí.

Algunos autores mencionan como parte del derecho federal a las sentencias y acordadas de la Corte Suprema⁸⁶⁸, y ella misma ha considerado de naturaleza federal las resoluciones administrativas que dicta⁸⁶⁹.

En materia de tratados internacionales, la Corte consideraba que no formaban parte del derecho federal aquellos que versaban sobre cuestiones de derecho común. Ello fue así hasta el precedente "Méndez Valle"⁸⁷⁰ en el que resolvió que todo lo concerniente a tratados internacionales puede generar responsabilidad internacional del Estado argentino y, por ende, debe ser considerado cuestión federal suficiente, a los fines del recurso extraordinario federal.

Allí la Corte sostuvo que "(...) [s]i el país ratifica un tratado internacional se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que el tratado contemple, máxime si estos están descriptos con una concreción tal que permita su aplicación inmediata, por lo que, la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino".

Por eso, "(...) resultaría indiferente a los efectos de la eventual responsabilidad internacional, el hecho de que los preceptos del tratado cuya violación se invocare funcionen como disposiciones de derecho común, por lo que no es razonable fundar en esta circunstancia la inexistencia de cuestión federal".

Las cuestiones federales complejas son las contempladas en los incs. 1º y 2º del art. 14 de la ley 48, y ya no se tratan de la interpretación de normas de carácter federal, sino que implican una colisión entre dos normas.

Ellas, a su vez, se dividen en cuestiones federales complejas directas e indirectas.

Las cuestiones directas se presentan en aquellos casos en que una norma o un acto, de cualquier naturaleza, son cuestionados por ser contrarios a la Constitución Nacional (inc. 2º del [art. 14](#) de la [ley 48](#)).

En este caso, entonces, existe una colisión entre la norma cuestionada y la Constitución Nacional que afecta la supremacía constitucional y es objeto directo del control de constitucionalidad.

El criterio de la Corte cuando la colisión es entre una norma federal y la Constitución Nacional es que ella debe interpretar la norma cuestionada y luego decidir si es contraria o no a la Constitución Nacional.

En cambio, cuando se trate de una norma no federal, la Corte debe estar a la interpretación que de ella hayan hecho los tribunales locales o provinciales, por ser estos los últimos intérpretes de este tipo de normas. Siguiendo esta línea, es el juez que debe resolver el caso quien deberá examinar el alcance de actos y normas locales creados y aplicadss por las autoridades de igual carácter⁸⁷¹.

Este criterio ha sido dejado de lado por la propia Corte en precedentes posteriores. Por ejemplo, en el fallo "Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c. Santiago del Estero"⁸⁷², la Corte interpretó el art. 152 de la Constitución provincial y consideró que "(...) no puede verse en la intervención de la Corte una intromisión ni un avasallamiento de las autonomías provinciales, sino la procura de la perfección de su funcionamiento, asegurando el acatamiento de aquellos principios superiores que las provincias han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la Constitución Nacional y que la Nación debe garantizar".

Este argumento abre una nueva puerta para la intervención de la Corte en asuntos locales, en tanto basta que ella misma considere que una norma local no permite perfeccionar la autonomía del funcionamiento provincial, para que habilite la instancia extraordinaria.

Por último, las cuestiones complejas indirectas se presentan cuando existe una colisión entre dos normas o actos federales entre sí, o entre normas o actos federales y locales (inc. 1º del [art. 14](#) de la [ley 48](#)). En este caso, la Corte debe resolver cuál de esas normas prevalece por sobre la otra, en concordancia con lo regulado en el [art. 31](#) de la CN.

De este modo, constituye este tipo de cuestiones, por ejemplo, la colisión entre una resolución ministerial y un fallo de la Corte Suprema. Así lo decidió el Máximo Tribunal al considerar que "(...) siempre que se halle

en tela de juicio la interpretación de un fallo anterior del Tribunal recaído en la causa, se configura una cuestión federal que hace formalmente viable el recurso extraordinario, máxime cuando (...) la resolución impugnada consagra un inequívoco apartamiento del criterio allí sentado"⁸⁷³.

De lo expuesto hasta aquí, puede afirmarse que la cuestión federal siempre resultó un requisito esencial para la admisibilidad del recurso, constituyendo el corazón de la habilitación de la instancia extraordinaria.

Sin embargo, la Corte fue ampliando la discrecionalidad de su actuación, al incorporar la teoría de la arbitrariedad de sentencias y de la gravedad institucional, las que a su vez sirvieron como llaves para insertar legalmente en nuestro país lo que se conoce como el *certiorari* argentino⁸⁷⁴.

A continuación, trataremos brevemente estos tres conceptos.

4.3.2. La arbitrariedad de sentencias

Uno de los primeros fallos en materia de arbitrariedad de sentencias es "Rey c. Rocha"⁸⁷⁵, el que suele mencionarse como pionero en la materia ya que la Corte, sobre la base del art. 17 de la CN estableció que nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley, y consideró que la violación a tal precepto constitucional da lugar a recursos ante la Corte en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias.

Desde entonces, nuestro Máximo Tribunal fue considerando algunas causales de arbitrariedad de sentencias, pero no fue hasta la década del 1970 que introdujo un concepto aproximado del instituto.

Así, en el precedente "Pellegrini, Leonardo c. Etcheverry, Pedro. C."⁸⁷⁶, la Corte fijó la naturaleza y el objeto del término, al establecer que el recurso extraordinario por arbitrariedad debe considerarse comprendido en el [art. 14](#) de la [ley 48](#) porque la arbitrariedad comporta la violación del orden constitucional en lo esencial de él, y declararlo procedente importa declarar que hay en el caso cuestión federal suficiente para justificar la intervención de la Corte Suprema, pues aquella ha surgido con la arbitrariedad de la sentencia.

Asimismo, consideró que el recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia busca salvaguardar lo que puede llamarse el primer principio del orden constitucional enunciado en el Preámbulo de nuestra carta magna: afianzar la justicia. Pero su excepcionalidad, precisamente, impone una aplicación de él en extremo restrictiva, de lo contrario se convertiría en una

tercera instancia ordinaria, con la consiguiente lisa y llana sustitución de la potestad propia de la justicia ordinaria por la de la Corte Suprema.

Mientras tanto, sin acercarse a un concepto claro de la arbitrariedad de sentencias, el Máximo Tribunal fue delineando discrecionalmente a lo largo de su historia los casos en los que, a su criterio, se produce la arbitrariedad:

1. *Cuando se trate de sentencias desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces, y no solamente las que conllevan una interpretación errónea de las leyes, a juicio de los litigantes*⁸⁷⁷.

2. *Cuando la resolución modifica la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y cumplida por el demandado, para privar a alguna de las partes del derecho a la indemnización reconocido en la misma e incorporado a su patrimonio*⁸⁷⁸.

3. *Cuando la sentencia se resuelve contra o con prescindencia de lo expresamente dispuesto por la ley respecto al caso, como así también la que se resuelve prescindiendo de pruebas fehacientes regularmente llevadas a juicio o se hace remisión a las que no constan en él*⁸⁷⁹.

4. *Cuando la sentencia fue dictada con exceso ritual*. En este sentido, "(...) si bien los agravios propuestos remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y de derecho procesal, ajenas por su naturaleza a la instancia del [art. 14](#) de la [ley 48](#), ello no impide la apertura del recurso cuando el estudio de los recaudos legales atinentes a la fundamentación de las apelaciones se ha efectuado con injustificado rigor formal (...)"⁸⁸⁰.

5. *Cuando la sentencia es dictada contra legem*⁸⁸¹.

6. *Cuando la sentencia es autocontradictoria y no resulte de una "(...) derivación razonada del derecho vigente, con particular referencia a las circunstancias comprobadas de la causa"*⁸⁸².

Vale aclarar que una sentencia puede ser autocontradictoria por declarar una norma aplicable y sin embargo no ser aplicada por el juez, por afirmar y negar, a la vez, un hecho relevante para la solución del caso o por negar en la conclusión lo que se sigue necesariamente de sus fundamentos normativos o fácticos⁸⁸³.

7. *Cuando la sentencia invoca pruebas inexistentes*. Así, en los casos "Lorenzo Lischin c. Ind. Marvel"⁸⁸⁴ y "Mucci, Crescencio c. Di Croce, Vicente"⁸⁸⁵, la Corte Suprema consideró que se había prescindido de las pruebas regularmente llevadas a los autos e invocado, por el contrario, la existencia de pruebas no acreditadas en ellos, concluyendo el Tribunal que

correspondía revocar la sentencia apelada con base en la doctrina de la arbitrariedad.

8. *Cuando la sentencia esté basada en normas inexactas o inexistentes, a las que directamente se apartan de las normas aplicables al caso, y a las que interpretan erróneamente la normativa aplicable*⁸⁸⁶.

9. *Cuando la sentencia haya prescindido de las pruebas llevadas al caso o haya invocado pruebas no acreditadas en él*⁸⁸⁷.

10. *Cuando la sentencia contiene la omisión de pretensiones planteadas por las partes*⁸⁸⁸.

11. *Cuando la sentencia vulnera el principio de congruencia, es decir, cuando no existió conformidad entre la sentencia y las pretensiones deducidas por las partes en el pleito*⁸⁸⁹.

12. *Cuando la sentencia carece de los requisitos mínimos que la sustentan válidamente como tal, cuando media una fundamentación aparente, apoyada solo en conclusiones de naturaleza dogmática, o inferencias sin sostén jurídico o fáctico, en tanto "[e]l sentido republicano de la justicia exige la fundamentación de las sentencias, porque esta última es la explicación de sus motivaciones"*⁸⁹⁰.

La irregularidad a que apunta esta causal consiste en dar como fundamento único de una sentencia afirmaciones dogmáticas de los jueces que la suscriben, o bien opiniones carentes de sustento objetivo.

Carrió⁸⁹¹ realizó una categorización de las causales señaladas, y sostuvo que las causales de arbitrariedad conciernen, en definitiva:

1. *Al objeto o tema de la decisión.* Dentro de esta categoría encontramos los casos en los que los jueces han omitido decidir una cuestión oportunamente propuesta y conducente a la solución del caso, siendo necesario en este caso que la cuestión no tratada haya sido oportunamente introducida por la parte interesada y que ella sea decisiva para la solución del pleito. También se incluye dentro de esta categoría a los casos en los que se omite un pronunciamiento sobre cuestiones oportunamente planteadas en el pleito y decisivas para la solución de la litis.

2. *A los fundamentos de la decisión.* Dentro de estos, el citado autor diferencia los fundamentos normativos, los fundamentos de hecho y los fundamentos normativos o de hecho o el tránsito de ellos a la conclusión.

Así, encontramos sentencias arbitrarias basadas en causales que conciernen específicamente a la falta de fundamentos normativos, entre

las que se encuentran las dictadas por los jueces arrogándose funciones legislativas, las que prescinden de texto legal sin razón aparente, las sentencias fundadas en normas derogadas o aún no vigentes y las que se basan en pautas de excesiva latitud en sustitución de normas positivas directamente aplicables.

También encontramos las que se vinculan específicamente a la falta de fundamentos de hecho, entre las que se incluyen la prescindencia de prueba decisiva para resolver el caso, la invocación de prueba inexistente, y la contradicción con otras constancias de autos. Según el autor citado, esta última causal rara vez se da sola, generalmente concurre con otras.

En tercer lugar, se incorporan las causales de arbitrariedad que reúnen anomalías que pueden afectar el fundamento normativo de una decisión, o el fundamento de hecho o la correspondencia entre ambos fundamentos y la conclusión.

Entre ellas se encuentran las causales que sustentan el fallo en afirmaciones dogmáticas, las que incurren en excesos rituales y las que derivan en sentencias autocontradictorias.

3. *A los efectos de la decisión.* Aquí se encuentran las sentencias que pretenden dejar sin efecto decisiones anteriores que se encuentran firmes, desconociendo derechos adquiridos.

Es importante señalar que no es lo mismo una "sentencia arbitraria" que un simple "error judicial", en tanto se considera que el error en la interpretación de la ley o en la estimación de la prueba, sea cual fuera su gravedad, no hace arbitraria una sentencia, porque la existencia de él es de por sí sola demostrativa de que en el pronunciamiento no se ha desatendido de la ley o de la prueba sino que se ha hecho una interpretación o una apreciación equivocada que no es un mero capricho del juzgador. Será la Corte quien decida en definitiva cuando se está en uno u otro caso.

4.3.3. La gravedad institucional

Al igual que la teoría de la arbitrariedad de sentencias, la idea de gravedad institucional fue incorporada a nuestro ordenamiento por vía pretoriana y ha sido invocada cuando los intereses en juego exceden el interés individual de las partes y atañe también al de la colectividad, o cuando lo resuelto pueda afectar la expedita prestación de los servicios públicos⁸⁹².

También se resolvió invocando la gravedad institucional cuando están comprometidas las instituciones fundamentales del país⁸⁹³, las

instituciones básicas de la Nación⁸⁹⁴ o las bases mismas del Estado⁸⁹⁵, y cuando se encuentre afectada la buena marcha de las instituciones⁸⁹⁶.

Del mismo modo, cuando se trata de preservar debidamente los principios básicos de la Constitución Nacional en casos que conmuevan a toda la sociedad⁸⁹⁷, cuando consista en un conflicto que afecte a la conciencia de la comunidad⁸⁹⁸, cuando se hallan comprometidas normas sobre seguridad social contenidas en el art. 14 bis de la Constitución⁸⁹⁹ y cuando pueda perturbarse el normal desempeño de la actividad educativa del Estado⁹⁰⁰.

Asimismo, cuando existe una interferencia en los negocios públicos de evidente importancia y repercusión política y económica⁹⁰¹, por la trascendencia de los intereses que afectan⁹⁰² y cuando se encuentra en tela de juicio la competencia de una institución básica de la Nación⁹⁰³.

Para algunos autores, las funciones de la gravedad institucional, en términos generales, son cuatro⁹⁰⁴: 1) moderar recaudos de admisibilidad; 2) crear una nueva causal de procedencia; 3) suspender la ejecución de las sentencias recurridas, y 4) seleccionar las causas a resolver por la Corte.

Dentro de la función como moderadora de recaudos de admisibilidad se encuentran las sentencias interlocutorias, los juicios ejecutivos y de apremio y los recursos que presentan deficiencias formales de interposición.

El origen de la doctrina se remonta a mediados del siglo XX⁹⁰⁵ cuando la Corte en el fallo "Antonio, Jorge s/interdicción"⁹⁰⁶ sostuvo que "(...) [e]l recurso extraordinario ha sido instituido como el instrumento genérico para el ejercicio de la función jurisdiccional más alta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que se satisface cabalmente, cuando están en juego problemas de gravedad institucional, desde que su fallo es precisamente el fin de la jurisdicción eminente que le ha sido conferida, aun cuando su ejercicio puede promoverse en contiendas entre particulares".

Además, basada en el concepto contrario al de gravedad institucional, cual es el referido a las "cuestiones federales insustanciales" agregó que "[a]sí como la ausencia de interés institucional que la jurisprudencia contempla, por regla general, con el nombre de "cuestiones federales insustanciales", autoriza el rechazo de plano del recurso extraordinario, también la existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar la intervención del Tribunal superando los ápices procesales frustratorios del control constitucional de la Corte Suprema".

En este caso, la Corte decidió habilitar la instancia extraordinaria incluso tratándose la sentencia recurrida de una resolución cautelar que no resolvía el fondo del asunto, requisito que había sido hasta el momento insoslayable para admitir el recurso extraordinario federal.

Sin embargo, en el fallo "Risso"⁹⁰⁷, la Corte cambió de criterio, ya que, a pesar de haber decidido la inexistencia de gravedad institucional evaluando la carencia de algunas de sus causales de configuración, decidió que aquella, en el caso de concurrir, solo faculta al tribunal a prescindir de ciertos extremos formales, pero no a suplir la inexistencia de cuestión federal.

Si bien en sentencias posteriores la Corte volvió al criterio anterior⁹⁰⁸, en fallos recientes ratificó la doctrina de "Risso", al afirmar que "(...) la invocación genérica de la excepcional doctrina de la gravedad institucional importa desconocer que esta no constituye una causa autónoma de procedencia del recurso, y sólo faculta a la Corte para prescindir de ciertos recaudos formales frustratorios de su jurisdicción extraordinaria, pero no para tomar intervención en asuntos en los que no se ha verificado la presencia de una cuestión federal"⁹⁰⁹.

En definitiva, al igual de lo que sucede con la teoría de la arbitrariedad de sentencias, la propia Corte es la que define en cada caso en el que se le presenta la cuestión, si existe o no gravedad institucional. Y, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado y ampliamente vago, algunos autores sostuvieron que constituye un estándar cuya falta de precisión permite que se lo utilice para encubrir cualquier tipo de discrepancia valorativa, como ser las de naturaleza moral, religiosa o política.

Para otros autores, el recurso por gravedad institucional no constituye una interpretación válida de la ley 48 sino una distorsión del texto de ella⁹¹⁰.

4.3.4. El art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

La ley 23.774⁹¹¹ modificó, entre otras disposiciones, el art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com., permitiendo que la Corte pueda rechazar el recurso extraordinario según su sana discreción y con la sola invocación de esa norma, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de transcendencia.

Algunos autores encuentran su origen en el *writ of certiorari* de la Corte Suprema de los Estados Unidos⁹¹². Allí, el *certiorari* es emitido por la Corte a un Tribunal inferior para que analice una de sus decisiones y tiene su basamento en "la regla de los cuatro", mediante la cual basta el consenso de cuatro sobre nueve miembros de la Corte para entender en un caso.

Mucho antes de la incorporación del art. 280 Cód. Proc. Civ. y Com. a nuestro ordenamiento legal, la Corte venía resolviendo los recursos acudiendo a una simple fórmula sin argumentación ni fundamento alguno. Por ello, autores como Bianchi sostuvieron que ello obligaba a pensar que el Tribunal se arrogaba facultades discrecionales, y de ahí su semejanza con *writ of certiorari* de Estados Unidos⁹¹³.

Si bien la Corte argentina no goza del mismo poder discrecionalidad que la Corte de Estados Unidos, en la práctica, el art. 280 Cód. Proc. Civ. y Com. funciona como un mecanismo de selección de casos que constituye una práctica establecida y, en el caso del *certiorari negativo* permite reducir el flujo de los casos llevados ante el Máximo Tribunal.

Es interesante mencionar los datos de algunas investigaciones⁹¹⁴, en las que puede verse esta reducción. Así, desde el período comprendido entre el 1/2/2013 y el 30/12/2013, la Corte desestimó 3244 recursos extraordinarios de un total de 9475 sentencias dictadas durante ese lapso de tiempo, con la sola invocación del art. 280 Cód. Proc. Civ. y Com.⁹¹⁵ Surge entonces que el 34,2% de los casos resueltos en el año 2013, han sido bajo los alcances establecidos en el art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com.

La facultad establecida a la Corte por la norma citada ha sido pasible de diversas críticas. Por ejemplo, se ha advertido que cuando la mayoría de la Corte decide aplicar el art. 280 Cód. Proc. Civ. y Com. y la minoría entra al examen de la procedencia del recurso, ni una ni otra se ocupan de decir qué pautas permiten sustentar el interés en el caso.

De esta manera, "(...) la falta de definiciones ha ido deslegitimando el uso de la herramienta ya que la Corte no ha fijado reglas claras sobre qué cuestiones son dignas de su atención. En este sentido la sana discreción debe ser tratada con sumo cuidado para no dejar margen a la inseguridad que hoy pareciera estar presente"⁹¹⁶.

Sin embargo, la propia Corte ha sostenido que el art. 280 Cód. Proc. Civ. y Com. no es irrazonable, a través del voto en minoría en los autos "Rodríguez, Luis E. c. Rodríguez de Schreyer, Carmen y otro"⁹¹⁷, al afirmar que "(...) la desestimación de un recurso extraordinario por la sola invocación de una norma procesal y sin dar fundamento alguno, no conculca los derechos constitucionales invocados por la recurrente (arts. 14, 16, 17, 18, 28 y 31 de la CN (...)) Por el contrario, la norma permite al Tribunal ejercer con mayor eficacia su obligación de hacer justicia por la vía del control de constitucionalidad" (consid. 3º).

En igual sentido, mediante la acordada 44/98 sostuvo que la selección discrecional de casos no vulnera el sistema democrático y la justicia,

afirmando que la ley no había hecho más que reconocer una atribución que ya poseía la Corte.

Así, parece un contrasentido que la Corte pueda descalificar resoluciones de tribunales inferiores por no encontrarse debidamente fundadas —en base a la teoría de arbitrariedad de sentencias—, pero ella no se encuentre obligada a fundar el rechazo de un recurso extraordinario por la amplia discrecionalidad que le otorga el art. 280 Cód. Proc. Civ. y Com.

Esta facultad podría resultar incompatible con una concepción robusta de la democracia, en tanto no le exige a la Corte, órgano contramayoritario por excelencia, dar razones por las cuales rechaza los recursos que llegan a sus estrados.

4.4. La resolución contraria

Otro de los requisitos propios del recurso extraordinario es que la resolución que se cuestione haya sido contraria al derecho federal invocado.

Es decir, que se haya declarado la invalidez de un tratado, o de una ley o autoridad nacional en la que el peticionante fundaba su derecho, o que la interpretación dada a alguna cláusula de la Constitución o de un tratado o ley federal haya sido contraria a la validez del título, derecho, privilegio o exención fundado en dicha cláusula.

Así, por ejemplo, procede el recurso extraordinario de acuerdo con el [art. 14, inc. 3º](#) de la [ley 48](#) y 6º de la ley 4055, si el fallo apelado, no obstante absolver de la querella al demandado, mandó destruir las marcas del producto secuestrado y por consiguiente, resolvió en contra de los derechos que aquel invocó en su favor durante el juicio —arts. 14, 17 y 18 de la CN—, en cuanto permiten ejercer libremente todo comercio lícito, gozar de su propiedad y no ser condenado a penas, sino en virtud de ley anterior al hecho del proceso⁹¹⁸.

En los casos de conflictos entre una ley o autoridad provincial y la Constitución o la legislación federal, será procedente el recurso si la decisión fuera a favor de la validez de la ley o autoridad provincial, pero no en el caso contrario.

La resolución no necesariamente debe ser explícita. Así, se ha considerado como resolución contraria implícita en el caso de que la cuestión federal haya sido introducida y mantenida en todas las instancias procesales sin que los tribunales que intervinieron se expidieran sobre ella. Al no haber un pronunciamiento de parte del Tribunal, el silencio puede considerarse rechazo, habilitando la instancia extraordinaria.

La Corte ha admitido excepciones al requisito de la resolución contraria si el asunto controvertido "(...) está íntimamente vinculado con la interpretación de las cláusulas de la Constitución Nacional referentes al modo en que se deben estructurar los tres poderes en los estados de la confederación argentina"⁹¹⁹.

4.5. La relación directa

El último de los requisitos analizados exige que la cuestión federal planteada tenga relación directa e inmediata con el tema debatido en la causa, de acuerdo a lo establecido en el [art. 15](#) de la [ley 48](#). Es decir, que la misma no pueda fallarse sin resolver dicha cuestión federal, por lo que se requiere una conexión sustancial entre esta y la solución del caso. ¿Por lo tanto, no basta la mera invocación de cláusulas constitucionales o normas federales, si la decisión del caso no depende específicamente de la interpretación que se les dé a las mismas y puede ser resuelto conforme normas de derecho común o local.

No se da el supuesto cuando "(...) los fundamentos referidos a la inexistencia de convenio sobre el precio, la omisión del trámite legal en materia de expropiación, y la falta de justiprecio pericial del inmueble (...) son suficientemente amplios, independientes de la cuestión federal planteada (...) Dicha cuestión no tiene relación directa con la materia que integra de la sentencia"⁹²⁰.

En el mismo sentido, se entendió que "(...) el cuestionamiento referido a la afectación del debido proceso y el derecho de defensa en juicio a raíz de la alegada integración irregular del Tribunal de Enjuiciamiento en distintos actos procesales del juicio no sólo remite a la interpretación y aplicación de normas del derecho público local, sino que además se trata del producto de una reflexión tardía que no guarda relación directa e inmediata con los hechos de la causa"⁹²¹.

V. REQUISITOS FORMALES Y PROCESALES DEL RECURSO

5.1. Lugar y plazo de interposición del recurso

El recurso debe ser presentado en un plazo de diez días hábiles desde la notificación de la sentencia y se debe interponer ante el Tribunal que dictó esta última, excepto cuando se trata de *per saltum*: en ese caso el recurso se interpone directamente ante la Corte Suprema.

La habilitación de los días se produce considerando el lugar donde se dictó la sentencia, no el lugar de la sede de la Corte, por lo que se contemplan como días inhábiles los feriados provinciales correspondientes.

La interposición del recurso suspende los efectos de la sentencia impugnada.

El art. 257 del Cód. Proc. Civ. y Com. prevé un traslado a las contrapartes por diez días. Contestado el traslado, o vencido este plazo, el Tribunal que dictó la sentencia debe decidir si concede o rechaza el recurso. Si lo concede, se remiten las actuaciones a la Corte Suprema para continuar con el trámite; si lo rechaza, la parte interesada puede recurrir a la Corte por medio del recurso de queja.

5.2. Legitimación para interponerlo

Las partes del proceso se encuentran legitimadas para interponer el recurso extraordinario federal. Ello incluye al Ministerio Público de la Defensa y al Ministerio Público Fiscal cuando actuaron como parte, no así cuando dictaminan en las actuaciones.

Del mismo modo, los terceros desprovistos de la calidad de parte "(...) cuando la sentencia dictada sin su intervención afecta sus legítimos intereses"⁹²².

El procurador del Tesoro de la Nación puede interponer recurso extraordinario en los juicios en los que se encuentre representando al Estado nacional pero no está legitimado para plantear la invalidez constitucional de las normas que este dicta⁹²³.

Por su parte, los organismos de la Administración Pública Nacional pueden intervenir en defensa de la legalidad de sus actos⁹²⁴.

5.3. Forma. La acordada 4/2007

Mediante la acordada 4/2007 la Corte estableció y sistematizó una serie de requisitos formales ineludibles para la procedencia del recurso extraordinario, principalmente en lo que hace a su extensión y tipo de letra.

De esta manera, se exige que el recurso sea presentado por escrito, en no más de cuarenta páginas de 26 renglones cada una, con un tipo de letra no menor a tamaño 12.

Debe contener una carátula en una hoja separada, en la que debe consignarse el objeto de la presentación, la enunciación precisa de la carátula del expediente, el nombre de quien suscribe el escrito, el domicilio constituido en la Capital Federal, la indicación del carácter en que interviene en el pleito el presentante o su representado (como actor, demandado, tercero citado, etc.), la individualización de la decisión contra la cual se interpone el recurso, la mención del organismo, juez o tribunal que dictó la decisión recurrida, como así también de los que hayan

intervenido con anterioridad en el pleito, y la fecha de notificación de dicho pronunciamiento.

En las páginas siguientes deberá consignarse: la demostración de que la decisión apelada proviene del superior tribunal de la causa y de que es definitiva o equiparable a tal según la jurisprudencia de la Corte; el relato claro y preciso de todas las circunstancias relevantes del caso que estén relacionadas con las cuestiones que se invocan como de índole federal, con indicación del momento en el que se presentaron por primera vez dichas cuestiones, de cuándo y cómo el recurrente introdujo el planteo respectivo y, en su caso, de cómo lo mantuvo con posterioridad; la demostración de que el pronunciamiento impugnado le ocasiona al recurrente un gravamen personal, concreto, actual y no derivado de su propia actuación; la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas; la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquellas⁹²⁵.

Lo novedoso de esta acordada es que la Corte se arroga la facultad de declarar inoficioso el recurso en el caso de que el apelante no haya satisfecho alguno o algunos de estos recaudos para la interposición del recurso extraordinario federal, o bien, que lo haya hecho de modo deficiente.

Según la norma, en ese caso el Máximo Tribunal podrá desestimar la apelación mediante la sola mención de la norma reglamentaria pertinente, salvo que, según su sana discreción, el incumplimiento no constituya un obstáculo insalvable para la admisibilidad de la pretensión recursiva.

Las rigurosas exigencias contempladas en la acordada 4/2007 podrían resultar incompatibles con la teoría del exceso de rigor formal desarrollada por la propia Corte en sus precedentes.

Según esta teoría, suscita cuestión federal para su consideración aquella que no fue objeto de tratamiento por razones formales, a pesar de que por la índole del tema propuesto y la materia resultaba necesario evitar los excesos rituales y proceder a su consideración por la alzada⁹²⁶.

En un fallo reciente⁹²⁷, la Corte contempló la teoría del exceso ritual, y sostuvo que "(...) los jueces no pueden renunciar a la verdad jurídica objetiva por consideraciones meramente formales por lo que los tribunales siempre deben determinar la verdad sustancial por encima de los excesos rituales, ya que el logro de la justicia requiere que sea entendida como lo que es, es decir una virtud al servicio de la verdad".

5.4. La fundamentación autónoma

La fundamentación del recurso debe ser autónoma, de manera que la lectura misma del escrito torne innecesaria la lectura del expediente. Consiste en que el escrito de interposición del recurso traiga un prolijo relato de los hechos de la causa de relevancia principal, que permita vincularlos con las cuestiones que se plantean como de naturaleza federal a través de una crítica concreta y razonada de los argumentos en que se basa la sentencia que se impugna, sin que, incluso, valga a tal efecto una nueva crítica general a las líneas principales de la argumentación del pronunciamiento resistido, puesto que se exige rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que el juzgador se apoyó para arribar a las conclusiones de que el apelante se agravia⁹²⁸.

Por ende, "no bastan las manifestaciones que a lo sumo traducen juicios personales o calificaciones genéricas del apelante, y no razones jurídicas, concretas e inteligibles, aptas para sustentar y expresar la impugnación de inconstitucionalidad argüida"⁹²⁹.

Es así que el contenido del recurso extraordinario debe contemplar: 1) la precisa mención de los puntos esenciales del litigio (núcleo del conflicto; demanda, contestación y fundamentos de ambas; pruebas y conclusiones que de ellas puedan extraerse; sentencia de primera instancia y sus fundamentos; expresión de agravios, su contestación y los fundamentos de ambas; la sentencia de Cámara); 2) la crítica del acto impugnado donde se señalen sus errores y los fundamentos de la apelación extraordinaria, y el gravamen que genera y 3) los fundamentos de la decisión que se pretende.

Si el recurso carece de la fundamentación autónoma, es declarado inadmisibile.

Sin embargo, existe una excepción a esta regla, tal es el recurso interpuesto en forma *in pauperis* —del latín *in forma pauperis*, que significa con carácter de pobre—, el que fue creado por vía pretoriana para otorgarle entidad a las manifestaciones de personas privadas de la libertad y sin la debida asistencia letrada que denotan una clara intención de interponer los recursos de ley.

En esta línea, la Corte señaló que "es práctica considerar bien establecidas las peticiones informales presentadas por personas detenidas como recursos *in forma pauperis* cuya debida tramitación, con la pertinente asistencia letrada, han de realizar los tribunales de la causa"⁹³⁰, y por ello los reclamos de quienes se encuentran privados de su libertad, más allá de los reparos formales que pudieran merecer, deben ser considerados como una manifestación de voluntad de interponer los recursos de ley⁹³¹.

5.5. La introducción y mantenimiento de la cuestión federal

La cuestión federal debe ser introducida en la primera oportunidad procesal posible⁹³² y debe mantenerse en todas y cada una de las instancias posteriores luego del planteo.

En principio, debe ser planteada al momento de trabarse la litis y excepcionalmente en ocasión posterior, pero siempre en la primera oportunidad posible en el curso del procedimiento⁹³³.

Es importante tener presente que la Corte ha establecido que, aunque la cuestión federal haya sido oportuna y correctamente introducida en el juicio, no puede ser objeto de su consideración si se ha hecho abandono de ella omitiendo incluirla entre los puntos sometidos al tribunal de alzada o sustentarla debidamente ante él⁹³⁴.

Ello rige en materia de cuestiones federales complejas, donde resulta conveniente plantear la cuestión federal en sede administrativa en la primera oportunidad en la que pueden detectarse vulneraciones de derechos constitucionales⁹³⁵.

En relación con las cuestiones federales simples, la regla es más laxa, en tanto la Corte resolvió que la exigencia del planteamiento oportuno del caso federal no rige en los supuestos en que se halla en discusión el alcance de normas federales, y el pronunciamiento apelado resuelve el litigio según la interpretación que asigna a esas normas⁹³⁶.

* * *

Art. 117.—

En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

Comentario por Juan Nieto

I. FUENTES

Según los arts. 116 y 117 de la CN, la CS interviene como instancia de origen únicamente en los siguientes casos: a) cuando una provincia es parte en litigio contra otra provincia o contra el Gobierno nacional; b) cuando un habitante de una provincia traba un litigio contra una provincia diferente a la que habita; c) cuando se entabla un litigio entre habitantes de distintas provincias y d) en aquellos casos en los que un ministro, embajador o cónsul extranjero es parte en una controversia.

La confusa redacción de los artículos que regulan la cuestión reconoce su origen en el art. III sección 2ª de la Constitución de los Estados Unidos de América sin que, al momento de la constituyente de 1853, existiese otro modelo exitoso de constitución federal que regulara específicamente la materia⁹³⁷.

La norma estadounidense dispone textualmente que

"1. El Poder Judicial entenderá en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad; en todas las controversias que se relacionen con embajadores, otros ministros públicos y cónsules; en todas las controversias de la jurisdicción de almirantazgo y marítima; en las controversias en que sean parte los Estados Unidos; en las controversias entre dos o más Estados, entre un Estado y los ciudadanos de otro, entre ciudadanos de Estados diferentes, entre ciudadanos del mismo Estado que reclamen tierras en virtud de concesiones de diferentes Estados y entre un Estado o los ciudadanos del mismo y Estados, ciudadanos o súbditos extranjeros.

2. En todos los casos relativos a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, así como en aquellos en que sea parte un Estado, el Tribunal Supremo poseerá jurisdicción en única instancia. En todos los demás casos que antes se mencionaron el Tribunal Supremo conocerá en apelación, tanto del derecho como de los hechos, con las excepciones y con arreglo a la reglamentación que formule el Congreso".

A su vez, la enmienda XI de 1795, conocida por los constituyentes argentinos, dispone textualmente que "[e]l poder judicial de los Estados Unidos no debe interpretarse que se extiende a cualquier litigio de derecho estricto o de equidad que se inicie o prosiga contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro Estado o por ciudadanos de cualquier Estado extranjero".

La redacción aprobada en la constituyente de 1853 (y su reforma en 1860) debe ser ponderada también a la luz de otros antecedentes directos. Alberdi en los arts. 97 y 98 de sus *Bases*, enumeraba como mera materia federal (competencia de cualquier juez federal), los supuestos que hoy

integran el universo de la competencia originaria de la CS⁹³⁸. Sin embargo, no disponía que alguna de estas cuestiones —ni ninguna otra— tramitaran originaria y exclusivamente ante la CS.

A su vez, y mucho antes de las Bases de Alberdi, el instituto de la competencia originaria aparecía regulado en los erráticos antecedentes constitucionales de las Provincias Unidas. Tanto el proyecto para la Asamblea del año XIII⁹³⁹ como las constituciones de 1819⁹⁴⁰ y 1826⁹⁴¹ contemplaban la existencia de esta forma de intervención del más alto tribunal de la Nación y en todos los casos —aunque con importantes matices— se identificaban los conflictos actualmente enumerados en el art. 117, como contiendas que debían tramitar originariamente en la Corte.

En la evolución constitucional no puede perderse de vista, sin embargo, que la Constitución de 1853 no siguió literalmente al texto norteamericano, sino que amplió la intervención de la CS al supuesto de una controversia "entre una provincia y sus propios vecinos"⁹⁴², supuesto no contemplado en el antecedente norteamericano y luego suprimido por la reforma de 1860⁹⁴³.

II. FUNDAMENTOS

En cuanto a los fundamentos históricamente ofrecidos para la existencia de la competencia originaria con el alcance dado en el texto constitucional, cabe mencionar primero lo manifestado por Alexander Hamilton en *El Federalista*, nro. 81, texto en el que se distingue el argumento de imparcialidad y temor de parcialidad, del fundamento propiamente político.

"[L]os más perspicaces —afirmaba Hamilton en el *Federalista* nro. 81— no pueden prever hasta qué punto el predominio de un espíritu localista incapacitaría a los tribunales para ejercer la jurisdicción en los litigios nacionales"⁹⁴⁴. De esta manera Hamilton asumía la existencia de litigios trascendentes a la órbita propiamente estadual y en los que tribunales locales no lograrían —por su sentimiento localista— ser imparciales⁹⁴⁵.

Por otro lado se encontraban aquellas causas que por su dimensión política debían estar sujetas únicamente al superior de todos los tribunales. El universo arquetípico de estas controversias era —para Hamilton— el de las "(...) que interesen a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, y en aquellas que sea parte un Estado. Los ministros públicos de cualquier clase son representantes directos de sus soberanos. Todas las cuestiones en que se ven envueltos están relacionadas tan íntimamente con la paz pública, que tanto con la finalidad de conservar esta, como por respeto a las entidades soberanas que representan, es conveniente y propio que esas cuestiones sean sometidas desde su origen

a la judicatura más alta de la nación (...) En los casos en los que un Estado sea parte, resultaría contrario a su dignidad el que se le enviara a un tribunal inferior"⁹⁴⁶. Sin un desarrollo suficiente o un análisis de la cuestión, Hamilton expone que los fundamentos de la instancia originaria de la Corte Suprema descansan en la cuestión de la "paz pública" y de la "soberanía" y "dignidad" de las potencias extranjeras y estados de la Confederación.

Sobre la "paz pública" cabe decir que se trata de un fin eminentemente político. En sentido estricto, el propósito de la justicia no es lograr la paz, y esto es así a tal punto, que la realización de la justicia puede incluso conducir a la guerra⁹⁴⁷. La paz, entendida como la estabilización de la conflictividad a través de ciertos procedimientos, es un propósito (al igual que la guerra) típicamente político y sujeto a consideraciones y valoraciones expresamente contingentes que no pueden ser capturadas por el lenguaje del derecho. Hamilton reconocía que cuando una potencia extranjera era *parte* en una controversia, la resolución del conflicto no podía quedar sujeta únicamente a la aplicación de la ley sino que tenía que incorporar la variable del objetivo de la "paz pública", asumiendo así la dimensión política de la controversia y, en consecuencia, la dimensión política de su solución. Justamente por esta razón es que la solución de estas específicas causas debía quedar reservada a un tribunal que fuera —al mismo tiempo que tribunal— cabeza de un poder del Estado y cuya función política, como veremos, se encontrara explicitada de alguna manera.

Sobre la cuestión de la "soberanía" y la "dignidad" de los Estados como fundamento para la competencia originaria, resulta bastante obvio que la soberanía es, antes que nada, un atributo político. La dignidad poco aporta en este sentido, pues si la dignidad estadual fuese algo, no sería más que una consecuencia de la soberanía.

Los argumentos de Hamilton de imparcialidad, soberanía y paz pública (estos últimos como fundamentos políticos de la atribución de la competencia exclusiva y originaria de la CS para entender en determinadas controversias) fueron replicados por la CS en su jurisprudencia más literalista al señalar "[q]ue la jurisdicción originaria en los asuntos en que es parte una provincia y súbditos extranjeros, responde también al propósito de garantizar a estos una justicia imparcial que acaso no siempre pueda ofrecer un tribunal de provincia cuando esta sea parte; y además la institución de la justicia nacional originaria obedece, no sólo a principios de derecho internacional en cuanto la Nación es responsable de la conducta de los ciudadanos ante las otras naciones, sino a los más elevados propósitos de paz pública, atenta la característica de nuestra justicia nacional de asegurar el goce de las garantías que acuerda la Constitución"⁹⁴⁸.

Este tipo de fundamentación también ha sido defendida doctrinariamente en la Argentina de manera bastante uniforme, pudiéndose citar en este sentido los trabajos de Alberto Bianchi⁹⁴⁹, Jorge Gondra⁹⁵⁰ y Agustín De Vedia⁹⁵¹.

Ni la doctrina constitucional argentina ni la jurisprudencia de la CS han desarrollado suficientemente una cuestión que consideramos central para comprender la dificultad de la competencia originaria de la Corte: la naturaleza política de su intervención.

Si observamos los antecedentes constitucionales citados⁹⁵², pero también los de varios países europeos, pronto advertimos como rasgo común la previsión de algún tribunal "constitucional" cuya competencia resulta originaria y exclusiva en delitos de alta traición, atentados contra el orden constitucional o delitos cometidos por los miembros del Poder Ejecutivo o el Parlamento⁹⁵³. Se trata de conflictos que por su naturaleza exceden el campo de lo propiamente jurídico y que no pueden ser capturados por tribunales inferiores según las reglas estándar del derecho. Sin embargo, tampoco se trata de puras cuestiones políticas inabarcables para los magistrados, por el contrario, hablamos de conflictividades que se presentan en un pliegue que estrecha —hasta lo indisociable— aquello que pertenece al campo político y aquello que pertenece al campo jurídico, evidenciando así los problemas de esta misma distinción.

Ese pliegue también expresa que la naturaleza política de los conflictos que fundan la competencia originaria no es otra cosa que el anverso del fundamento de la imparcialidad. El fundamento de la imparcialidad viene a implicar que por razones de orden político (la inserción del tribunal en el *demos* o en la *polis* que también es *parte* en la controversia suscitada) los tribunales ordinarios o inferiores no pueden intervenir imparcialmente. Esto hace emerger un fenómeno incómodo: las supremas cortes y los jueces que las integran tampoco están abstraídos del *demos* o la *polis* involucrados en la controversia, con lo que el fundamento de su decisión no puede estar dado por su imparcialidad sino por la politicidad, es decir, por la especial forma de parcialidad que tienen en tanto órgano superior llamado a decidir. Mientras se excluye a los jueces ordinarios e inferiores por un temor institucional de parcialidad, se adjudica el poder decisorio a los jueces de corte justamente por la especial forma en la que deben ser parciales al captar, dentro del marco de su decisión, las consideraciones políticas y los intereses (también políticos) del caso que deben resolver.

No se nos escapa que se podría objetar con facilidad que, si la parcialidad es un resultado de la inserción de los tribunales en el *demos* y en la *polis*, en tanto la inserción de los jueces y de los tribunales existe también en relación a todas las controversias, frente a ellas también estarían decidiendo con un criterio político. Si esto fuese verdadero,

efectivamente, todo preso sería político, pero también lo sería todo pagaré ejecutado y todo interdicto de obra nueva. Aunque bajo cierto prisma esto resulte aceptable, la consecuencia sería que la noción de lo político perdería utilidad para establecer diferenciaciones. Si *todo* es político, las diferencias son imposibles de establecer utilizando la politicidad como criterio de distinción.

Contrariamente a esta lectura reduccionista que caricaturiza la crítica, la identificación que aquí hacemos de la naturaleza política de las decisiones judiciales registra lo que el propio discurso del derecho nos dice sobre sí mismo. Es el derecho el que a través del argumento de la imparcialidad ubica a ciertos conflictos fuera de la órbita de lo judicialmente decidible por los tribunales ordinarios o inferiores. Es el discurso del derecho el que al identificar las propiedades que hacen imposible la imparcialidad, debe conceder que esas propiedades también las tienen las máximas instancias judiciales en las que deposita la facultad decisoria. Y, finalmente, es el propio discurso del derecho el que registra entre sus antecedentes la explicitación abierta de la razón política, la razón de Estado, como un elemento gravitante para la determinación de la competencia originaria.

Aunque la evolución del derecho hacia la autonomización y la profesionalización contribuyó a que se abandonara la competencia exclusiva y originaria de los superiores tribunales de justicia en casos criminales contra los jefes de Estado, gobierno o legisladores; la huella de la exclusividad fundada en razones eminentemente políticas permanece y se expresa en la jurisprudencia. El movimiento eclíptico liberal no hizo más que ocultar aquello que alguna vez fue explicitado haciendo que el mecanismo de ocultación se volviera al mismo tiempo un testimonio de la existencia de lo ocluido.

III. REGLAMENTACIÓN LEGAL

Antes de que la primera integración de la CS comenzara a funcionar, el Congreso ya había sancionado la [ley 48](#) que reformaba la [ley 27](#) y que, entre otras cosas, reglamentaba lo dispuesto constitucionalmente en materia de competencia originaria.

El texto de los primeros cuatro artículos de la [ley 48](#) recogía la experiencia de la jurisprudencia norteamericana y venía a reducir el alcance literal del texto constitucional. En este sentido agregaba como requisitos para la procedencia de la competencia originaria la naturaleza "civil" de la causa entre una provincia y un vecino de otra provincia, y aclaraba el alcance de las funciones de "embajadores, ministros y cónsules extranjeros", señalando que correspondía la competencia originaria en aquellos casos en los que fuese parte un embajador, ministro o miembro de la legación extranjera, así como la familia de estos o los

empleados domésticos; mientras que los cónsules y vicecónsules únicamente podían acceder a la CS por vía originaria en las causas que versaran sobre sus privilegios y exenciones funcionales.

El art. 24 del dec. 1258/1958 mantuvo lo dispuesto por la [ley 48](#), excluyendo al personal doméstico de los diplomáticos, y agregó la posibilidad de que las demandas contra los Estados extranjeros tramitaran originariamente en la CS con el consentimiento previo del Estado demandado dejando a salvo los supuestos de falta de reciprocidad, en los cuales el consentimiento no sería necesario. Asimismo, aclaró cuál era el alcance de la expresión *vecino* y delimitó las causas concernientes a embajadores y ministros plenipotenciarios extranjeros así como las concernientes a los cónsules, al tiempo que reglamentó el consentimiento de los Estados extranjeros para someter a juicio a sus embajadores, ministros, familiares de estos, miembros de sus legaciones y personal de sus embajadas.

En el año 1973 por vía de la acorada 51, la CS reglamentó el procedimiento en instancia originaria exceptuando la materia penal. La nueva norma quedaba incorporada al dec. 1258/1958 y en lo importante distribuía facultades entre el presidente del tribunal —o ministro que lo reemplace a estos efectos—, el pleno de la Corte y el secretario a cargo de la Secretaría de Juicios Originarios.

En lo relativo a la materia penal, el régimen legal aplicable es el de la [ley 24.050](#) que en su art. 6º dispone que uno de los ministros de la CS oficiará de instructor mientras que el pleno del tribunal intervendrá en calidad de tribunal de juicio y de cámara de apelaciones sin que exista recurso alguno contra la sentencia. El reglamento general de la justicia recepta esta regulación y establece en su art. 84 *bis* que compete al presidente del Tribunal la instrucción de las causas penales de competencia originaria de la CS y que estas pueden ser delegadas en cualquier miembro del Tribunal o en un secretario con jerarquía no inferior a juez de primera instancia.

IV. CASOS EN LOS QUE UNA PROVINCIA ES PARTE. CONCEPTO DE CAUSA CIVIL

Si bien tramitan ante la competencia originaria de la CS las causas en las que una provincia es parte en litigio contra otra provincia, contra el Estado nacional o contra una potencia extranjera, los casos "civiles" en los que el litigio es contra un vecino de otra provincia son los que revisten especial interés por la sinuosa evolución que ha tenido la noción de *causa civil* de la [ley 48](#) en la interpretación de la propia Corte.

Desde el origen de la jurisprudencia de la CS, las provincias demandadas ante la Corte en instancia de origen opusieron la excepción de falta de competencia del tribunal. Durante los primeros años de funcionamiento de la Corte, el argumento vertido por las provincias

demandadas descansaba en que el constituyente de 1853, al haber reproducido el texto de la Constitución de los Estados Unidos, también había reproducido —tácitamente— la enmienda XI, pues esta no era más que una declaración interpretativa del art. III, sección 2ª traducido en nuestros entonces arts. 100 y 101. En el citado fallo "José Leonardo Avegno c. Pcia. de Buenos Aires"⁹⁵⁴ la Corte, con un método historicista de interpretación, concluyó que el constituyente de 1853 no solo no había introducido tácitamente la *Enmienda XI* sino que además había ampliado notablemente la competencia originaria de la CS, con lo que de ningún modo podía afirmar, como pretendían las provincias, que eran las provincias las únicas que podían acudir a la Corte en instancia de origen, y que esa posibilidad le estaba vedada a los residentes de un provincia cuando demandaban a una diferente a aquella en la vivían.

El criterio de la Corte en "Avegno" se mantuvo en el tiempo y fue reiterado en diferentes casos⁹⁵⁵, pero mientras que la vía para cerrar la jurisdicción originaria por medio de la invocación a la *Enmienda XI* se desechaba, se abría la noción de causa civil como mecanismo eficaz para garantizar las autonomías y soberanías provinciales.

En el caso "Bengolea c. Provincia de Santa Fe", la Corte sostuvo que el entonces art. 101 de la CN "(...) no se refiere á aquellos (casos) en que quiera hacérsele responsable (a una provincia) por los perjuicios que crean sufrir los ciudadanos por los actos administrativos ó jurisdiccionales que ejerza dentro del círculo de sus atribuciones, sinó como lo establece el inciso del artículo primero de la ley de jurisdicción y competencia de los Tribunales Nacionales (ley 48), en la causas civiles promoviére algun vecino ó vecinos de otras ó ciudadanos ó súbditos extranjeros"⁹⁵⁶.

Esta doctrina fue mantenida por la CS en Fallos 31:255; 81:132; 92:8; 102:436; 106:287; 111:88; 111:102; 121:40; 121:65; 127:91 y 154:250 hasta llegar al caso "De Simone", en el que se consolidó la idea de que *causa civil* es "(...) aquella que aun demandándose restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, tienda al examen y revisión de los actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en que éstas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los arts. 104 y ss. de la CN"⁹⁵⁷.

Lo que surgía de la jurisprudencia de la Corte era que la categoría de causa civil se refería a los asuntos regulados por el derecho común del art. 67, inc. 11, CN (hoy 75, inc. 12) excluyendo la materia penal y —obviamente— las cuestiones de derecho público local ajenas a esa norma constitucional. Sin embargo, esas coordenadas no resultaban lo suficientemente precisas, lo que obligó a que la Corte se pronunciara, por ejemplo, acerca de si las controversias sobre los montos indemnizatorios en procesos locales de expropiación eran civiles en los términos de la ley 48 y del dec. 1258/1958⁹⁵⁸. Otro tanto ocurrió con los actos realizados a

título de autoridad pública, pues si bien los perjuicios originados por los actos regulares quedaban sin dudas comprendidos por la competencia local, los casos de falta de servicios, como los daños resultantes del déficit en el operativo de seguridad durante un partido fútbol⁹⁵⁹, en una mala praxis contra un insano⁹⁶⁰, al emitir defectuosamente un certificado de inhibiciones⁹⁶¹ o al detener equivocadamente a una persona⁹⁶² quedaban abarcados, según la CS, por la noción de *causa civil*. La asimilación de la falta de servicio a causa civil fue revertida por la CS en el precedente "Barreto", iniciado a partir de un reclamo por la presunta actividad ilícita de un agente estatal (se trataba de un policía bonaerense que había asesinado a una niña disparándole con su arma reglamentaria). Allí la CS reinterpretó la doctrina de "De Simone", e incluyó una apreciación de corte utilitarista y especialmente atenta a la administración de la cantidad de causas que tiene en trámite al señalar que "(...) la evidencia empírica que demuestra que el criterio empleado a partir de 1992 (el criterio amplio receptado en "De Gandía") para discernir la presencia de una 'causa civil' ha tenido, como consecuencia de su amplia formulación semántica, una significativa expansión en el ámbito de la competencia originaria del Tribunal de procesos de esta naturaleza, caracterizados por una gran diversidad de temas fácticos y jurídicos concernientes a la responsabilidad patrimonial de los estados de provincia por la llamada falta de servicio, o regulados por el derecho común y el derecho público local, con la consecuente afectación de los siempre limitados recursos humanos y materiales existentes que en gran medida están siendo destinados al conocimiento y decisión de asuntos que, por su naturaleza y más allá de su fuente, son ajenos a la trascendente e insustituible atribución institucional de este Tribunal como intérprete final de la Constitucional Nacional y custodio último de las garantías superiores reconocidas en dicha Ley Suprema"⁹⁶³.

La doctrina de "Barreto" fue consolidada al punto en que en el caso "Ledesma", una controversia suscitada a partir de mala praxis en un hospital público provincial, la Corte desarrolló con bastante amplitud su nuevo criterio afirmando haber delimitado un "(...) nuevo contorno del concepto de causa civil —a los efectos de determinar la competencia originaria de este Tribunal por razón de la distinta vecindad o de extranjería— limitándolo a aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, tanto en lo que concierne a la relación jurídica de que se trata como en el examen sobre la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial ventilada y, en su caso, en la determinación y valuación del daño resarcible"⁹⁶⁴.

De esta manera la Corte ha pretendido mantener hasta el momento⁹⁶⁵ una interpretación intencionalmente restrictiva de los alcances del concepto de *causa civil* y de la competencia originaria fundada en la

distinta vecindad de las partes. Basta que la cuestión controvertida esté en alguna medida regulada por el derecho local para que la Corte deba abstenerse de intervenir en instancia originaria, lo que a su vez también ha sido acompañado por la revisión del criterio sostenido en Fallos 291:232⁹⁶⁶. Pese a la idea de establecimiento de una regla general consolidada que se desprende de "Barreto", "Ledesma", "Mendoza" y su saga, no puede obviarse que —según la CS— la prolongación de un trámite iniciado en la instancia originaria hace que por "(...) evidentes razones de economía procesal (...) así como la adecuada preservación de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso que asisten a las partes, en cuanto comprenden la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a la controversia (...) llevan a dejar de lado el nuevo contorno del concepto de causa civil definido por esta Corte el 21 de marzo de 2006 en la causa 'Barreto' (Fallos 329:759)"⁹⁶⁷. En otras palabras, la Corte afirma que por respeto al federalismo y a la soberanía de las provincias, no debe intervenir como instancia de origen en las causas que involucren cuestiones de derecho público local, salvo, claro, que razones de economía procesal, plazo razonable, defensa en juicio, etc. impongan la necesidad de una "rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a la controversia".

Es difícil imaginar un escenario en el que la rápida y eficaz decisión judicial no sea algo valioso. Si en todas las controversias en las que se presente el valor de la rapidez y de la eficacia, la CS se apartará de la noción de *causa civil* construida en "Barreto", entonces la noción será escasamente útil. Por el contrario, si la noción de *causa civil* con los alcances de "Barreto" debe dominar la jurisprudencia del tribunal, la referencia a la celeridad, eficacia y a la economía procesal es superflua y una vía para la apertura arbitraria de la competencia originaria.

V. CASOS EN LOS QUE UNA PROVINCIA ES PARTE. CONTROVERSIAS CON OTRA PROVINCIA

De todos los supuestos en que se encuentra habilitada la competencia originaria de la Corte, el conflicto entre provincias es —en apariencia— el más sencillo de todos. Basta la enunciación del fundamento de la imparcialidad para que se advierta que una controversia entre provincias no puede ser resuelta por jueces provinciales. Sin embargo, eso no resulta suficiente para fundar —más allá de la letra de la Constitución— por qué debería ser la CS —y no los tribunales federales inferiores— quien entienda en la causa desde su origen.

Tras la reforma constitucional de 1994, el argumento de la imparcialidad se encuentra robustecido por la introducción de la calificación de la mayoría para el acuerdo del art. 99, inc. 4º, CN. La mayoría calificada de dos tercios de los presentes para el acuerdo de los pliegos de los candidatos a jueces de la CS incrementa notablemente el poder de las

provincias en la selección de los magistrados y fomenta —podría decirse— una mayor idoneidad e imparcialidad del Máximo Tribunal⁹⁶⁸. Pero a pesar de la potencia del fundamento de la imparcialidad, la CS también ha sido sumamente restrictiva con la apertura de la vía originaria en este universo de casos.

En primer, lugar la CS ha entendido que le correspondía a ella determinar si la provincia que excitaba la instancia originaria se encontraba debidamente representada. En Fallos 56:271, la CS explicó que las atribuciones del Fiscal del Estado de una provincia estaban lógicamente limitadas a su ejercicio "(...) dentro de la jurisdicción territorial de la provincia y ante tribunales de ajena jurisdicción territorial de la provincia y que tienen su asiento en territorio distinto"⁹⁶⁹, mientras que en "Pcia. de Buenos Aires c. Ferro Carril Sud", sostuvo que la representación de las provincias ante la instancia originaria de la CS "(...) incumbe a sus gobernadores, sin que pueda ser ejercida por reparticiones subalternas, funcionarios, oficinas o comisiones temporarias permanentes, encargados de determinados servicios públicos cualesquiera que sean las disposiciones que al respecto existan en lo local"⁹⁷⁰. El razonamiento de la CS partía de lo dispuesto por el art. 109 (hoy art. 128) de la CN, que dispone que los gobernadores son agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución Nacional y las leyes federales en el territorio de las provincias, e implicaba —falazmente— que si los gobernadores son agentes del Gobierno federal en las provincias, también deben serlo de las provincias ante el Gobierno federal y, específicamente, ante la CS. La interpretación de la CS se confirmó en el presente "Marrese", en el que la Corte entendió que el Poder Legislativo de una provincia no se identifica con la provincia ni la representa como sí lo hace el gobernador⁹⁷¹.

La jurisprudencia de la Corte es curiosa en este aspecto, al mismo tiempo que identifica la existencia de la competencia originaria como una derivación de la soberanía de las provincias, considera que es ella —la propia CS— quien tiene la potestad de interpretar cuál es el poder —y en qué términos— que debe representar al Gobierno provincial ante los tribunales federales. Según el criterio seguido por la Corte, una constitución provincial que dispusiera esta facultad en el Poder Legislativo estaría contrariando lo previsto en el art. 128, CN. Una interpretación así resulta contraintuitiva y sumamente restrictiva de lo establecido en los arts. 122 y 123, CN, en la medida en que estos disponen que "las provincias se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas", y dictan sus constituciones sin que exista mención alguna a cuáles deben ser las facultades —en el orden local— de los gobernadores.

La segunda vía de restricción de la competencia originaria para los casos en los que sea parte una provincia es la referida a los intereses en juego en la controversia. Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema

de los Estados Unidos, la CS ha entendido que las provincias deben ser parte en sentido *sustancial* y *formal* para que proceda su competencia originaria. Si bien este estándar no ha tenido un lugar destacado en los conflictos interprovinciales, lo cierto es que la corte norteamericana ha desarrollado la idea de "parte sustancial" para separar las controversias según su objeto, identificando aquellas en las que los estados accionan para proteger sus propios intereses de aquellas en las que accionan defendiendo intereses de una porción de su población⁹⁷². De esta manera se diferencia la entidad que representa e integra a un colectivo (estado, provincia, etc.) de los individuos que integran el colectivo representado⁹⁷³.

La Corte argentina ha recurrido a esta idea de "parte en sentido sustancial" y "parte en sentido formal" en diferentes conflictos, concluyendo que la provincia no era *sustancialmente parte* allí cuando la parte no era el Gobierno provincial en sí, sino el banco provincial⁹⁷⁴ o una dirección provincial⁹⁷⁵ (salvo que esta no tuviese capacidad para estar en juicio y debiera ser representada por el Gobierno provincial⁹⁷⁶).

A diferencia del sistema norteamericano, nuestra Constitución prevé en su art. 127 que sea la CS quien dirima las quejas de las provincias entre sí, lo que podría dar la pauta de que cuando una provincia actúa contra otra, basta con que formalmente ambas sean parte de la controversia para la habilitación de la instancia originaria con total independencia de la cuestión de que sean *parte sustancial*. La Constitución de los Estados Unidos no tiene una norma como la de nuestro art. 127, de modo que esto bien podría explicar por qué en los conflictos interprovinciales nuestra Corte no ha escrutado la cuestión *sustancial*. Sin embargo, hay dos observaciones que podrían hacerse a este respecto: por un lado, si sustancialmente la provincia no fuese *parte* (siempre que esta categoría signifique lo que la Corte entiende que significa), entonces no correspondería la aplicación del art. 127 reservado a los casos en los que las provincias son —justamente— *parte*. Por otro lado, aunque la CS intervenga, según el art. 127, como instancia de origen, no es para nada claro que su intervención sea propiamente jurisdiccional. Esta fue la opinión del juez Fayt en el caso "Provincia de La Pampa c. Provincia de Mendoza s/acción posesoria de aguas y regulación de usos"⁹⁷⁷, en el que distinguió con claridad los supuestos y alcances de la intervención en virtud del art. 101, CN (hoy 117) de los del art. 109, CN (hoy 127).

Finalmente, la CS ha interpretado que en lo relativo a las controversias sobre límites entre provincias, también corresponde exceptuarse de la competencia originaria en tanto la fijación de los límites entre las provincias es una de las competencias del Congreso según el art. 75, inc. 15 de la CN. Sin embargo, la Corte ha distinguido la función de fijación de límites, propia del Congreso, de la resolución de controversias acerca de la posesión o el dominio de tierras, función propiamente jurisdiccional. De esta manera, y por aplicación del art. 127, CN, juntamente con el 116 y el

117, ha indicado que le corresponde la competencia cuando lo que se encuentra en juego no es, ni en parte, la fijación de límites territoriales⁹⁷⁸.

VI. CASOS EN LOS QUE UNA PROVINCIA ES PARTE Y SE JUZGA MATERIA FEDERAL

Si bien el juego de los arts. 116 y 117, CN no refiere explícitamente a la procedencia de la competencia originaria de la CS en controversias entre la provincia y sus propios vecinos, el fundamento de la imparcialidad llevó a que la Corte —desde el año 1865⁹⁷⁹— asumiera su competencia originaria en este universo de causas, con la condición de que estuviese involucrada una norma federal. Bajo el prisma de la Corte, del mismo modo en que los tribunales locales no podían ser suficientemente imparciales para entender en controversias que involucraran a sus provincias —o a los habitantes de sus provincias— y a otras provincias —o habitantes de otras provincias—, tampoco podían ser imparciales para resolver conflictos regidos por una norma federal.

En "Nogues Hnos."⁹⁸⁰, la CS explicitó un poco mejor el criterio adoptado previamente en "Domingo Mendoza y Hermano" y sostuvo que una controversia suscitada a raíz del cuestionamiento a la imposición de un tributo provincial a la producción de azúcar debía ser entendida como una causa que "versa sobre la violación a una cláusula constitucional"⁹⁸¹ (de la CN) y que al estar involucrado el derecho federal correspondía la intervención del fuero federal. Según la CS, los entonces arts. 100 y 101 debían ser interpretados de la siguiente manera: el art. 100 dispone que todos los conflictos regidos por la CN tramiten ante tribunales federales, mientras que el art. 101 dispone que todos los conflictos del art. 100 en los que una provincia sea parte, tramitan ante la instancia originaria de la CS, con lo que en todas las controversias que tengan "relación directa" con el derecho federal y en las que además una provincia sea parte, corresponde la instancia originaria de la CS con absoluta independencia de la vecindad de la contraparte de la provincia⁹⁸².

Como vimos antes, el estándar vigente de la Corte ha variado en lo relativo a la noción de *causa civil* en las controversias fundadas en la distinta vecindad⁹⁸³. En sentido semejante, la Corte aclaró que la competencia originaria resultante del privilegio de las provincias del 117, CN y de la materia federal del 116, procede únicamente "cuando la acción entablada se funda 'directa y exclusivamente' en prescripciones constitucionales de carácter nacional, ley del Congreso o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa (Fallos 97:177; 183: 160; 271:244 y sus citas)"⁹⁸⁴. Corresponde a la justicia local el entendimiento en aquellas causas en las que, a pesar de estar involucradas normas federales, "se incluyen temas de índole local y de competencia de los poderes locales (Fallos 240:210; 249:165; 259:343; 277:365; 291:232; 292:625)"⁹⁸⁵.

En distintas ocasiones, la Corte refirió a que la materia, para poder excitar la competencia federal en los casos en los que una provincia fuese parte, debía tener "manifiesto contenido federal"⁹⁸⁶ o a que el análisis del derecho federal debía ser "insoslayable"⁹⁸⁷. La idea de continuidad que la Corte intenta mantener entre el criterio de "Nogués Hnos." (bastante amplio, por cierto) y el criterio de "Partido Justicialista Distrito Electoral de Catamarca" (bastante restringido), es cuanto menos forzada. Mientras que en "Nogués Hnos." resultaba suficiente que la controversia versara *directamente* sobre un punto regido por alguna norma federal, en "Partido Justicialista Distrito Electoral de Catamarca", además de la *relación directa* con el derecho federal, es necesario que la cuestión esté *exclusivamente* reglada por el derecho federal, lo que arrojaría el *manifiesto* carácter federal de la causa.

En la práctica, a su vez, estos estándares de *manifiesto contenido federal* o *carácter insoslayable del examen del derecho federal* han permitido rechazar la competencia para analizar requisitos de residencia para ser candidato a gobernador⁹⁸⁸, mientras han fundado la apertura de la vía originaria en lo relativo a la caducidad del mandato de los intendentes⁹⁸⁹, la imposición de tributos locales en conflicto con normas federales⁹⁹⁰ o las cuestiones relativas al daño de ambiental⁹⁹¹.

Un caso de especial interés es el promovido por la Unión Cívica Radical de Santiago del Estero contra esta provincia, a través de una acción declarativa de certeza orientada a obtener un pronunciamiento contrario a la autorización al entonces gobernador Gerardo Zamora para presentarse como candidato a la gobernación luego de dos períodos consecutivos ejerciendo esa función. En el caso, el gobernador Zamora había obtenido por parte de la justicia local un fallo que declaraba la inconstitucionalidad de la cláusula transitoria que le impedía presentarse a un tercer mandato. En este escenario, la UCR entendió que los poderes constituidos habían violentado la voluntad constituyente "alterado así uno de los pilares del sistema republicano que es la alternancia en el ejercicio del poder, garantizado en las provincias por los arts. 5º y 122 de la Ley Fundamental"⁹⁹².

La Corte, luego de una extensa remisión a lo amigable que suele ser con las autonomías provinciales, explicó que "cuando como en el caso se denuncian que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, en el sentido que da a esos términos la Ley Fundamental, y que constituyen los pilares del edificio por ella construido con el fin irrenunciable de afianzar la justicia, no puede verse en la intervención de esta Corte una intromisión ni un avasallamiento de las autonomías provinciales, sino la procura de la perfección de su funcionamiento, asegurando el acatamiento de aquellos principios superiores que las provincias han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la

Constitución Nacional (Fallos 310:804), y que la Nación debe garantizar"⁹⁹³. A esto, la CS agregó que "no puede desconocérsele el nítido contenido federal que presenta. Lo que se ha puesto en tela de juicio es la garantía republicana amparada por el art. 5º, y lo que esa norma ha perseguido resguardar; el goce y el ejercicio efectivo y regular de las instituciones"⁹⁹⁴.

Como se ve, la Corte entendió que la cuestión de la reelección de un gobernador, habilitada por la justicia pero presuntamente prohibida por la Constitución provincial, resultaba violatoria del principio republicano de gobierno por afectar la "alternancia" y en consecuencia se trataba de una materia federal —en la que una provincia era parte— y pasible de ser sometida ante la competencia originaria de la CS en los términos de la doctrina de las cuestiones manifiestamente federales o directa y exclusivamente reguladas por normas federales que vimos hasta ahora.

Como si esto no fuese suficientemente persuasivo, la Corte exhibió su amplia disponibilidad de argumentos y sostuvo que "es deber del Tribunal admitir la radicación de estas actuaciones en su instancia originaria, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando están en juego garantías constitucionales de la índole de las invocadas. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados (conf. Fallos 328:1146)"⁹⁹⁵.

El pronunciamiento de la Corte en el caso "Unión Cívica Radical de Santiago del Estero" resulta altamente confuso y distorsiona, aún más, la sinuosa jurisprudencia sobre la competencia originaria de la CS. No puede controvertirse que la interpretación de las constituciones locales son una cuestión de derecho público local, con lo que, aplicando el clásico estándar según el cual para la habilitación de la competencia originaria en razón de materia es preciso que se trate de una cuestión regulada *exclusivamente* por el derecho federal, debería como mínimo ponerse en duda la admisibilidad de la vía utilizada. En segundo lugar —incluso prescindiendo del inocultable hecho de que en el caso el derecho público local cumplía un importante papel—, la afirmación de que el principio republicano de gobierno puede regular plenamente una controversia resulta algo temeraria. De ser así, el amparo de los niños que viven lejos del colegio primario (art. 5º, CN), o el de los presos que habitan en cárceles insanas y sucias (art. 18, CN)⁹⁹⁶ deberían tramitar ante la competencia originaria, extremo que no se verifica en la jurisprudencia de la Corte. En tercer lugar, no parece del todo claro que el principio republicano, al menos en la interpretación canónica de su alcance, incluya

la "alternancia" como interpretó la Corte en el caso. Cuesta imaginar que un régimen sin límites a la posibilidad de reelección —como el que tienen varias provincias argentinas— equivalga a la negación de la república. El principio republicano, en todo caso, exige únicamente la periodicidad de los mandatos, régimen que se verifica en los sistemas con amplias posibilidades de reelección, siempre que existan elecciones periódicas, claro.

Incluso más confuso que el argumento del principio republicano y la alternancia, es el argumento de la pretendida violación de derechos. Resulta perturbador sostener, como lo hizo la CS, que no puede existir una intromisión en las competencias locales si el Poder Judicial ejerce la tutela de los derechos. Y esto porque el rol del Poder Judicial es "garantizar" y "evitar que los derechos sean vulnerados", es perturbador. ¿Acaso no invocaban derechos violados todos aquellos que alguna vez intentaron excitar fallidamente la instancia originaria de la Corte? ¿Siempre que alguien acude a la Corte con un derecho afectado, la Corte abre la vía al tratamiento del caso? No es ocioso recordar que la propia CS ha reiterado que "como lo determina el art. 122 de la CN, las provincias se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia 'sin intervención del Gobierno federal', con la obvia salvedad de que en este precepto la palabra 'Gobierno' incluye a la Corte Suprema"⁹⁹⁷. La Corte incluso se resistió a intervenir en un caso en el que se impugnaba la validez de una Constitución provincial⁹⁹⁸ —a pesar de que el reclamo también gravitaba sobre el principio republicano de gobierno— entendiendo que al Máximo Tribunal de la Nación no le corresponde "discutir la forma en que las provincias organizan su vida autónoma conforme al art. 105 (hoy 123) de la CN", criterio que ha venido reiterando desde entonces⁹⁹⁹.

La inadmisibilidad de la vía originaria no implica el acierto de la justicia provincial en lo relativo a la pretensión del entonces gobernador Zamora para postularse a un tercer mandato. En cierto sentido se podría decir que una interpretación descabellada del texto constitucional local, como la que sin dudas hizo la justicia santiagueña, vulnera el principio republicano de gobierno porque desvirtúa al texto constitucional —por medio de una lectura absolutamente irrazonable de la norma— licuando su potencia como herramienta para el establecimiento de un gobierno limitado. Este tipo de problemáticas ha sido específicamente tratada por la CS en la doctrina de la arbitrariedad que, lejos de permitir la vía originaria, ha fundado la pertinencia del recurso extraordinario federal en aquellos casos en los que las decisiones judiciales, como en el caso santiagueño, se encuentran "desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces"¹⁰⁰⁰.

El camino emprendido por la CS desnuda problemáticamente la naturaleza política de su intervención justamente porque no explicita cuál

es el criterio político (jurídico no hay ninguno consistente) que permite abrir la vía originaria en algunos casos mientras se cierra en otros.

Poco tiempo después de lo resuelto en Unión Cívica Radical de Santiago del Estero, la CS rechazó su competencia originaria en "Partido Obrero de la Provincia de Formosa c. Formosa, Provincia de", rto. el 22/10/2013. En ese caso, lo que el Partido Obrero argumentaba era que el régimen de lemas y sublemas de la provincia de Formosa violaba la representatividad constitucionalmente exigida. A pesar de que la representatividad es una exigencia constitucional tan fuerte como el principio republicano de gobierno, la CS en lugar de seguir los pasos de "Unión Cívica de Santiago del Estero", concluyó que la posibilidad de intervenir originariamente en causas en las que se debe interpretar el derecho local está "rigurosamente limitada a los casos en que, frente a un evidente y ostensible apartamiento del inequívoco sentido de las normas de derecho público local, queden lesionadas instituciones fundamentales de los ordenamientos provinciales que hacen a la esencia del sistema representativo republicano que las provincias se han obligado a asegurar. Solo ante situaciones de excepción como la enunciada, la actuación de ese tribunal federal no avasalla las autonomías provinciales, sino que procura la perfección de su funcionamiento asegurando el acatamiento a aquellos principios superiores que las provincias han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la Constitución Nacional"¹⁰⁰¹. Este razonamiento le deja un enorme margen de apreciación a la Corte y no permite terminar de entender en qué casos se corrobora "un evidente y ostensible apartamiento del inequívoco sentido de las normas de derecho público local" y mucho menos en cuáles, además resultan "lesionadas instituciones fundamentales de los ordenamientos provinciales que hacen a la esencia del sistema representativo republicano que las provincias se han obligado a asegurar". Como vimos, en el caso santiagueño el apartamiento del texto de la Constitución local había sido verdaderamente grosero, pero es sumamente dudoso que la consecuencia identificada por la Corte —afectación a la alternancia— lesionara una "institución fundamental" del "sistema representativo y republicano".

La indeterminación de las reglas y estándares de la Corte en esta materia posibilita la filtración del poder en los enormes intersticios de su argumentación jurídica y politiza clandestinamente su actuación, impidiendo, de esta manera, la extracción de normas claras que permitan prever correctamente el comportamiento de la CS y sometiendo al operador jurídico a los caprichos de la contingencia.

VII. LA CUESTIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

En el fallo "GCBA c. Provincia de Tierra del Fuego s/cumplimiento de contrato y cobro de pesos"¹⁰⁰², la CS se ha pronunciado afirmando que "en todas las oportunidades en que, con posterioridad a la reforma

constitucional de 1994, fue necesario calificar el status institucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el objeto de esclarecer si es aforada, o no, a la competencia originaria de esta Corte Suprema que reglan los arts. 116 y 117 de la CN, este Tribunal ha decidido desde el primer precedente en que tuvo ocasión de pronunciarse (Fallos 322:2856) hasta en las decisiones más recientes dictadas en las causas 'Mendoza' (Fallos 329:2316) y A.827.XLIII. 'Asociación Civil para la Defensa Ciudadana c. Estado Nacional y otro (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) s/acción de amparo' del 27/11/2007, que aquella entidad no es una provincia argentina y que, por ende, no le corresponden las prerrogativas que la Ley Suprema reconoce únicamente a dichos estados locales de litigar —en los supuestos contemplados por las disposiciones citadas— en la instancia originaria de esta sede, que por ser de exclusiva raigambre constitucional no es susceptible de ampliarse, restringirse o modificarse por persona o poder alguno (arts. 44, 45, 54, 75, incs. 2º, 30 y 31, 124, 125, 129 y cláusula transitoria séptima)".

La descripción de la Corte no es del todo exacta, como ella mismo reconoce. En el caso "GCBA c. Chubut, Casa de la Provincia s/ejecución fiscal"¹⁰⁰³ había entendido que la Ciudad de Buenos Aires era una autoridad con autonomía y jurisdicción propia, y que, en consecuencia, no podía ser sometida a la jurisdicción de una provincia. Sin embargo, en "GCBA c. Provincia de Tierra del Fuego s/cumplimiento de contrato y cobro de pesos", la Corte revisó su criterio y sostuvo que efectivamente la Ciudad de Buenos Aires no era una provincia, que su calidad de no-provincia surgía de la Constitución y que a causa de eso no podía tener el estatus de aforada del art. 117.

El razonamiento de la Corte es curioso: si la Ciudad de Buenos Aires no equivale a una provincia porque no preexiste a la Nación, y porque la CN no le trata como a una provincia, ¿eso significa que no les oponible ninguna de las cláusulas propias de las provincias? Si la CABA no es una provincia en el art. 117, CN, entonces sería posible que tampoco lo sea en los términos del art. 31, CN, es decir que su gobierno *no* estaría obligado a ajustarse a las leyes de la Nación y a los tratados con potencias extranjeras, pues esta es una obligación reservada a las provincias.

Más aún, dentro del propio régimen de la competencia originaria, si la CABA no es una provincia, entonces sus habitantes no serían *vecinos de otra provincia* sino vecinos que habitan algo que no es una provincia, y que no podrían acudir a la instancia originaria de la Corte, cosa que sin embargo hacen cuando demandan a alguna provincia.

La inteligencia de la Corte, exageradamente literalista, tiene un problema mayor y que se encuentra presente, como vimos, en la jurisprudencia de la Corte norteamericana. Si fuese correcto que la CABA no es un sujeto aforado, entonces los ciudadanos de la CABA en el

ejercicio de su soberanía no tendrían un resorte institucional que tienen todos los ciudadanos que habitan las diferentes soberanías subnacionales que tienen jurisdicción. Imaginar un escenario así es posible únicamente si se divide la entidad política de los ciudadanos que la integran. Pero en la medida en que esta fractura artificial es ciertamente autoritaria y debe ser desechada, pronto advertimos que la competencia originaria existe — al menos en parte— en función de la tutela de la imparcialidad en relación a la soberanía de los Estados locales, de modo tal que si ese tipo especial de soberanía existe en el ámbito de la CABA, entonces le corresponde la condición de aforada. De otra manera, y este es el punto central de la crítica, no se estarían vulnerando los derechos de la CABA sino los de sus ciudadanos que los ejercen, en estos casos, a través de sus gobiernos democráticamente elegidos.

VIII. CASOS RELATIVOS A MINISTROS, EMBAJADORES Y CÓNSULES

Sin importar la materia del pleito, según la el art. 117, CN cuando un asunto es *concerniente* a un diplomático extranjero¹⁰⁰⁴, este debe tramitar originariamente ante la CS. La Corte ha sostenido que la expresión *concerniente* es sensiblemente más amplia que la noción técnica de *parte*, afirmando que resulta comprensiva de aquellas causas en las que "puedan verse afectados los privilegios o inmunidades que le confiere la ley de las naciones"¹⁰⁰⁵. Por supuesto, lo *concerniente* incluye al concepto de *parte*, de modo tal que —en ocasiones— procede la instancia originaria de la CS en causas en las que el diplomático es parte incluso si no se encuentran afectados sus *privilegios o inmunidades*¹⁰⁰⁶.

El régimen del dec. 1258/1958 marca una diferencia entre embajadores, miembros de sus familias¹⁰⁰⁷ e integrantes de la legación de la embajada que tengan rango de diplomático, por un lado; y cónsules por el otro. Esta distinción se traduce en la práctica en que los cónsules únicamente pueden acceder por vía de origen a la CS en aquellas causas en las que exista una *relación directa* con la función consular o las exenciones y privilegios que surgen de esa función. La condición de parte no es suficiente, sino que además se debe verificar la afectación a sus privilegios o inmunidades funcionales¹⁰⁰⁸.

Cabe señalar que la cuestión de la competencia originaria es completamente diferente a la de la inmunidad de jurisdicción, asunto regulado en las convenciones de Viena de 1961 y 1963. De lo que se trata aquí es de establecer cuál es el tribunal que debe intervenir y no en qué casos es que puede intervenir un tribunal nacional (sea cual fuere). Queda fuera de nuestro alcance la determinación de los casos en los que los funcionarios diplomáticos pierden su inmunidad o de hasta dónde es que llega esa inmunidad. Aquí nos limitamos a señalar que las excepciones a la inmunidad son las previstas en el art. 43, párr. 2º de la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares de 1963¹⁰⁰⁹, y en el art. 31, párr.

1º de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961¹⁰¹⁰; y que la inmunidad es renunciable por los Estados acreditantes¹⁰¹¹.

A pesar de que el texto del art. 117, CN establece que la competencia de la CS es originaria y exclusiva, la Corte también¹⁰¹² ha admitido en el caso de los diplomáticos extranjeros la posibilidad de prórroga de jurisdicción en favor de los tribunales inferiores, sin que las naciones extranjeras deban consentir esa prórroga. La voluntad del sujeto aforado también se ha manifestado como dirimente de la competencia en aquellos casos en los que el diplomático no invoca su condición de aforado y en los que no se ventila una cuestión relacionada *directamente* con su función¹⁰¹³.

En la medida en que lo que motiva la competencia originaria de la Corte es el estatus de diplomático en la Argentina¹⁰¹⁴, la pérdida de ese estatus hace cesar la competencia de la CS y remite la causa a la justicia ordinaria que debió tramitar en primer lugar¹⁰¹⁵. Lo mismo ocurre en el caso de muerte del diplomático aforado¹⁰¹⁶ o de traslado a una misión diplomática en algún otro país¹⁰¹⁷.

Una nota especialmente problemática es la dada por el trámite de los expedientes penales ante la instancia originaria de la Corte. Según la [ley 24.050](#), la instrucción del sumario le corresponde a uno de los ministros, mientras el resto —excluyendo al juez sumariante— interviene como tribunal de juicio. El primer problema que tiene este régimen es que no resulta del todo compatible con lo dispuesto en el art. 84 bis del reglamento general de la justicia a la luz del art. 18, CN. Mientras que la Constitución dispone la garantía de juez natural en términos que indican que la competencia y la jurisdicción deben estar previamente establecidas por ley de forma anterior a los hechos del proceso¹⁰¹⁸; el Reglamento General para la Justicia Nacional no es, en los términos de la opinión consultiva OC 6/86, una *ley*. La falta de autorización legal hace sumamente discutible que sea constitucionalmente aceptable la posibilidad de delegación de la competencia que prevé la acordada 28/93. Pese a todo, la delegación en jueces prevista por acordada al menos preservaría un aspecto alcanzado por la garantía de juez natural: la competencia se transferiría a quien, en términos constitucionales, es un juez (aunque quizás no natural). Distinto, y mucho más grave es el caso en que el juez a cargo de la instrucción la delega en un secretario como de hecho se hizo en el caso de la embajada de Israel¹⁰¹⁹ a través de la acordada 26/97, pues en este caso el instructor ya no solo no sería "natural", sino que tampoco sería "juez".

Por último, resta la cuestión del derecho al recurso o al doble conforme. Si bien el sistema de la [ley 24.050](#) y del Reglamento para la Justicia Nacional prevé un recurso de apelación ante el pleno de la Corte durante la etapa instructoria, expresamente dispone que la sentencia la CS constituida en tribunal de juicio es irrecurrible. Un arreglo semejante debe

ser interpretado como violatorio del doble conforme consagrado convencionalmente¹⁰²⁰, salvo que se interprete, como en el caso "Felicetti"¹⁰²¹, que la garantía importa únicamente que la sentencia definitiva provenga de un tribunal superior, de modo tal que, no habiendo tribunal superior que la Corte Suprema, la garantía se encuentra satisfecha.

En conclusión, en el caso de la embajada de Israel advertimos la existencia de un régimen reglamentario difícilmente compatible con las garantías constitucionales, del que además se deriva una práctica cortesana aún más enfrentada a las garantías sin que, por otro lado, puedan exhibirse resultados satisfactorios en materia de persecución penal y de averiguación de verdad.

IX. CONCLUSIONES

El régimen legal y jurisprudencial de la competencia originaria de la Corte deja algunos sinsabores. Al mismo tiempo que la naturaleza parcialmente política de la intervención de la CS en instancia originaria no puede ser ocultada ni evitada, la determinación del tribunal de atender a las cuestiones más importantes genera una grave incertidumbre acerca del valor de su criterio. Mientras que los hábeas corpus¹⁰²², por su mera condición de tales, no tramitan en instancia originaria de la CS (a excepción de los interpuestos por diplomáticos aforados), el chal de Doña Sofía exige la intervención de las más altas autoridades del Estado¹⁰²³. Otro tanto ocurre con las comunidades originarias, que para acceder a la instancia originaria deben asociarse a causas ambientales¹⁰²⁴ o plantear cautelares en condiciones extremas¹⁰²⁵ sin que se atienda a su preexistencia o a su nacionalidad como factores que bien podrían orientar la determinación de la apertura de la vía.

En definitiva, el problema radica en que la doctrina del caso "Sojo" — según la cual la competencia originaria es de excepción, se encuentra constitucionalmente regulada y no puede ser ampliada ni restringida por ningún poder o interpretación¹⁰²⁶ — se abandona cada vez que la competencia originaria se extiende a los familiares de un embajador, a las controversias entre una provincia y el Estado nacional o a las controversias entre una provincia y sus vecinos sobre materia predominantemente federal.

La rigidez aplicada en algunos casos y la laxitud evidenciada en otros ponen a la Corte en un ejercicio discrecional que parece no tener apoyatura en el texto constitucional y que dificulta seriamente la tarea de los operadores del sistema.

* * *

Art. 118.—

Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando este se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

**EL DERECHO DE GENTES, LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y EL DERECHO
PENAL INTERNACIONAL**

Comentario por Eugenia Artabe¹⁰²⁷

I. EL DERECHO DE GENTES EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Este artículo proviene de la redacción de la Constitución Nacional de 1853 —con el número 109, que pasó a ser 102 en la reforma de 1860— y se encuentra dentro del apartado en el que se regulan las atribuciones del Poder Judicial.

Según refieren tanto algunos fallos de la Corte Suprema, como autores nacionales, los antecedentes de esta norma se ubicarían en el art. III, Sección 2ª, párr. 3º, de la Constitución de Estados Unidos que dispone: "Todos los delitos, salvo en los casos de acusación por la Cámara de Diputados (*impeachment*) serán juzgados por jurados y el juicio correspondiente se celebrara en el Estado donde los presuntos delitos fueron cometidos; sin embargo, sino fueren cometidos dentro de un Estado determinado, el juicio se celebrará en el o los lugares que el Congreso designe conforme la ley". La ley de organización de los Tribunales Federales se dictó en 1789 —Judiciary Act—¹⁰²⁸, y es señalada por algunos como el antecedente inmediato de la [ley 48](#) de organización de la Justicia Federal (sancionada en octubre de 1863)^{1029.1030}. En consecuencia, hay quienes sostienen que era conocida por los constituyentes de 1853¹⁰³¹.

Lo primero que se debería señalar es que "derecho de gentes"¹⁰³² es la expresión utilizada en la doctrina clásica y es sinónima, en el uso corriente de nuestros días, de "derecho internacional público" o "derecho internacional, que se define como el conjunto de normas jurídicas por las que se rigen las relaciones entre los Estados, así como con los demás miembros de la sociedad internacional"¹⁰³³. De ahí que el derecho de gentes está integrado por normas convencionales, también consuetudinarias y los principios generales del derecho¹⁰³⁴⁻¹⁰³⁵.

La Corte Suprema a lo largo de su historia ha aplicado el derecho de gentes en causas que involucraban ministros diplomáticos, ejecución de pronunciamientos judiciales extranjeros, potestades de los capitanes de buques, límites constitucionales de los poderes de guerra, aspectos procesales y sometimiento de un Estado extranjero a un proceso judicial, entre otros, pero la referencia a dicho orden normativo tomó particular relevancia en los pronunciamientos dictados por el Tribunal en una serie de causas originadas en torno al cuestionamiento de la constitucionalidad de disposiciones normativas adoptadas en relación a la punición de delitos de lesa humanidad y aspectos conexos¹⁰³⁶.

Es que, si bien se advierte en los casos señalados, el derecho de gentes había sido reiteradamente invocado en la jurisprudencia de la Corte, el art. 118 de la CN había pasado desapercibido por la doctrina y la jurisprudencia, que solo en los últimos años comenzaron a recurrir a él como fuente de incorporación del derecho de gentes¹⁰³⁷.

El art. 118 de la CN puede ser comprendido, en términos generales, desde tres posiciones distintas.

La primera, a la que llamaremos *tesis amplia*, considera que este artículo es la puerta de ingreso¹⁰³⁸ al ordenamiento interno del derecho penal internacional, y que este debe ser en el ámbito local.

La segunda, a la que denominaremos *tesis intermedia*, comparte con la anterior su primera premisa, pero advierte sobre la tensión que genera la forma en que se incorpora el derecho penal internacional en nuestro ordenamiento penal, en tanto podría vulnerar al principio de legalidad amparado constitucionalmente en el art. 18.

Finalmente, la tercera será la *tesis restringida*, ya que solo ve en el art. 118 una norma de atribución de competencia de la que nada más puede ser inferido sin caer en un exceso interpretativo. Rechaza la posibilidad de que el derecho penal internacional tenga rango constitucional a partir del art. 118.

1.1. La tesis amplia

Para algunos, el art. 118 recoge el principio de jurisdicción universal para los crímenes contra el derecho de gentes e incorpora el derecho de gentes en materia penal, al derecho interno¹⁰³⁹.

De este modo, a través de este artículo ingresaría todo el derecho penal internacional, con o sin base convencional. Asimismo, hay quienes sostienen que junto a las figuras penales internacionales también se incorporan las reglas y los principios del derecho penal internacional. Así, se argumenta que este artículo regula de modo general como principio para todos los delitos el del *forum delicti commissi*, pero inmediatamente se agrega la excepción a este principio, cuando dice: "pero cuando este se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes". La utilización del pronombre "este", que reemplaza a delito, no tendría por fin excluir la parte del derecho penal internacional que no son delitos, sino que su utilización viene impuesta por una necesidad propia de la materia que regula¹⁰⁴⁰.

La Corte Suprema se ha ocupado de esta cuestión en varios antecedentes. En el marco de la causa "Priebke"¹⁰⁴¹, por mayoría, con la que concurrieron los jueces Nazareno y Moliné O'Connor y el juez Bossert, revocó la sentencia al calificar los hechos imputados —a la luz del *ius cogens*¹⁰⁴² del derecho internacional— como delito de genocidio y crimen de lesa humanidad, por lo que correspondía considerarlo imprescriptible.

En el voto de los ministros Nazareno y Moliné O'Connor se expresa que el proceso de extradición se debía regir por el convenio celebrado en nuestro país y el requirente en el año 1987, lo que no excluye el derecho de gentes: en la medida en que este sea aplicable para la solución del caso, tal aplicación será inexcusable para el juzgador en función de lo dispuesto por el art. 21 de la ley 48¹⁰⁴³. Así, debe contemplarse la circunstancia de que como toda regla de derecho internacional, convencional o consuetudinaria, un tratado no se aplica en vacío sino en relación con hechos y dentro de un conjunto más amplio de normas que integran el sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación¹⁰⁴⁴ tiene lugar y del cual no es más que una parte. Ello para concluir que el convenio se debía interpretar dentro del marco progresivo de la materia de que se trate, computando a esos efectos la legislación vigente, la costumbre internacional y los principios generales del derecho en ese ámbito, que forman parte del derecho interno argentino; apoyando esta premisa en el consid. 12, párr. 3º del voto de la mayoría del Tribunal, y 9 *in fine* del voto del juez Boggiano en la causa "Nadel"¹⁰⁴⁵.

El voto del ministro Bossert identifica algunos delitos contra al derecho de gentes y, a su vez, argumenta en punto a las posibles objeciones respecto a la tensión con el principio de legalidad.

En su voto sostiene que tanto los crímenes de guerra como los delitos contra la humanidad son reputados como delitos contra el derecho de gentes¹⁰⁴⁶ (consid. 32) que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar porque merecen la sanción y reprobación de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales. A su vez, sostiene que se debe considerar al crimen de guerra como delito sancionado por el derecho internacional general y, en la medida en que los delitos contra el derecho de gentes se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico argentino en el art. 118 de la CN, se tiene por acreditada la doble incriminación exigida por el Tratado de Extradición (consid. 49).

Conforme a Bossert, este criterio encontraría fundamento en que el constituyente, al fijar la jurisdicción internacional penal de la República Argentina para el juzgamiento de los delitos *iuris gentium*, aun cuando fuesen cometidos fuera de los límites de la Nación, solo habilitó al legislador para que en este último supuesto determinase "por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio" (consid. 50)¹⁰⁴⁷.

Asimismo establece una diferencia al sostener que en otros sistemas constitucionales como el de los Estados Unidos de América, en el que el constituyente le atribuyó al Congreso la facultad de "definir y castigar" las "ofensas contra la ley de las naciones", su par argentino, al no conceder similar prerrogativa al Congreso Nacional para esa formulación, receptó directamente los postulados del derecho internacional sobre el tema en las condiciones de su vigencia y, por tal motivo, resulta obligatoria la aplicación del derecho de gentes en la jurisdicción nacional de conformidad con lo dispuesto por el [art. 21](#) de la [ley 48](#) (consid. 51).

De igual modo, este ministro expresa que no obsta a esta conclusión que la descripción típica contenida en los instrumentos internacionales a que refiere no establezca la naturaleza de la pena ni su monto, pues su falta de determinación en los propios documentos responde a la modalidad de implementación que infracciones de contenido penal de esa naturaleza reconocen en ese ámbito, conforme al estado actual de las relaciones internacionales (consid. 54).

Sobre la circunstancia de que el legislador nacional no haya implementado "sanciones penales adecuadas" para este tipo de delitos, su voto afirma que aquella no empece a la vigencia de los restantes compromisos asumidos en el ámbito internacional en materia de extradición toda vez que este tipo de trámites no tienen por objeto determinar la culpabilidad del imputado (consid. 56).

Este pasaje parece sugerir que esta aplicación del derecho penal internacional solo operaría para resolver pedidos de extradición, pero no

necesariamente en procesos que tengan por objeto la atribución de responsabilidad penal¹⁰⁴⁸.

Por su parte, en la causa "Arancibia Clavel"¹⁰⁴⁹, el ministro Maqueda¹⁰⁵⁰ en el apartado II de su voto, que se titula "Derecho de gentes" expresa que la importancia de la tradición jurídica vinculada a ese derecho fue recogida por el art. 102 de la CN, actual art. 118 (consid. 19). Asimismo, sostiene que en estos casos en que queda comprometida la dignidad humana de las personas sometidas a persecuciones provenientes de una organización criminal sustentada en la estructura estatal corresponde atender a una interpretación dinámica de dicha cláusula constitucional para responder en el estado de avance cultural actual a los requerimientos de un debido castigo para aquellos que cometen crímenes contra el delito de gentes (cita Fallos 322:2735, consids. 6º y 9º¹⁰⁵¹ y 315:952, consid. 3º¹⁰⁵²). A partir de lo cual concluye que la Constitución Nacional de 1853 reconoció la supremacía de ese derecho de gentes y en ese acto lo incorporó directamente con el consiguiente deber de su aplicación correspondiente por los tribunales respecto a los crímenes aberrantes que son susceptibles de generar la responsabilidad individual para quienes los hayan cometido en el ámbito de cualquier jurisdicción. Por consiguiente, a la fecha de la institución de los principios constitucionales de nuestro país, el legislador lo consideraba como preexistente y necesario para el desarrollo de la función judicial (consid. 22)¹⁰⁵³.

Asimismo, señala que la Corte ha reconocido en distintas oportunidades la importancia de esta incorporación del derecho de gentes al sistema institucional de nuestro país, que no quedaría limitado a la exclusiva consideración de las normas locales y que se encontraría, por el contrario, interrelacionado con este sistema de convivencia general de las naciones entre sí que supone la protección de derechos humanos básicos contra delitos que agravan a todo el género humano. Importaba, bajo su óptica, el reconocimiento declarativo de la existencia de ese conjunto de valores superiores a los que debían subordinarse las naciones por su mera incorporación a la comunidad internacional; para lo cual remite a distintos fallos "en diversos contextos" (consid. 24).

Así, también apunta que el derecho de gentes se encuentra sujeto a una evolución que condujo a un doble proceso de reconocimiento expreso y de determinación de diversos derechos inherentes a la dignidad humana que deben ser tutelados de acuerdo con el progreso de las relaciones entre los Estados. Desde esta perspectiva se advierte que los crímenes del derecho de gentes se han modificado en número y en sus características a través de un paulatino proceso de precisión que se ha configurado por decisiones de tribunales nacionales, tratados internacionales, el derecho consuetudinario, las opiniones de los juristas más relevantes y el reconocimiento de un conjunto de normas imperativas para los

gobernantes de todas las naciones; aspectos todos ellos que esa Corte no puede desconocer en el actual estado de desarrollo de la comunidad internacional.

En la causa "Simón"¹⁰⁵⁴⁻¹⁰⁵⁵ el ministro Boggiano apunta que¹⁰⁵⁶: "aun antes de tal jurisprudencia internacional —se refiere a la que cita en los apartados anteriores—, los delitos contra el derecho de gentes hallábanse fulminados por el derecho internacional consuetudinario y concurrentemente por el texto de nuestra Constitución Nacional. La gravedad de tales delitos puede dar fundamento a la jurisdicción universal, como se desprende del art. 118 de la CN que contempla los delitos contra el derecho de gentes fuera de los límites de la Nación y ordena al Congreso determinar por ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio. Ello da por supuesto que tales delitos pueden ser juzgados en la República y, cabe entender, también en otros Estados extranjeros. Y, además, que esos delitos contra el derecho internacional, contra la humanidad y el derecho de gentes, por su gravedad, lesionan el orden internacional, en modo que no puede verse en tal art. 118 sólo una norma de jurisdicción sino sustancialmente de reconocimiento de la gravedad material de aquellos delitos (causa "Nadel", Fallos 316:567, disidencia del juez Boggiano)".

Asimismo, sostiene en el consid. 49 que: "no es posible afirmar que el art. 18 de la CN que establece el principio de legalidad y de irretroactividad consagre una solución distinta en el art. 118 respecto a la aplicación de las normas del *ius cogens* relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan, sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al orden interno las normas imperativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad. La ley de lugar del juicio supone, aunque obviamente, no establece los principios del derecho de gentes".

Vale destacar que en el marco de la causa "Simón", la Corte no utilizó las disposiciones del derecho internacional consuetudinario para el encuadre típico de los hechos, ni para la determinación del marco sancionatorio, sino que efectuó una doble subsunción de los hechos: una subsunción primaria de tipificación y sanción por las leyes locales y una secundaria de cualificación por las leyes internacionales consuetudinarias¹⁰⁵⁷.

1.2. La tesis intermedia

El ministro Petracchi, en su disidencia respecto de la mayoría en la causa "Priebke", expresa que los delitos con los que se califica la conducta de Priebke no contienen sanción, con lo cual estaría comprometido el principio contenido en el art. 18 de la CN. El voto de Petracchi¹⁰⁵⁸, por un lado, sostiene que el delito que se le atribuye a Priebke está prescrito, lo

que obsta a la extradición. Observa que esta conclusión pretende ser obviada por la mayoría con el argumento de que la conducta por la que se quiere extraditar al requerido no solo esta reprimida en la legislación penal ordinaria sino también en el derecho de gentes, conforme al cual esta configuraría un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad cuya fuente formal sería, no el derecho penal ordinario, sino los usos y las costumbres internacionales y ciertos instrumentos internacionales (consids. 2º, 3º y 4º).

Esa conclusión se desprendería de la Convención concerniente a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (La Haya 1899, aprobada por la ley 5082 de 1907), en el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12/8/1949 (su art. 51, inc. 6º). Esta clase de normas parecen corresponder a la conducta que se imputa a Priebke y, por lo tanto, autorizarían a concluir que, bajo el derecho argentino, aquella es contraria a derecho (consid. 4º).

Y en este aspecto, Petracchi manifiesta su diferencia fundamental con la mayoría, puesto que según él dicha criminalidad *lato sensu* no es suficiente para entender reunidos los requisitos impuestos en las convenciones suscriptas con Italia. Ya que, como sostiene, estas exigen, además, que las conductas correspondientes sean punibles, es decir, que tengan prevista una pena en los derechos de ambos países (requirente y requerido). En este punto, el Estado argentino debería estar en condiciones de afirmar que si bien para el derecho penal ordinario la conducta está prescripta, sería punible a la luz de derecho de gentes si Priebke pudiera ser juzgado y condenado en nuestro país. Frente a ello, la respuesta para este ministro es negativa puesto que las conductas descriptas por el derecho de gentes como crimen contra la humanidad o crimen de guerra hasta ese momento no tenían prevista pena, con lo cual, quien juzgue en Argentina no podría condenar por el principio de legalidad establecido en el art. 18 de la CN. Desde su óptica, tampoco podría llenarse el vacío de la ausencia de pena con una remisión a la legislación penal ordinaria combinando la pena con un tipo del "derecho de gentes", ya que de ese modo de estaría generando una tercera categoría de delito que no está dentro de las facultades de los jueces de la República (consids. 5º y 6º).

El problema planteado dentro de una posición intermedia, que no presenta una objeción en punto al ingreso al derecho penal internacional por vía del art. 118 pero esgrime que la responsabilidad penal individual no puede ser atribuida en nuestro sistema jurídico puesto que la indeterminación de las penas en la normativa internacional de la especie compromete el principio de legalidad contemplado en la Constitución Nacional, tal vez sea el que más debates ha originado.

Esta discusión considera la posible tensión entre las normas del derecho penal internacional —adjetivas o sustantivas— y aquellas que emanan de nuestra Constitución.

Las posiciones intermedias de las que se hablaba antes acusan que la tensión que se da entre el principio de legalidad consagrado en el art. 18 y las normas del derecho penal internacional debe resolverse a favor del primero. Es que en materia de derecho penal internacional, el principio de legalidad no goza de la misma determinación que posee en nuestro ordenamiento jurídico puesto que sus fuentes generan normas que no son escritas y que, en algunos casos como el de la costumbre internacional o los principios generales del derecho, su rastreo puede conllevar alguna dificultad.

Según consignan Sancinetti y Ferrante¹⁰⁵⁹, algunos autores sostienen que el art. 18 solo concierne al derecho penal interno, pero es totalmente ajeno e inaplicable en la órbita del derecho penal internacional.

Así, en la causa "Schwammberger"¹⁰⁶⁰ el juez Schiffrin afirmó: "la máxima 'no hay delito ni pena sin ley' es una máxima de derecho nacional, hecha para estados que han terminado de enumerar un arsenal de penas minuciosamente previsto en códigos escritos el catálogo exhaustivo de los delitos y penas y que por lo tanto no es aplicable en un plano fijado y en plena formación como es el del derecho internacional" (consid. 30)¹⁰⁶¹.

Sin embargo, como advierte Malarino, aun quienes sostienen la no aplicabilidad del principio de legalidad en el ámbito interno para juzgar crímenes internacionales, no se refieren, por lo general, a la posibilidad de prescindir directamente de una ley penal interna que tipifique el acto como punible para recurrir a los tipos penales del derecho internacional tal como están descriptos en las convenciones internacionales o como están concebidos en otras fuentes de derecho internacional. Así en el fallo "Poblete"¹⁰⁶² se expresa que uno de los principios que rigen a los crímenes contra el derecho de gentes es el que establece que la criminalidad de ciertas conductas, que se consideran de enorme gravedad y lesividad para la humanidad en su conjunto, está fijada por la ley de las naciones y no depende de que sean punibles según la ley penal del lugar donde ocurrieron^{1063_1064}.

Sin embargo, para algunos autores es posible una lectura de la cláusula de legalidad interna de manera articulada con el derecho penal internacional¹⁰⁶⁵. Para ello debería tenerse presente el sistema de normas internacionales y asumir que el hecho de que algunas de ellas no se encuentren escritas no implica que no tengan vigencia como normas que cumplen con el requisito de legalidad.

1.3. La tesis restringida

Finalmente, hay quienes sostienen que la ubicación sistemática y, especialmente, el contenido de regulación del art. 118 de la CN no permiten sostener plausiblemente que dicha disposición reconozca rango constitucional al derecho de gentes en materia penal. Según esta visión, este artículo solo de manera fugaz y solo en la medida en que establece una limitación al principio del *form commissi delicti* se refiere a los delitos contra el derecho de gentes, consagrando por otra parte a su respecto, el principio de jurisdicción universal. Ninguna parte de la disposición establece que los delitos contra el derecho de gentes tengan rango constitucional, y menos aun que lo tenga todo el derecho penal internacional. Así, el art. 118 menciona a los delitos contra el derecho de gentes cuando se refiere a los delitos cometidos fuera del territorio nacional, pues solo respecto de estos delitos se aplica el principio de jurisdicción universal. Por esta razón, la referencia a los delitos contra el derecho de gentes en el art. 118, CN no dice nada sobre el rango del derecho penal internacional. De esa disposición lo único que puede derivarse es que ese derecho es aplicable por los jueces de la Nación¹⁰⁶⁶.

Por su parte, en las disidencias de los ministros Belluscio¹⁰⁶⁷ y Fayt, en el marco de la causa "Arancibia Clavel"¹⁰⁶⁸ (consid. 16) se expresa que la referencia efectuada en el art. 118 al derecho de gentes constituye solamente una regla de competencia judicial, y que aunque se considerase que los hechos imputados constituyeran delitos de lesa humanidad, no resultaría posible acudir a principios indefinidos supuestamente derivados del derecho de gentes pues al momento de la comisión de los hechos faltaba la norma específica por supuesto, que vinculara a la República Argentina que estableciera una determinada sanción, o bien la imprescriptibilidad de las sanciones establecidas en la ley local, ya que la convención que había establecido esa imprescriptibilidad ha sido incorporada con posterioridad al ordenamiento jurídico nacional.

El ministro Fayt expresa¹⁰⁶⁹ que los obstáculos hasta aquí examinados tampoco pueden sortearse con la aplicación directa del derecho penal internacional en virtud de una "pretendida preeminencia del derecho de gentes que encontraría su fundamento en el art. 118 de la CN, derecho que no necesariamente revelaría idéntica sujeción al principio de legalidad" (consid. 43).

Según advierte, esta cláusula constitucional regula una modalidad de los juicios criminales: aquellos que derivan de los *delicta iuris gentium*. En este aspecto, impone al legislador el mandato de sancionar una ley especial que determine el lugar en que habrá de seguirse el juicio, de suerte tal que, a falta de la ley especial que prevé la norma (se refiere además a hechos acaecidos en el exterior) resulta inaplicable (Fallos 324:2885¹⁰⁷⁰). Señala que la Corte ya ha precisado el alcance acotado que debe asignarse a la escueta referencia que contiene esta norma. De tal modo, no cabría concluir que por esta vía el derecho de gentes tiene

preeminencia sobre el derecho interno del Estado argentino. Asimismo, considera que no debe confundirse el valor indiscutible del derecho de gentes y su positiva evolución en el ámbito del derecho internacional con la posibilidad de aplicar sus reglas directamente en el derecho interno.

Concluye su voto en este aspecto expresando que "en definitiva, la mención en la Constitución del derecho de gentes se efectúa solo para determinar la forma en que se juzgarán los delitos cometidos en el exterior contra esos preceptos; pero de ningún modo más allá de su indiscutible valor se le confiere jerarquía constitucional ni menos aún preeminencia sobre la Ley Fundamental. Parece a todas luces exagerado inferir en base al texto del art. 118 que sea posible la persecución penal en base a las reglas propias del derecho penal internacional. De allí no se deriva en modo alguno que se puede atribuir responsabilidad individual con base en el derecho internacional, en tanto no se establece cuáles son los principios y normas que rigen la persecución de crímenes *iuris gentium*. Por lo tanto, como se afirmó la norma citada no permite concluir que sea posible en nuestro país la persecución penal con base en un derecho penal internacional que no cumpla con los mandatos del principio de legalidad"¹⁰⁷¹.

En su disidencia en "Arancibia Clavel", el ministro Vázquez manifiesta que el art. 118 de la CN, en cuanto establece que "(...) La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando este se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio", se refiere al derecho de gentes solo para determinar la forma en que se juzgarán los delitos cometidos en el exterior en contra de sus preceptos. Así, en modo alguno se le confiere al *ius cogens* jerarquía constitucional y tampoco lo menciona en este aspecto el art. 75, inc. 22 de la CN.

Así recuerda que ese tribunal ha interpretado que el citado precepto constitucional regula la modalidad de los juicios criminales: aquellos que derivan de los *delicta iuris gentium* (conf. doctrina de Fallos 324:2885¹⁰⁷²- punto VI del dictamen del señor procurador general), expresando en tal sentido que dicho artículo impone un mandato al legislador: la sanción de una ley especial que determine el lugar en que habrá de seguirse el juicio, por lo que a falta de la ley especial que prevé la norma para los hechos acaecidos en el exterior resulta inaplicable (consid. 25).

Este argumento vinculado a la falta de ley especial es descartado por Colautti¹⁰⁷³, que expresa que siguiendo el pensamiento de los primeros comentaristas del texto constitucional, entiende con Agustín de Vedia que esta cláusula es directamente operativa. La ley especial a la que alude el art. 118 (antes 102) es, para De Vedia y Colautti aquella que ha organizado

la justicia penal federal y establecido sus pautas de organización y procedimiento ([ley 27 del 11 de noviembre de 1902](#)).

Vázquez concluye que resultaría una solución dogmática inadmisibles que desconocería además de su sentido literal el verdadero alcance que la Corte le ha otorgado, afirmar que el texto del art. 118 de la CN otorga preeminencia al derecho de gentes sobre las propias normas constitucionales o bien las desplaza, lo cual, no se ha dado ni en su texto original ni en sus reformas.

Para Malarino es llamativo que la Corte invoque en la causa "Simón" el derecho penal internacional para afirmar un principio de legalidad muy débil (aceptación de costumbre como fuente creadora de delito) sin mencionar siquiera que el más reciente derecho penal internacional aplicado por la comunidad internacional tiende hacia un principio de legalidad más fuerte. La regulación expresa a este principio (arts. 22 a 24) y el establecimiento de un sistema de fuentes que relega la costumbre internacional a fuente secundaria (art. 21) en el Estatuto de la Corte Penal Internacional —ya vigente cuando se decidió este caso— sería un claro indicador en este sentido. A su vez, señala que el derecho penal internacional actual, al menos el consagrado en el Estatuto de Roma, no permite juzgar crímenes internacionales con base en la costumbre y es confirmado, por otra parte, por dos decisiones de la Corte Penal Internacional¹⁰⁷⁴.

Además de este argumento, se podría agregar que la costumbre como fuente creadora de derecho penal tiene un déficit democrático difícil de superar. El mecanismo por medio del cual la costumbre internacional no se deriva de la discusión democrática de sus reglas, ni siquiera por medio de representantes popularmente elegidos. Dado que el legislador representa la soberanía popular, el proceso de discusión y aprobación de las leyes en el Parlamento otorga a la norma legitimidad democrática. Si bien la aplicación de una norma consuetudinaria que efectivamente es sentida y practicada por la comunidad como norma vinculante de derecho podría en parte atenuar esta objeción, pues en ese caso podría argumentarse que es el pueblo quien, en cierto modo, legisla directamente, esto no ocurre cuando, como en el caso, se trata de la costumbre internacional, a cuya formación participan Estados y no individuos¹⁰⁷⁵.

Con respecto a la recepción interna de crímenes internacionales, cabe destacar que el crimen contra la humanidad fue incorporado en el derecho interno argentino en los arts. 2º y 9º de la ley 26.200¹⁰⁷⁶ aprobada el 13/12/2006 y publicada en el Boletín Oficial el 9/1/2007.

II. PALABRAS FINALES

Como se ha señalado en los apartados anteriores, el derecho de gentes ha sido invocado por la Corte Suprema de Justicia desde sus primeros fallos a fin de resolver diferentes cuestiones, mas la atención al art. 118 y su faz vinculada a este desde el foco del derecho penal fue puesta en escena de manera elocuente a partir de las resoluciones que tratan sobre violaciones graves a los derechos humanos, específicamente en tanto constituyen crímenes de lesa humanidad.

Esta situación genera un debate sobre sus alcances que obliga a considerar distintas cuestiones previas. La primera se relaciona con el modo en que se incorpora el derecho internacional a nuestro derecho interno.

Ello nos conduce al debate sobre el monismo nacional, el monismo internacional y el dualismo o pluralismo. Para Nino¹⁰⁷⁷, lo curioso de esta controversia es que las dos posiciones son completamente circulares, ya que quienes defienden la prioridad de la Constitución se apoyan en la misma Constitución, y quienes defienden la prelación de las convenciones internacionales se apoyan en una convención internacional. De ahí que para este autor, esto demuestra que la validez de cierto sistema jurídico no puede fundarse en reglas de ese mismo sistema jurídico sino que debe derivar de principios externos al propio sistema. Quienes debaten estas posiciones monistas o dualistas no pueden evadirse de recurrir a principios extrajurídicos, de índole moral en un sentido amplio, para apoyar sus posiciones. Por ejemplo, principios acerca del valor de la soberanía nacional, de no injerencia de otros Estados en los asuntos internos del Estado en cuestión, del valor supremo los derechos humanos básicos más allá de la soberanía de cada Estado, de la validez de las decisiones democráticas, etc.

Si nuestro análisis parte desde esta observación, la manera de interpretar el alcance del art. 118 debería estar definida por los principios extrajurídicos en los que nos apoyemos: los que brindarían las respuestas a los reparos, que desde las distintas posiciones que se identificaron de manera general en los apartados anteriores, se esbozan en punto a las consecuencias que tienen las distintas formas de mirar este artículo.

* * *

Art. 119.—

La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado.

Comentario por José Ipohorski

I. INTRODUCCIÓN

La traición a la patria, cuya incriminación constitucional establece este artículo, alcanza "únicamente" a lo que se señala como "tomar las armas" contra la Nación o unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro. La finalidad del establecimiento de este delito constitucional es la de reprimir todo acto que implique un alzamiento armado contra la Nación, evitándose un uso indiscriminado de esta calificación —y la ignominia que conlleva— a actos de disidencia u oposición.

Asimismo, y con la idea de dotar de cierta previsibilidad a los términos involucrados, se intentará mostrar que tomar las armas implica una agresión o acto de guerra, ya que en definitiva se busca sancionar a quien le hace la guerra a su propia comunidad o le presta ayuda a quien lo hace desde el extranjero, aunque sin descartar otras alternativas de agresión como son los actos terroristas que no necesariamente tienen apoyo de otro Estado.

II. LA AGRESIÓN Y EL DERECHO INTERNACIONAL

La agresión comprende tanto una violación a la integridad territorial del Estado como a su soberanía política, llevada adelante por sus propios ciudadanos o mediante la ayuda a quienes lo hacen desde el extranjero. Si bien esta idea de integridad territorial y soberanía incumbe a los Estados, en último término la fuerza de estos conceptos deriva de los derechos de los individuos que componen dicho Estado, ya que en definitiva los llamados derechos de los Estados no son más que los deberes y los derechos de los hombres y mujeres que los componen¹⁰⁷⁸. Es que, en última instancia, los daños producidos por esos actos de guerra habrán de repercutir en los derechos de las personas que habitan el territorio y no en un ente impersonal denominado Nación Argentina.

En este sentido, la asociación política, esto es, la comunidad de intereses fundada en una historia, sentimientos y modo de vida compartidos y la aspiración de un futuro común, se ve socavada mediante estos actos armados ya que la propia Constitución —entre otros objetivos— supone un pacto orientado a garantizar la paz interior y la

defensa frente a agresiones tanto de origen externo, como de aquellas llevadas a cabo por sus propios miembros cuando dañan o ponen en riesgo la vida, la libertad, la integridad física o los intereses económicos de sus habitantes, tal como se encuentran previstos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos con rango constitucional (Preámbulo, arts. 14, 20 y 33, CN; arts. 4º a 7º y 21 CADH; arts. 6º a 9º PIDCP). Si la idea de toda república es asegurar el autodomínio o la no dominación respecto de interferencias arbitrarias a la libertad de sus miembros en tanto parte de esa comunidad, ello es así tanto respecto de un tirano o de agresores locales como de un invasor o agresor extranjero¹⁰⁷⁹. Se podría discutir cuáles serían los límites y alcances de las obligaciones y los deberes de los ciudadanos frente a la comunidad de la cual forman parte. La Constitución establece obligaciones en materia de voto (art. 37), de las cargas públicas —que deben ser iguales— (art. 16) y la de armarse en defensa de la Constitución, conforme a las leyes (art. 21). En este caso, a partir del establecimiento de este delito constitucional, si bien no estamos frente a una obligación propiamente dicha, resulta razonable esperar que sus ciudadanos no atenten contra la asociación política de la que forman parte, llevando adelante actos de guerra o uniéndose o prestándole ayuda a aquellos que lo hacen desde el extranjero.

De acuerdo con lo señalado: ¿cuándo estaríamos frente a un acto de guerra o agresión contra la Nación? ¿Cómo se puede interpretar razonablemente esta norma a fin de dotarla de sentido en la actualidad? Como se verá más adelante, la idea que subyace en este delito constitucional es que solamente ciertos actos, por demás graves, son aquellos que merecen esa calificación, la cual a su vez no puede ampliarse por vía legislativa, vista la limitación prevista mediante el uso del adverbio "únicamente". Es por ello que, acorde con esta impronta restrictiva de lo que debe entenderse por traición a la patria, solamente se puede considerar traidor a quien lleva adelante actos de guerra contra la Nación. Y la manera de establecer cuándo estamos frente a estos actos de guerra o agresión es recurriendo a la norma que rige la forma en que deben relacionarse los Estados entre sí —también integrante del derecho de gentes¹⁰⁸⁰— que ha positivizado la prohibición de hacer la guerra entre los Estados miembros como así también el compromiso de arreglar pacíficamente sus controversias. Es así que, a partir del año 1945, mediante la firma de la Carta de las Naciones Unidas, entre cuyos propósitos se encuentra suprimir los actos de agresión entre los Estados¹⁰⁸¹, podemos obtener un esbozo de respuesta que nos permita considerar que, solamente cuando los ciudadanos incurran en esos actos de agresión armada, incurrirán en una traición a esa asociación política que posibilita el ejercicio de nuestra libertad común.

Muchos de los actos de agresión, no obstante encontrarse prohibidos por la costumbre internacional, han recibido recepción positiva expresa a partir del establecimiento del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, concretamente, a partir de las enmiendas introducidas en la Conferencia de Kampala, República de Uganda, en 2010¹⁰⁸². De acuerdo con esta norma internacional, se incurre en una agresión mediante la invasión u ocupación militar, el bombardeo o la utilización de cualesquiera armas contra un Estado, el bloqueo de puertos, el ataque contra fuerzas armadas o aéreas, o bien su flota mercante o aérea; o el envío de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven adelante actos de fuerza contra otro estado. Es importante a su vez tomar en cuenta las características, gravedad y escala de la agresión —señaladas también en ese instrumento internacional— a fin de evitar un entendimiento que pueda llevar a interpretar que todo acto armado contra un habitante del Estado argentino pueda ser considerado un acto de guerra.

III. NO ES NECESARIA LA DECLARACIÓN DE GUERRA. EL CASO DEL TERRORISMO

Como se ha venido señalando, lo central en este delito constitucional es el acto de agresión y su aplicación no necesariamente presupone un contexto o un estado de guerra, declarada o no, ya sea por el Estado u organización agresora o por el propio Estado argentino. Más allá de que en la actualidad las guerras no se declaran y el texto constitucional no lo exige¹⁰⁸³, las declaraciones de este tenor están más orientadas a controlar los poderes de guerra del Poder Ejecutivo por parte del Congreso (art. 75, inc. 25 y 99, inc. 15, CN), frente a la expansión del poder presidencial respecto de las asambleas legislativas, que muchas veces se han visto sobrepasadas una vez que la autoridad ejecutiva ha desplegado sus fuerzas armadas¹⁰⁸⁴. En este sentido, la declaración de guerra puede ser entendida más como una garantía frente al uso irresponsable de la fuerza militar por parte del Poder Ejecutivo, como comandante en jefe de las fuerzas armadas (art. 99, inc. 12, CN), que como una condición para la configuración de este delito constitucional. Por otro lado, el Estatuto de Roma, de acuerdo a las modificaciones previstas en la Conferencia de Kampala, señala que resulta indiferente si media o no declaración de guerra (ver art. 8º bis, apart. 2º, incs. a] hasta g], relativos al crimen de agresión).

En definitiva, la agresión armada o en la terminología constitucional "tomar las armas" contra la Nación, es el dato central e independiente a esa declaración de guerra, que pueda darse o no, según el caso.

Asimismo, no puede dejarse afuera de la consideración como enemigos agresores a las personas u organizaciones terroristas, que pueden o no tener un apoyo estatal. Se ha considerado al terrorismo como la práctica que implica el asesinato aleatorio de personas inocentes, sin

consideración a lo que han hecho o están haciendo, puesto que son consideradas por estos grupos como objetivos de manera indiscriminada en función de lo que son¹⁰⁸⁵. De igual modo, se ha señalado que los terroristas no intentan conquistar o defender un territorio sino que atacan primordialmente objetivos civiles con miras a sembrar el pánico en la población indefensa y obtener un rédito (político, económico, religioso, etc.) en consecuencia¹⁰⁸⁶. Si bien no hay una definición de "terrorismo", los actos de agresión terrorista están mencionados en diversos instrumentos internacionales, que incluyen el secuestro de aeronaves, atentados contra sedes diplomáticas, la toma de rehenes, ataques a plataformas fijas o instalaciones nucleares, entre otros y estos actos son también indicativos de lo que puede entenderse por agresiones armadas, siempre y cuando sean de cierta gravedad y escala, como se señalara en lo que se refiere al crimen de agresión¹⁰⁸⁷. Estos ataques no siempre tienen lugar en el marco de un conflicto armado y son sin lugar a duda agresiones o actos de guerra que convierten a sus perpetradores en enemigos de la Nación¹⁰⁸⁸. Y esta aclaración es importante puesto que los primeros comentarios a este artículo de la Constitución Nacional de 1853/60 (art. 103) —que es el mismo en el texto actual— se limitaba su aplicación a la existencia de un estado de guerra actual o inminente, declarada o no, como condición para la aplicación de esta norma, orientado a evitar una utilización indiscriminada de este delito constitucional¹⁰⁸⁹. Sin embargo, como ya se señalara más arriba, en la actualidad este recaudo soslaya la circunstancia de que el dato central de este delito es la agresión armada —"tomar las armas" en términos constitucionales— que puede ocurrir sin esta declaración formal o la existencia de una situación de guerra *de facto*, además de no preverse lo que ocurre frente a agresiones terroristas que generalmente se dan sin un conflicto bélico que les sirva de marco o justificación.

En definitiva, lo que se busca el artículo en cuestión es limitar únicamente los actos de traición a los actos de guerra contra la propia asociación política de la que se forma parte; que los propios ciudadanos, "traicionando" un compromiso implícito en su pertenencia política, lleven adelante esos actos —o se unan a quienes los llevan a cabo— provocando graves daños a la organización política que es condición de la vida en común.

IV. ORIGEN HISTÓRICO DEL CONCEPTO DE TRAICIÓN

El origen de esta norma se puede remontar a los males y excesos incurridos en Inglaterra durante el siglo XVI, por los abusos a los que se había llegado mediante la sanción de actos de traición a cualquier acto de oposición política, cuando incluso se penaba el mero pensamiento o la predicción de la muerte del rey¹⁰⁹⁰. Y esta tradición fue retomada en la sección III del art. III de la Constitución de los Estados Unidos de América. Dicha norma establece: "*La traición contra los Estados Unidos sólo*

*consistirá en hacer la guerra en su contra o en unirse a sus enemigos, impartiendoles ayuda y protección. A ninguna persona se la condenará por traición si no es sobre la base de la declaración de dos testigos que hayan presenciado el mismo acto perpetrado abiertamente o de una confesión en sesión pública de un tribunal. El Congreso estará facultado para fijar la pena que corresponda a la traición; pero ninguna sentencia por causa de traición podrá privar del derecho de heredar o de transmitir bienes por herencia, ni producirá la confiscación de sus bienes más que en vida de la persona condenada*¹⁰⁹¹. Ya en *El Federalista* se argumentaba que, para evitar las reacciones virulentas entre las facciones, la Constitución levantó una barrera contra ese abuso definiendo expresamente su alcance, limitado a los ataques contra los Estados Unidos¹⁰⁹². Nuestra experiencia previa a la organización nacional de 1853, signada también por guerras civiles por demás crueles y violentas, también son un aviso y una advertencia orientada a evitar una utilización abusiva de esta figura respecto de adversarios u oponentes políticos¹⁰⁹³.

En estas condiciones, serán considerados actos susceptibles de implicar esta idea de "tomar las armas" aquellas agresiones que por sus características, gravedad y escala, sean asimilables a actos de guerra, como ser los ataques armados contra las fuerzas armadas o instalaciones militares, los bloqueos o la destrucción de vías de comunicación o bien la colocación de explosivos en edificios públicos, instalaciones o infraestructura susceptible de causar un serio daño a los derechos de los habitantes (como sería un ataque a una central nuclear o planta generadora de energía hidroeléctrica, entre otros, p. ej.).

A su vez, resultaría indiferente que estos actos sean realizados a plena luz del día por habitantes de nuestro país o bien por fuerzas armadas o grupos que sean claramente identificables con un Estado extranjero, o que esos actos fueran realizados por habitantes argentinos o por un Estado extranjero —ya sea por sí o por grupos o bandas irregulares— que actúen de manera subrepticia y clandestina. En este último supuesto, que un bombardeo sea efectuado por una aeronave de determinada bandera o que ese artefacto explosivo sea colocado de manera sigilosa por sus agentes infiltrados, evitando dar a conocer su origen o identidad, no le quita entidad de agresión, ya que los daños a los bienes y las personas son los mismos. La situación de ataque y agresión, con el consiguiente desamparo de los habitantes de la Nación, se produce de una u otra forma. En un caso se trata de una agresión a través de las fuerzas armadas regulares, en el otro, se utilizan grupos terroristas o agentes que se esconden en el anonimato encubriendo al Estado que los promueve o financia. No obstante, ese acto de agresión sigue siendo igual, incluso peor en la segunda alternativa, por la sensación de zozobra que provoca en la seguridad de los bienes y las personas de la Nación. Lo mismo corresponde señalar respecto de aquellos actos perpetrados por grupos

terroristas internacionales que en algunas ocasiones no se identifican con un Estado en particular.

Por otro lado, tal como se anticipara anteriormente, la segunda parte del artículo da idea de que el que ayuda a que un Estado extranjero o una organización terrorista —con o sin apoyo de un Estado— lleve adelante esta clase de actos, se constituye también en traidor, toda vez que ayuda a un enemigo de la Nación. A partir de lo dicho, el enemigo como tal solo puede ser un enemigo "externo" —organizado como Estado o no— ya que en una comunidad política de sujetos libres e iguales no puede concebirse la idea de que alguno de sus integrantes pueda ser considerado como "enemigo interno"¹⁰⁹⁴. Este es un dato por demás importante, ya que se limita constitucionalmente la posibilidad de considerar enemigos a quienes comentan los delitos más graves, en la línea de pensamiento que advierte que la metáfora de la guerra es por demás inapropiada para el establecimiento y la aplicación del derecho penal, por su sesgo excluyente de la comunidad de la que forman parte¹⁰⁹⁵. En todo caso, los ciudadanos podrían cometer otros delitos constitucionales, como el delito de sedición, el otorgamiento de facultades extraordinarias al Ejecutivo nacional o provincial, o bien levantamientos a través de actos de fuerza contra el orden constitucional y el sistema democrático (arts. 22, 29 y 36CN). Es decir, tanto una rebelión contra las autoridades constituidas o cualquier otro acto previsto en la legislación criminal, no puede considerarse como traición ni sus autores enemigos, a partir de la formulación constitucional limitante prevista en este art. 119, en tanto y en cuanto no se incurra en una agresión armada contra la Nación, "tomando las armas", como se viene señalando.

En definitiva, solamente un acto de guerra, es decir, una agresión armada contra la Nación argentina o sus habitantes, de cierta gravedad y escala, sería susceptible de configurar una traición en términos constitucionales, ya sea llevada adelante por los propios ciudadanos o bien por aquellos que se unan o ayuden a quienes nos agreden desde el extranjero, ya sea organizados como Estados o sin ese sustento político.

La norma constitucional es sensible al temperamento que deben adoptar las autoridades luego de una agresión. Es claro que, respecto de la agresión interna, el Estado cuenta con medios para repelerla y promover el juzgamiento de sus responsables.

Respecto de la agresión externa, la utilización o no de la fuerza militar como represalia es una alternativa con que cuentan los Estados a partir de la organización de sus fuerzas armadas. Pero la conveniencia o no del uso de esta alternativa —como los riesgos que depara su ejercicio— escapan a este comentario. Sí es importante tomar en cuenta un dato clave a partir de la respuesta que adopte el Estado frente a esa agresión: si se "ayuda" de cualquier modo al Estado agresor —o se dificulta la acción defensiva

del Estado argentino— una vez que se inician las acciones de represalia, se estaría incurriendo en una traición, ya que quienes así actúan lo hacen uniéndose al enemigo. Pero para dejar en claro —especialmente considerando la formulación restrictiva del mandato constitucional—, no llevar adelante esta clase de medidas de tipo militar no estaría alcanzado por este delito constitucional y no podría entenderse a dicha omisión como una ayuda posterior también alcanzada por este delito constitucional.

No obstante lo expuesto, el hecho de que no se lleven adelante represalias frente a quienes nos agredieron, no implica que no deban llevarse adelante acciones de algún tipo frente a quienes se constituyeron como enemigos de la Nación, agrediéndonos. De tal manera que, quienes en el ejercicio de un cargo o una función pública omiten o dejan de llevar adelante las acciones de tipo diplomático orientadas a la búsqueda de la condena internacional del Estado o grupo agresor o cuando, una vez iniciados los procesos correspondientes ante el Poder Judicial, se disponen los medios políticos y legales para asegurar la impunidad de quienes lo hicieron, podría incurrirse en otros delitos pero no en esa ayuda posterior que la traición a la patria supone.

En todo caso habrá que analizar caso por caso si las acciones de que se trata trascienden el marco de una negociación internacional ruinosa o una obstrucción de la justicia para ingresar en el terreno de la ayuda posterior abarcada por el delito de traición a la patria.

Respecto de quienes pueden resultar autores de este delito, la norma constitucional nada dice, pero aparece razonable considerar que el deber de no agredir corresponde a quienes forman parte de la Nación, a título de ciudadanos, por nacimiento, por opción o naturalización, de manera concordante con el deber previsto en el art. 21, CN, que establece la obligación de armarse en defensa de la patria y la Constitución¹⁰⁹⁶. Más allá del sentido actual de esta cláusula, no parecen quedar dudas de que los ciudadanos no pueden agredir a la comunidad de la cual forman parte o ponerse de acuerdo con quienes así lo hacen desde el extranjero. Asimismo, que dicho deber no puede recaer sobre cualquier habitante, al no tener ese vínculo con la Nación que es fuente de la obligación de no agresión. En todo caso, el habitante extranjero agresor será el "enemigo" pero nunca un "traidor".

Por otro lado, la norma constitucional analizada alcanza también a quien se una a esos enemigos externos —los agresores— prestándoles la ayuda que haga posible esa agresión. Esta ayuda puede ser previa o concomitante a la agresión armada, pero también puede ser una ayuda posterior a los actos de agresión y al margen de toda intervención en la agresión de que se trate. Este delito, en su formulación constitucional, no limita los alcances temporales de esa ayuda y socorro, que comprendería tanto los actos de propios de intervención en la agresión en sí misma,

como así también los posteriores idóneos para brindar cobertura o impedir que quienes los llevaron adelante puedan escaparse a las consecuencias de dichos actos.

No obstante lo señalado, dentro de esta última alternativa en la descripción de la conducta prevista en la Constitución, dicha ayuda o socorro no puede desentenderse del sentido de la cláusula constitucional establecida en su primera oración, esto es, que estamos frente a una agresión armada. Es por ello que se estima que solamente estaremos frente a la ayuda, el auxilio o el socorro alcanzados por este delito constitucional cuando esos actos impliquen un aumento del poder ofensivo del agresor o que facilite o mejore la situación del agresor una vez concluido el ataque armado. Aunque resulte reiterativo, los actos alcanzados deben suponer un auxilio o socorro que mejore la situación del agresor desde el punto de vista de los medios con que lleva adelante una agresión o un mejoramiento de su situación militar u ofensiva; o bien, una vez llevada a cabo, ayudando en su retirada u ocultando a los perpetradores de la agresión armada, facilitándoles la huida. La mera reivindicación o un auxilio de tipo legal o material no vinculado inmediatamente a la agresión armada escaparían a la previsión de este delito constitucional.

En un reciente caso juzgado en los tribunales federales, la expresidenta Cristina Fernández de Kirchner, su canciller, otros funcionarios y personas allegadas a ella fueron procesados por este delito a raíz de la firma del Memorándum de entendimiento entre la República Islámica de Irán y nuestro país. Dicho acuerdo comprometía la suerte de la causa penal iniciada para establecer responsabilidades por las muertes y lesiones ocurridas por el atentado mediante una bomba en la sede de la AMIA. El juez instructor correctamente entendió que estábamos frente a una agresión armada y que no era necesaria una declaración de guerra para tener por configurado este delito¹⁰⁹⁷. No obstante, frente a la discusión respecto a si el mejoramiento de la situación procesal de las personas con órdenes de captura internacionales por este atentado frente a los tribunales argentinos era un encubrimiento (art. 277, Cód. Penal), o bien una ayuda o un socorro en los términos del delito de traición a la patria, la Cámara Federal de Apelaciones consideró que este último delito no se configuraba si la respuesta de los poderes políticos no fue bélica¹⁰⁹⁸.

V. LAS AGRESIONES INFORMÁTICAS

Hay otro punto que merece atención y es que llamativamente el Estatuto de Roma no contempla las llamadas agresiones informáticas o ciberataques. Es que si antes las guerras necesitaban dañar u ocupar un territorio, las rutas y las comunicaciones en un país o una ciudad determinada, hoy eso mismo puede hacerse a través de una o miles de computadoras puestas a trabajar en simultáneo, por ejemplo, atacando las

computadoras de un organismo del ejército de un país o de una empresa con capitales de ese país, a fin de desplomar un sitio o para filtrar información, o ambas cosas a la vez. Estos ataques tienen orígenes muy diversos ya que pueden provenir desde las propias cibermilicias oficiales hasta realizarse cuando distintos grupos de activistas de un país encaran un ataque contra una empresa o un objetivo de otro país¹⁰⁹⁹. Determinar cuándo por su origen, características, gravedad o escala ello constituya un acto de guerra es una cuestión todavía a discusión, pero es claro que no es posible desconocer que puede constituir un acto de agresión, todavía no positivizado en un instrumento internacional¹¹⁰⁰. No obstante lo dicho, no se advierte cómo la utilización de herramientas informáticas puede ser entendido como "tomar las armas" de acuerdo a nuestro texto constitucional, ya que se trataría de una utilización impropia de tales herramientas, puesto que, en principio, no estarían diseñadas para producir un daño, como ocurre con el armamento militar, los artefactos explosivos o armas químicas, biológicas o nucleares, entre otras. Sin embargo, el suministro de información obtenido a través de esos ciberataques, susceptible de ser utilizado o bien directamente utilizado para el acto de agresión de que se trate, estaría alcanzado por esta previsión constitucional, puesto que estamos frente a un aporte clave para llevar adelante esa agresión que se constituye en esa "ayuda" a los enemigos de la Nación que prevé el delito constitucional analizado.

VI. ABUSOS DE LO QUE SE ENTIENDE POR TRAICIÓN

Pero lo más importante de esta norma constitucional es evitar su uso abusivo y desmedido al que se ha recurrido para descalificar a circunstanciales opositores políticos. En línea con los antecedentes ingleses y norteamericanos, el objetivo de esta cláusula constitucional es reservar la ignominia que supone ser considerado traidor solamente —únicamente en la terminología constitucional— para los casos de agresión armada contra la Nación y no frente a la disidencia interna. Lo que se busca es que las penas —generalmente muy severas— previstas para este delito, no caigan sobre opositores políticos respecto de quien ejerce la presidencia de la Nación. En estas condiciones, más allá de que ciertas facciones, en su circunstancial ejercicio del poder, suelen identificar su ideología —o sus intereses— con los de la Nación, no están habilitadas constitucionalmente a calificar de traidor —más allá del abuso de este calificativo y la eventual promoción de acciones judiciales infundadas— respecto de quienes se opongan a su ejercicio del poder político. Lo que suele suceder es que dichas facciones no conciben la posibilidad de una alternancia pacífica en el gobierno con otros grupos o sectores que tengan una concepción distinta de los medios y acciones políticas orientadas a alcanzar el interés general, en tanto dichas facciones asumen que toda alternancia en el poder pondría en riesgo su consolidación hegemónica.

No obstante, debe señalarse que esta nota básica de pluralismo es central en nuestra organización política, que reconoce las inevitables divisiones de las personas en grupos de pertenencia, según su historia, aspiraciones, planes de vida u otras manifestaciones de su autonomía personal o en el ejercicio del derecho de asociación. Tan es así que la propia Constitución Nacional reconoce la existencia de asociaciones políticas —denominadas partidos políticos— que ostentan el monopolio de la representación política para la elección de diputados, senadores y presidente de la Nación (arts. 14 y 38, CN). Este dato del pluralismo político es asumido también al regularse el modo de la designación del presidente de la Auditoría General de la Nación, el órgano de control externo dependiente del Congreso, quien es designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso (art. 85, CN).

Así las cosas, lo que la Constitución trata de evitar es que se sancione con esta pena a quienes piensen o actúen de manera contraria a quienes ejerzan el poder estatal, ya sea que se organicen para la competencia electoral o a través de la acción política dentro de los poderes del Estado —p. ej., en el Congreso— o a través de acciones judiciales; o bien, utilizando los medios de comunicación u otras vías de petición o reunión, haciendo pública esa oposición pacífica a los actos —u omisiones— de los ocasionales detentadores del poder político. Incluso la utilización de medios violentos, que pudieran revelar una crítica, descontento o incluso hostilidad hacia el Estado, no serían pasibles de ser considerados como una traición a la patria, más allá de quedar abarcados por otros delitos previstos en el Cód. Penal, en tanto no impliquen "alzarse en armas" mediante actos que por sus características, gravedad y escala, constituyan actos de guerra contra la Nación.

Al circunscribirla a todo acto armado, la traición a la patria no es aplicable a aquellos que cooperen o presten sus servicios a quienes, por ejemplo, demanden al Estado ante tribunales extranjeros o presten su testimonio ante comisiones internacionales, cuyo dictamen o decisión pueda llegar a implicar sanciones al Estado, comprometer su patrimonio o involucrar su responsabilidad ante la comunidad internacional. La propia Constitución prevé que puedan delegarse atribuciones de jurisdicción a tribunales internacionales (art. 75.22, CN); a su vez existen tratados expresos en los que se delega a determinados organismos la resolución de diversas controversias (los llamados tratados bilaterales de inversión), y es usual que el Estado delegue en tribunales extranjeros la solución de controversias, sobre todo en materia de colocación de deuda en el exterior (art. 75, inc. 4º, CN). También existen numerosos instrumentos internacionales, sin delegación de jurisdicción, pero cuyos organismos encargados de su seguimiento formulan recomendaciones de diverso grado y tenor —la denominada *soft law*— que generalmente consulta a

sus habitantes o asociaciones y de cuyos testimonios jamás podría considerarse que incurren en una traición a la patria. En definitiva, si se prevé expresamente la posibilidad de que se demande al Estado en juicio (art. 116,CN), ello no puede ser motivo de una respuesta criminal y simbólicamente tan grave como es la de traidor a la patria, por participar en esa tarea, ya sea como demandante, testigo o perito experto¹¹⁰¹.

VII. LA LEGISLACIÓN

Como ya se anticipara, al tratarse de un delito previsto por el poder constituyente, se limita a los poderes constituidos a respetar el contenido de su incriminación, no pudiéndose considerar los actos de disidencia u oposición política como traición o alcanzarse otras acciones que pudieran afectar a la Nación argentina pero que no constituyan una agresión armada. También obliga a los poderes constituidos a fijar la pena correspondiente, a fin de dar respeto al principio de legalidad en materia penal (arts. 18 y 75, inc. 12, CN).

A poco de la organización constitucional del país, la traición a la patria se incriminó por medio de la [ley 49](#) del año 1863 y en la actualidad se encuentra contemplada en el art. 214 del Cód. Penal. El texto es el mismo de aquel previsto en el Cód. Penal sancionado por ley 11.179, restablecido por [ley 23.077](#) luego de asumidas las autoridades democráticas en el año 1983¹¹⁰². La incriminación legal ha precisado los sujetos pasibles de ser autores de este delito, alcanzando no solo a los nacionales sino también a quien deba obediencia a la Nación por razón de su empleo o función.

Desde la doctrina penal se ha señalado un exceso del legislador toda vez que existe una divergencia entre el texto de la Constitución Nacional que sanciona "únicamente" a quien brinde "ayuda y socorro" a los enemigos de la Nación, cuando el texto del art. 214 Cód. Penal sanciona a quien brinde "ayuda o socorro" a quienes nos agreden¹¹⁰³. No obstante, se ha señalado que no se le puede atribuir importancia al cambio, dada la similitud de concepto de las palabras ayuda y socorro, ya que siempre que hay ayuda existe socorro, y recíprocamente¹¹⁰⁴. En todo caso, tanto el primer codificador, como el Congreso luego de recuperadas las instituciones democráticas en el año 1983, no han considerado inconstitucional esta diferencia en el uso de la conjunción escogida respecto del texto constitucional.

VIII. LA AMNISTÍA Y EL INDULTO

Otra cuestión que ha sido motivo de controversia constitucional es aquella relativa a la posibilidad de acordar la amnistía o el indulto a este delito (arts. 75, inc. 20 y 99, inc. 5º, CN), que autorizada doctrina ha señalado como inviable, toda vez que por haber sido establecidos por el poder constituyente, estos delitos no admiten ser objeto de amnistía o

indulto por parte de los órganos del poder constituido¹¹⁰⁵. Lo que la Constitución ha prohibido es que se califique como traición a otros actos—incluso graves— que no impliquen hacer la guerra contra la Nación argentina o ayudar a quienes nos agredieron desde el extranjero. Por ello, a falta de una limitación expresa en el texto constitucional, puede haber buenas razones para no someter a juicio a las personas involucradas en situaciones equívocas o que fueron forzadas a colaborar con el enemigo que, por ejemplo, ocupó militarmente el territorio, pudiendo sus actos ser considerados como actos de auxilio o socorro hacia ellos. En un caso que llegó a conocimiento de la Corte Suprema aplicando este delito en su primera redacción, quienes fueron acusados lograron acreditar que actuaron en un estado de necesidad por imposición de las fuerzas de ocupación de la República del Paraguay durante la Guerra de la Triple Alianza, y por ello fueron absueltos¹¹⁰⁶. Justamente, con el fin de evitar los trastornos y molestias que implicaría probar la existencia de ese estado de necesidad en el marco de un proceso penal, el dictado de una amnistía general o, luego de una condena, el otorgamiento de un indulto cuando la imposición de una pena devenga injusta, pueden resultar las soluciones más apropiadas para lidiar con las diversas situaciones que se pudieran plantear. Con un antecedente como este en mente, el legislador podría evaluar la oportunidad y la conveniencia de evitar el sometimiento a juicio de las personas que pudieran ser perseguidas por este delito o al Poder Ejecutivo, conmutando o eliminando las penas correspondientes. Pero esta debe ser una decisión expresa del Congreso, en el caso de las amnistías, que a su vez sea respetuosa de recaudos de deliberación y discusión públicas, ya que no podría concebirse una decisión como esta disfrazada de otros motivos o esgrimiendo otras finalidades como pretexto para no perseguir o juzgar a ciertas personas. En lo que concierne al indulto, la única limitación al Poder Ejecutivo para el dictado de indultos o conmutación de pena está referida a los casos de acusaciones en el marco de un juicio político, cuando la acusación involucre la comisión de un delito en el ejercicio de sus funciones o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos ([art. 53](#), CN). A mayor abundamiento, la prohibición de indulto y conmutación de penas solamente está prevista para los casos de condenas por actos de fuerza contra el orden constitucional y el sistema democrático ([art. 36](#), segundo párrafo, CN).

IX. OTRAS DERIVACIONES

La Constitución Nacional conmina con la pena de este delito a otras acciones, como es el caso de la concesión de facultades extraordinarias al Ejecutivo nacional por parte del Congreso federal, o a los gobernadores por las legislaturas locales ([art. 29](#), CN). También hay una remisión a esta sanción cuando se lleven adelante actos de fuerza contra el orden constitucional y el sistema democrático, como así también en su equiparación cuando se trata de la comisión de delitos dolosos contra el

Estado que conlleven enriquecimiento ([art. 36](#), CN). La remisión señalada es a la responsabilidad y sanción establecida, lo que denota la connotación negativa que la Constitución prevé para esta clase de actos, pero no convierten a la acción que se describe en una traición propiamente dicha.

La oración final de esta norma constitucional señala que la pena —una vez establecida e impuesta— no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes del cualquier grado. Es que así como quedan prohibidos los títulos de nobleza que, por definición, suponen que determinados honores públicos estén asociados a una familia (ver comentario al art. 16), de la misma manera el deshonor que supone una pena, incluso por incurrir en un acto de traición a la patria, no puede asociarse a la familia de quien resultó condenado, sino que su infamia queda limitada a quien llevó adelante dicho acto. Esta limitación constitucional admite ser trasladada a la condena por cualquier otro delito ya que esa reprobación pública que supone la pena queda limitada únicamente al ofensor y no trasciende a su familia o su grupo de pertenencia. Es lo que en la doctrina penal se ha denominado principio de intrascendencia de la pena, que tiene su sustento constitucional en esta segunda parte del artículo objeto de comentario¹¹⁰⁷. No obstante, no puede negarse que ciertos efectos de una condena criminal tengan trascendencia sobre terceros —sobre todo en materia patrimonial— pero sin que por ello dichas consecuencias puedan ser consideradas inconstitucionales, ya que no suponen esa ignominia, que es lo que la norma constitucional pretende limitar al ofensor¹¹⁰⁸.

Por último, la existencia de un régimen sancionatorio a entidades diferentes a los miembros que las conforman no implica una vulneración a esta norma constitucional, toda vez que el hecho generador establecido en las leyes supone un acto propio del ente que se manifiesta —como no puede ser de otra manera— por la actuación de sus miembros en beneficio o interés de la entidad; o bien por poner en evidencia una defectuosa organización que posibilitó —o no impidió— los hechos que son motivos de reproche penal¹¹⁰⁹.

* * *

SECCIÓN CUARTA - DEL MINISTERIO PÚBLICO

Art. 120.—

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.

Comentario por Fernando Braccacini y Leonel González

I. INTRODUCCIÓN

La institución del Ministerio Público tiene sus antecedentes más remotos en la Antigüedad¹¹¹⁰, pero sin lugar a dudas el origen más próximo de lo que hoy conocemos como Ministerio Público es el *procureur du roi* o abogado de la corona francesa del Medioevo. Inicialmente, este funcionario se encargaba de velar por los intereses personales del rey, pero luego con la aparición del absolutismo y la confusión de los intereses públicos con los del monarca, pasaron a defender intereses públicos.

Esta figura ha ido evolucionando con el tiempo, pero no fue sino hasta el Código de Instrucción Penal francés de 1808 que adquirió su forma actual de acusador y de órgano encargado de la persecución penal de los delitos de acción pública¹¹¹¹. Como consecuencia del expansionismo napoleónico, esta idea de Ministerio Público fue diseminada rápidamente a lo largo de Europa, lo que explica que se haya enraizado tan profundamente en los sistemas penales de tradición europeo-continental, y es desde allí que llega a nuestro país.

El Ministerio Público es una institución novedosa para nuestra Constitución, ya que si bien fue contemplado en el art. 91 de la Constitución de 1853¹¹¹², fue rápidamente eliminado del texto constitucional con la reforma de 1860, y recién en 1994 fue reincorporado mediante el actual art. 120. Sin embargo, la redacción de este artículo resulta insuficiente para garantizar el correcto funcionamiento de un organismo de semejante importancia.

1.1. Antecedentes legislativos

La figura del fiscal era algo ajeno a la estructura colonial heredada, que traía consigo una historia de fuerte concentración de funciones, y para la cual la idea de división de poderes era algo extraño. Los gobiernos patrios

que se sucedieron luego de 1810 mantuvieron la organización judicial colonial, signada por la concentración de funciones en los órganos ejecutivos.

Fue recién en 1862 que apareció en el diseño institucional argentino la figura del fiscal. La [ley 27](#) de "Organización de los Tribunales Nacionales" incorporó un procurador general a la Corte Suprema de Justicia, y a su vez previó la posibilidad que en casos específicos se designaran abogados particulares como fiscales, en caso que el juez interviniente lo considerara necesario.

En 1886 fue sancionada la ley 1893 de "Organización de los Tribunales de la Capital Federal" que dedicó un título completo al Ministerio Público y a su organización. Es la primera norma que previó a esta institución como tal, y en su art. 117 le atribuyó la función de "representar y defender la causa pública" y de "intervenir en todos los negocios concernientes al orden público", el ejercicio de la acción pública, la misión de velar por el cumplimiento de las leyes y toda otra norma y de "defender la jurisdicción de los tribunales". La norma organizó al Ministerio Público como un reflejo del Poder Judicial, estableciendo idénticas jerarquías y ámbitos de actuación que los jueces. Además estableció que los fiscales de primera instancia fueran designados por el Poder Ejecutivo, mientras que para los fiscales de Cámara requirió además el acuerdo del Senado.

Casi simultáneamente, fue sancionado el Código de Procedimientos en Materia Penal¹¹¹³ que reguló el procedimiento penal en nuestro país hasta 1991 y que dedicó su Título V a la organización de la actuación del Ministerio Público ante los tribunales penales.

1.2. El art. 120 de la Constitución de 1994

En la década de 1980 y principios de la de 1990 se suscitaron fuertes debates y conflictos políticos en torno al Ministerio Público. Fundamentalmente, en relación a su ubicación institucional y su consecuente dependencia o independencia jerárquica del Poder Ejecutivo. En el marco de una verdadera avanzada del Poder Ejecutivo desde 1989 para concentrar facultades, se modificó intempestivamente —y sin norma alguna que motivara dicho cambio— el mecanismo de designación del procurador general, prescindiéndose del acuerdo del Senado¹¹¹⁴. A su vez, el Poder Ejecutivo dictó instrucciones particulares a fiscales de instancias inferiores¹¹¹⁵.

En ese marco, el Ministerio Público fue parte del Núcleo de Coincidencias Básicas de la [ley 24.309](#). Es así que el debate político antes mencionado se trasladó a la Convención Constituyente, aunque esta discusión tampoco se resolvió completamente allí.

El trámite del art. 120 de la CN estuvo signado por idas y vueltas políticas, que derivaron en un texto aprobado a último momento¹¹¹⁶, que prácticamente no dice nada sobre el Ministerio Público. Dicho artículo se limita a asegurar su existencia, incluir a los fiscales y a la defensa pública, garantizar que el Ministerio Público no se encuentre subordinado a ningún poder del Estado, asegurar a sus miembros inmunidades funcionales e intangibilidad de las remuneraciones y delinear vagamente sus funciones. Nada se dice sobre los mecanismos de designación de sus miembros, el modo de organización y actuación del Ministerio Público, ni sobre su relación con otras instituciones y/o poderes del Estado. Todo lo que va más allá de los seis renglones del art. 120 fue dejado a la discrecionalidad del legislador¹¹¹⁷.

II. EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1994

2.1. La ubicación institucional del Ministerio Público

Si bien el tema de la ubicación institucional del Ministerio Público en el Estado ha sido hartamente debatido, no hay una posición unánime respecto al ámbito institucional en el que la Constitución coloca a este órgano. El Ministerio Público goza de una sección entera dentro del Título Primero "Del Gobierno Federal" —al igual que el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial—, pero lo particular de la Sección IV es que tiene una extensión de solo un artículo. En consecuencia, si bien tiene la misma ubicación en la Constitución que los tres poderes clásicos, prácticamente no se detallan sus funciones, atribuciones, ámbitos de actuación propios, ni mecanismos de designación.

La doctrina ha elaborado diversas explicaciones en torno a *qué es o a dónde pertenece* el Ministerio Público. Las posturas van desde su consideración como un verdadero cuarto poder del Estado¹¹¹⁸, un órgano extrapoder autónomo que no depende de ningún poder, pero que tampoco es un poder en sí mismo¹¹¹⁹, un órgano auxiliar del Poder Judicial que se le adosa como órgano extrapoder¹¹²⁰ o, inclusive, como un órgano constitucional autónomo que se encuentra dentro del Poder Judicial¹¹²¹. De todos modos, sí existe acuerdo en la doctrina en cuanto a que, a partir de la Constitución de 1994, el Ministerio Público no integra el Poder Ejecutivo, ni se encuentra subordinado a él.

En "Dugo Sergio s/avocación"¹¹²² del 8/3/1995, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que el art. 120 de la Constitución no era incompatible con una concepción del Ministerio Público como parte del Poder Judicial. Según la Corte, la reforma de 1994 ofreció nuevas razones para que el Ministerio Público integrara el Poder Judicial debido a que el texto constitucional aspiraba a asegurar su independencia. Creemos que esta interpretación deja de lado que el texto del art. 120 establece la independencia del Ministerio Público de un modo general, y que por lo

tanto no hay razones para inferir que esa independencia se refiera a los poderes Ejecutivo y Legislativo, y no al Judicial. Además, la propia actividad del Ministerio Público es incompatible con su pertenencia al Poder Judicial, pues mientras el primero ejerce la función de acusar y de requerir, el segundo tiene la función de decidir. En consecuencia, sería incorrecto incorporar a un órgano de funciones requirentes dentro de un poder que se caracteriza por su facultad jurisdiccional de decisión. Esta es la posición que muchos años más tarde adoptó la Corte en "Quiroga, Edgardo"¹¹²³, caso en el que revirtió la doctrina de "Dugo, Sergio".

A la hora de intentar determinar la ubicación institucional del Ministerio Público, nos encontramos con que la Constitución nada dice al respecto, sino que se limita a establecer su independencia, y la autonomía en la toma de decisiones y en el manejo de recursos. Esto hace muy difícil determinar dónde está ubicado institucionalmente el Ministerio Público. Desde nuestro punto de vista, el Ministerio Público no puede de ninguna manera integrar otro poder del Estado, ya que la Constitución establece que es independiente. Por esta razón, consideramos que el Ministerio Público es o bien un cuarto poder del Estado —lo cual parece excesivo para la acotada extensión del art. 120— o un órgano extrapoder que no llega a ser considerado como un poder del Estado, pero no integra ninguno de ellos. Estas dos interpretaciones son compatibles con la frase de cierre del primer párrafo del art. 120 de la CN, que establece que el Ministerio Público debe llevar adelante sus funciones "en coordinación con las demás autoridades de la República". El cierre del art. 120 permite inferir cierta ajenidad entre el Ministerio Público y las otras autoridades de la República, que no son sino los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

De todos modos, lo más relevante no es el lugar institucional que ocupa el Ministerio Público, sino cómo debe actuar. Si bien es relevante conocer donde está ubicado, resulta aún más importante saber cómo interactúa con los restantes poderes y/u órganos del Estado. Compartimos con Goransky que "la cuestión no pasa tanto por establecer cuál es la ubicación institucional del Ministerio Público, sino por definir sus relaciones con los otros poderes en el sistema de frenos y contrapesos"¹¹²⁴. Lo verdaderamente relevante es que el Ministerio Público es independiente y que goza de autonomía funcional y de autarquía financiera. En consecuencia, más importante que saber *desde dónde actúa* el Ministerio Público es saber *cómo actúa* o *debería actuar*.

2.2. Independencia, autonomía funcional y autarquía financiera

El Ministerio Público es un órgano independiente, y para ello la Constitución lo dota de autonomía funcional y autarquía financiera. Los motivos por los cuáles se incorporaron estas cláusulas son claros: al momento de la Convención Constituyente de 1994 existía una clara intención de algunos sectores políticos de asegurar que el Ministerio

Público no dependiera ni recibiera instrucciones del Poder Ejecutivo, y en ese marco parece haberse encaminado la redacción del art. 120¹¹²⁵. También la función de contralor del Ministerio Público sobre el Poder Ejecutivo ha dado fundamento a la necesidad de su independencia¹¹²⁶.

Ahora bien, cabe preguntarse, ¿qué significa independencia, autonomía funcional y autarquía financiera?

2.2.1. Autonomía funcional

Conforme la Constitución de 1994, el Ministerio Público es independiente de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y para asegurar esa independencia fue dotado de autonomía funcional. Es decir, fue dotado de la facultad de tomar decisiones sobre sus competencias sin la intervención de ningún otro poder, organismo o autoridad pública. Tanto el Ministerio Público Fiscal como el Ministerio Público de la Defensa "ejercen sus funciones con autonomía funcional, sin sujeción a instrucción o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura"¹¹²⁷.

Con anterioridad a la reforma de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se había expedido sobre el alcance de la autonomía funcional del Ministerio Público. En el precedente "Lamparter, Ernesto Juan"¹¹²⁸, la Corte entendió que asistía a los fiscales "independencia funcional" para la determinación de los alcances y modalidades de sus actos frente a los tribunales, y que ese rasgo era una condición insoslayable para el ejercicio del cargo de fiscal. Con posterioridad a la reforma, la Corte Suprema volvió a definir el alcance de la autonomía funcional en el fallo "Quiroga, Edgardo Oscar"¹¹²⁹, al establecer que la independencia del Ministerio Público es tanto respecto del Poder Ejecutivo como del Poder Judicial, y que eso significa que los funcionarios de dichos poderes no pueden "determinar el contenido de los actos del fiscal"¹¹³⁰. El juez Fayt afirmó en su voto que la independencia del art. 120 significa que el Ministerio Público no se encuentra subordinado a ningún otro poder, mientras que la autonomía funcional importa que debe actuar sin recibir instrucciones de ninguna autoridad¹¹³¹. Además, consideró que el art. 120 de la Constitución de 1994 había ampliado las garantías de los justiciables, y que a partir de ese artículo "la garantía del debido proceso supone que la acusación proviene de un miembro del Ministerio Público Fiscal que la ha formulado libre de subordinación"¹¹³². En consecuencia, cualquier intento de instrucción y/o subordinación del Ministerio Público, de cualquier poder del Estado, no solo contraviene su autonomía funcional, sino que además se entiende violatoria del debido proceso.

En síntesis, al hablar de la independencia y la autonomía funcional del Ministerio Público, la Constitución se refiere a que dicho órgano es soberano absoluto de las decisiones adoptadas dentro de sus

competencias, y a que no se encuentra sujeto a la autoridad de ningún otro órgano.

2.2.2. Autonomía y controles

La independencia y autonomía del Ministerio Público no supone que se encuentra por fuera de todo tipo de control. Por el contrario, exceptuar a esta institución de controles sería contradictorio con el principio republicano de gobierno y con la división de poderes, que suponen que ninguna autoridad pública puede encontrarse por fuera del control público.

Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en "Quiroga, Edgardo" que los aspectos sustantivos de las decisiones del Ministerio Público se encuentran por fuera de cualquier control de otro poder, eso no significa que sus actos no se encuentren sujetos a un control formal de motivación y legalidad¹¹³³. En efecto, la Corte sostuvo en "Marcilese, Pedro"¹¹³⁴ que los actos de los fiscales se encuentran sometidos a un control negativo de legalidad. Este control supone una revisión sobre la fundamentación, la razonabilidad y la legalidad del acto respectivo¹¹³⁵. El fundamento del control negativo de legalidad viene dado por el principio republicano de gobierno y por el derecho de defensa del imputado, que debe poder defenderse frente a una acusación no arbitraria¹¹³⁶.

Asimismo, el propio Cód. Proc. Penal establece en su art. 69 la obligatoriedad de fundamentar y motivar los actos de los fiscales, al igual que el art. 88 del nuevo Cód. Proc. Penal¹¹³⁷. Además, los funcionarios del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público de la Defensa se encuentran sometidos a los controles internos previstos por sus respectivas leyes orgánicas¹¹³⁸, y están sujetos a las generales de cualquier funcionario público en materia de responsabilidad penal por sus actos.

En relación con los controles internos en el Ministerio Público Fiscal, se ha argumentado que los sistemas de evaluación deberían estar enfocados en favorecer el desempeño del personal de la institución conforme los estándares y resultados esperados o proyectados. Esto es lo que denominamos como el control o evaluación de desempeño, que complementa al formal dado por la motivación y legalidad de los actos que se realicen internamente. En el área penal, se ha sugerido que el desempeño institucional debería medirse en directa relación con los objetivos de persecución penal (o política criminal) que fije el Procurador General. Por lo mismo, una vez que se establezcan los fenómenos criminales en los que se querrá obtener un impacto, la evaluación interna debería producir información acerca del grado de avance o concreción de esos objetivos y actuar en caso de que sea necesario realizar algún ajuste. Vale aclarar que esta evaluación no realiza un control sobre la conducta de los trabajadores, sino de los resultados mediante criterios objetivos. Es

decir, que no entra en riesgo la autonomía fiscal en tanto se pretende alcanzar un alto rendimiento institucional¹¹³⁹.

Pero además de ser controlado en los términos expuestos, el Ministerio Público ocupa un rol importante en el sistema de frenos y contrapesos, al controlar la actividad de los otros poderes del Estado. Los miembros del Ministerio Público Fiscal tienen el deber de investigar y ejercer la acción penal en el ámbito de sus competencias por delitos cometidos en el ejercicio de la función pública en todos los ámbitos del Estado. En particular, conforme la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal recae sobre la Procuraduría de Investigaciones Administrativas (FIA), el deber de controlar la actividad administrativa del Poder Ejecutivo y de las empresas en que el Estado tenga participación, de investigar la actividad de instituciones o asociaciones cuya principal fuente de recursos sea estatal, y de ejercer en todo el territorio de la República la acción penal pública y todas las facultades previstas por las leyes penales y procesales en aquellos casos donde se investiguen irregularidades en la conducta administrativa de los funcionarios públicos¹¹⁴⁰.

En el caso del Ministerio Público de la Defensa, tiene el deber de realizar acciones judiciales en defensa de los derechos humanos cuando existan violaciones de carácter estructural o colectivo (arts. 35, inc. d], e] y f] y 42, inc. m] y o]), lo cual supone una actividad de control de las políticas públicas implementadas por el Poder Ejecutivo.

2.2.3. *¿Independencia y autonomía significan imparcialidad?*

Algunos autores han señalado que la actividad de este órgano debe ser imparcial¹¹⁴¹ para fundamentar la necesidad que el Ministerio Público se encuentre fuera de la órbita del Poder Ejecutivo, lo cual es desde nuestro punto de vista equivocado¹¹⁴². En efecto, resulta contradictorio exigir a una institución que se encargue de perseguir penalmente a personas que presumiblemente cometieron un delito —y por lo tanto conducir una investigación y asumir y desarrollar una hipótesis incriminatoria en su contra— y que a la vez actúe imparcialmente. El ejercicio de la titularidad de la acción penal pública en el marco de un proceso penal acusatorio — como el que manda la Constitución— supone que el fiscal asuma un rol de parte interesada en un resultado determinado. Esto es, por definición, contrario a la idea de imparcialidad. En consecuencia, el fiscal, por el solo hecho de ser tal y cumplir debidamente su función, no solo no puede ser imparcial, sino que debe ser "parcial"¹¹⁴³. Es que, como se pregunta Bovino, de ser efectivamente imparcial el acusador, ¿para qué necesitaríamos de la intervención de un tribunal¹¹⁴⁴?

El debate sobre la pretendida imparcialidad del fiscal se relaciona con el modo de interpretar el principio de objetividad regulado en el art. 9º de la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (ley 27.148). El

principio de objetividad, entendido en relación con la defensa de la legalidad, podría prestar a la confusión que los fiscales deben velar y actuar tanto en favor de la culpabilidad como de la inocencia del imputado. Por el contrario, tal como hemos planteado, entendemos que en un sistema adversarial los fiscales se constituyen en la parte acusadora de carácter público lo cual implica que asumen una posición interesada o parcial en el proceso penal¹¹⁴⁵. Para superar el entendimiento de la objetividad en clave de imparcialidad, se han presentado planteos reinterpretativos del principio de objetividad fiscal, concibiéndolo de tres modos complementarios: como un deber de profesionalismo (chequeando hipótesis fácticas de exclusión o atenuación de la responsabilidad del imputado), como un deber de lealtad con la defensa (poniendo a su disposición la información que beneficie al acusado y que haya surgido durante la investigación del fiscal) y como un deber de buena fe (evitando la alteración de las reglas del juego)¹¹⁴⁶.

Es probable que estas confusiones en torno al modo de concebir al Ministerio Público se relacionen con la independencia que el art. 120 pretende asegurar, y también con su función de "defensor de la legalidad". Sin embargo, es importante destacar que un órgano independiente que debe obrar en defensa de la legalidad es algo muy distinto a un órgano imparcial, es decir, a un órgano que no toma posición alguna sobre el resultado del caso¹¹⁴⁷. Mientras resulta claro que los fiscales no pueden adoptar ese rol, la imposibilidad de actuar imparcialmente es aún más clara respecto al Ministerio Público de la Defensa, pues justamente es su deber defender los derechos de las personas que representa o asiste.

2.2.4. Autarquía financiera

Para lograr la independencia del Ministerio Público, el art. 120 establece su autarquía financiera, que supone el manejo discrecional y sin la injerencia de ningún otro poder del Estado de los recursos presupuestarios asignados anualmente en la ley de presupuesto. Ambas instituciones del Ministerio Público son plenamente soberanas para decidir sobre el gasto de sus recursos, y las intromisiones de los otros poderes no son constitucionalmente admisibles.

La Ley Orgánica de Ministerio Público Fiscal establece en su título IV que con el fin de asegurar la autarquía financiera, el presupuesto del organismo se compone de recursos propios y recursos del tesoro nacional. La ley establece que la porción de sus recursos provenientes del Tesoro Nacional representará un monto igual al 0,95% de los recursos tributarios y no tributarios de la administración central, que se depositarán de manera automática en una cuenta bancaria del Ministerio Público Fiscal. Desde ya, es posible que se asigne mayor cantidad de recursos a través de la ley anual de presupuesto, pero no menos. Por su parte, los recursos propios se componen de donaciones, aranceles, costas, multas en su beneficio,

transferencias de otros organismos nacionales o internacionales, rentas por inversiones realizadas con los remanentes no utilizados, y el producto de venta o cesión de inmuebles. La Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa establece una regulación similar en su Título X, con la salvedad que asigna un monto mínimo fijo equivalente al 0,60% de los recursos tributarios y no tributarios de la administración central, en concepto de partidas provenientes del Tesoro Nacional.

Para la elaboración del presupuesto anual, ambos organismos remiten su proyecto al Poder Ejecutivo para que este lo incluya en el Presupuesto General de Gastos que envía al Congreso. Si bien el Poder Ejecutivo puede modificar las propuestas remitidas, no debería hacerlo en relación con el monto mínimo que debe remitirle. No obstante, debe señalarse que esta regulación legal no es aún suficiente, ya que en términos normativos todavía es posible que se modifiquen esos montos mínimos, ya que el proyecto de presupuesto es un proyecto de ley, que de ser sancionado tiene la misma jerarquía que las leyes orgánicas en cuestión, y podría imponerse en virtud de ser una ley posterior.

2.3. El carácter bicéfalo del Ministerio Público

El Ministerio Público diseñado por el art. 120 de la Constitución comprende al Ministerio Público Fiscal, en cabeza del/la procurador/a general de la Nación, y al Ministerio Público de la Defensa, dirigido por el/la defensor/a general de la Nación. El texto nada dice respecto al modo en que debe organizarse el Ministerio Público, ni tampoco establece expresamente quién lo dirige y toma las últimas decisiones. En consecuencia, no puede sino interpretarse que procurador/a general y defensor/a general están en paridad de condiciones, y que cada uno/a dirige el área de su competencia. Por esta razón, el Ministerio Público es —según los términos de Quiroga Lavié— bicéfalo¹¹⁴⁸.

Desde nuestro punto de vista, este bicefalismo establecido en la Constitución es en verdad contradictorio, ya que significa unificar en un mismo órgano dos competencias esencialmente opuestas: la acusación y la defensa. Esto sería problemático si se pretendiera que el Ministerio Público actuara unificadamente. Sin embargo, esta tensión ha sido resuelta por la anterior Ley Orgánica del Ministerio Público, y especialmente por las actuales leyes orgánicas del Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa, que establecen la independencia de cada uno de ellos y los regula de manera separada.

Más allá de esta cuestión, algunos autores se preguntan si es necesario asignar jerarquía constitucional a la defensa pública. Maier, por ejemplo, sostiene que la defensa pública constituye un servicio público muy importante, tanto como la salud pública o la educación pública, entre otros, pero que no parece razonable asignarle jerarquía constitucional¹¹⁴⁹. Desde

ya, quienes consideran innecesaria la jerarquización constitucional de la defensa pública de ningún modo conciben su desaparición, lo cual además sería imposible a la luz del derecho de defensa en juicio y del derecho de acceder a la justicia previstos en la Constitución.

La razón de ser de la defensa pública es asegurar el derecho de defensa de un imputado —sin el cual el proceso penal sería en un todo ilegítimo— y también la representación de los intereses de personas cuyos derechos han sido vulnerados, para que pueda exigirlos judicialmente. Según Binder "el derecho de defensa cumple dentro del proceso penal un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativa a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal"¹¹⁵⁰. En consecuencia, aun de no haber sido previsto en el art. 120 de la CN, el Estado tendría la obligación de prestar el servicio de defensa pública en virtud del derecho de defensa en juicio y del derecho de acceder a la justicia.

2.4. Funciones del Ministerio Público

El art. 120 de la Constitución establece genérica y acotadamente que las funciones del Ministerio Público son la defensa de la legalidad y la defensa de los intereses generales de la sociedad¹¹⁵¹. Conforme la Constitución, estos objetivos deberán ser cumplidos mediante la promoción de la actuación de la justicia, es decir, a través de su actividad requirente ante los tribunales.

2.4.1. La defensa de la legalidad

Esta es una fórmula muy amplia, que puede dar lugar a interpretaciones muy diferentes. Los constituyentes redactaron un texto que poco y nada aclara sobre su contenido, y dejó un altísimo margen de discrecionalidad interpretativa al momento de su aplicación.

Teniendo en cuenta la evolución histórica del Ministerio Público como un órgano encargado de la persecución de los delitos y de la defensa de los intereses del soberano, el rol que se asignó a la institución en los debates de la Convención Constituyente¹¹⁵², y el significado literal del término "legalidad", interpretamos que la defensa de la legalidad se refiere, sencillamente, a la actuación ante el Poder Judicial para requerir la efectividad de las normas vigentes. La función que pareciera asignar la Constitución al Ministerio Público es la de exigir el cumplimiento de las normas —de rango legal, constitucional y/o convencional— ante el Poder Judicial. Corresponde al Ministerio Público, entonces, llevar adelante las

acciones judiciales que tengan como fin hacer efectivas las normas vigentes, ya sea en el ámbito penal o en el civil.

2.4.1.1. Ministerio Público Fiscal

En lo que estrictamente concierne al ámbito penal, la defensa de la legalidad se lleva adelante a partir de la determinación de la política criminal y la titularidad de la acción penal pública, competencia central y fundante de este órgano¹¹⁵³. El Ministerio Público Fiscal tiene a su cargo la acusación y persecución penal de quienes hubieran cometido de delitos de acción pública.

Este deber de defender la legalidad de ningún modo significa que la Constitución hubiera escogido el principio de legalidad procesal en materia de disponibilidad de la acción penal¹¹⁵⁴, toda vez que la defensa de la legalidad también puede ser realizada —y de un modo mucho más efectivo— a partir de un régimen de disposición de la acción penal mediante criterios de oportunidad e, inclusive, en un régimen de plena discrecionalidad. Debe optarse por aquel régimen de disponibilidad de la acción que se considere más adecuado para "defender la legalidad".

Cuando interviene en el ámbito no penal, el Ministerio Público Fiscal realiza un control de legalidad y razonabilidad para asegurar que el procedimiento y las soluciones que se adopten en el mismo se ajusten a las previsiones legales, constitucionales y convencionales que regulen una materia determinada. En especial, interviene en los casos en que se encuentran afectados intereses colectivos o normas de orden público, en los que puedan existir daños al patrimonio social, a la salud pública, al medio ambiente, a los consumidores, a bienes o derechos de valor artístico, histórico y/o paisajístico, en los que se encuentren en juego asuntos de familia, filiación, cuestiones relativas al estado civil y nombre de las personas o asuntos relacionados a la ciudadanía argentina¹¹⁵⁵.

2.4.1.2. Ministerio Público de la Defensa

La defensa de la legalidad es llevada adelante por el Ministerio Público de la Defensa a través de acciones judiciales que aspiren a asegurar la efectividad de derechos individuales o colectivos de distinta índole. En ese marco, el Ministerio Público actúa en el ámbito penal ejerciendo la defensa en causas penales cuando un defensor particular no hubiera sido designado. Además, brinda asistencia y/o patrocinio a víctimas de delitos, e interviene en los procesos disciplinarios que se realicen en contextos de privación de la libertad y/o internación. En el ámbito no penal tiene el deber de actuar como abogado patrocinante en casos en los que mediara la vulneración de derechos de personas de bajos recursos, defender los intereses de personas demandadas que se encuentren ausentes, y representar a consumidores o usuarios. También tiene a su cargo realizar

acciones judiciales y extrajudiciales para la defensa de derechos económicos sociales y culturales, individuales o colectivos¹¹⁵⁶, y el deber de "impulsar mecanismos de protección colectiva de derechos humanos", y "diseñar y ejecutar políticas públicas para la protección de sectores en condición de vulnerabilidad"¹¹⁵⁷.

El Ministerio Público de la Defensa tiene competencias específicas para defender a niños, niñas y/o adolescentes, a personas que hubieran visto restringida su capacidad jurídica o que se encontraren sometidas a juicio con ese fin, y a personas internadas en contra de su voluntad por afecciones en su salud mental. El rol del Ministerio Público de la Defensa es velar por los derechos de sus asistidos, y se encuentra facultado para ejercer la representación de sus intereses¹¹⁵⁸.

2.4.2. La defensa de los intereses generales de la sociedad

Esta fórmula parte de la idea que existen ciertos intereses que son compartidos por la generalidad de la sociedad. Aun cuando consintiéramos que algo así existe, y que tiene alguna utilidad para algo tan específico como la promoción de acciones judiciales, nos encontraríamos con una enorme dificultad al momento de determinarlos. En efecto, no habría manera de discernir cuáles serían esos intereses compartidos, en caso de que existieran. Desde nuestra perspectiva, la Constitución fijó a través de esta cláusula una pauta de representatividad para el ejercicio de la política criminal. Lo que pretende reflejar esta cláusula es que debe existir una relación de representatividad entre la política criminal fijada por el Ministerio Público y la ciudadanía. En consecuencia, a partir del mandato constitucional, ¿puede el Ministerio Público llevar adelante cualquier política criminal? No, debe llevar adelante una política criminal representativa de los intereses de los ciudadanos.

Desde ya, esto es algo muy complejo de materializar, sobre todo teniendo en cuenta que en su afán por judicializar al Ministerio Público¹¹⁵⁹ el Congreso de la Nación ha establecido un mecanismo de designación de fiscales indirecto, en espejo al de los jueces. Una alternativa discutida en la doctrina para cumplir con el mandato de representatividad del Ministerio Público Fiscal es el sistema de elección de fiscales a través del sufragio popular¹¹⁶⁰. Esta posibilidad ha sido incorporada en la mayoría de los estados de Estados Unidos en el siglo XIX y se sostiene en la actualidad¹¹⁶¹. De acuerdo con Edmundo Hendler, en Estados Unidos se considera al sistema de sufragio popular como "una manera de asegurar responsabilidad ante el electorado local y un resguardo ante la creciente burocracia de los órganos del Estado"¹¹⁶².

Un punto clave a la hora de pensar sobre la elección directa de fiscales se relaciona con que, a diferencia de los jueces, los fiscales no deben ser imparciales, motivo por el cual no hay necesidad de dotarlos de un diseño

institucional contramayoritario¹¹⁶³. En efecto, los fiscales no solo no deben ser *independientes* de la ciudadanía, sino que la propia Constitución les impone el mandato de representar sus "intereses generales". En relación a ello, se ha afirmado que existen argumentos de peso para establecer mecanismos de elección directa de los fiscales, pues su "dependencia" de la voluntad popular no solo no trae aparejado ningún riesgo de parcialidad —ya que no son jueces, y no son imparciales—, sino que le da mayor legitimidad a sus decisiones¹¹⁶⁴. En favor de la utilización de este tipo de mecanismos populares de designación, es importante considerar que "la superioridad moral de la democracia no significa que debemos situar en el mismo plano a toda expresión de la voluntad ciudadana (...) [pues] para quienes asumimos que todos somos fundamentalmente iguales (...) las expresiones más directas de la voluntad ciudadana tienen más valor que aquellas otras que se encuentren más mediadas institucionalmente"¹¹⁶⁵. En síntesis, se podría decir que las razones a favor de establecer mecanismos de designación directa de los fiscales coadyuvarían a: 1) cumplir con la representación de los intereses generales de la sociedad; 2) dar mayor legitimidad democrática, y por ende mayor validez, a la actuación de los fiscales; 3) asegurar mayor control ciudadano sobre la actividad de los fiscales a través del voto.

Sin perjuicio del modo de elección, nos interesa dar cuenta de una pequeña nota histórica: a comienzos del siglo XIX, cuando se discutía sobre el modelo de Ministerio Público en la Europa continental, existían dos visiones muy distintas: una propugnaba la conformación de un organismo que representara a la sociedad y en concreto a las víctimas de los delitos para poder gestionar su conflictividad; mientras que otro sector proponía recuperar la figura del promotor del rey y potenciar una Fiscalía que tuviese la misión principal de defensa de la legalidad y protección de la autoridad. Estos dos modelos históricos son al mismo tiempo modos culturales de comprender la función de los Ministerios Públicos. En el caso del Ministerio Público argentino, la Constitución Nacional ha optado por combinar ambos modelos. Habiéndonos referido previamente a las implicancias de la defensa de la legalidad, cabe preguntarnos: ¿en qué acciones concretas se traduce la representación de la sociedad? En nuestra opinión, y más allá del modo en que los fiscales sean elegidos, este modelo implica el desarrollo y ejecución de una política de relacionamiento entre los fiscales y la sociedad, bajo lo que se ha denominado como "persecución penal comunitaria", que la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal regula en el art. 36, titulado "Relaciones con la comunidad". Este paradigma de persecución penal significa que los fiscales integren a la comunidad en su labor, generando alianzas con organizaciones sociales o estatales, de modo que aprovechen los recursos sociales que ya existen. Bajo esta idea, el Ministerio Público podrá orientar sus decisiones hacia la gestión del

conflicto primario desarrollando estrategias muy específicas para que todos los actores involucrados se vean satisfechos con su decisión¹¹⁶⁶.

El Ministerio Público de la Defensa debería quedar por fuera del alcance de esta cláusula cuando ejerce su función específica de velar por los intereses y los derechos de personas particulares, y no los de la sociedad en su conjunto¹¹⁶⁷. Según el caso, podría admitirse que la defensa pública represente los intereses generales de la sociedad cuando lleve adelante acciones judiciales con el fin de defender derechos colectivos o de incidencia colectiva, porque en esos supuestos se llevan adelante acciones de carácter estructural que pueden corregir violaciones de derechos que afectan a amplios sectores de la sociedad, y así derivar en un beneficio para los intereses generales o colectivos de la comunidad.

2.4.2.1. ¿Representación de los intereses del Estado?

Con anterioridad a la reforma de 1994, el Ministerio Público tenía el deber de representar judicialmente al Fisco, ocupando el rol de abogado del Estado. A partir de la reforma constitucional de 1994 y la introducción de la cláusula "en representación de los intereses generales de la sociedad" en el art. 120, el Ministerio Público dejó de tener a su cargo la representación del Fisco. Por esa razón, se creó mediante la [ley 24.667](#) la Procuración del Tesoro de la Nación, y luego en la Ley Orgánica de Ministerio Público (art. 66 y conchs.), se dispuso expresamente que los intereses del Estado serán representados en juicio ante tribunales locales, nacionales e internacional por letrados integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado. Este criterio fue reproducido en la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (art. 5º, párr. 2º).

2.4.3. Ejercicio de sus funciones en coordinación con las demás autoridades de la República

Esta fórmula prevista al final del primer párrafo del art. 120 es sumamente relevante y ha sido omitida por muchos comentaristas de la Constitución. Se trata de una expresión que demuestra, en primer lugar, la ajenidad del Ministerio Público a las "demás autoridades" o poderes del Estado. A su vez, demuestra el deber del Ministerio Público de no ser un órgano desconectado del resto de los órganos de gobierno, sino uno que coordine y concerte políticas con las otras ramas del Estado, fundamentalmente con el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. La Constitución propone una interacción y coordinación en la elaboración e implementación de políticas públicas, aunque esto haya sido mayormente ignorado en la práctica¹¹⁶⁸.

La Corte entendió en el ya citado fallo "Quiroga, Edgardo Oscar" que si bien esta fórmula es de carácter general para con todos los poderes del Estado, "en realidad apunta a la relación con el Poder Ejecutivo respecto

de la política criminal del Estado cuyos intereses representa, y también con el propio Poder Legislativo, en lo que hace al impulso y sanción de normas penales"¹¹⁶⁹.

Los arts. 5º y 6º de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal y el art. 7º de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa establecen que la relación con el Poder Ejecutivo Nacional se realizará a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y que el Poder Legislativo remitirá anualmente un informe a una comisión bicameral creada en el ámbito del Congreso.

2.5. Garantías funcionales

El último párrafo del art. 120 dota a los agentes del Ministerio Público de inmunidades funcionales y establece que sus remuneraciones son intangibles. Se trata de mecanismos institucionales para asegurar la independencia y la autonomía funcional del Ministerio Público.

2.5.1. Inmunidad funcional

La Constitución no especifica cuáles son las inmunidades funcionales con las que se dota al Ministerio Público. Es decir, no se explicita en la Constitución de qué manera se va a "inmunizar" el ejercicio de la actividad de los fiscales para que sean independientes y actúen con autonomía. Por ello, consideramos que la cláusula sobre inmunidades funcionales es en verdad un mandato del constituyente hacia el legislador para que, en los términos que considere pertinentes, implemente mecanismos para asegurar la independencia y autonomía del Ministerio Público. El legislador posee discrecionalidad para regular en esta materia, pues la única limitación constitucional se refiere a que esos mecanismos sean idóneos para asegurar que el Ministerio Público ejerza sus funciones con independencia y autonomía funcional.

Disentimos con la posición de Bidart Campos¹¹⁷⁰ y Quiroga Lavié¹¹⁷¹, que sostienen que las inmunidades funcionales del art. 120 son las mismas que se otorgan al Defensor del Pueblo, que son a su vez las de los legisladores nacionales. Consideramos que no cabe realizar esa analogía por el simple hecho de que la norma no hace ninguna mención al respecto, lo cual evidencia que los constituyentes no le han querido dar dicho alcance. Si la intención hubiese sido dotar al Ministerio Público de iguales garantías que los legisladores, el constituyente lo hubiese previsto expresamente, tal como lo hizo en el art. 86 respecto al Defensor del Pueblo¹¹⁷². El art. 120 solo dice que debe tener inmunidades funcionales, y no que sean las mismas que tienen los legisladores. Además no es claro por qué los autores mencionados emparentan las inmunidades del Ministerio Público con las de los legisladores, y no con las de los jueces. No expresan ningún argumento en ese sentido.

El art. 63 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal y el art. 22 de la Ley Orgánica de Ministerio Público de la Defensa reglamentaron las inmunidades funcionales, y establecieron la inmunidad de arresto salvo en casos de flagrancia, y que tanto los defensores como los fiscales no pueden ser "perturbados" en el ejercicio de sus funciones. Además, el art. 62 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal y el art. 21 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa establecieron la permanencia en el ejercicio de la función hasta los 75 años de edad mientras dure la buena conducta, y el cap. 3 de Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal y Título IX de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa reguló el poder disciplinario sobre los miembros del Ministerio Público. En cuanto a la remoción, el Procurador General y el Defensor General solo pueden ser destituidos mediante juicio político, mientras que los restantes "magistrados" mediante proceso ante un tribunal de enjuiciamiento (arts. 74 y ss. y 57 ss. de sus respectivas leyes).

Recientemente, el Juzgado Contencioso Administrativo Federal 9 decidió en el caso "Será Justicia y otro c. EN y otro s/proceso de conocimiento"¹¹⁷³ que el art. 76 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal resulta inconstitucional porque amplió la nómina de funcionarios sujetos al régimen de juicio político establecida en el [art. 53](#) de la CN. Sin perjuicio de la discusión acerca de la posibilidad de ampliar legalmente la cantidad de funcionarios sometidos al régimen de juicio político, debate que corresponde al comentario sobre el art. 53 de esta obra, sí es preciso señalar que de modificarse el régimen legal para la remoción del Procurador General de la Nación, el procedimiento que se establezca debe ser idóneo para asegurar la independencia y autonomía funcional garantizadas en el art. 120 de la CN. Por esta razón, no sería válido un procedimiento que pusiera enteramente en cabeza del Poder Ejecutivo la remoción de la cabeza del Ministerio Público Fiscal o del Ministerio Público de la Defensa. A este respecto, resulta inaplicable la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia en "Molinas Ricardo Francisco"¹¹⁷⁴ de 1991, caso en el que se convalidó la remoción por decreto presidencial del titular de la Fiscalía General de Investigaciones Administrativas. Su inaplicabilidad se debe a que en 1994 se incorporó en la Constitución la independencia del Ministerio Público respecto a los demás poderes del Estado. El mecanismo de remoción del Procurador General de la Nación no puede en ningún caso quedar integralmente en manos del Poder Ejecutivo, pues la independencia del Ministerio Público se vería disminuida en caso de que el presidente pudiera remover discrecionalmente a los fiscales o defensores.

En relación con la duración del procedimiento de remoción de agentes del Ministerio Público, la Corte Suprema de Justicia decidió que las inmunidades funcionales del art. 120 requieren que los mecanismos de

remoción de funcionarios del Ministerio Público se ajusten a un plazo razonable¹¹⁷⁵.

La ley no establece explícitamente la inmunidad de expresión para los agentes del Ministerio Público, aunque esa inmunidad puede considerarse implícita en la cláusula que establece que los fiscales y los defensores no deben ser perturbados en el ejercicio de sus funciones. La Corte ha entendido en el precedente "Romero Victorica, Juan Martín"¹¹⁷⁶ que los fiscales tienen dicha inmunidad, y que no pueden ser sancionados penalmente por las expresiones realizadas en virtud del ejercicio de su cargo.

2.5.2. Intangibilidad de remuneraciones

El art. 120 de la Constitución otorga a los agentes del Ministerio Público la intangibilidad de sus remuneraciones, tal como el art. 110 la establece para los jueces. Se trata de una cláusula que prohíbe que otros poderes se inmiscuyan en los salarios de los funcionarios del Ministerio Público, como un medio para asegurar su independencia. Según la Corte Suprema "se trata de un mandato dirigido a los otros dos poderes del Estado y les impone abstenerse de dictar o ejecutar acto alguno que implique reducir la remuneración de los jueces, pero no instituye un privilegio que los ponga a salvo de toda y cualquier circunstancia que redunde en una pérdida de poder adquisitivo de sus haberes en violación a los principios de igualdad ante la ley, equidad y justicia distributiva"¹¹⁷⁷.

El art. 61 de la Ley Orgánica de Ministerio Público Fiscal y el art. 49 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa atan los salarios de sus funcionarios a los de los jueces de las distintas instancias. En consecuencia, termina siendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación —como tribunal de superintendencia del Poder Judicial¹¹⁷⁸—, la que define los salarios de los miembros del Ministerio Público. Desde nuestra perspectiva, se trata de una restricción irrazonable de las facultades autónomas de administración financiera del Ministerio Público, derivadas de la autarquía financiera asegurada por medio del art. 120 de la CN.

Es también a partir de esa cláusula que el Ministerio Público aplicó la acordada 20/96 de la Corte Suprema, razón por la cual los agentes de dicho órgano no pagan impuesto a las ganancias. Entendemos que esta excepción en el pago de un tributo de carácter general representa un error interpretativo tanto en relación con los jueces como a los agentes del Ministerio Público. La intangibilidad de remuneraciones no excluye de ninguna manera el pago de tributos de carácter neutro—esto es, aplicables a todos los ciudadanos—, sino que solo protege sus salarios de la interferencia arbitraria de otros poderes. En consecuencia, jueces y agentes del Ministerio Público deberían estar obligados al pago del impuesto a las ganancias, pues no se advierte interferencia alguna sobre

la actividad desarrollada por los jueces o por los funcionarios del Ministerio Público a partir del pago de un impuesto que se cobra a todas las personas y que es fijado con parámetros objetivos como el nivel de ingresos.

* * *

TÍTULO SEGUNDO - GOBIERNOS DE PROVINCIA

LAS PROMESAS NORMATIVAS DEL FEDERALISMO ARGENTINO

Comentario por Damián Azrak¹¹⁷⁹

I. INTRODUCCIÓN

Al finalizar la lectura de la Constitución Nacional, nos encontramos con el Título Segundo, "Gobiernos de Provincia". A lo largo del mismo, se establecen las competencias, facultades, obligaciones y los límites de los diversos niveles estaduales (nacional, provincial y municipal).

Si bien en esta obra colectiva se encontrará un análisis pormenorizado de cada uno de los elementos que componen este capítulo constitucional, este trabajo, de manera iniciática, se centrará en comentar el significado del sistema federal, su valor normativo y de su compleja relación sea con otros principios constitucionales fundamentales como la igualdad, autonomía personal o sea con la responsabilidad internacional del Estado. Finalmente se delinearán algunas propuestas para tender un puente entre el sistema federal, la autonomía provincial y el respeto de los derechos.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS

Antes de adentrarse en la sustancia de este trabajo, resulta interesante responder unos posibles interrogantes iniciales: ¿por qué un comentario preliminar al "Gobiernos de Provincia"? ¿Por qué concentrarse, desde una perspectiva constitucional normativa, en el federalismo argentino? ¿Es, acaso, un problema constitucional y/o solo de gestión de gobierno/*realpolitik*?

Comienzo por la última de las preguntas. Una correcta respuesta, entiendo, debe enfatizar en la conjunción copulativa "y": la situación del federalismo argentino, tiene entre sus causas principales, la realidad y el diseño institucional/mundo de las ideas.

Por otro lado, en cuanto a las primeras preguntas reseñadas, este trabajo se concentrará en lo que creo una falencia histórica en la comunidad jurídica argentina: el sistema federal argentino no ha sido analizado extensamente en términos normativos desde una perspectiva jurídica constitucional. Sí se encuentran, por lo contrario, no solo numerosos trabajos de otras ramas de las ciencias sociales, como la economía y las ciencias políticas sino también grandes debates en los ámbitos políticos, especialmente sobre la cuestión fiscal.

Por su parte, la mayor cantidad de material jurídico existente se ha concentrado en dos ámbitos distintos pero relacionados entre sí: por un lado en desentrañar la jurisprudencia de los tribunales a los efectos de delinear, lo más claramente posible, el reparto de competencias entre los distintos niveles de gobierno¹¹⁸⁰; también y por otro lado, en lo jurídico fiscal¹¹⁸¹. Sin embargo, su importancia es vital tanto para la organización nacional como para el acceso a los derechos de las personas que habitan las distintas provincias de un mismo país. A partir del sistema federal —o como consecuencia de él—, se extraen las facultades provinciales y nacionales, sus límites y extensiones; la carta de derechos de la ciudadanía y las contradicciones del sistema.

Por último, se podrían ensayar, al menos, otros tres motivos para concentrarse en el estudio del sistema federal. Uno de índole político/histórico, otro de relevancia ciudadana y el último, de índole constitucional.

En cuanto al primero de los motivos, no existe indicio alguno, no se registra que se haya postulado en alguna de las convenciones constituyentes ni tampoco en campaña política alguna, la idea de abandonar el sistema federal de gobierno. Por lo contrario, en cuanto oportunidad existe se destaca es el estado crítico y el debilitamiento de este. Estos reclamos, casi siempre, vienen de la mano de la cuestión fiscal.

En cuanto al argumento de relevancia ciudadana: la manera en que se comportan las provincias, su presencia o ausencia en la vida de la ciudadanía, la forma en que definen el alcance de sus competencias, sus acciones y políticas públicas modifican y determinan los planes de vida de las personas que habitan esos territorios. Impactan directamente en el estándar de ciudadanía que se goza. Así, antes de mudarse a otra ciudad, en este marco institucional, toda persona autointeresada debería preguntarse y analizar cómo funcionan las políticas públicas, cómo está la educación, qué políticas de salud se implementan, si se implementan

políticas de vivienda, cómo se regulan los derechos de la infancia, entre otras cuestiones fundamentales que modificarán su vida cotidiana¹¹⁸².

El motivo constitucional. Luego de la reforma constitucional de 1994, con el maximalismo de derechos incorporados a la Carta Magna, el federalismo argentino sufrió una importante consecuencia —tal vez ni pensada por las y los convencionales—: el marco de acción provincial y la autonomía se vieron sustancialmente modificados.

En lo que sigue, el trabajo se aventurará en un repaso por las promesas normativas del federalismo.

III. EL SISTEMA FEDERAL COMO IDEAL REGULATIVO. SU JUSTIFICACIÓN NORMATIVA Y SUS PROMESAS

A los fines de hacer un estudio preliminar sobre el federalismo, y, consecuentemente, sobre los "Gobiernos de Provincia", resulta necesario no solo hacer un repaso por los argumentos que se brindaron históricamente en los textos clásicos a favor del diseño federal, sino también reseñar el sistema, a la mejor luz posible, identificando las promesas normativas que se encuentran en la médula misma del sistema institucional —en las sombras del articulado constitucional, se podría decir— y que lo vuelven atractivo y le otorgan una consecuente legitimidad.

En este contexto, tratar de definir "federalismo" es una empresa complicada, en tanto, al igual que todo el lenguaje natural, el concepto en análisis no está a salvo de la ambigüedad, la vaguedad y carga emotiva¹¹⁸³. Por esto, la búsqueda de la mejor definición posible involucra, necesariamente, un ejercicio interpretativo que será llevado a cabo, brevemente, en este trabajo.

Por ello, considerando la diversidad de los modelos de sistemas federales que se pueden encontrar, solo a los efectos de un común entendimiento inicial, se intentará definirlo por su denominador común: la división de competencias entre las unidades estatales de un mismo país.

En este sentido, Robert Dahl brinda una definición, citada en la mayoría de los textos académicos vinculados a la temática. El federalismo, para este autor, es "un sistema en el cual algunos asuntos son de competencia exclusiva de algunas unidades locales —cantones, estados, provincias— y están constitucionalmente más allá del área de competencia del Gobierno nacional; y en donde algunos otros asuntos quedan constitucionalmente fuera del área de competencia de las unidades pequeñas"¹¹⁸⁴.

Para sostener y apoyar la adopción del federalismo se han ido brindando diversos argumentos de distinta índole: aquellos que enfatizan

en la lucha contra un Estado absoluto y centralista, aquellos que hacen hincapié en la soberanía del individuo, aquellas teorías que bogan por la igualdad, libertad, eficacia y multiculturalidad y otras —la mayoría— que solo hacen énfasis en argumentos utilitaristas.

Vale decir que en los textos clásicos vinculados a la temática no se encuentran, en general, argumentos normativos para adoptar un sistema federal. En cambio, como bien marca Riker¹¹⁸⁵, las principales producciones políticas o académicas hacen hincapié en argumentos de índole consecuencialista, especialmente vinculados a una eficaz defensa militar. Así se sostenía, principalmente, que el federalismo prometía, al mismo tiempo, dos objetivos: una potente defensa exterior y un necesario orden interior.

Por otro lado, también se entendía que la unión federal traía consigo ventajas comerciales, tales como la inexistencia de aduanas internas que faciliten el comercio interior¹¹⁸⁶.

Posteriormente, los argumentos políticos y/o utilitarios, fueron abriendo el camino a otros de índole deontológico/normativo, que en la actualidad es menester analizar en aras de construir no solo el significado del federalismo sino también para comprender por qué se ha sostenido legítimamente a través del tiempo¹¹⁸⁷.

A continuación, se sostendrá que este diseño institucional, desde la teoría, podría tener un fuerte potencial en el respeto de los derechos y autogobierno colectivo.

3.1. El federalismo como catalizador de la participación política. La legitimidad democrática

Partiendo de la definición brindada con anterioridad, aunque sea en el mundo de las ideas, el sistema en análisis debería traer consigo la descentralización¹¹⁸⁸ de prácticas en las cuales las actividades políticas y económicas se distribuyan espacialmente en todo territorio de una nación determinada¹¹⁸⁹.

En marco conceptual, el federalismo debería funcionar como un facilitador de la participación pública en los asuntos públicos: a más cercanía entre representantes y representados, mayores voces podrían ser escuchadas y existiría, al mismo tiempo, un nivel más alto de rendición de cuentas. A su vez, el autogobierno colectivo encontraría un campo más fértil que en un gobierno unitario donde desde la distancia y bajo una única cosmovisión se establezcan las regulaciones locales.

Al respecto, Edward Gibson afirma que "entre los defensores de la escuela democrática, el Federalismo está visto íntimamente conectado a

la práctica democrática, ya sea que entiende que los gobiernos locales son más receptivos a los intereses de la ciudadanía que los gobiernos nacionales, o sea que ve a dichos gobiernos como baluartes democráticos frente a la invasión del estado central"¹¹⁹⁰.

En el ámbito local, Gelli¹¹⁹¹ entiende que cuando el sistema federal es genuino, trae consigo varias ventajas comparativas. Entre ellas, indica que se fortalece el ejercicio democrático, porque al mismo tiempo que se requiere la realización de elecciones nacionales, provinciales y municipales, se crea una red de controles en resguardo de los derechos fundamentales de las personas. Así, el gobierno local acerca a los gobernantes y a los gobernados y estos tienen vías más directas de participación en la resolución de los conflictos de las ciudades o los partidos y pueden pedir cuentas con mayor facilidad ante los desvíos de las autoridades.

3.2. El federalismo como protección de las minorías. La legitimidad como justicia

El modo de organizarse institucionalmente puede ser promotor o limitador de los derechos. De esta forma, el federalismo podría ser considerado una herramienta útil frente al temor del uso de poder desenfrenado y violatorio de los derechos de las minorías, dado que el poder no se encontraría concentrado en manos de una sola fuerza centralista¹¹⁹². También se podría convertir en un mecanismo fundamental del sistema de frenos y contrapesos en una democracia constitucional.

Al respecto, Stepan¹¹⁹³ enuncia que considerando que la libertad es un valor fundamental y que en una democracia ello implica que las mayorías no deben imponer políticas públicas que violen derechos de las minorías, el constitucionalismo y el estado de derecho son importantes instituciones para lograr esos ideales. En esta misma línea, el federalismo para muchos pensadores liberales es presentado —aunque sea en teoría— como una pieza clave para limitar la "tiranía de la mayoría".

3.3. El federalismo como vitalizador de la multiculturalidad en el territorio. La legitimidad como justicia cultural

La relación/utilidad del diseño institucional y el multiculturalismo¹¹⁹⁴ no se encuentra como un valor determinante ni considerado en los procesos federales históricos en casi ninguna parte del mundo¹¹⁹⁵.

Sin embargo, se podría sostener que el federalismo y, en consecuencia, las localidades, podrían ser un salvoconducto para las tradiciones locales que tienen el peligro de quedar atrapadas en el conjunto mayoritario, sin representación en las legislaciones generales ni tampoco consideradas en

el debate público. Esto lleva a concluir que sin pluralismo, el federalismo deriva en una estructura federal por fuera y uniforme por dentro¹¹⁹⁶.

De esta forma, al descentralizar la toma de decisiones, el diseño y la ejecución de las políticas públicas, los intereses, las ópticas y los valores culturales particulares de grupos minoritarios a nivel local se deberían ver menos amenazados por los valores culturales mayoritarios y centrales¹¹⁹⁷. Al mismo tiempo, al poder participar y tener una esperanza real de incidir en el debate público, desde los diversos paradigmas y tradiciones culturales, las instituciones locales y las decisiones alcanzadas estarán dotadas de mayor legitimidad.

De esta forma, el federalismo brindaría posibilidades para la existencia de un multiculturalismo a nivel nacional. En este mismo orden, Gagnon postula que "el éxito de los sistemas federales no debe ser medido en función de la eliminación de los conflictos sociales, sino al contrario de su capacidad para regular y manejar estos conflictos. Es completamente erróneo esperar del federalismo la resolución de los conflictos sociales. Puede rebajar tensiones y ser sensible a la diversidad, Pero los conflictos deben ser vistos como un componente inherente de las sociedades federales"¹¹⁹⁸.

Entonces, mientras que la cultura nacionalista defiende el nosotros, la cultura federal es imposible sin el otro. En el federalismo es tan importante la unidad como la diversidad. Y la unidad significa que los factores que unen, que participan de una cultura común o incluso que produce identificación y lealtad hacia la federación, entendida como comunidad política, son tan importantes como aquellos factores que no solo permiten la diferencia, sino que también tienen la voluntad de reconocer cada identidad en sí misma con idéntico valor.

En definitiva, estas son algunas —seguro, no todas— de las promesas y los fundamentos del diseño institucional federal. Este horizonte o esta concepción de este debería servir como ideal regulativo para evaluar la práctica constitucional argentina. Así, en cada una de las secciones que siguen en esta obra, podremos evaluar cuán lejos o cerca se encuentra nuestro federalismo de ser un garante de derechos o una herramienta de perpetuación de desigualdades y/o concentración de poder.

IV. EL FEDERALISMO EN LA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL ARGENTINA Y ALGUNOS CONFLICTOS VINCULADOS

Stepan¹¹⁹⁹ hace una interesante clasificación de los Estados federales: los denominados "*Hold Together*" y "*Come Together*". Los del primer tipo, surgen de una lógica histórica y política distinta a la argentina; algunas de las más importantes podrían ser India, Bélgica, España, por ejemplo. Estos países eran sistemas políticos con rasgos fuertemente unitarios que

llegaron a la decisión institucional de que la mejor manera de mantenerse unidos sería transformar sus sistemas políticos en federaciones.

Argentina — al igual que Estados Unidos— es un ejemplo del modelo federal "*Come Together*". Este tipo de arreglo federal tiene como característica principal que las unidades previamente soberanas hacen un pacto cediendo su soberanía a una nueva unidad estatal y reservándose ciertas facultades para sí. Modelo que en Argentina se ve plasmado constitucionalmente, desde su origen, en la distribución de competencias entre los distintos niveles, donde se presume que la Nación solamente ejerce las funciones delegadas taxativamente, el resto las provincias, se las reservan para así.

Así, con el establecimiento del federalismo resultó posible que Argentina obtuviera su primera Constitución. Al momento de la fundación nacional existía un temor fundado al centralismo de Buenos Aires, el "Goliath regional"¹²⁰⁰. Las provincias no estaban dispuestas a entregar todo el poder al Estado nacional, reservándose la mayor cantidad de autonomía sobre el reconocimiento de los derechos sociales y políticas públicas, pero sí todo aquello que se requiriera para llevar adelante la empresa nacional. El federalismo se convirtió en una "carta de triunfo", en terminología *dworkiniana*, frente al poder central, que permitió que el país obtuviera su primera Constitución.

En este contexto, el primer artículo de la Constitución Nacional histórica —inmutable hasta la actualidad— expresa que se adopta como gobierno la forma representativa republicana federal. También, a lo largo de su articulado, se evidencian las competencias federales, provinciales y, posteriormente, las concurrentes. Si bien en esta obra se analizará cada una de las regulaciones propias del sistema resulta necesario, previamente, contestar qué significa/significó poseer un sistema federal en un contexto nacional. Para ello, es menester hacer un ejercicio interpretativo del texto legal.

En primer lugar, entiendo que este ejercicio no debería ser encarado de manera individual, aislada, en que cada intérprete ensaya su preferencia y la viste con palabras jurídicas, sino producto de un ejercicio colectivo destinado a generar un común entendimiento sobre la temática constitucional que se esté analizado. Así, la interpretación debe realizarse buscando la coherencia, tomando en cuenta lo que otras personas han dicho, analizado y desarrollado. En palabras de Carlos Nino¹²⁰¹, existe un deber de considerarse a uno/a mismo/a como el/la arquitecto/a de la catedral que se viene construyendo por años, de mano en mano o, en términos de Dworkin¹²⁰², como alguien que se encarna en la pluma del escritor/a de una novela en cadena que tiene un capítulo antes y un capítulo después, que alguien distinto escribió y escribirá. Para ello, la interpretación de las cláusulas debería basarse en una exploración y

debate sobre la mejor justificación en términos de principios para las instituciones constitucionales, pero también tomando en cuenta las decisiones institucionales precedentes de la Corte Suprema, el Congreso y tratando de consolidar el aprendizaje que nuestra historia constitucional pueda permitirnos¹²⁰³.

En segundo lugar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteradamente ha manifestado que una correcta tarea interpretativa debe realizarse respetando la "unidad sistemática" de la Ley Fundamental¹²⁰⁴.

Bajo este paradigma, bucear por la historia política institucional de Argentina, de las facciones, de los intereses, es útil a los efectos de comprender más cabalmente la actualidad. Para el repaso de la historia argentina, se seguirá el recorrido realizado por Julio Saguir en su libro *¿Unión o secesión? Los procesos constituyentes en Estados Unidos (1776-1787) y Argentina (1810-1862)*¹²⁰⁵.

Al igual que en Estados Unidos, las facciones revolucionarias se dividieron en sus preferencias políticas: los "centralizadores" que apoyaban la organización de un país-gobierno como una única entidad política con un consecuente gobierno central fuerte. Las comunidades locales, serían, al igual que en el sistema colonial hasta ese momento vigente, una mera extensión administrativa del Estado central¹²⁰⁶. Más allá de su solapada intención de mantener los privilegios políticos y económicos que disfrutaban hasta ese entonces, sostenían este espíritu centralista pero unificador bajo el argumento utilitarista de la eficiencia. Buenos Aires y sus líderes políticos argüían que la defensa militar frente a la corona en la guerra de la independencia, la necesidad de implementar medidas económicas y de conducir políticamente el país, solo podrían ser realizadas mediante un sistema unitario¹²⁰⁷, con la fuerza que solo la Capital pudiera aportar.

Los descentralizadores, por el contrario, apoyaban una forma de organización política institucional menos concentrada sostenida sobre dos pilares fundamentales, más allá de otras divergencias: la autonomía provincial y la representación nacional. Saguir, con cita a Artigas, recuerda que las provincias no habían hecho la revolución para restablecer una nueva tiranía, la de Buenos Aires. Así, sostenían que en este nuevo marco político se compartirían las decisiones relacionadas con el proceso político y la organización del país, y tener un protagonismo autónomo en la realidad, bienestar e intereses locales¹²⁰⁸.

Por su parte, Alberdi, en el cap. XVII de *Bases* analiza los fines de la Constitución argentina y, recuerda que el acuerdo de los gobiernos provinciales de la Confederación, celebrado en San Nicolás el 31/5/1852, ratificando el pacto litoral de 1831, consagra el principio federativo de gobierno.

Sostenía el pensador argentino, que el gran principio de la adopción del federalismo se halla en que los Estados individuales, reteniendo la parte de soberanía que necesitan para sus negocios interiores, ceden una autoridad suprema y nacional la parte de los negocios generales; en otros términos, para todos aquellos puntos en que deben obrar como nación¹²⁰⁹. Al mismo tiempo, el Alberdi proponía, teniendo en cuenta los conflictos territoriales entre las provincias y las condiciones existentes, la instauración de un Poder Ejecutivo poderoso "pero de origen democrático y representativo, de carácter constitucional y responsable".

Como recuerda Gelli¹²¹⁰, el contralor no solo estaba pensado para el Poder Ejecutivo: la primera Constitución, previa a 1860, reservaba al Congreso Nacional el control político de las Constituciones provinciales por parte del Congreso Nacional. El art. 5º de la Constitución de 1853 disponía que "cada provincia confederada 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 gratuita. Las constituciones provinciales serán revisadas por el Congreso antes de su promulgación. Bajo de estas condiciones, el Gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones".

Este vigoroso y exhaustivo control centralista desapareció en 1860, cuando finalmente, con la presencia de la provincia Buenos Aires, se adoptó la Constitución Nacional que hoy en día se reconoce como histórica.

Pérez Hualde¹²¹¹ señala que a lo largo de la historia argentina se sucedieron sistemas democráticos —de distintos grados— y gobiernos *de facto* —como consecuencia de golpes militares— y ambos no hicieron más que fortalecer a los más grandes enemigos del federalismo: el "centralismo", y su compañero inseparable, el "presidencialismo".

En el desarrollo de la práctica constitucional argentina no se puede dejar de mencionar el hito que dio lugar a la configuración normativa actual del sistema federal: la Ley de Declaración de la Necesidad de Reforma Constitucional 24.309, que entre sus objetivos establecía el fortalecimiento del régimen federal.

En el art. 3º.A y B de esta ley se habilita para su debate y resolución en la Convención Constituyente: a) Distribución de competencias entre la Nación y las provincias respecto de la prestación de servicios y en materia de gastos y recursos. Régimen de coparticipación; b) Creación de regiones para el desarrollo económico social; c) Jurisdicción provincial en los establecimientos de utilidades nacionales; d) Posibilidad de realizar por las provincias gestiones internacionales en tanto no afecten las facultades que al respecto corresponden al Gobierno federal, no sean incompatibles con

la política exterior que este conduce y no importen la celebración de tratados de aquel carácter; e) Autonomía municipal.

4.1. El federalismo y la igualdad, la autonomía personal y la responsabilidad internacional del Estado

En este contexto, desde el desarrollo realizado hasta este momento, se podría concluir que este diseño institucional es el mejor dentro de las opciones disponibles para propender hacia un ideal constitucional democrático e igualitario.

Sin embargo, existe tanto literatura como datos empíricos que intentan, al menos, poner en duda lo antes afirmado. Así, la conexión entre federalismo y el avance de los derechos debería ser revisada. Riker, desde una lectura histórica, concluyó que "si uno aprueba el objetivo y valores de una minoría privilegiada, uno debería aprobar el federalismo. Por lo tanto, si en los Estados Unidos uno aprueba a los sureños blancos racistas, entonces uno debería aprobar el federalismo americano. Si, por otro lado, uno desaprueba el valor de la minoría privilegiada, uno debería desaprobar el federalismo. Por lo tanto, si en los Estados Unidos uno desaprueba el racismo, uno debería desaprobar el federalismo"¹²¹².

Por su lado, Tarr —teórico que analiza la relación entre los derechos de las minorías y el sistema federal— empieza uno de sus textos más conocidos con una contundente afirmación: "En los Estados Unidos, la conexión entre las constituciones subnacionales y el avance de los derechos de las minorías ha sido vista como problemático, como mínimo"¹²¹³. En Argentina, podría decirse que sucede, como mínimo, algo similar.

En este sentido, históricamente, los progresistas de Estados Unidos —defensores de los derechos de las minorías— vieron al federalismo con escepticismo en virtud que en aras de los derechos de los Estados se defendieron las leyes más despreciables, como la esclavitud y la segregación racial¹²¹⁴.

Balkin¹²¹⁵ agrega que es común encontrarse con una defensa del federalismo, en tanto este preserva las costumbres, tradiciones y formas de vida locales y contra la homogenización nacional pero también es cierto que la discriminación contra los afroamericanos, mujeres y homosexuales, han sido defendidas en estos términos.

A nivel nacional, Smulovitz¹²¹⁶, en un trabajo en el que analiza y compara el ámbito de protección de todas las leyes de violencia doméstica sancionadas en Argentina tanto a nivel federal y nivel provincial, sostiene que cuanto más fuerte es un sistema federal de gobierno y con ello las competencias provinciales, más fuerte serán las variaciones en términos

de reconocimiento y goce de los derechos fundamentales a lo largo de un mismo país. Esta variación no implica que a nivel local las garantías constitucionales sean de inferior calidad que la federal, sino simplemente que existe una variación en el reconocimiento de derechos o una fragmentación de derechos a nivel nacional. A modo de ejemplo, se pueden mencionar, entre otros, la aplicación de leyes de infancia, educación, vivienda, género y procesales penales.

La politóloga argentina, a su vez, en otro trabajo¹²¹⁷ afirma que las diferencias de las promesas legales y en los gastos que hacen las provincias para garantizar su implementación son también consecuencia de la interacción entre la estructura institucional del federalismo argentino y la dinámica política provincial que ese sistema político habilita. Así, la autora en su trabajo contesta la pregunta de cómo y por qué la estructura institucional produce estas diferencias en la forma en que se distribuyen derechos y recursos entre las provincias: el mismo diseño institucional federal genera estos resultados porque habilita a los poderes locales legislar, juzgar e implementar políticas propias, tal como se ha analizado en el recorrido por la práctica constitucional argentina. Con esta amplitud de competencias, es altamente probable que los resultados de sus decisiones varíen entre distritos.

Esta fragmentación, no solo contradice derechos y principios basales de una democracia constitucional sino también vacía las promesas normativas sobre las que el sistema federal se sostiene y que fueron analizadas en este trabajo.

Este desigual estándar de derechos fue alertado por los organismos internacionales. A modo de ejemplo, el Comité de Derechos Humanos ha observado con preocupación que "Debido al sistema federal de gobierno, muchos de los derechos enunciados en el Pacto no se protegen de manera uniforme en todo el territorio nacional" y recomendado que Argentina "debe tomar medidas para garantizar la plena aplicación del Pacto en todo su territorio sin limitación ni excepción alguna, de conformidad con el art. 50 del Pacto, con el objeto de velar por que toda persona pueda gozar plenamente de sus derechos en cualquier parte del territorio nacional"¹²¹⁸.

En lo que sigue se ahondará en estas afirmaciones, previo un necesario repaso por los compromisos asumidos en lo que este trabajo considera son tres pilares/principios fundamentales del sistema y consecuentes límites a la democracia provincial: igualdad, autonomía personal y derechos sociales¹²¹⁹. También, se reparará en el conflicto existente entre federalismo y la responsabilidad internacional del Estado.

4.1.1. Igualdad y federalismo¹²²⁰

El derrotero del derecho a la igualdad estuvo marcado, como todos los principios jurídicos, por las ideologías imperantes en la época. Desde el primer momento, el texto constitucional argentino incorporó una mera concepción formal que enfatizaba en desconocer las distinciones del antiguo derecho realista, el cual categorizaba a las personas como libres y esclavos, nobles y plebeyos, comunes y privilegiados, extranjeros y nacionales, varones y mujeres, etc.¹²²¹.

El principio de igualdad y no discriminación exige por parte del Estado tanto conductas positivas como negativas: dictar leyes, implementar políticas públicas y abstenerse de implementar otras que traigan aparejadas la continuidad de la desigualdad en la que se encuentran los grupos históricamente desaventajados¹²²².

En esta línea, la mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que la reforma constitucional de 1994 les otorgó jerarquía constitucional, en sus primeros artículos sistemáticamente enuncian la obligación asumida por los Estados de garantizar a todas las personas el ejercicio o goce de los derechos por ellos reconocidos en condiciones de igualdad y no discriminación¹²²³.

Asimismo, el art. 75, inc. 23 de la Carta Magna incorpora expresamente las conocidas "acciones positivas"¹²²⁴. Estas medidas implican acciones estatales que tienen como foco ciertos grupos tradicionalmente desaventajados, con el objeto de revertir esta desigualdad histórica.

Detrás de esta teoría se encuentra el fundamento de que una persona no debe ser responsable por las desigualdades moralmente arbitrarias o, en palabras de Rawls¹²²⁵, "lotería natural": aquellas cuestiones sobre las que el individuo no tuvo posibilidad de elegir. Por ejemplo, en lo que aquí importa, el lugar de nacimiento y en muchos casos, de residencia.

Este marco comprometido con la igualdad robusta de las personas y, en especial de los grupos más perjudicados de la sociedad, obliga a repensar el federalismo en general y la autonomía provincial, en particular. Ello en tanto se comprende que, bajo este paradigma, no se podría justificar una fuerte desigualdad en acceso a derechos como consecuencia del lugar de nacimiento bajo el argumento federalista.

Como afirma Smulovitz¹²²⁶, si bien estas diferencias podrían ser consecuencia necesaria e intrínseca de la estructura federal, desde el punto de vista de quien ejerce los derechos, la desigualdad en la aspiración a las protecciones legales revela, además de una institucionalización de distintos estándares legales entre ciudadanos de un mismo Estado nacional, que dicha desigualdad legal no es solo atribuible al origen social sino también producto de una dimensión adicional: la localización territorial.

Si bien toda la población, como se dijo antes, sufre la consecuencia de las diversas y desiguales regulaciones, alarman aún más los efectos que tiene sobre los grupos históricamente perjudicados. Por ejemplo, se pueden mencionar las distintas normas provinciales en materia de derechos sexuales y reproductivos que impactan de manera desigual sobre las mujeres que habitan cada provincia; las normas vinculadas a los derechos de la infancia que otorgan una extensión o reducción de recursos y derechos a las niñas y niños, dependiendo del lugar de nacimiento o la complejidad del sistema educativo provincial y sus normas regulatorias que determina el alcance de la oferta educativa y el contenido brindado en cada provincia.

4.1.2. La autonomía personal y el federalismo¹²²⁷

Si bien la regulación del principio/derecho a la autonomía personal se encuentra regulado en el art. 19 de la CN, en el juego de ese artículo con el resto de la normativa y práctica constitucional se puede encontrar la mejor interpretación de este.

Al respecto, Carlos S. Nino, uno de los autores que más ha trabajado en la temática, expresó que "siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción"¹²²⁸. Y la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha consagrado dicha interpretación en los fallos "Portillo"¹²²⁹ y "Bahamondez"¹²³⁰.

El autor argentino agrega que el Estado debe limitar su actuar a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente, impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución¹²³¹. A su vez, el principio de autonomía personal es funcional para delimitar el contenido de los derechos individuales fundamentales, en tanto del mismo se desprende cuáles son los bienes que esos derechos protegen. Estos bienes son los elementos necesarios para la elección y materialización de ideales personales y los planes de vida basados en ellos¹²³².

De esta visión "emancipatoria"¹²³³ del principio en análisis se desprende que el Estado no solo debe abstenerse de interferir en las esferas privadas de las personas, sino que además tiene el deber de brindar aquellos bienes sobre los que versan los derechos cuya función es atrincherar esos bienes contra medidas que persigan el beneficio de otros o del conjunto social o de entidades supraindividuales¹²³⁴.

En este orden de ideas, y considerando la importancia radical de la autonomía personal en el sistema constitucional nacional, es necesario identificar los prerequisites que deben existir para que la mentada autonomía no se vuelva una mera declaración de buenos principios. Pues

resulta claro que no tiene sentido elegir planes de vida que no se pueden materializar.

En este contexto interpretativo, si un Estado local, mediante sus propias regulaciones y/o políticas públicas, garantiza y efectiviza niveles altos de derechos, supongamos al derecho a la vivienda digna, a la educación, a la alimentación, al acceso a la justicia, estaría generando que su ciudadanía goce de una amplia autonomía personal y una ciudadanía plena. En cambio, una provincia que por ideología o carencia de recursos económicos, lleva acciones en sentido contrario a las anteriores, sus habitantes serían menos autónomos y emancipados o, en palabras de las teorías republicanas, menos libres y sujetos a una posible dominación por parte de sus pares con más poder.

4.1.3. El federalismo y los derechos humanos en la esfera internacional

Al mismo tiempo, la tensión no solo se ve entre el arreglo federal y los derechos y su consecuente fragmentación, sino también se puede dar — como de hecho, sucede— una puja entre este sistema y el cumplimiento de los compromisos asumidos a nivel internacional mediante los tratados de derechos humanos.

En el mismo orden y en palabras del especialista en derecho internacional y derechos humanos, Ariel Dulitzky: "la estructura federal de diversos Estados de nuestro continente repercute interna e internacionalmente a la hora de cumplir los deberes estatales establecidos en las normas internacionales de derechos humanos"¹²³⁵.

El sistema internacional de protección de derechos, como es de esperarse, no impone un modelo de organización política y de gobierno a los países. Ellos pueden adoptar la forma que consideren adecuada, según su libre determinación. Sin embargo, como remarcó la Corte Interamericana en el caso "Garrido y Baigorria", tal como lo viene haciendo en su jurisprudencia centenaria y aún vigente, un Estado no está en condiciones de alegar su estructura federal para incumplir una obligación internacional¹²³⁶.

Al respecto, el art. 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención) es claro cuando afirma que en los casos en donde el país firmante tenga una estructura federal como Argentina, "el Gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial". Pero a su vez expresa que "con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el Gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas

pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención".

Repasando, de manera inicial, pareciera que la Convención solo responsabiliza al Estado firmante por las obligaciones asumidas que recaigan sobre su competencia legislativa y judicial. Es decir, sobre las competencias exclusivas del Estado nacional. En el caso de Argentina, aquellas que han sido delegadas por las provincias. Esta licencia se agota dado que estipula que en los casos en los que las provincias tengan jurisdicción privativa (p. ej., la importante competencia en materia de derechos que tienen las provincias argentinas), el Estado nacional tiene la obligación —sí, obligación— de arbitrar inmediatamente — sí, inmediatamente— acciones para revertir la violación del pacto internacional y evitar la responsabilidad internacional del Estado.

Para comprender el fundamental rol del Estado nacional en el marco del cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas, "es indispensable leer conjunta e integralmente todo el texto convencional y no de manera aislada su cláusula federal. En particular deben considerarse los arts. 1º y 2º convencionales"¹²³⁷.

Sintetizando, el primer el artículo mencionado en el párrafo anterior establece que los Estados que forman parte de la Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna. El segundo artículo prescribe que si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el primer artículo no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Asimismo, Dultzky¹²³⁸ recuerda que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de referirse a los problemas que genera la estructura federal en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los países. En este orden, el tribunal interamericano sostuvo que "no puede dejar de expresar su preocupación por la falta de cumplimiento, por parte del Estado (...), de muchas obligaciones contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos en razón de que los Estados miembros o entidades estatales que forman parte de la República Federativa ejercen jurisdicción y tienen competencia respecto a delitos cometidos en sus respectivos territorios. El denominado "principio federativo", de acuerdo con el cual los Estados individuales gozan de autonomía, ha sido usado frecuentemente como explicación para impedir la investigación y determinación de los responsables de

violaciones —muchas veces graves— de derechos humanos y ha contribuido a acentuar la impunidad de los autores de tales violaciones"¹²³⁹ (CIDH, 1997).

Por su parte, la CS ha analizado esta cuestión y ha expresado que "la cláusula federal" prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone al Gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y el deber de tomar "de inmediato" las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, para que las autoridades componentes del Estado federal puedan cumplir con las disposiciones de ese tratado (art. 28, incs. 1º y 2º)¹²⁴⁰.

Entonces, si la hipótesis es correcta —la existencia de una fuerte e inconstitucional fragmentación de derechos—, nos encontraríamos ante una situación que debe ser analizada y resuelta por el derecho. Ello en virtud que coexistirían muy diversos estándares de ciudadanía, entendida como el acceso a los derechos fundamentales, en un mismo país basado simplemente en un hecho moralmente arbitrario como es el lugar de nacimiento. Al mismo tiempo, Argentina podría encontrarse ante un incumplimiento de las obligaciones nacionales e internacionales asumidas como comunidad.

V. CONCLUSIÓN Y PROPUESTAS

Este trabajo comenzó con un desarrollo del sistema federal, con una inspección de los argumentos que dieron origen y aquellos que luego tuvieron lugar a medida que la realidad y las teorías avanzaban. Se intentó demostrar el amplio potencial que posee el sistema federal en una democracia constitucional, especialmente en relación con los derechos de las minorías y sus prácticas culturales; con el autogobierno colectivo. Así, se vio cómo Argentina ha adoptado el federalismo, partiendo de esas presunciones hasta la actualidad, donde el diseño en análisis se encuentra permanentemente en crisis, sea porque los Estados provinciales bajo el escudo federal llevan a cabo políticas públicas y dictan leyes alejadas de los mandatos constitucionales o sea porque los resultados del sistema mismo, en abstracto, genera una fragmentación a nivel nacional que obliga a repensar el federalismo.

Se dijo también que la autonomía provincial tuvo un particular achicamiento desde la inclusión de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Reducción que existe desde el mismo momento de la creación del sistema, al momento de exigirle a los Estados provinciales que se ajusten a los mandatos institucionales existentes en la Constitución. Para esto, solo basta repetir de memoria los arts. 5º y 123 de la CN o mirar con detenimiento lo que dictó la CS en el caso "UCR c. Santiago del Estero", del 2013¹²⁴¹.

Así, en lo que se refiere al federalismo y la experimentación institucional, se podría agregar que uno de los aspectos de la autonomía de las unidades es que las mismas tienen sus propias Constituciones, que pueden reformar libremente dentro de ciertos límites impuestos por las constituciones federales. En este sentido, si bien teóricamente se brinda la posibilidad de experimentar con diversas formas gubernativas, en la práctica se descubre un *isomorfismo* entre las formas gubernamentales centrales y las de las unidades componentes en cada país, como de las de estas entre sí¹²⁴².

En este momento es necesario sincerar algo que, tal vez, podría resultar fácil pensar desde una mirada prejuiciosa y elitista del "Goliath argentino". No todas las normas con mayor garantía de derechos y que marcaron posteriormente la realidad legal del país tuvieron su nacimiento en el Gobierno federal. Por lo contrario, en importantes casos, la conquista de esos estándares se dio pioneramente a nivel local para luego expandir sus resultados e influencia hacia el Estado nacional. A modo de ejemplo, en materia de infancia, la ley nacional se apropió algunas de las propuestas que ya existían en Mendoza, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y Neuquén¹²⁴³; en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, Río Negro y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur^{1244,1245}.

Con suma claridad, Dulitzky resalta que "resulta fundamental no romantizar al Gobierno Federal como garante absoluto de los derechos ni demonizar a los gobiernos locales como violadores de los derechos o viceversa"¹²⁴⁶.

Como se podrá advertir de la lectura de los trabajos de esta obra colectiva, la Corte Suprema Nacional fue diluyendo las barreras divisorias de competencias para comprenderlas de manera sistémica, como un conjunto de acciones estatales que tienen como objetivo consolidar un amplio espectro de derechos. Sin embargo, aunque la responsabilidad es la contracara de la facultad de acción, es dable advertir que el Máximo Tribunal no impone el mismo efecto expansivo en ese ámbito. Así, comprende que el Estado nacional tiene una responsabilidad tan solo subsidiaria, pues la principal les recae a las unidades locales. En los fallos "Sánchez"¹²⁴⁷ y "Orlando"¹²⁴⁸ en una resolución casi calcada, el Máximo Tribunal, en sendos séptimos considerandos, concluye que resulta evidente que las obligaciones emergentes del marco normativo imponen a las autoridades locales el deber de articular un mecanismo eficaz para llevar a cabo la entrega del recurso médico necesario sin que ello implique desconocer el deber de coordinación con el Estado nacional —mediante el Ministerio de Salud—, el que debe acudir en forma subsidiaria, de manera de no frustrar los derechos de la reclamante.

Po lo contrario, lo que aquí se propone es que la apertura de la estructura tradicional de división de competencias trae consigo un efecto *boomerang*. Si se comprende que las competencias son concurrentes y que las fronteras de lo local/nacional se han ido diluyendo con la ampliación de derechos, una persona que habita cualquier localidad de Argentina, ante una situación de vulneración de derechos, ahora se encuentra legitimada para reclamar y entablar demandas contra ambas jurisdicciones, las locales y nacionales. En síntesis, ante una facultad compartida, la responsabilidad estatal corre la misma fortuna: es concurrente y solidaria.

Este marco de acción ampliada y las consecuencias en materia de responsabilidad obligan, entonces, como se dijo antes, a repensar y replantear el sistema federal como uno coordinado, cooperativo y dialógico. Los dos primeros adjetivos fueron analizados anteriormente, por lo que correspondería concentrarse, especialmente, en el último de ellos. Esta importancia toma mayor envergadura si se recuerda el valor que posee el diálogo, no solo a los fines prácticos sino también respecto a la legitimidad de la toma de decisiones y la responsabilidad, posterior. De esta forma, a su vez, se estaría recatando los valores normativos que prometía el régimen en análisis y que fueron analizados al comienzo de este trabajo.

Dulitzky¹²⁴⁹ entiende que el federalismo dialógico al mismo tiempo que reconoce las tensiones presentes o potenciales que se dan en el marco de la distribución de competencias y responsabilidades, busca facilitar el diálogo vertical y horizontal entre los actores responsables. Si bien el autor argentino escribe sus ideas en miras del cumplimiento de los tratados de derechos humanos, las reflexiones podrían aplicarse, también a los compromisos asumidos internamente en materia de derechos. Entonces, afirma que desde el punto de vista vertical, a los fines de facilitar la implementación de los tratados de derechos humanos y entender la complejidad de la distribución de competencias, se requiere habilitar mecanismos institucionales para llevar a cabo un continuo diálogo entre las entidades federales y locales y entre estas últimas y los mecanismos internacionales de supervisión y monitoreo, sin mediación del Gobierno federal, ya que sobre ellas también recae la responsabilidad de hacer realidad los derechos consagrados en los instrumentos internacionales.

Respecto al diálogo horizontal, se deben generar espacios institucionales para que las provincias y sus municipios compartan información y experiencias sobre los mecanismos más efectivos para el reconocimiento y la tutela de los derechos humanos a nivel local¹²⁵⁰.

Se podría agregar la necesidad de generar un diálogo *interciudadanía*, a través de mecanismos novedosos. Mediante este, los ciudadanos podrán no solo tomar conciencia de sus derechos¹²⁵¹ sino también,

observar qué sucede en otras provincias, las políticas públicas, institucionales que se llevan a cabo y exigir a las autoridades lo consideren pertinente, en el marco de su historia, cultura y realidad.

Este federalismo recargado, reformado y moderno, podrá conseguir lo que las interpretaciones estáticas no han logrado: respetar las particularidades provinciales, potenciar la participación de las personas afectadas y elevar los estándares de respeto de los derechos de las personas que habitan un mismo país. Así, el sistema en su integridad y las decisiones a las que se arriben estarán dotados de mayor legitimidad, tanto democrática como cultural.

EL FEDERALISMO ARGENTINO EN FOCO: UN RECORRIDO CRÍTICO

Comentario por Víctor Bazán

I. INTRODUCCIÓN

1.1. El objetivo central de este trabajo es efectuar un recorrido crítico en torno al federalismo argentino a casi un cuarto de siglo de la reforma constitucional de 1994.

En esa línea, y sobre el sistema federal, nos preguntamos: ¿tiene déficits y disfuncionalidades? ¿Presenta avances? ¿Subsisten cuestiones conflictivas? ¿Existen deudas pendientes? ¿Pervive la tendencia a la centralización más allá del discurso descentralizante proclamado por la citada innovación constitucional? ¿Convergen aportes jurisprudenciales relevantes de la CS en la materia?

La idea es verificar si uno de los propósitos caracterizados como "prioritarios" por la modificación constitucional: *fortalecer el federalismo* — pilar trascendente de nuestra configuración institucional y política—, se ha logrado y, de ser así, en qué medida ello ha ocurrido.

1.2. Para intentar cumplir con la finalidad prevista para este ensayo, y más allá del presente sector introductorio, el sendero por discurrir arrancará con algunas consideraciones elementales acerca del federalismo en general; seguidamente analizaremos determinados objetivos pensados *a priori* para afianzar el sistema federal por medio del *aggiornamento* constitucional experimentado en 1994; y nos detendremos a repasar ciertos institutos incorporados o remodelados por tal innovación de la Ley Fundamental, que ha instrumentado modificaciones de importante calado cuantitativo y cualitativo: la

vigorización del Senado, la constitucionalización del sistema de coparticipación federal, el crecimiento armónico de la Nación, los establecimientos de utilidad nacional, la intervención federal, el dominio originario provincial de los recursos naturales, y la autonomía y otros temas relativos a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA).

A continuación, nos centraremos en ciertos aspectos del federalismo fiscal en la óptica de la CS, donde reseñaremos un importante caso en el que la Municipalidad de La Rioja pugnaba jurídicamente por lograr que se sancione en esa provincia la Ley de Coparticipación Municipal. Luego indagaremos sobre los respectivos reclamos por detracciones de impuestos coparticipables efectuados en su momento por las provincias de Santa Fe, San Luis y Córdoba dirimidos por aquel Alto Tribunal, además de las luces y sombras de las sentencias que emitió y las vicisitudes generadas en un momento político tensional y una atmósfera saturada de intereses en pugna.

Repasaremos también un interesante fallo de la CS en materia de federalismo ambiental, que deja algunas consideraciones valiosas en la materia para luego tratar de dilucidar de qué se habla cuando se habla del principio de lealtad federal. Seguidamente, enfocaremos un puñado de cuestiones complejas surgentes de tópicos como la autonomía municipal, la creación de regiones en el ámbito interprovincial, las posibilidades de actuación internacional de las provincias y la CABA y algunas líneas acerca de la cláusula federal contenida en el art. 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Y, previo al epílogo, responderemos al interrogante relativo a si existen o no asignaturas federales inconclusas, al tiempo de abordar también otros temas conexos.

El cierre vendrá de la mano de unas reflexiones conclusivas que se añadirán a otras intercaladas en el nudo del trabajo.

II. APRECIACIONES PRELIMINARES

Como se sabe, el federalismo es un proceso *dinámico* y con innumerables técnicas posibles de estructuración. Así, se ha tornado clásica la afirmación de Friedrich en punto a que *existen tantos federalismos como Estados federales con sus múltiples variantes*¹²⁵².

Para graficar lo anterior, Wricht evoca el caso de un autor (Davis) que ha puntualizado que el concepto de federalismo en los EE.UU. ha sido modificado o delimitado con tal exuberancia que es posible determinar y enumerar cuarenta y cuatro "tipos" distintos de federalismo. Sobre el particular, revela que Davis se pregunta si el concepto ha sido "envenenado lentamente mediante dosis crecientes de delimitación y cambio de terminología o enriquecido por nuevas ideas acerca de cómo los seres humanos se asocian entre sí"¹²⁵³, para agregar que cuanto "más

hemos llegado a saber sobre él, menos satisfactoria y menos respetable se ha hecho la casi totalidad de nuestra tradición de teoría federal"¹²⁵⁴.

La dinámica del Estado federal puede por ejemplo observarse consultando el estudio de Lijphart, quien en su conocida obra *Modelos de democracia* explora la *performance* de treinta y seis países desde una doble dimensión de enfoque: la primera, del poder conjunto a partir del binomio ejecutivos-partidos, y la segunda, del poder segmentado partiendo de la distinción *federal-unitario*, lo que en definitiva le permite catalogar los diferentes supuestos entre democracia mayoritaria y democracia consensual¹²⁵⁵.

El análisis de esta segunda dimensión —*división del poder a partir de la distinción federal-unitario*—, que se corresponde con el modelo que el autor denomina "democracia consensual", se efectúa teniendo en consideración las siguientes variables: *i) división del poder*, caracterizada en la democracia consensual por la no concentración de aquel e identificándose dos maneras básicas: el poder compartido y el poder dividido, este último mediante el *federalismo* y la *descentralización*; *ii) parlamentos y congresos*, respecto de lo cual afirma que el esquema consensual diseña un Legislativo bicameral, con el poder dividido en dos diferentes cámaras; *iii) constituciones* normalmente rígidas que solo pueden modificarse por medio de mayorías extraordinarias; *iv) revisión judicial*, en el contexto de sistemas en los que justamente las leyes están sometidas a semejante control por parte de los tribunales; y *v) bancos centrales*, cuya autonomía entraña una forma más de división del poder.

En lo que atañe al federalismo y la experimentación institucional, el aludido autor enfatiza que uno de los aspectos de la autonomía de las unidades constituyentes de las federaciones es que estas tienen sus propias constituciones, que pueden reformar libremente dentro de ciertos límites impuestos por las constituciones federales; lo que si bien teóricamente brinda la posibilidad de experimentar con diversas formas gubernativas, en la práctica se descubre un *isomorfismo* entre las formas gubernamentales centrales y las de las unidades componentes en cada país, como de las de estas entre sí¹²⁵⁶.

Por último, explica que "el federalismo es una organización política en la que las actividades del gobierno están divididas entre los gobiernos regionales y el gobierno central de modo que cada tipo de gobierno tiene ciertas actividades en las que toma decisiones finales"¹²⁵⁷.

III. EL SISTEMA FEDERAL ARGENTINO, ALGUNOS OBJETIVOS PENSADOS PARA AFIANZARLO Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL

3.1. Caracterización elemental del modelo federal argentino

En un ejercicio de simplificación extrema, el federalismo argentino supone —teóricamente— una combinación de dos fuerzas: una *centrípeta* y la otra *centrífuga*. La primera, que va de la periferia hacia el centro, supone la existencia de una unidad en el Estado nacional argentino, que es *soberano*; mientras que la segunda, del centro hacia la periferia, implica la descentralización que permite la existencia de una pluralidad de provincias, que son *autónomas*¹²⁵⁸.

El esquema busca establecer la unidad dentro de la variedad, funcionalizando los principios de autonomía y de participación.

Como se sabe, el art. 1º de la Constitución (CN) determina que la Nación argentina adopta para su gobierno la forma representativa¹²⁵⁹, republicana y *federal*. Las dos primeras serían más bien *formas de gobierno*, mientras que la tercera es una *forma de Estado*, desde que supone una relación entre el poder y el territorio en la cual aquel —en principio— se descentraliza políticamente con base física o geográfica.

Las provincias argentinas preexistieron a la Nación. No las veintitrés que hoy conforman el Estado argentino, sino las catorce que existían al momento de dar configuración a aquella. Luego se fueron agregando otras y provincializándose territorios nacionales¹²⁶⁰ hasta llegar al número actual.

Si bien, en general, el federalismo argentino se inspira en el norteamericano (del que también tomó el modelo presidencialista), existen desemejanzas entre ambas configuraciones, p. ej., acerca de los niveles o gradaciones de descentralización que presentan y las particularidades que cada uno de los contextos históricos ofrecía al tiempo de sus respectivas conformaciones.

Dicho de otro modo, no se trata de una copia mecánica o de un simple ejercicio de mimesis del diseño norteamericano.

Al comparar las estructuraciones federales de EE. UU. y Argentina se ha puntualizado que la referencia a la Constitución estadounidense es significativa porque sirve para explicar —siguiendo su proceso histórico— "que el sistema federal no siempre supone un proceso de descentralización territorial. En el caso de los Estados Unidos se trató, por el contrario, de un proceso de centralización de funciones y competencias desde los Estados preexistentes en los pactos de la unión perpetua y los artículos de la Confederación hacia un Estado federal (...). Nuestro país adoptó el federalismo en un contexto histórico diferente y más bien como una fórmula superadora de los antagonismos y luchas feroces entre unitarios y federales, siendo que los integrantes de este último bando no eran propiamente 'federalistas' en el sentido del modelo norteamericano, sino independentistas que propugnaban una Confederación de estados

soberanos cuyo fundamento principal era la oposición a Buenos Aires (...)"¹²⁶¹.

Coexisten en el Estado federal argentino la Nación, las provincias (dentro de estas, los municipios) y la CABA, que es la capital del país.

En el marco de su autonomía, las provincias pueden sancionar sus propias Constituciones, obviamente respetando el sistema representativo y republicano como forma de gobierno, de acuerdo con lo ordenado por el art. 5º de la CN, que junto al art. 121 ("las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación"), componen la base del sistema federal dual. Lo puntualizado implica que aquellas se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas, eligiendo a sus gobernadores, legisladores y demás funcionarios, sin intervención del Gobierno federal (art. 122).

Asimismo, los gobiernos subnacionales deben conformarse a los principios, declaraciones y garantías de la Ley Fundamental y asegurar su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. Solo bajo estas condiciones el Gobierno federal garantiza a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones. Retomando la materia relativa al esquema municipal, lo establecido por el art. 5º debe complementarse necesariamente con el actual art. 123, en cuanto a que cada provincia dicta su propia Constitución, en los términos del citado art. 5º, pero "*asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero*".

La CN "convive" con las Constituciones de cada uno de los veintitrés Estados provinciales e incluso con la CABA, la que cuenta con un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y con un jefe de gobierno y legisladores elegidos directamente por el pueblo de la ciudad (art. 129).

Si bien la sanción de los Códigos de fondo en las distintas materias (civil, comercial, penal, etc.) corresponde al Congreso argentino, lo que significa que existe un solo cuerpo normativo sustantivo de cada temática para toda la Nación (art. 75, inc. 12), las provincias están facultadas para dictar sus Códigos Procesales o adjetivos (v.gr., procesal civil, procesal penal, procesal laboral) en sus respectivos ámbitos jurisdiccionales, los que cohabitan con los Códigos Procedimentales existentes en el contexto federal que es uno para cada espacio temático, p. ej., un Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y un Cód. Proc. Penal de la Nación, aplicables en todo el país para la justicia federal.

Semejante realidad marca la existencia de un universo plural de instrumentos jurídicos, jurisdicciones y competencias que deben

interactuar en la tipología de estructuración federal que da forma y textura al Estado argentino. Así, se genera una compleja urdimbre de relaciones entre las distintas instancias políticas del sistema institucional, que por lo demás y en lo que tiene que ver con la conformación del gobierno, muestra un intenso tinte presidencialista, pretendidamente matizado por el jefe de Gabinete de Ministros, figura incorporada por la modificación constitucional de 1994 con la un tanto cándida idea de atenuar el poder presidencial.

Quizá la preexistencia de las provincias a la Nación permita comprender que la CN contenga una norma, el art. 121 en la numeración actual (inspirado en la Décima Enmienda¹²⁶² de la Constitución de los EE. UU., que enuncia la doctrina del *dual federalism*), que establezca que "*las provincias conservan todo el poder no delegado por esta constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación*" —destacados nuestros—.

3.2. La innovación constitucional de 1994 y la mira puesta en el afianzamiento del federalismo y la limitación del poder presidencial

Más allá del objetivo supremo de la reforma constitucional —permitir la reelección presidencial por un período consecutivo (núcleo del Pacto de Olivos propiciado por Menem y Alfonsín)—, dos de los puntos más fuertes del por entonces proyecto de innovación residían en el *fortalecimiento del federalismo* y la *atenuación del poder presidencial*.

Lamentablemente, no ocurrió lo uno ni lo otro. Como siempre, los hechos son más elocuentes y poderosos que las palabras.

En particular, respecto del *federalismo*, tema central que nos ocupa, si bien desde el plano normativo la citada modificación constitucional ha intentado generar un avance en la materia, el obstáculo enraíza en la *falta de correspondencia entre los postulados de la letra constitucional y las realizaciones fácticas*.

Por mencionar solamente un ejemplo, por cierto bastante ilustrativo, según la disposición transitoria sexta de la Constitución, la ley convenio a la que hace referencia el art. 75, inc. 2º, párr. 2º, en materia de coparticipación federal y la reglamentación del organismo fiscal federal, deberían haber sido establecidos *antes de la finalización del año 1996*. Tal mandato constitucional no se ha cumplido e incluso al presente (segundo semestre de 2018) semejante ley convenio no ha sido aún sancionada y nada hace presagiar que pudiera serlo en un futuro próximo¹²⁶³. Converge aquí una clara omisión inconstitucional.

Es decir que, más allá de la impronta *aspiracional* del constituyente en pro de vigorizar las estructuras provinciales, empíricamente ello no ha

acaecido. Antes bien, ha aumentado el centralismo (algún autor habla de la macrocefalia del "puerto", o sea, de Buenos Aires¹²⁶⁴) y, sobre todo, ha aumentado la subordinación financiera y económica de la gran mayoría de las provincias a la Nación.

Tampoco ha menguado el poder presidencial como se alegaba en su momento, y la figura del jefe de Gabinete de Ministros, que supuestamente cumpliría una labor esencial en ese sentido, en la realidad se ha mostrado impotente para cumplir sustentablemente tamaña tarea, tal como anunciábamos.

En síntesis, al desfigurarse fácticamente algunas de las metas perseguidas por el constituyente para reforzar la solidez de la estructura federal, paralelamente crece el déficit democrático.

Es que, como advierte Fernández Segado¹²⁶⁵, si la estructura federal se encuentra en íntima conexión con la democracia, "que en el Estado federal no se proyecta sobre una única organización, sino sobre una pluralidad de centros de decisión", se comprende que el déficit democrático esté "estrechamente unido a la desnaturalización del sistema federal, no pudiendo, a la inversa, operar el sistema federal como instrumento democratizador del poder, contribuyendo de este modo a la vivificación de la democracia, una de las más caracterizadas funciones del federalismo, como bien advierte Schambeck¹²⁶⁶".

Si avanzáramos un paso más pensando en un cuadro relacional entre *democracia y derechos humanos básicos en el sistema federal*, aportaría utilidad concreta la visión de Comanducci, quien explica que en la versión de democracia de Bobbio (la democracia no solo como método, sino también como ideal igualitario), de Ferrajoli y otros autores, "la democracia más allá de ser un procedimiento de toma de decisiones colectivas, es *isonomía*, es decir, igualdad en la distribución a todos de los derechos fundamentales (...): lo que no se puede decidir son violaciones a los derechos fundamentales; lo que se debe decidir es la implementación de los derechos fundamentales. La igualdad de todos en los derechos es (...) también un presupuesto de esta versión de la democracia"¹²⁶⁷ — destacado del original—.

Precisamente, la protección y realización de los derechos básicos en el contexto de nuestro federalismo deberían asegurar aquel piso isonómico. El Congreso de la Nación cuenta con competencias suficientes para dictar *medidas de acción positiva que tiendan a lograr la igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos*, reduzcan las desventajas estructurales, brinden cobertura tuitiva a los grupos más marginados y vulnerables, cancelen algunas deudas de la democracia y permitan una adecuada participación ciudadana en la toma de decisiones más relevantes.

Solo por citar una faceta del tema, introduciéndonos en el "federalismo sanitario" y tomando a modo de ejemplo lo que sucede respecto de las personas con discapacidad, materia que si bien cuenta con un fuerte reconocimiento normativo (Constitución Nacional¹²⁶⁸ y Constituciones provinciales, instrumentos internacionales sobre derechos humanos, leyes, etc.), como ha sostenido Clérico, "*el acceso real al ejercicio de este derecho es dispar. Afecta aún con mayor intensidad a aquellas personas con discapacidad pertenecientes a algunos de los otros grupos desaventajados identificados en el art. 75, inc. 23, de la Constitución nacional. (...) Esta conjetura se condice con el diagnóstico que habla de la 'gran heterogeneidad' que presenta el llamado federalismo sanitario, lo que lleva a una gran desigualdad en el acceso a una salud de calidad entre las diversas jurisdicciones locales*"¹²⁶⁹ —destacado agregado—.

Nuestro sistema federal no debería ser un obstáculo sino más bien un facilitador para el disfrute de los derechos fundamentales consagrados o implícitos en el bloque de constitucionalidad, ya que en los discursos preconstituyentes resonaba la imperiosa necesidad de *fortalecer el federalismo para alcanzar una sociedad más abierta y participativa* y, añadimos por nuestra parte, *más igualitaria*.

IV. OTRAS CUESTIONES INOCULADAS AL TEXTO CONSTITUCIONAL PARA ROBUSTECER AL SISTEMA FEDERAL (AL MENOS DESDE EL PLANO NORMATIVO)

Sin propósito alguno de exhaustividad reseñaremos a continuación una serie de objetivos conectados de una u otra manera al federalismo y que los propulsores de la reforma lograron introducir al texto constitucional.

Como puede suponerse, la idea no es agotar cada subtema sino simplemente ofrecer algunas pinceladas para describirlos, subrayar cierta cuestión conflictiva que surja de su interpretación o bien, reseñar determinados fallos de la CS sobre asuntos que ofrezcan interés en el particular.

4.1. Vigorización de la Cámara de Senadores

Históricamente, el Senado ha sido considerado como la cámara que representa los intereses provinciales (o sea, ni más ni menos que las autonomías subestatales), aunque la redacción actual del art. 54 trasunte una presencia institucional fuerte de los partidos políticos, que —por lo demás— han sido constitucionalmente catalogados como "instituciones fundamentales del sistema democrático" (art. 38).

Se fijó el número de senadores en tres por cada una de las provincias y la CABA (art. 54), cualquiera sea el tenor cuantitativo poblacional de ellas, siendo aquellos elegidos de manera directa por el cuerpo electoral. Como es sabido, antes de la reforma constitucional eran dos por provincia

y su elección indirecta, a través de las legislaturas provinciales. Por lo demás, se comprimió la duración de los mandatos senatoriales de nueve a seis años.

También se adjudicó al Senado la calidad de *cámara de origen* en proyectos de ley que contengan cuestiones importantes para las entidades infranacionales: la ya aludida ley convenio en materia de coparticipación federal (art. 75, inc. 2º, párr. 2º) y las iniciativas acerca del crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio y la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones (inc. 19 de aquel artículo).

En un modelo *bicameral* como el nuestro (Cámaras de Diputados y de Senadores), ser cámara de origen es importante puesto que puede terminar imponiendo su voluntad a la cámara revisora (cfr. art. 81).

Pese a lo expresado, pareciera que el Senado continúa realizando un control de naturaleza político partidaria sin focalizarse tanto en los intereses regionales o del sistema federal.

4.2. Constitucionalización del sistema de coparticipación federal

Según postula la letra de la CN, tal régimen debe construirse sobre la base de las pautas de solidaridad social entre las provincias, implantándose la obligación de dictar una ley convenio al respecto (cuya génesis es siempre el Senado), que deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias (art. 75, inc. 2º, párr. 4º).

Como advirtiéramos, tal ley convenio aún no ha sido dictada, a pesar de todos los pesares.

Por su parte, en el inc. 3º del citado art. 75, la CN determina que el Congreso nacional está suficientemente facultado para establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara.

Volveremos sobre este tema.

4.3. Crecimiento armónico de la Nación

Se ha impuesto principal pero no exclusivamente al Congreso de la Nación, el mandato constitucional de *proveer al crecimiento armónico de la Nación por el desarrollo equilibrado de provincias y regiones*, dando

prioridad a un grado equivalente del mismo, a la calidad de vida y a la igualdad de oportunidades en todo el territorio argentino.

Ello surge de la conjugación del art. 75, incs. 2º, párr. 3º, y 19, párr. 2º, con el art. 124, esta última norma localizada en el seno competencial de los gobiernos de provincia.

Como varios de los propósitos de la reforma constitucional, aquella premisa es por ahora solo un desiderátum y otra de las importantes deudas pendientes que persisten, toda vez que continúan acentuándose las asimetrías entre los diversos entes subestatales y tampoco se ha experimentado hasta el momento un sostenido movimiento regional.

4.4. Establecimientos de "utilidad nacional"

Por vía del art. 75, inc. 30 se han delimitado las competencias federales y provinciales en los lugares y *establecimientos de "utilidad nacional"*. Esa cláusula constitucional adjudica al Congreso la competencia para ejercer 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 el territorio de la República; advirtiendo 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*. Es decir, que los "poderes de imposición" obviamente suponen la potestad de percibir tasas y tributos locales que estén vigentes en el territorio en cuestión.

Cabe subrayar la incorporación de la expresión "fines específicos" de los establecimientos de utilidad nacional y la determinación en punto a 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". Ambas cuestiones, al menos desde la dimensión normativa, apuntan a fortalecer las autonomías provinciales y municipales.

En rigor de verdad, esa norma constitucional es recipiendaria del desarrollo jurisprudencial de la CS en torno a las facultades provinciales en los establecimientos de utilidad nacional ubicados dentro de su territorio. Nos referimos a su positivo giro jurisprudencial que permitió superar el discutible criterio que por mayoría adoptara en "Hidronor, Hydroeléctrica Norpatagónica SA c. Provincia del Neuquén"¹²⁷⁰, del 4/12/1980, fallado en ejercicio de su competencia originaria.

Allí receptó la demanda planteada y declaró la inconstitucionalidad de la ley 769 de la provincia del Neuquén que había creado la municipalidad de tercera categoría en el pueblo "Villa El Chocón", Departamento de Confluencia y consecuentemente, determinó la nulidad del acto de

asunción al cargo del comisionado municipal designado. Sostuvo que el entonces [art. 67, inc. 27](#) de la CN (que hoy, con variaciones, corresponde al art. 75, inc. 30) atribuía al Congreso la facultad de "ejercer una legislación exclusiva" sobre los lugares adquiridos por compra o cesión en cualquiera de las provincias, destinados a establecimientos de utilidad nacional, lo que debía entenderse en el sentido de que la facultad del Gobierno nacional a legislar —comprensiva de las de administrar y juzgar— en los lugares que la Constitución ha reservado para su jurisdicción en vista de la utilidad común que ellos revisten para la Nación, es única y no compartida, pues juzgó que resultaba inadmisibles que, como estaba expresada, fuera ejercida concurrentemente por las legislaturas provinciales, toda vez que la exclusividad implica la negación del ejercicio simultáneo de otros poderes en esos lugares.

4.5. Intervención federal

Se trata de una "garantía federal" para el correcto funcionamiento del régimen político e institucional.

El art. 6º de la CN (no directamente modificado por la innovación constitucional pero indudablemente impactado por otras normas que sí lo fueron), establece: "*El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia*" —destacado añadido—.

La reforma procuró instituir la premisa de que la *intervención federal a las provincias* (y a la CABA) es una figura *extraordinaria*, aclarando que su declaración es competencia del Congreso y excepcionalmente puede ser ejercida por el Poder Ejecutivo Nacional (PEN), teniendo en este caso el Cuerpo legislativo la potestad de aprobar o revocar la intervención decretada, durante su receso, por el/la presidente/a (cfr. arts. 75, inc. 31, y 99, inc. 20).

4.6. Dominio originario provincial de los recursos naturales

Desde un plano general se ha sostenido que "el principio de integridad territorial de las provincias rescata a favor de éstas el dominio y la jurisdicción de sus *recursos naturales*, su *subsuelo*, su *mar territorial*, su *plataforma submarina*, su *espacio aéreo*, sus *ríos, lagos y aguas*, sus *caminos*, las *islas* (cuando el álveo es provincial), las *playas marinas* y las *riberas* interiores de los ríos, etc. Las leyes del Estado federal opuestas a estos principios deben considerarse inconstitucionales"¹²⁷¹ —destacado del original—.

Por su parte, el art. 124, *in fine*, de la CN (según la redacción que le brinda la reforma de 1994) establece que "corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio", aunque nada dice sobre la exploración y el aprovechamiento de tales recursos.

Indudablemente, el tópico presenta aristas de interés público y tiende puentes con otras cláusulas constitucionales. Por ejemplo:

— el art. 41, respecto del derecho de todos los habitantes 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. Concretamente, la norma dispone que "las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales" —destacado agregado—, para pasar a señalar que corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección¹²⁷², y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales;

— el art. 75, inc. 17, acerca de los derechos de los pueblos indígenas argentinos, debiendo el Congreso de la Nación (y, añadimos por nuestra parte, todas las autoridades públicas competentes) *asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten*, pudiendo las provincias ejercer concurrentemente esta y las demás atribuciones desplegadas en la norma aludida; y

— el art. 75, inc. 19, que puede ser interpretado como continente de una abarcadora cláusula de "desarrollo humano" o "nueva cláusula del progreso" que complementa a la no menos generosa "cláusula del progreso" original, cobijada ahora en el inc. 18 de tal norma constitucional. En un marco de gran amplitud, aquel inciso impone al Congreso "proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, (...)"; y "proveer al crecimiento armónico de la Nación (...); [y] promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones (...)".

Resulta significativa la inclusión en el texto constitucional de la pauta referente a que *corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio*. Sin embargo, en modo alguno la cuestión ha quedado zanjada, abriéndose numerosos frentes de discusión respecto de varias aristas directas y colaterales de un problema harto complejo, p. ej., sobre la relación no siempre lineal entre *dominio* y *jurisdicción* respecto de los recursos naturales.

Al respecto, Bidart Campos señala que el "*dominio de las provincias sobre sus bienes no coincide con la jurisdicción*"; puede haber dominio sin jurisdicción, y así en materia de ríos las provincias tienen el dominio de los que corren por su territorio, sin perjuicio de la jurisdicción federal del Congreso con respecto a la navegación y al comercio interprovincial"¹²⁷³ —destacado del original—.

A su tiempo, se ha puntualizado que *el dominio se ejerce sobre las cosas, mientras la jurisdicción sobre las relaciones*; añadiendo que "el dominio lleva necesariamente a la jurisdicción si nada la limita o la excluye; la jurisdicción no lleva necesariamente al dominio"¹²⁷⁴.

Sea como fuera, es lícito concluir que la premisa consagrada en el segmento final del citado art. 124, como hipótesis de mínima prefigura la obligación del Gobierno federal de requerir el consentimiento provincial para disponer de los recursos naturales existentes en su territorio.

4.7. Sobre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

4.7.1. La innovación constitucional dispuso en el art. 129 un tratamiento explícito a la CABA, dotándola de un estatus jurídico *sui generis* que ha generado numerosas disquisiciones doctrinarias para encuadrar su naturaleza jurídica. En ese sentido, se han ensayado diversas modalidades de tipificación, p. ej., "ciudad autónoma", "ciudad-Estado", "municipio federado", "distrito autónomo"; incluso, se ha llegado a manifestar, como fórmula amplia aunque un tanto vaga, que es *más que un municipio pero menos que una provincia*.

La CABA es la sede de la Capital Federal, y en definitiva es *un nuevo sujeto de la relación federal* que viene a sumarse a las restantes: el *Estado federal*, las *provincias* y, dentro de estas, los *municipios*. Una nueva figura federal es la *región*, aunque esta no fue ideada como unidad política.

Según anticipábamos, la CABA ostenta un régimen de gobierno autónomo (acumulándose tal carácter autonómico a su condición de actual capital del país), con facultades propias de legislación y jurisdicción. Su jefe de gobierno es elegido directamente por el pueblo de la Ciudad, además de haber sancionado el 1 de octubre de 1996 su propia "Constitución", pese a que el art. 129 de la CN se refiere a la potestad de emanar un "Estatuto Organizativo de sus instituciones".

Es interesante la visión de Bidart Campos en cuanto a que el territorio de la Ciudad *no está ya federalizado totalmente*, sino sujeto a *jurisdicción federal únicamente en lo que se refiere y vincula a los intereses que en ese territorio inviste el Estado federal*, en razón de residir allí el Gobierno federal y de estar situada la Capital Federal; de lo que extrae que la

jurisdicción federal es *parcial* y de naturaleza o sentido *institucional y competencial*, pero no territorial o geográfico, porque el territorio no es federal ni se federaliza¹²⁷⁵.

El autor mencionado aporta su mirada en lo tocante a la posibilidad de *intervención federal* a la CABA, pero como Ciudad de Buenos Aires y no como Capital Federal mientras lo siga siendo (arts. 75, inc. 31, y 99, inc. 20). Dicho de otro modo, juzga que "individualizar a la ciudad —que por el art. 129 debe ser autónoma— ayuda a argumentar que si puede ser intervenida es porque su territorio no está federalizado y porque, a los fines de la intervención federal, se la ha equiparado a una provincia. Si la ciudad mantuviera su federalización mientras fuera capital, tal vez pudiera pensarse que, aun con autonomía", no sería susceptible de intervención en virtud de esa misma federalización territorial. En esa línea, considera que cuenta con mayor asidero "imaginar que el gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires en un territorio que, aun siendo sede del gobierno federal y Capital de la república, ya no está federalizado, es susceptible de ser intervenido porque, en virtud de este status, puede incurrir —al igual que las provincias— en las causales previstas en el art. 6º de la Constitución"¹²⁷⁶.

4.7.2. Aunque eventualmente la CABA dejara de ser capital de la República mantendrá un régimen de gobierno autónomo (art. 129, párr. 1º); el pueblo de la *Ciudad de Buenos Aires* —también de la capital en caso de traslado— elegirá directamente a sus representantes ante la Cámara de Diputados (art. 45); la *Ciudad de Buenos Aires*, al igual que cada provincia, tendrá tres senadores en esta cámara —no se prevé la elección de senadores por la Capital Federal— (art. 54); el art. 75, inc. 2º ("coparticipación de impuestos"), incluye a la *Ciudad de Buenos Aires* como una de las destinatarias de la distribución de los fondos coparticipables —íd., párr. 3º—; toda transferencia de competencias, servicios o funciones requiere aprobación por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la *Ciudad de Buenos Aires* en su caso —íd., párr. 5º—; el organismo federal que tendrá a su cargo el control y fiscalización de la coparticipación impositiva, según lo determine la ley, deberá asegurar la representación de todas las provincias y la *Ciudad de Buenos Aires* en su composición —íd., párr. 6º—; la *Ciudad de Buenos Aires* puede ser objeto de intervención federal dispuesta por el Congreso —art. 75, inc. 31— o, en caso de receso del Congreso, por el Poder Ejecutivo —art. 99, inc. 20—; la *Ciudad de Buenos Aires* puede conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura —art. 125, párr. 2º—.

Por el contrario, en el art. 75, inc. 2º, párr. 2º, *no se incluye a la Ciudad de Buenos Aires* entre las instancias federales (Nación y provincias) que

deben acordar la ley convenio que instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos. En dirección similar, y al menos desde la literalidad constitucional, el art. 124 *excluye a la Ciudad de Buenos Aires* de la posibilidad de crear regiones para el desarrollo económico y social y para celebrar convenios internacionales¹²⁷⁷, con conocimiento del Congreso. Solo alude a dicha Ciudad para señalar que tendrá el régimen que se establezca a tal efecto (párr. 1º, *in fine*), y no la incluye en la prescripción que sí involucra a las provincias en cuanto a la titularidad del dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio (párr. 2º).

Es preciso aclarar que la ley nacional 24.588¹²⁷⁸, que garantiza los intereses del Estado nacional en la Ciudad de Buenos Aires mientras sea capital de la República para asegurar el pleno ejercicio de los poderes atribuidos a las autoridades del Gobierno de la Nación, ha extendido a la CABA la facultad de celebrar convenios internacionales dispensada a las provincias. Ello, con arreglo a lo establecido en la parte final del párr. 1º del art. 124 de la CN. El art. 14 de la aludida ley establece que la Ciudad de Buenos Aires podrá "celebrar convenios y contratar créditos internacionales con entidades públicas o privadas siempre que no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no se afecte el crédito público de la misma, con la intervención que corresponda a las autoridades del Gobierno de la Nación".

4.7.3. Para cerrar este acercamiento, y en cuanto al *estatus constitucional de la CABA*, vale traer a colación lo resuelto por la CS *in re* Competencia CCC 7614/2015/CNC1-CA1, "Corrales, Guillermo Gustavo y otro s/hábeas corpus", dirimido en votos divididos el 9/12/2015¹²⁷⁹, para lo cual tomaremos las consideraciones contenidas en la moción prevaleciente (ministros Lorenzetti y Maqueda).

Concretamente, se originó una contienda negativa de competencia entre la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (CNFed. Crim. y Correc.) y la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCasación Penal), sobre la base del hábeas corpus colectivo interpuesto en favor de todas las personas mayores de 70 años que permanecen detenidas en unidades carcelarias federales como imputados, procesados y/o condenados por los delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar, basándose en el agravamiento en la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad.

Al denunciarse la presunta vulneración a los derechos de personas detenidas en establecimientos penitenciarios federales por parte de autoridad nacional, el voto triunfante entendió que *correspondía que entienda la justicia federal*, debiendo remitirse la causa a la CNCasación Penal a sus efectos, sin que ello importe abrir juicio sobre la procedencia

o improcedencia de la acción intentada¹²⁸⁰. En esa línea, se sostuvo que no podría admitirse la atribución de competencia a la CNFed. Crim. y Correc., ya que, más allá de la innegable pertenencia al Poder Judicial de la Nación de los tribunales ordinarios de esta ciudad, *la justicia nacional criminal no posee competencia en materia federal* (cfr. arts. 26 y 33 de la ley nacional 23.984¹²⁸¹).

Asimismo, la CS evoca lo sostenido en cuanto a que la nombrada ley nacional 24.588 establece en su art. 8º que "la justicia nacional y ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación", siendo por tanto reglamentaria del art. 129 de la CN (cfr. Fallos 329:5438).

Además, tuvo en cuenta que en tanto la CN le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires su *autonomía* no puede sino concluirse que *el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio y su continuidad se encuentra supeditada a que tengan lugar los convenios de transferencia de competencias*. Es que, si bien el carácter nacional de los tribunales de la Capital Federal pudo tener sustento en el *particular estatus* que esta tenía con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, lo cierto es que, *producida esta modificación fundamental, las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria, que vale reiterar, no son federales, deben ser transferidas a la CABA, ya que, al igual que lo que ocurre en las jurisdicciones provinciales, estos asuntos deben ser resueltos por la justicia local*.

Finalmente, y transcurridos [hasta ese entonces] más de veinte años de la reforma constitucional de 1994, era imperioso *exhortar a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias garantizándole a la CABA el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional*.

Otro aspecto importante del fallo es que la CS abandona su tradicional criterio de acuerdo con el cual, "a los efectos de analizar si media denegatoria del fuero federal, todos los magistrados que integran la judicatura de la Capital de la República revisten el mismo carácter nacional (Fallos 233:30; 236:8; 321:2659, entre muchos otros)"; disponiendo que, "de aquí en más", *a los efectos de dirimir cuestiones de competencia, no corresponde equiparar a los tribunales nacionales ordinarios con los federales*.

V. CIERTOS ASPECTOS DEL FEDERALISMO FISCAL EN LA VISIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y OTRAS CUESTIONES VINCULADAS AL TEMA

5.1. Advertencia previa

Obviamente, intentar abordar de modo exhaustivo los precedentes sobre temas de federalismo fiscal que exhibe el acervo jurisprudencial de la CS, además de exceder el objetivo de este trabajo, sería —por obvias razones de limitación de extensión del presente— una tarea condenada al fracaso.

Por tanto, con un objetivo más modesto, solo presentaremos: *i*) un pronunciamiento relativo a un caso evidente de omisión inconstitucional¹²⁸² en el dictado de una Ley de Coparticipación Municipal en La Rioja, luego salvado —al menos normativamente— por la CS; *ii*) una aproximación al álgido asunto de las sistemáticas detracciones de impuestos coparticipables de las provincias y las demandas deducidas originariamente por Santa Fe, San Luis y Córdoba para superar tal anómala problemática y *iii*) ciertas acciones y reacciones que, como consecuencia de las sentencias emitidas al respecto por la Corte, se canalizaron a través de decretos de necesidad y urgencia (DNU) —u otro tipo de decretos— dictados por la presidenta saliente (Cristina Fernández de Kirchner) y el primer mandatario entrante (Mauricio Macri) a finales de 2015 y, ya en 2016, de otras disposiciones que circundan a tal tópico.

5.2. Causa "Recurso de hecho deducido por la Municipalidad de La Rioja en la causa Intendente Municipal Capital s/amparo"

En un fallo dictado el 11/11/2014¹²⁸³, respecto de una causa *muy importante para el sistema federal argentino*, la CS¹²⁸⁴ admitió el recurso de hecho deducido por el intendente de la ciudad de La Rioja en orden a que el Superior Tribunal de Justicia provincial se pronunciara sobre la *omisión* de esa provincia en dictar una ley de coparticipación municipal.

Como sustento de la decisión, y entre otras consideraciones, el Alto Tribunal sostuvo que

— la reforma de la CN en 1994 introdujo el mandato de autonomía municipal en el art. 123, según el cual *cada provincia debe diseñar su modelo de coparticipación con los municipios*;

— al momento de dictar el fallo, *solo criterios discrecionales gobernaban la distribución de fondos a los municipios por parte de la provincia, y la Municipalidad de la Capital había sido particularmente discriminada en el reparto*. En ese sentido, puntualizó que a la luz del principio constitucional de autonomía municipal en los órdenes *institucional, político, administrativo, económico y financiero*, *no podía haber real autonomía municipal si se privaba a los municipios del sustento económico-financiero indispensable para que prestaran aquellos servicios públicos inherentes a su autonomía institucional*;

— aunque la Constitución provincial ya desde 1998 establecía en dos artículos —168 y 173— las características del modelo de coparticipación municipal que debía implementarse en la provincia, el Poder Legislativo *nunca dictó la ley necesaria para precisar su contenido*;

— la CS *desestimó en particular el argumento del Superior Tribunal provincial según el cual la omisión del Poder Legislativo de La Rioja no podía ser objeto de una acción judicial por constituir una "cuestión política no justiciable"*; y que a más de 16 años de la vigencia de la Constitución provincial —por ese entonces—, no resultaba posible sostener que el dictado de la Ley de Coparticipación Municipal —es decir, *el acatamiento de la Constitución*— quedara condicionado a la concreción de acuerdos políticos entre provincia y municipios que en todo ese tiempo no habían sido logrados. Tales mandatos no podían quedar subordinados a la posibilidad o no de obtener aquellos acuerdos sin considerar la irrazonable demora en alcanzarlos, siendo que por voluntad popular ya consensuada por el pueblo de La Rioja en su Constitución, *la provincia debía sancionar una Ley de Coparticipación Municipal*;

— el gobernador y la Legislatura debían realizar todos los esfuerzos necesarios para *asegurar el cumplimiento de la Constitución*, proveyendo los recursos financieros a sus municipios de acuerdo con parámetros preestablecidos; y

— la CS subrayó la gravedad que ostentaba la ausencia de esta ley, al recordar que durante la Convención Constituyente Nacional de 1994 se señaló que correspondía la intervención federal de la provincia *"si no se asegura el régimen cualificado de la autonomía municipal en las provincias"* —énfasis nuestro—.

En definitiva, la CS hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario interpuesto, dejó sin efecto la sentencia apelada y ordenó que los autos volvieran al tribunal de origen a sus efectos.

Finalmente, y ante el impulso inicial de la Corte Nacional en el citado fallo y logrados los consensos pertinentes en el ámbito local, se aprobó la ley provincial 9782 que regula el Régimen de Coparticipación de Impuestos entre la Provincia de La Rioja y sus Municipalidades. Fue sancionada por la Cámara de Diputados el 19/11/2015 y entró en vigor el 1/1/2016.

La ley en cuestión es producto de una lucha federal para fortalecer las autonomías municipales. Su buen funcionamiento ya depende de otros factores, primordialmente de la voluntad política de las autoridades pertinentes.

5.3. La sensible cuestión de las detracciones de impuestos coparticipables

5.3.1. Fue un tanto extraño e inoportuno el momento en que la CS decidió fallar casos de [justos] reclamos que llevaban años en *modo espera* por detracciones de impuestos coparticipables, de conformidad con el "Acuerdo entre el Gobierno nacional y los Gobiernos provinciales", de 12/8/1992, ratificado por la ley nacional 24.130¹²⁸⁵.

5.3.2. Nos referimos a las siguientes causas: CSJ 538/2009 (45-S) CS1, Orig., "Santa Fe, Provincia de c. Estado nacional s/Acción declarativa de inconstitucionalidad"; CSJ 191/2009 (45-S) CS1, Orig., "San Luis, Provincia de c. Estado nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos"; CSJ 539/2009 (45-S) CS1, Orig., "Santa Fe c. Estado nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad"; CSJ 1039/2008 (44-S) CS1, Orig., "San Luis, Provincia de c. Estado nacional y otra s/cobro de pesos", y CSJ 786/2013 (49-C) CS1, Orig., "Córdoba, Provincia de c. Estado nacional y otro s/medida cautelar".

Todas ellas fueron resueltas el 24/11/2015 por los mismos integrantes del Tribunal: los ministros Lorenzetti, Fayt y Maqueda.

5.3.3. Reseñaremos brevemente las partes más significativas de los respectivos contenidos resolutivos de los citados pronunciamientos, que pueden agruparse como sigue.

5.3.3.1. En los casos CSJ 538/2009 (provincia de Santa Fe) y CSJ 191/2009 (provincia de San Luis), la CS resolvió:

— *Declarar la inconstitucionalidad del art. 76 de la ley nacional 26.078*¹²⁸⁶, en lo atinente a la detracción del 15% de la masa de impuestos coparticipables pactada en la cláusula primera del citado "Acuerdo entre el Gobierno nacional y los Gobiernos provinciales".

— *Disponer el cese de la detracción* en la proporción que le corresponde a la provincia de Santa Fe/provincia de San Luis [según proceda], de acuerdo con la distribución y los índices fijados en la ley convenio 23.548¹²⁸⁷, bajo apercibimiento de ordenar al presidente del Banco de la Nación Argentina (BNA) que cumpla con la manda en el término de diez (10) días.

— *Condenar al Estado nacional a pagar a la provincia de Santa Fe/provincia de San Luis*, con los alcances establecidos en el pronunciamiento, *la suma que resulte del cálculo de las cantidades detraídas en virtud de la norma impugnada, con más los intereses según la legislación que resulte aplicable*. A fin de hacer efectiva la condena, una vez determinado el monto, se fijaría un plazo de ciento veinte (120) días

para que las partes acuerden la forma y plazos en que se reintegrarán las sumas debidas, bajo apercibimiento de determinarlo la Corte en la etapa de ejecución de la sentencia.

— *Exhortar a los órganos superiores de nuestra organización constitucional a dar cumplimiento con la disposición transitoria sexta de la CN, e instituir el nuevo régimen de coparticipación federal, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, y a dictar la consecuente ley convenio, en orden al mandato contenido en el inc. 2º del art. 75.*

En relación con el último tópico (omisión de sanción de la ley convenio a que alude el art. 75, inc. 2º, párr. 2º, CN), la CS se explayó formulando, a nuestro criterio, *un reclamo por lo que todavía no es y una exhortación para que efectivamente sea*. En resumen, manifestó que

— si bien no desconoce la complejidad de la cuestión, atento a la pluralidad de jurisdicciones comprometidas en su definición así como los múltiples aspectos económicos, políticos y culturales que involucra que necesariamente demandan un amplio y profundo ámbito de negociación, debate y consensos, estas circunstancias no pueden resultar un justificativo para un inmovilismo que ya supera ampliamente los tres lustros [a la fecha del pronunciamiento] y que *conspira claramente contra el objetivo de fortalecer el federalismo fiscal perseguido por los constituyentes de 1994*;

— ese incumplimiento exige de la Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, debe *poner de manifiesto la imperiosa necesidad de sancionar la ley convenio en los términos del art. 75, inc. 2º, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias*, que instituya regímenes de coparticipación de las contribuciones directas e indirectas, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos y una distribución que contemple criterios objetivos de reparto; que sea equitativa, solidaria y que dé prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional;

— en palabras del miembro informante del dictamen de la mayoría de la Comisión de Redacción ante el plenario de la Convención Constituyente de 1994, la incorporación al texto constitucional de esos principios generales, lejos de ser meras expresiones de voluntarismo o de ingenuidad política, *configuran criterios o postulados a los que el legislador, así como la Nación y las provincias, deben ajustarse imperativamente*;

— *a través de la cláusula transitoria sexta, el legislador constituyente ha definido un mandato explícito e inderogable por la voluntad política de*

sus partes, es decir, la sanción de un nuevo régimen de coparticipación y la reglamentación del organismo fiscal federal de fiscalización y control *antes de la finalización de 1996*.

— con esa norma reafirmó la inquebrantable decisión de salir de un régimen de distribución de recursos que lleva más de veinticinco años, y de ingresar definitivamente en un *nuevo mapa de relaciones financieras y fiscales entre el gobierno federal y los estados provinciales*.

— utilizando una imagen kantiana, rememora que el imperativo categórico que no puede ser soslayado apelando a ningún subterfugio legal exige que las partes emprendan cuanto antes el *diálogo institucional que desemboque en el nuevo Pacto Federal Fiscal*, que sentará las bases de la futura ley convenio, "y sería altamente positivo que el clima de respeto y la vocación de consenso que se ha gestado en el ámbito de esa Convención se sostenga para dar lugar a un sistema superador que contemple las exigencias de equidad y solidaridad que allí se postularon" (cfr. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente*).

— el conflicto que el Tribunal resuelve, y tantos otros análogos sometidos a su decisión, *se hubieran evitado si se hubiese cumplido con esa manda constitucional*.

— la exhortación a los órganos superiores de nuestra organización constitucional se impone, a fin de consolidar el proyecto federal de nuestra Constitución primigenia, reivindicado por los convencionales constituyentes de 1994, en cumplimiento del *fortalecimiento del régimen federal* que les fue encomendado (art. 3º, apart. 'A', ley nacional 24.309¹²⁸⁸); y

— por último, indica que sin que ello implique relevar de responsabilidades a las jurisdicciones locales, *corresponde que los poderes federales (PEN y Congreso Nacional) asuman el rol institucional que les compete como coordinadores del sistema federal de concertación implementado con rango constitucional en 1994*, y formulen las convocatorias pertinentes a los efectos de elaborar las propuestas normativas necesarias para implementar el tan demorado sistema de coparticipación.

En definitiva, se trata de una tan ostensible como inconcebible omisión inconstitucional que se mantiene inalterada desde hace veintidós años, en relación con la sanción de la ley convenio a la que se refieren el art. 75, inc. 2º, párr. 2º, y la cláusula transitoria sexta, que aluden tanto al régimen coparticipativo como a la reglamentación del organismo fiscal federal. En teoría, todo ello debió haber sido establecido *antes de la finalización del año 1996*¹²⁸⁹, como varias veces se mencionó aquí.

Sobran las palabras y escasea la voluntad política, que es indispensable para la construcción de consensos que permitan superar el *statu quo* y dar cumplimiento a lo establecido mandatoriamente en la Ley Fundamental.

5.3.3.2. En los casos CSJ 539/2009 (provincia de Santa Fe) y CSJ 1039/2008 (provincia de San Luis), la CS resolvió:

— *Declarar la inconstitucionalidad de los arts. I, inc. a), y 4º del dec. nac. 1399/2001*¹²⁹⁰ *del PEN;*

— *Disponer que la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) se abstenga de retener a partir de la notificación de la sentencia, de la cuenta recaudadora del impuesto de la ley nacional 23.349*¹²⁹¹, *el porcentual resultante de la aplicación del dec. nac. 1399/2001 que a la provincia de Santa Fe/provincia de San Luis [según corresponda] le asigna la ley nacional 23.548, bajo apercibimiento de ordenar al presidente del BNA que cumpla con la manda en el término de diez (10) días.*

— *Condenar al Estado nacional a pagar a la provincia de Santa Fe/provincia de San Luis [según corresponda], con los alcances establecidos en el pronunciamiento, la suma que resulte del cálculo de las cantidades detraídas en virtud del dec. nac. 1399/2001, con más los intereses según la legislación que resulte aplicable.* A fin de hacer efectiva la condena, una vez determinado el monto, se fijaría un plazo de ciento veinte (120) días para que las partes acuerden la forma y plazos en que se reintegrarán las sumas debidas, bajo apercibimiento de determinarlo la Corte en la etapa de ejecución de la sentencia.

5.3.3.3. Finalmente, en el caso CSJ 786/2013 (provincia de Córdoba), la CS *ordenó con carácter de medida cautelar al Estado nacional que suspendiera de manera inmediata los descuentos que se le efectuaban a la provincia de Córdoba sobre fondos de la coparticipación federal de impuestos en virtud de la aplicación del art. 76 de la ley nacional 26.078, con relación a lo que era materia del juicio.*

5.4. Ráfaga de decretos y otros instrumentos

Como consecuencia de aquellos pronunciamientos, y a muy escasos días de la asunción de Mauricio Macri como nuevo presidente de la Nación, la entonces presidenta en funciones dictó el dec. nac. (DNU) 2635/2015¹²⁹².

Esa normativa estableció el cese a la detracción del 15% de la masa de impuestos coparticipables pactada en la cláusula primera del aludido "Acuerdo entre el Gobierno nacional y los Gobiernos provinciales" a *la totalidad de las jurisdicciones*, en la proporción que les correspondiera en

función de la distribución y los índices fijados en la ley nacional 23.548. Paralelamente, dispuso que la AFIP cesara la retención de la cuenta recaudadora del impuesto de la ley nacional 23.349 *a la totalidad de las jurisdicciones*, del porcentual resultante de la aplicación del dec. nac. 1399/2001 que a cada una de ellas le asigna la mencionada ley nacional 23.548.

Ante el fuerte impacto económico y financiero del DNU, el flamante primer mandatario emitió, en acuerdo ministerial, el dec. nac. (DNU) 73/2016¹²⁹³ por el que se dejó sin efecto el citado DNU 2635/2015.

Debe hacerse notar que con posterioridad al dictado de este último, la CS dictó sentencia en la causa caratulada: "Formosa, Provincia de c. Estado nacional" (CSJ 4.783/2015, Orig., 9/12/2015), en la cual dicha provincia peticionaba la concesión de una medida cautelar para el cese de la detracción del 15% de la masa de coparticipación federal con destino a la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS), en la proporción que corresponde. El planteo fue rechazado liminarmente, dado que —en la visión de la Corte— los términos de la presentación impedían tener por configurados los presupuestos mínimos e indispensables para que, frente a la trascendencia institucional del caso, el Tribunal ejerciera *una de las jurisdicciones más eminentes que se le han conferido, cual es su misión de resolver conflictos interestatales*.

Entre mediados de diciembre de 2015 y comienzos de marzo de 2016, varias entidades subestatales dedujeron demandas con respecto a la detracción del 15% en función del "Acuerdo entre el Gobierno nacional y los Gobiernos provinciales" y/o del dec. nac. 1399/2001. Se trata de las provincias de Formosa, Tucumán, Catamarca, Córdoba, San Juan, Neuquén, Río Negro, La Pampa, Chaco y Santa Cruz. A ellas se suman, las provincias de Entre Ríos y Misiones que formularon denuncias en referencia al citado "Acuerdo".

Por ley nacional 27.199¹²⁹⁴, el "Pacto para el Empleo, la Producción y el Crecimiento" —objeto de sucesivas prórrogas— fue prolongado hasta el 31/12/2017.

A su vez, mediante el art. 24 de la ley nacional 27.260¹²⁹⁵, se ratificó el Acuerdo suscripto entre el Estado nacional, los gobiernos provinciales y la CABA el 23 de mayo de 2016. Ello, para resolver las diferencias que existían entre aquellas instancias respecto de la validez y los efectos del art. 76 de la mencionada ley nacional 26.078, que dispuso la prórroga del también citado "Acuerdo entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Provinciales", y fijar un esquema de eliminación gradual de la detracción del 15% de la masa de impuestos coparticipables allí convenida¹²⁹⁶.

Por su parte, el art. 26 de la ley nacional 27.260 dispuso que el Tesoro Nacional cubra un importe equivalente a las sumas que se dejen de detraer como consecuencia de lo convenido en los Acuerdos ratificados, aclarando que aquel importe seguiría siendo considerado como referencia a los fines del cálculo de la movilidad dispuesta por la ley nacional 26.147¹²⁹⁷.

Entretanto, se emitió el dec. nac. 406/2016¹²⁹⁸, que crea el "Programa Acuerdo para el Nuevo Federalismo" con el objetivo de alcanzar una propuesta para eliminar la detracción del 15% de la masa de impuestos coparticipables pactada en la cláusula primera del mencionado "Acuerdo entre el Gobierno nacional y los Gobiernos provinciales". Asimismo, se creó el "Consejo Argentino para el Nuevo Federalismo", como órgano de aplicación de aquel Programa. Dicho Consejo debía arribar a una propuesta para la eliminación de la multicitada detracción del 15%.

Desde luego, se aprobaron otros decretos del PEN ya con relación al aumento de la participación de la CABA en los recursos coparticipables correspondientes al Tesoro de la Nación, como consecuencia de la transferencia de las funciones de seguridad en todas las materias no federales del Estado nacional a la Ciudad. P. ej., el dec. nac. 194/2016¹²⁹⁹, por el que —en su texto actualizado por el art. 1º del dec. nac. 257/2018¹³⁰⁰— se fijó a partir del 1/1/2018 la participación que corresponde a la CABA por aplicación del art. 8º de la ley nacional 23.548 y modif., en un coeficiente equivalente al 3,50% sobre el monto total recaudado por los gravámenes establecidos en el art. 2º de tal ley. Quedó igualmente establecido en el aludido dec. nac. 194/2016, a partir del párrafo incorporado por el art. 1º del dec. nac. 399/2016¹³⁰¹, que aquel coeficiente no incide en la distribución de los recursos del Fondo Federal Solidario establecida en el art. 3º del dec. nac. 243/2009¹³⁰², la que se realizará entre las jurisdicciones beneficiadas conforme las proporciones vigentes al 31/12/2015, "ni en la de otros sistemas o regímenes análogos o actualmente existentes" (sic).

Por lo demás, y como bien ha sido sintetizado, en 2016 se produjeron "varias novedades con relación a los tributos nacionales y su distribución entre Nación y provincias, ya sea por cambios en tributos que se comparten con provincias (ganancias, derechos de exportación e impuesto al valor agregado —IVA—), como por el arreglo alcanzado para la devolución (gradual) a provincias de la detracción del 15% a la coparticipación que desde 1992 va a la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS). Además, se fijaron nuevos compromisos en materia de responsabilidad fiscal y se anunció el objetivo de discutir una nueva Ley de Coparticipación Federal de Impuestos en años venideros"¹³⁰³.

Finalmente, entre otros instrumentos, se suscribieron: i) la "Carta de Intención para el Fortalecimiento del Federalismo" de 2 de agosto de 2016, firmada por el Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, el Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas, las provincias y la CABA, para impulsar una nueva Ley de Coparticipación Federal de Impuestos; y ii) la "Carta de Intención" de 27/12/2016, signada por el Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, el Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas y la AFIP, además de las provincias y la CABA para el fortalecimiento de las administraciones tributarias nacional, provinciales y de la propia Ciudad de Buenos Aires.

VI. SOBRE EL "FEDERALISMO AMBIENTAL"

6.1. Un fallo importante acerca del conflicto por el río Atuel (calificado como "interprovincial"), en realidad un relativamente reciente decisorio que tuvo como antecedente el pronunciamiento de la CS del 3/12/1987¹³⁰⁴, es el contenido en la causa "La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/Usos de aguas"¹³⁰⁵, del 1/12/2017, de competencia originaria del Tribunal. Aborda una serie de temas entre los cuales nos interesa destacar particularmente lo atinente a lo que algunos autores denominan el *federalismo ambiental*¹³⁰⁶.

Partiendo de la base de que el *ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible* (Fallos 329:2316), entre otras consideraciones, la CS expresó que

— el *federalismo es un sistema cultural de convivencia*¹³⁰⁷, "cuyas partes integrantes no actúan aisladamente, sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada" (consid. 6º);

— el sistema federal importa asignación de competencia a las jurisdicciones federal y provincial; lo que *no implica subordinación de los Estados particulares al Gobierno central*, "pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; no debe verse aquí enfrentamientos de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes"¹³⁰⁸ (íd. consid.);

— la funcionalidad del sistema federal constitucional argentino *se funda en el principio de lealtad federal o buena fe federal* [sobre el que volveremos], según el cual "en el juego armónico y dual de competencias federales y provinciales que, para su deslinde riguroso, pueden ofrecer duda, debe evitarse que tanto el gobierno federal como las provincias abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes; implica asumir una conducta federal leal,

que tome en consideración los intereses del conjunto federativo, para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura federal *in totum*"¹³⁰⁹ (íd. consid.);

— debe conjugarse la *territorialidad ambiental*, que responde a factores predominantemente naturales (como el que demarca la extensión de la cuenca de un río) con la *territorialidad federal*, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino). Añade la Corte que la relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en nuestro país exige emprender una tarea de "compatibilización", que no es una tarea "natural" (porque ello significaría "obligar" a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre), sino predominantemente "cultural" (consid. 7º);

— frente a la existencia de tensiones en las relaciones interjurisdiccionales, es necesario asumir una percepción conjuntiva o cooperativa, propia de un *federalismo de concertación*, que supere los enfoques disyuntivos o separatistas (íd. consid.); y

— ante el inevitable surgimiento de desentendimientos e, incluso, hostilidades entre las provincias en el ejercicio de los poderes no delegados que son el resultado del reconocimiento de su autonomía, a fin de garantizar la supervivencia del sistema federal en cuanto unión indestructible de Estados indestructibles¹³¹⁰, y dado que ninguna de ellas podría erigirse en juez de su propia causa, la Constitución ha previsto un mecanismo de solución de conflictos, asignando a la CS la trascendente misión de dirimir, resolver, solucionar y/o componer tales controversias, estableciendo líneas de acción que permitan disiparlas. Concretamente, el Tribunal se refiere a la *competencia dirimente*, que surge del art. 127 de la CN (íd. consid.).

6.2. El pronunciamiento en cuestión deja varios apuntes sobre cuestiones relevantes en el ámbito del sistema federal, p. ej., que i) el federalismo se entiende como sistema *cultural* de convivencia, lo que — como se adelantaba en nota a pie de página— trasluce la influencia del pensamiento de Häberle; ii) la matriz de apoyo del sistema federal constitucional argentino es el *principio de lealtad federal o buena fe federal*; iii) corresponde conjugar la *territorialidad ambiental*, que obedece a factores preferentemente naturales, con la *territorialidad federal* que expresa una decisión principalmente histórica y cultural; iv) es necesario plasmar en la práctica un *federalismo de concertación*; y v) la *competencia dirimente* que el art. 127 de la CN adjudica a la CS supone conferirle la trascendente misión de dirimir los conflictos interprovinciales, propósito inspirado en la penosa y prolongada secuela de discordia entre las provincias que siguió al inicio de nuestra vida independiente (Fallos 310:2478, consid. 61).

Esto último, por cuanto el desentendimiento entre La Pampa y Mendoza se ha mantenido durante décadas, siendo necesario encontrar una eficaz canalización racional de la disputa que evite escenarios de ahondamiento de las desavenencias, sobre todo cuando en la causa se dirime una cuestión constitucional de la mayor relevancia como es la preservación del ambiente y su sustentabilidad intergeneracional (art. 41 de la CN), en la que se halla comprometido el interés general¹³¹¹ (doctrina del art. 32 de la ley nacional 25.675¹³¹²).

En el caso fue también relevante la realización de una audiencia pública con finalidades informativa y conciliatoria¹³¹³, y la participación de amigos del tribunal¹³¹⁴.

La celebración de tal tipo de audiencias y la intervención de *amicus curiae* en procesos dilemáticos y complejos como el que reseñamos ofrecen buenas perspectivas para *democratizar* la discusión jurisdiccional —ensanchando los márgenes deliberativos por medio de argumentos públicamente ponderados—; propician nuevos canales de participación ciudadana y proporcionan mayor *claridad* al desarrollo de la causa, lo que por extensión conduce a *enriquecer la labor judicial y la construcción de sentencias razonadas y justas*, misión preeminente que pesa sobre los jueces, cuya legitimidad en buena medida se asienta en la racionalidad de tales pronunciamientos.

VII. ¿DE QUÉ SE HABLA CUANDO SE HABLA DEL PRINCIPIO DE "LEALTAD FEDERAL" O DE "BUENA FE FEDERAL"?

En el apartado anterior, al reseñar el caso "La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/Uso de aguas", discurrido ante la CS, se formulaban algunas alusiones —apoyadas en Bidart Campos— en torno a esta premisa medular para la funcionalidad del sistema federal constitucional argentino: *el principio de lealtad federal o buena fe federal*. En apretadísima síntesis, tal pauta supone asumir una conducta federal leal, que tome en cuenta los intereses del conjunto federativo para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura federal en su integralidad.

Más allá del anticipo descriptivo, y para comenzar a dar forma a la respuesta al interrogante del presente epígrafe, conviene trasladarse imaginariamente al sistema federal alemán, en el que el principio en cuestión ha obtenido decorosos niveles de elaboración doctrinaria y jurisprudencial y de aplicación pragmática¹³¹⁵. Ya más recientemente se ha extendido también a otros sistemas estatales de estructuración compuesta o compleja, p. ej. Austria, Bélgica, Italia, Suiza y España.

La *Bundestreue*, como se ha designado a la "lealtad federal" en Alemania, generó un patrón constitucional no escrito surgente del principio

del Estado federal y, según entendemos, derivado naturalmente del principio de unidad de todo Estado compuesto. Ese postulado exhibe dos dimensiones: de una parte, el respeto obligado que los *Länder* deben rendir a la normativa federal; de otra, la improcedencia de que la Federación (*Bund*) marque políticas sin escuchar a aquellos o impidiendo su participación en ellas.

Sobre el particular, Faller ha precisado que la relación entre el *Bund* y los *Länder*, así como la de estos entre sí, "no se caracteriza por una vecindad aislada, sino que exige la cooperación, así como las atenciones recíprocas. Las relaciones políticas entre el Estado central y los Estados miembros están determinadas mediante una relación de confianza mutua, expresada en el concepto de 'lealtad federal'. Este principio pertenece a las normas constitucionales inmanentes de la Ley Fundamental, que regulan las relaciones entre el *Bund* y los *Länder*"¹³¹⁶.

La pauta en cuestión no está expresamente recogida en la Ley Fundamental alemana; sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal alemán (*BVerfGE*) se ha ocupado de inferirlo, derivando de él valiosas consecuencias en lo que a la conducta de la Federación y de los *Länder* concierne.

De acuerdo con la doctrina judicial del *BVerfGE*, el principio de lealtad federal exige que tanto la Federación como los *Länder* *deban respetar de manera razonable en el ejercicio de sus competencias el interés común del Estado federal y los intereses de los Länder*¹³¹⁷.

Asimismo, tal principio es aplicable a las relaciones entre los *Länder*. El comportamiento federal amistoso obliga a cada *Land* a respetar en el ejercicio de sus derechos, en lo necesario, los intereses de los otros *Länder* y de la Federación. El *Land* no debe insistir en la imposición de posturas que tengan un efecto limitador jurídico cuando con ello se alteren los intereses fundamentales de otro *Land*. En este principio constitucional del comportamiento federal amistoso radica sistemáticamente la frase no escrita de cláusula *rebus sic stantibus* en el Estado federal, que apunta a las relaciones constitucionales entre las partes de la "República Federal de Alemania"¹³¹⁸.

Extrapolando *mutatis mutandis* aquellas apreciaciones al sistema argentino, y como la CS ha sostenido apoyándose en sólida doctrina, el principio de lealtad federal supone que debe evitarse que tanto el Gobierno federal como las provincias abusen del ejercicio de las competencias, propias o compartidas o concurrentes; implicando, en sentido positivo, la asunción de una "conducta federal leal, que tome en consideración los intereses del conjunto federativo, para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura federal *in totum*"¹³¹⁹.

Por tanto, podríamos afirmar que se trata de un principio multidireccional, de respeto mutuo entre el Estado federal y las entidades subnacionales, y de estas entre sí.

Dicho tal vez de manera coloquial (¿tautológica?), cada instancia federal (Estado nacional, provincia, municipio) debe conducirse y ejercer sus competencias de manera leal, o sea, de buena fe, no teniendo solamente en cuenta sus propios intereses sino también los del conjunto.

La premisa estudiada se hace presente, p. ej., en el art. 128 de la CN, cuando visualiza a los *gobernadores como agentes naturales del Gobierno federal*, que deben contribuir cabalmente a efectivizar la vigencia de la normativa federal en el contexto de los entes subnacionales que conducen.

Al referirse a las pautas de coordinación para "compatibilizar funcionalmente los engranajes de poder entre la Nación y las provincias", Sagüés se refiere a lo que denomina *subprincipio de lealtad federal*, "que erige vallas a los egoísmos locales, exige que la Nación no privilegie ni postergue a unas provincias en perjuicio o beneficio de otras, y que todos estos centros de poder se comporten de buena fe"¹³²⁰.

VIII. OTRAS CUESTIONES COMPLEJAS Y CONFLICTIVAS EN EL SISTEMA FEDERAL

8.1. Exordio

El federalismo argentino presenta diversos problemas, fricciones, desafíos y deudas pendientes.

Una cosa es la vertiente normativa que, reforma constitucional mediante, confluyera en el rediseño del texto constitucional, y otra muy diferente es el mundo de la realidad. Sobreposición de disposiciones jurídicas y déficit de concreciones pragmáticas.

En este segmento del trabajo, examinaremos solo un puñado de cuestiones que ofrecen interés y presentan dificultades y que vienen a sumarse a otros asuntos ya explorados aquí.

Revisaremos en orden secuencial lo siguiente: *i)* algunos aspectos de la autonomía municipal; *ii)* la regionalización interior; *iii)* las posibilidades de actuación internacional de las provincias (también de la CABA); y *iv)* la "cláusula federal" instaurada por el art. 28 de la CADH.

8.2. Ciertos asuntos de interés

8.2.1. Autonomía municipal

8.2.1.1. Como se anticipara, la última modificación constitucional introdujo en el art. 123 un mandato a los entes subnacionales en orden a garantizar la *autonomía de sus municipios*, regulando el alcance de esta en los diversos planos que aquella disposición constitucional determina.

En realidad, se ha constitucionalizado el criterio jurisprudencial forjado por la CS en el caso "Rivademar, Ángela D. B. Martínez Galván de c. Municipalidad de Rosario"¹³²¹, de 21/3/1989, que cerró la discusión sobre la naturaleza jurídica de los municipios, concluyendo que estos *no son entes autárquicos*.

Precisamente, en el consid. 8º del fallo, el Tribunal puntualizó que "*mal se avienen con el concepto de autarquía diversos caracteres de los municipios*, tales como su origen constitucional frente al meramente legal de las entidades autárquicas; la existencia de una base sociológica constituida por la población de la comuna, ausente en tales entidades; la imposibilidad de su supresión o desaparición, dado que la Constitución asegura su existencia, lo que tampoco ocurre con los entes autárquicos; el carácter de legislación local de las ordenanzas municipales frente al de resoluciones administrativas de las emanadas de las autoridades de las entidades autárquicas; el carácter de personas jurídicas de derecho público y de carácter necesario de los municipios (art. 33, Cód. Civil, y especialmente la distinción hecha en el texto originario de Vélez Sarsfield), frente al carácter posible o contingente de los entes autárquicos; el alcance de sus resoluciones, que comprende a todos los habitantes de su circunscripción territorial, y no sólo a las personas vinculadas, como en las entidades autárquicas; la posibilidad de creación de entidades autárquicas en los municipios, ya que no parece posible que una entidad autárquica cree a otra entidad autárquica dependiente de ella; y la elección popular de sus autoridades, inconcebible en las entidades autárquicas" — destacado agregado—.

8.2.1.2. Más allá de la aparente claridad de la disposición constitucional abordada (art. 123), no pareciera estar totalmente diluida la discusión sobre algunos aspectos de la autonomía municipal y su línea de equilibrio con la autonomía provincial.

Aquel perfil autonómico de los entes subprovinciales no puede entenderse en términos absolutos, ya que para respetar el encargo constitucional, el sistema municipal instaurado (o por implementar) en cada provincia deberá adaptarse a lo que preceptúen sus respectivas constituciones y, en su caso, las normativas que pudieran emitir los propios Poderes Legislativos provinciales.

Solo por dar un ejemplo para ilustrar el asunto, en un ya lejano fallo de la CS en la materia, "Telefónica de Argentina c. Municipalidad de Chascomús s/acción declarativa", de 18/4/1997, ha puntualizado que *las*

prerrogativas de los municipios derivan de las correspondientes a las provincias a las que pertenecen (consid. 7º, párr. 2º), añadiendo que "*el régimen municipal que los Constituyentes reconocieron como esencial base de la organización política argentina al consagrarlo como requisito de la autonomía provincial* (art. 5º), consiste en la administración de aquellas materias que conciernen únicamente a los habitantes de un distrito o lugar particular sin que afecte directamente a la Nación en su conjunto y, por lo tanto, debe estar investido de la capacidad necesaria para fijar las normas de buena vecindad, ornato, higiene, vialidad, moralidad, etc. de la Comuna y del poder de preceptuar sanciones correccionales para las infracciones de las mismas (...)"¹³²² (consid. 10, *in fine*) —destacado nuestro—.

Parece oportuno preguntarse: ¿cuál es el límite esencial para establecer el marco de legitimidad y legalidad de la autonomía municipal en los espacios temáticos especificados en el art. 123? La respuesta puede extraerse del fallo de la CS recaído *in re* "Ponce, Carlos Alberto c. San Luis, Provincia de s/acción declarativa de certeza"¹³²³, de 24/2/2005. Allí, el procurador general (al que la mayoría del Tribunal siguió de cerca en algunos puntos) puntualizó que el límite fundamental para determinar el ámbito de legitimidad y de legalidad de las autonomías de los municipios en los órdenes institucional, político, administrativo y financiero, se encuentra en *el principio de razonabilidad contenido en el art. 28 de la Ley Fundamental*, en virtud del cual *las constituciones provinciales no pueden, bajo la apariencia de reglamentar tal autonomía, transponer los límites de lo racional y razonable para la vigencia efectiva de los municipios*.

Más recientemente, en "Municipalidad de La Rioja c. La Rioja Provincia de s/amparo"¹³²⁴, de 23/6/2015, el Tribunal sostuvo que la organización de los gobiernos municipales es una materia que los arts. 5º y 123 de la CN reconocen que *se ha mantenido en la jurisdicción de los gobiernos locales*, y son las *Constituciones provinciales las que deben materializar el mandato de autonomía* en los órdenes institucional, político, administrativo, económico y financiero.

Por su parte, el multicitado art. 123 no confiere a los municipios el poder de reglar las materias que le son propias *sin sujeción a límite alguno*. Es que la cláusula constitucional les reconoce autonomía en los planos ya señalados e impone a las provincias la obligación de asegurarla, pero deja librado a la reglamentación que estas realicen la determinación de su *alcance y contenido*. En otras palabras, se admite así un marco de autonomía municipal cuyos contornos deben ser delineados por las provincias, con el fin de coordinar el ejercicio de los poderes que conservan (arts. 121, 122, 124 y 125 de la CN) con el mayor grado posible de atribuciones municipales en los ámbitos de actuación mencionados por el art. 123¹³²⁵.

En definitiva, lo cierto es que en nuestro país, luego de la reforma constitucional de 1994 y conforme al art. 123, los municipios deben tener un régimen mínimo de organización y administración propias, y de autonomía económica y financiera. Los órdenes de autonomía previstos en la mencionada norma constitucional suponen: i) el *institucional*: la potestad de los municipios de dictarse su propia Carta Municipal por medio de una convención convocada al efecto; ii) el *político*: la capacidad de nominar a sus autoridades y regirse por ellas; iii) el *administrativo*: la autorización para gestionar y organizar, *inter alia*, los intereses, servicios y obras locales y iv) el *económico-financiero*: la habilitación para diseñar su modelo rentístico, administrar su presupuesto, recursos propios y la inversión de ellos.

8.2.2. Creación de regiones

El art. 124 concede a las provincias la facultad de *crear regiones* para el desarrollo económico y social, y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines. Ello debe leerse en sintonía con el art. 125, parte inicial, que permite a las provincias *celebrar tratados parciales*¹³²⁶ *para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común*, con conocimiento del Congreso; y con el art. 126, que paralelamente les veda ejercer el poder delegado a la Nación y celebrar tratados parciales de carácter político.

De esa madeja normativa emerge que la región *no es una nueva instancia política* en el sistema institucional argentino y, normalmente, es el resultado de acuerdos interprovinciales sin fines políticos. Pero sin duda, y más allá de las limitaciones que la CN le impone, la región puede ser (no lo es aún) una útil herramienta de oxigenación federal, mas siempre como vehículo descentralizador, esto es, como señala Hernández, no destinada a centralizar el país o violar las autonomías provinciales y municipales¹³²⁷.

Del modo como el art. 124 está diseñado, la región tiene por objetivo —entre otros puntos— el desarrollo social y económico de los entes subnacionales que la integran, estándole vedado firmar acuerdos interprovinciales de magnitud política.

Tal como sostenemos desde hace tiempo, la *creación de regiones* en los términos del art. 124 es *una facultad provincial* y no del Gobierno nacional, lo que naturalmente no supone que este deba desentenderse del proceso de regionalización, ya que otra de las modificaciones impulsadas por la reforma de 1994 y, en este caso, trasvasada al art. 75, inc. 19, párr. 2º, es —como vimos— la atribución conferida al Congreso en punto a proveer al crecimiento armónico de la Nación y *promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones, iniciativas para las cuales el Senado será cámara de origen*.

Dicho de otro modo, las regiones no pueden ni deben ser creadas por ley del Congreso y de espaldas a las provincias o en contra de la voluntad de estas. Es que la política de regionalización *ad intra* y *ad extra* podría aportar a la consecución de niveles más avanzados de cohesión social y territorial y de desarrollo económico equilibrado, como ha acontecido en Europa, naturalmente salvando las significativas diferencias existentes y evitando mimetismos jurídicos inconducentes.

Entre otras, las cuestiones medulares que plantea la existencia de una política regional en el marco de un esquema de integración interior apuntan a democratizar el proceso integrador, inocular a este una nueva dinámica y corregir —en lo posible— los desequilibrios.

Semejantes objetivos no son fáciles de cumplir. Tampoco se avizora en el corto plazo la confluencia de voluntades políticas provinciales concertadas y consistentes para que de una vez despegue el proceso de regionalización, concibiendo a la región como un contexto institucionalizado de relación interjurisdiccional, estrategia de desarrollo y de vertebración territorial.

De momento, solo la Región Centro-Litoral muestra cierto grado de inserción y cohesión.

8.2.3. Actividad internacional de las provincias y la CABA

8.2.3.1. Nótese que el multicitado art. 124 de la Carta fundamental prevé que las provincias "*podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o al crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso nacional*" —destacados nuestros—.

El tópico ha generado dudas doctrinarias, tanto en torno al grado de legitimación de las provincias para actuar internacionalmente y al alcance de tal eventual actividad extramuros, como a la dimensión semántica de la expresión "*con conocimiento del Congreso nacional*" —destacado agregado—.

La temática exuda importancia no solo desde el plano especulativo o académico, sino principalmente desde la óptica del robustecimiento del federalismo, la revalorización de las gestiones que en el campo internacional les es lícito desarrollar a los entes subnacionales y el papel que pueden jugar en el ámbito de la integración regional, obviamente dentro de los límites establecidos por la Carta Magna, lo que supone resguardar el nombrado principio jurídico-axiológico de *lealtad constitucional* que no solo vincula a las entidades infraestatales respecto

del Gobierno central, sino que, en retroalimentación, también compromete a este con relación a aquellas.

8.2.3.2. Una lectura exegética del tramo del precepto constitucional aludido conduce en primer lugar a puntualizar, desde un ángulo general, que dichas *actividades de alcance internacional* o *gestiones internacionales* de las provincias encuentran legitimación en la medida que concurra una percepción *flexible* de las "relaciones internacionales", cuya conducción y responsabilidad recaen exclusivamente en el Estado federal en cuanto a lo que constituiría el "núcleo duro" de tales relacionamientos.

Análogamente, la mencionada laxitud interpretativa de aquella expresión autorizaría a pensar en un "núcleo blando" que abre a los entes subestatales la posibilidad de desarrollar actividades de contenido internacional, o lo que por ejemplo y *mutatis mutandis*, la doctrina italiana denomina "*attività promozionali*" ("actividades de promoción exterior"), enderezadas precisamente al fomento del desarrollo económico, social y cultural que las regiones pueden desempeñar con acuerdo del Gobierno¹³²⁸ (en el caso argentino, "con conocimiento del Congreso nacional").

Al margen de las "relaciones internacionales" *stricto sensu* y de la celebración de tratados internacionales (propias del gobierno central), se ha sostenido que cabe "articular un ámbito de acción exterior que se fundamente en los poderes e intereses propios de las entidades infraestatales y se ajuste a lo que es la práctica constitucional e internacional actual en los Estados de estructura compleja"¹³²⁹.

Volviendo en particular al segmento del art. 124 alusivo a las actividades que *ad extra* están facultadas a llevar adelante las provincias, la terminología "convenios internacionales" que pueden celebrar, pareciera haber sido pensada para transmitir un mensaje que exteriorice una distinción categorial arraigada en un valor jurídico más débil y menos formal que la de "tratados internacionales", quedando estos últimos inmersos en el área competencial exclusiva del Estado nacional respecto de la conducción de las relaciones internacionales¹³³⁰ ("núcleo duro").

La celebración de "convenios internacionales" por las provincias está sometida a la exigencia de compatibilidad "con la política exterior de la Nación" y la no afectación de "las facultades delegadas al Gobierno federal o al crédito público de la Nación". Podemos estar o no de acuerdo con tales lineamientos léxicos empleados por el constituyente de 1994 para demarcar los límites a las actividades provinciales de alcance internacional, pero lo que sí está claro es que en aquel diseño lingüístico se inserta la aludida premisa de "lealtad constitucional", que particularmente las provincias deben respetar para dejar a buen resguardo el reparto de competencias concertado con el Estado nacional.

En suma, y en lo tocante al objeto de dichos "convenios internacionales", es claro que el mismo debe girar en torno a competencias exclusivas de las provincias o concurrentes con la Nación.

8.2.3.3. No menos polémica produce la fórmula seleccionada en punto a que tanto la creación de regiones como la celebración de convenios internacionales deben realizarse *con conocimiento del Congreso nacional*.

Como adelantábamos, "conocimiento" no implica la exigencia de consentimiento, aprobación ni autorización, sino de comunicación al Poder Legislativo.

Semejante visión presenta varios puntos de sustentación:

— desde el cuadrante semántico, con conocimiento solo supone el resultado de hacer saber o informar, lo que dista conceptualmente de consentimiento, aprobación u otros términos equivalentes;

— durante los trabajos y debates de la Convención Constituyente se manejaron diversas alternativas terminológicas para la redacción de este segmento de la norma, entre los que figuran los mencionados en último término, decantándose finalmente por la expresión con conocimiento, que reiteramos muestra una carga de significado diferente de las aludidas; al tiempo que no cabe predicar de los constituyentes una actuación desprevenida o inopinada en la elección del texto particular; y, por último,

— el apartamiento que en el punto se patentiza *vis-à-vis* la Constitución de EE. UU., una de las fuentes de la Ley Fundamental argentina, que exige el "consentimiento" del Congreso para que el Estado celebre convenio o pacto alguno con otro Estado o con una potencia extranjera¹³³¹ (art. I, Sección X, apart. 3º).

Tema intrincado es prefigurar qué ocurriría en caso de que el Congreso estuviera en disconformidad con el acuerdo regional, o que el convenio internacional vulnerara los límites fijados constitucionalmente. En tales hipótesis, y siempre que las vías previas del diálogo democrático naufragaran, el Estado nacional podría deducir una acción judicial ante la CS en contra de las provincias (o la CABA) actuantes o, en un supuesto extremo y si eventualmente se abastecieran las pautas perfiladas por el art. 6º de la CN, ordenar la intervención federal (arts. 75, inc. 31, o 99, inc. 20), en cuyo caso se ha propuesto doctrinariamente que los senadores representantes de las provincias en cuestión o de la CABA, deberían defender "las *razones y justificación* de los Estados locales" —énfasis del original—¹³³².

Se ha aclarado¹³³³ que un pronunciamiento negativo del Congreso no dejaría sin efecto el acuerdo, como sería el caso de la desaprobación.

8.2.4. Acerca de la llamada "cláusula federal"

8.2.4.1. Cuestión de interés, tal vez subestimada o mirada superficialmente por algunos doctrinarios¹³³⁴, es la *cláusula federal* prevista en la CADH, entre otros instrumentos internacionales, por ejemplo, la nombrada Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad¹³³⁵.

Centrándonos específicamente en la CADH, aquella disposición convencional "impone al Gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y el deber de tomar 'de inmediato' las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, para que las autoridades componentes del Estado federal puedan cumplir con las disposiciones de ese tratado" (art. 28, incs. 1º y 2º).

Tal como se ha puntualizado, la nombrada premisa se remonta a la era de la Sociedad de las Naciones y fue introducida a la CADH por insistencia de EE.UU., cuya delegación la propuso para garantizar que no se considere a un Estado federal como asumiendo obligaciones internacionales para impedir violaciones a la Convención con respecto a derechos o actos de la jurisdicción de una entidad gubernamental que no sea el Gobierno federal; además de que, al limitar las obligaciones internacionales del Estado federal a materias sobre las cuales *ejerce* su jurisdicción, EE.UU. quería indicar que tal Estado no tiene, según la Convención, ninguna obligación en aquellas situaciones en las cuales el Gobierno federal, aun cuando tenga jurisdicción, no la haya ejercido anteriormente¹³³⁶.

Más allá de ciertos ingredientes históricos y políticos que figuran en el ADN de dicha pauta normativa, no está de más recordar que al interpretarla deben tenerse en consideración los principios generales del derecho internacional y la jurisprudencia y la práctica internacionales en este campo. Ciertamente, tal cuestión apunta a afianzar la efectividad de los instrumentos de derechos humanos en el plano del derecho interno estatal, efectividad que surge de la propia naturaleza jurídica de aquellos, a lo que se debe agregar el imperativo ético y la necesidad de que los Estados compatibilicen su normativa y sentencias a las decisiones de los tribunales internacionales¹³³⁷.

8.2.4.2. No pocos Estados intentan escapar de su responsabilidad internacional alegando la cláusula federal sobre la base de que la violación de derechos humanos de que se trate se produjo en una provincia, entidad federativa o la terminología que se haya asumido para designar a los entes subnacionales.

Solo por citar un ejemplo, en la sentencia de reparaciones y costas emitida por la Corte IDH en el "Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina", consta que el Estado invocó la cláusula federal o hizo referencia a la estructura federal en tres momentos de la controversia, uno de los cuales fue al discutir el fondo del asunto, cuando sostuvo que la responsabilidad del caso no recaía sobre él sino en la provincia de Mendoza, en virtud de la cláusula federal; aunque luego desistió y reconoció expresamente su responsabilidad internacional.

El tema es claro pues, como se sabe, la responsabilidad internacional le corresponde única y exclusivamente al Estado nacional, que es el sujeto de derecho internacional ya que las provincias, entidades federativas, etc., no lo son. Al derecho internacional le es indiferente el modo en que un Estado se configura institucional y políticamente. Lo que finalmente le importa es que aquel asuma su responsabilidad internacional cualquiera haya sido la localidad, el municipio o la provincia donde acaeció la violación de derechos humanos.

En el aludido caso contra nuestro país, la Corte IDH "recordó" que, según una jurisprudencia centenaria y que no había variado hasta ese momento, *"un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional"*¹³³⁸ —énfasis agregado—.

Un principio básico de derecho internacional determina que un Estado no puede ni debe invocar la existencia o inexistencia de normas de su derecho interno para dejar de cumplir las obligaciones impuestas por la CADH, así como las reparaciones determinadas por la Corte IDH en su sentencia de condena internacional.

Se impone una lectura conjunta y coherente de los arts. 1.1, 2º y 28 de la CADH para dar cumplimiento a aquellas directivas jurisdiccionales, pues —como apunta Dulitzky— el citado art. 28 "tiene por objeto clarificar, precisar y hacer más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades en el marco de los Estados federales", añadiendo que dicha norma "no altera o disminuye el alcance de los arts. 1º y 2º de la Convención sino que los complementa. Una interpretación distinta, carecería de sentido al privar de efecto útil a la Convención en las unidades componentes de los Estados federales"¹³³⁹.

De la correlación de los anunciados arts. 1.1 y 2º de la CADH surge que sus Estados Parte se comprometen a *respetar* los derechos y las libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y si ese ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquellos se obligan a *adoptar las medidas legislativas*

o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En ese contexto, la palabra "garantizar" supone el deber del Estado de tomar todas las medidas conducentes, incluso a través de decisiones jurisdiccionales que quedan subsumidas en la categoría de *medidas de "otro carácter"*, en orden a remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra.

Es doctrina consolidada del Tribunal Interamericano que aquella adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes: "i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías"¹³⁴⁰.

Innegablemente, la CADH impone a cada Estado Parte la obligación de adecuar su derecho interno a las disposiciones de tal compromiso convencional para garantizar los derechos allí consagrados. Se trata de una norma consuetudinaria de reconocimiento universal, un *principio allant de soi* (un principio evidente), en palabras que hace ya más de nueve décadas profiriera el hoy desaparecido Tribunal Permanente de Justicia Internacional¹³⁴¹.

Debe añadirse que el Estado Parte de aquel pacto no solo tiene el aludido deber de adoptar las medidas de derecho interno, sino que además está obligado a asegurarse que ellas sean *efectivas*, es decir, cumplidas en el orden jurídico interno. Dicho de otro modo, esa eficacia se mide en términos de acatamiento por parte de la comunidad, o sea, de adaptación de su conducta a la normativa de la Convención¹³⁴². Tal operatividad de las normas es *de fundamental importancia en un orden jurídico y puede ocurrir que la falta de efectividad de una disposición afecte su existencia como norma jurídica*¹³⁴³.

Así, las medidas de derecho interno han de ser efectivas con arreglo a la premisa de *effet utile*, siendo obligación de los magistrados locales (y otras autoridades públicas) asegurar el cumplimiento de aquel deber de adecuación por medio del *control de convencionalidad*, mecanismo que, por lo demás, ha sido pensado como instrumento para lograr una aplicación armoniosa de las reglas, los principios y los valores atinentes a los derechos esenciales¹³⁴⁴.

En la aplicación de la CADH en un Estado de base federal no deberían dejarse de lado pautas sustanciales como el deber de honrar los compromisos asumidos internacionalmente y el debido respeto que

demandan los principios generales del derecho. En particular, las exigencias de *pacta sunt servanda* (premisa fundamental, de raigambre metajurídica¹³⁴⁵, del derecho de los tratados internacionales), cumplimiento de buena fe (que recorre transversalmente a todo el derecho internacional) e improcedencia de alegar disposiciones (u omisiones — según nuestro criterio—) de derecho interno para justificar el incumplimiento de los convenios internacionales¹³⁴⁶.

Todo ello, en lo respectivamente correspondiente, de acuerdo con los arts. 26, 31.1 y 27 (este último con la excepción contenida en el art. 46) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT —ya anunciada a pie de página—)¹³⁴⁷, conjunto de reglas medulares en materia de observancia de los instrumentos internacionales convencionales¹³⁴⁸.

8.2.4.3. En síntesis, una interpretación amplia y dinámica de la "cláusula federal" lleva a pensar, por un lado, que *ad intra* la protección que prefigura la CADH debe ser equivalente para los habitantes en los ámbitos de las distintas provincias que componen el Estado federal; y, por el otro, que a la luz de aquel instrumento internacional sus pobladores no deberían ostentar un nivel protectorio inferior al de los que habitan en Estados con estructura diversa, p. ej., unitario o centralizado.

Como la Corte IDH ha sostenido insistentemente, los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin confluyen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes. Es decir, *no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes*; por el contrario, cuando estos aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados¹³⁴⁹.

El principio de no discriminación refuerza el aserto en cuanto a que la CADH debe tener vigencia en todo el territorio del Estado federal y aplicarse a todas las personas bajo su jurisdicción. Como se ha sostenido, "el argumento sería que si la convención no se aplica de manera igualitaria a todas las personas bajo la jurisdicción del Estado podría generarse una situación de discriminación. Ello pues algunas personas bajo la jurisdicción del Estado gozarían de ciertos derechos mientras que otras situadas en otras unidades de la Federación no lo harían"¹³⁵⁰.

Finalmente, se observa que en tiempos de protección multinivel de derechos humanos el *federalismo* supone un ensanchamiento de tal perspectiva tuitiva, ya que ofrece no solo las vías provistas por las

unidades provinciales sino también las herramientas surgentes del orden federal o nacional. A ellas se añade el sistema internacional, que ofrece un escenario protectorio en el campo *regional* americano, a través de la CADH y sus órganos: Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos; o bien, la dimensión configurada en el plano *universal* por medio del sistema de Comités de Naciones Unidas.

IX. DEUDAS FEDERALES PENDIENTES Y OTROS TÓPICOS

9.1. Promesas incumplidas

Telegráficamente, la situación actual del federalismo argentino puede describirse así: promesas y palabras, muchas. Incumplimientos, abundantes. Concreciones, muy pocas. Voluntad política, mínima.

Cada día se hace más ostensible la brecha entre los postulados constitucionales y las (in)concreciones fácticas.

La reforma constitucional, ¿atenuó el centralismo? La pregunta es retórica, la respuesta evidente. Si bien hubo algunos avances, el inmovilismo en ciertos ámbitos es notorio.

Piénsese, p. ej., en la multicitada omisión inconstitucional de implementar el régimen de coparticipación federal anunciado con ritmo altisonante en el art. 75, inc. 2º, por la reforma de 1994. Es solo un ejemplo paradigmático de incumplimiento constitucional, al que se suman otros no menores ni desprovistos de utilidad.

Al respecto, en una lista meramente enunciativa se observa que¹³⁵¹:

— en materia de autonomía municipal, las provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Mendoza se mantienen renuentes a adaptar y *aggiornar* sus respectivas Constituciones;

— acerca del art. 75, inc. 2º de la CN, como reiteradamente expusiéramos, la ley convenio sigue pendiente de sanción desde diciembre de 1996;

— en referencia al art. 75, inc. 3º, existen disfuncionalidades y agravios constitucionales de las leyes que establecen o modifican asignaciones específicas de recursos coparticipables;

— sobre el art. 75, inc. 8º, el presupuesto como programa de gobierno en línea con el art. 75, inc. 2º, se incumple año tras año;

— el art. 75, inc. 19, párr. 2º completa el circuito relacional con la coparticipación federal y el presupuesto como programa gubernamental.

No es sencillo encontrar proyectos aprobados por el Congreso en el punto que trata aquella disposición constitucional;

— en referencia al art. 75, inc. 6º, en cuanto a establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, ello sigue sin cumplirse;

— acerca del art. 124, en materia de regiones, con excepción de la creación de la Región Centro-Litoral (Córdoba, Entre Ríos y Santa Fe) no existe mucho más para mostrar. De hecho, median desequilibrios regionales evidentes y preocupantes que muestran, por ejemplo, pobreza estructural en amplias franjas de la Región Norte Grande Argentino (NOA y NEA), en microrregiones o vastos aglomerados urbanos localizados en provincias catalogadas como portadoras de un significativo nivel de desenvolvimiento económico, observándose además fuertes carencias de infraestructura, cuya subsanación deviene imprescindible para el desarrollo territorial del país;

— en el mismo artículo, la temática de los recursos naturales continúa sin concretarse, salvo parcialmente un disfrute efectivo por las provincias;

— las competencias concurrentes, en líneas generales, se encuentran reguladas por leyes nacionales y solo parcialmente con adhesión de las provincias;

— un estado de emergencia que desplaza al Estado federal mediante la concentración de recursos en el Tesoro Nacional y la descentralización por medio de transferencias discrecionales a las provincias. Si bien el actual gobierno derogó la Ley de Emergencia, propicia transformar las transferencias discrecionales en automáticas, pero sin dejar el control de caja desde el Tesoro Nacional;

— una cuestión sintomática es que la Cámara de Senadores continúa ejerciendo un control político partidario sin enfocarse demasiado en los intereses regionales o el régimen federal; y, entre otras cosas,

— un presidencialismo hipertrofiado, incluso con minoría en las cámaras.

Por supuesto, la anterior es solo una nómina ilustrativa de inobservancias, disfuncionalidades y mediatizaciones. La responsabilidad no es de los constituyentes ni del texto constitucional, sí —en lo que a cada uno atañe— del PEN, el Congreso de la Nación, los gobiernos y Legislaturas provinciales y la CABA, entre otros actores del régimen federal.

9.2. Notas adicionales vinculadas al federalismo fiscal y ciertas distorsiones

La utilización político-partidaria de transferencias del Poder Ejecutivo a las provincias a modo de premio/castigo ha sido y es *moneda* corriente.

Al solo efecto referencial, se aprecia que en una investigación realizada en torno a qué variables explican la distribución intergubernamental de transferencias en contextos de centralización fiscal y desnacionalización del sistema de partidos en el período 2002-2011, el análisis empírico *no encontró apoyo a la idea de que el Gobierno nacional utilizara las transferencias para lograr mayor equidad*, aun en un período en que contó con mayores recursos para distribuir de manera discrecional y se enfrentó con un sistema de partidos más desnacionalizado¹³⁵².

Así, la utilidad de premiar a los distritos con mayor representación en el Poder Legislativo Nacional *disminuye en un contexto de mayor centralización fiscal y menor nivel de nacionalización del sistema de partidos*. Gracias a una mayor centralización fiscal, el *Gobierno nacional cuenta con mayores recursos para distribuir con discrecionalidad y los gobernadores son comparativamente menos poderosos*; y en virtud del menor nivel de nacionalización partidaria, los presidentes *pueden arriesgarse a premiar a jurisdicciones electoralmente más decisivas para ellos que para los líderes partidarios subnacionales*¹³⁵³.

Por su parte, se concluyó que la distribución de transferencias discrecionales siguió siendo clave en la economía política del federalismo argentino post 2001. Los criterios de distribución de la coparticipación federal de impuestos se ven afectados por el nivel de discrecionalidad de las transferencias y aquellas transferencias que el presidente puede distribuir con discrecionalidad son las utilizadas para conformar o mantener coaliciones¹³⁵⁴.

Los datos que arroja la citada investigación permiten constatar, una vez más, que la distribución de fondos a las provincias tiene siempre implicancias políticas y direccionamientos de dudosa legitimidad. Mientras tanto, muchos de aquellos entes subnacionales tropiezan con una serie de inconvenientes para llevar adelante su programación estratégica, tanto en el orden nacional como en el internacional, ante sus respectivos déficits financieros, económicos y presupuestarios.

A manera de referencia ilustrativa final sobre el punto, se ha afirmado que "desde 2003 aumentó la importancia de las transferencias discrecionales a provincias [transferencias corrientes y de capital, excluyendo las del Fondo Federal Solidario (FFS)], las cuales *fueron distribuidas con acentuados rasgos de arbitrariedad*". Por caso, se muestra "que en el período 2003-2014, a valores constantes del último año, la Provincia de Santa Cruz recibió \$ 124.669 por habitante en concepto de transferencias discrecionales, mientras en el otro extremo la Provincia de San Luis recibió \$ 9.440. Provincias con altas tasas de pobreza, como

Salta y Corrientes, recibieron entre 12 y 13 mil pesos por habitante en el mismo período"¹³⁵⁵ —destacado añadido—.

Más que discrecionalidad, se trata de arbitrariedad y desigualdad en las transferencias a las distintas provincias, en función de urgencias político-partidarias.

9.3. Dos pronunciamientos relevantes de la CS conectados con la legalidad en materia tributaria, la limitación de las delegaciones del art. 76 de la Constitución nacional y la descentralización institucional

Una incursión ilustrativa nos permitirá evocar sucintamente dos fallos de la Corte Suprema que, cada uno con sus particularidades, procuran reivindicar ciertos aspectos del sistema federal.

9.3.1. El primero de ellos, "Camaronera Patagónica SA c. Ministerio de Economía y otros s/amparo"¹³⁵⁶, fue dictado el 15/4/2014 y, en lo que aquí interesa particularmente, giró en torno al *principio de legalidad en materia tributaria y la limitación de las delegaciones realizadas en violación al art. 76 de la CN*.

Sintéticamente presentada la cuestión, se observa que la posición mayoritaria confirmó la sentencia que había declarado la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de las res. 11/2002 y 150/2002 del entonces Ministerio de Economía e Infraestructura —que estableció derechos de exportación del 10% y el 5% sobre las mercaderías que indica incluidas en la Nomenclatura Común del Mercosur—, circunscribiéndose su invalidez al período comprendido entre su entrada en vigencia (5 de marzo de 2002) hasta el 24/8/2002, momento a partir del cual rige la ley nacional 25.645¹³⁵⁷ (de aprobación de legislación delegada), disposición que le otorga rango legal a su contenido, y tal invalidez —circumscripita a dicho período— determina su inaplicabilidad a la actora respecto de los alcances de la res. 150/2002 —estímulos a la exportación para quienes hayan cumplido sus obligaciones fiscales—, sin perjuicio del cumplimiento total de las restantes obligaciones fiscales derivadas de los demás tributos nacionales.

La CS indicó también que la citada ley nacional 25.645 carece de eficacia para convalidar retroactivamente una norma que adolece de nulidad absoluta e insanable como la aludida res. 11/2002 del Ministerio de Economía e Infraestructura.

Entre otras cosas, el Tribunal sostuvo que el principio de *reserva de ley* en materia tributaria es un valladar inconmovible que *tampoco cede en caso de que se actúe mediante el mecanismo de la delegación legislativa* previsto por el art. 76 de la CN. En esa dirección, estableció

que *las retenciones son tributos* y que, de acuerdo con los arts. 4º, 17 y 52 de la CN, *solo el Congreso de la Nación puede crearlos*.

Acerca del pronunciamiento se ha señalado que resulta relevante con respecto al sistema republicano, a la (pretendida) atenuación del hiperpresidencialismo, a las emergencias y también al *federalismo*, puesto que en el Congreso (particularmente en la Cámara de Senadores) se encuentra la representación de las provincias¹³⁵⁸.

9.3.2. En el precedente de Competencia nro. 766.XLIX, "Pedraza, Héctor Hugo c. ANSeS s/acción de amparo", resuelto el 6/5/2014¹³⁵⁹ se planteó un conflicto negativo de competencia entre la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán y la Cámara Federal de la Seguridad Social, en relación con la causa iniciada por un pensionado en los términos de la *ley 23.848*¹³⁶⁰ contra la ANSeS, a los efectos de obtener el pago de haberes retroactivos desde la fecha de la presentación de su solicitud administrativa.

Inter alia, la Corte dedicó un espacio para puntualizar que el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el art. 18 de la CN no se encuentra satisfecho con la sola previsión legal de la posibilidad de acceso a la instancia judicial, sino que requiere que la tutela judicial de los derechos en cuestión resulte efectiva, o sea, oportuna y que posea la virtualidad de resolver definitivamente el asunto sometido a su conocimiento. Ello, en función de los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir de 1994 (art. 75, inc. 22), entre los cuales citó a la CADH (arts. 8º y 25.2.'a') y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1). Incluso, acudió argumentalmente a un instrumento de *soft law*: las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (cap. 11, Sección 4ª, pto. 42), para resaltar la *importancia de la proximidad de los servicios de los sistemas de justicia a aquellos grupos de población que se encuentren en situación de vulnerabilidad*.

De modo específico en el consid. 16 de la mayoría se realiza expresa referencia al *federalismo* y a la *descentralización institucional*, logrando un antecedente jurisprudencial relevante. En efecto, en aquel considerando sostuvo que, "permitir que las cámaras de apelaciones federales con asiento en las provincias intervengan como alzada en materia previsional garantiza el bienestar de los ciudadanos, el *federalismo*, la *descentralización institucional* y la aplicación efectiva de los derechos de los beneficiarios del sistema previsional" —destacado nuestro—.

En síntesis, dadas las críticas circunstancias descriptas, y *de acuerdo con los fundamentos mismos de su rol institucional como cabeza del Poder Judicial de la Nación*, la Corte declaró *de oficio la inconstitucionalidad del art. 18 de la ley 24.463* y dispuso que la Cámara Federal de la

Seguridad Social dejara de conocer en los recursos de apelación de sentencias dictadas por los juzgados federales con asiento en las provincias en los términos del art. 15, ibíd.

Antes de dar paso al sector de cierre de este trabajo, debe añadirse que el mismo día que se suscribió el citado fallo de la CS (6/5/2014) se emitió la acordada 14/2014, acerca de las medidas apropiadas para que se realizara de manera ordenada y rápida el desplazamiento de la competencia que dispuso, formulando diversos requerimientos a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, al Ministerio Público, al Consejo de la Magistratura y a la Cámara Federal de la Seguridad Social para instrumentar la solución adoptada.

X. CONSIDERACIONES FINALES

10.1. La innovación constitucional de 1994 apuntaba, como una de sus metas más encumbradas, a *fortalecer el federalismo*. Sin embargo, si bien desde el plano normativo han surgido disposiciones significativas en la materia, paralelamente se constata un profundo déficit en la operatividad efectiva de las mismas. Dicho de otro modo, *no solamente no se ha reforzado el federalismo* sino que se ha incrementado fuertemente el *centralismo*, con el consecuente demérito de la calidad democrática e institucional. En ese sentido, la imagen ilusoria de la descentralización corre por un carril, mientras que por otro muy distinto discurre la realidad argentina tendencialmente centralizante.

10.2. No se ha mitigado el fuerte *presidencialismo*, tal como se preconizaba al tiempo de operativizar la modificación constitucional de 1994. Las innovaciones producidas a su respecto, entre ellas la instauración de la figura del jefe de Gabinete de Ministros, no han reportado las utilidades esperadas ni provocado los cambios anhelados.

10.3. Es esencial profundizar el respeto de la unidad en la diversidad en el plano del reconocimiento y desarrollo de las autonomías provinciales y municipales y por supuesto, también de la CABA. El robustecimiento de las instancias federales es un prerrequisito para el efectivo y pleno ejercicio de las responsabilidades que les incumben en sus respectivos contextos de actuación.

10.4. La facultad de crear regiones para su desarrollo económico y social brinda a los entes subnacionales una interesante alternativa de crecimiento. Su implementación es una *atribución provincial* y tanto esta como la proveniente de la celebración de convenios internacionales deben efectuarse "con *conocimiento* del Congreso nacional", lo que implica que no media obligación alguna de lograr el consentimiento, la aprobación ni la autorización del Poder Legislativo de la Nación, sino solo el deber de

comunicar a este, actuando en todo momento dentro de sus contornos competenciales para honrar el principio de "lealtad federal".

10.5. La región *no es una nueva instancia política* en el entramado federal argentino y, habitualmente, es el corolario de acuerdos interprovinciales. Si bien por el momento el movimiento regional es escaso, la región puede ser (obviamente aún no lo es) una ventajosa herramienta de oxigenación federal, siempre con una impronta descentralizante, pero sin perder el enfoque de respeto por las autonomías provinciales y municipales.

10.6. Desde el punto de vista del federalismo fiscal, en más de una ocasión la CSha exhortado a los poderes políticos a subsanar una grave omisión inconstitucional, y de ese modo dar cumplimiento al mandato de establecer un régimen de coparticipación federal conforme a lo dispuesto en el art. 75, inc. 2º, CN, y la ampliamente postergada disposición transitoria sexta, lo que por extensión también aplica a la necesaria reglamentación del organismo fiscal federal.

En esa dirección, el Tribunal ha sostenido que si bien no desconoce la complejidad de la cuestión, dada la pluralidad de jurisdicciones comprometidas en su definición así como los múltiples aspectos económicos, políticos y culturales que involucra, que obligatoriamente demandan un amplio y profundo ámbito de negociación, debate y consensos. Estas circunstancias no pueden resultar un justificativo para un inmovilismo muy prolongado que conspira claramente contra el objetivo de fortalecer el federalismo fiscal perseguido por los constituyentes de 1994, a los fines de ingresar definitivamente en un nuevo mapa de relacionales financieras y fiscales entre el Gobierno federal y los Estados provinciales.

10.7. Casi sobre la línea de frontera cronológica entre la cesación del mandato de Cristina Fernández de Kirchner y la entonces inminente asunción presidencial de Mauricio Macri, la CS se decidió a fallar casos de planteos provinciales (San Luis, Santa Fe y Córdoba) por detracciones de impuestos coparticipables, que llevaban años en *stand by*. Si bien los reclamos eran justos, no se alcanza a comprender por qué el Tribunal no los resolvió mucho tiempo antes, lanzándose súbitamente a hacerlo a días de comenzar el nuevo gobierno, generándole a este un problema económico y financiero adicional —sumado a otros tantos que dejaba el gobierno en retirada— y provocando un conflicto político de severa magnitud que incluyó decretos de necesidad y urgencia cruzados y otras medidas para encaminar una transición compleja y traumática. Desde luego, cuestionamos la inoportunidad de los pronunciamientos de la Corte, no su contenido que resulta muy saludable para el régimen federal.

10.8. En un fallo interesante y relativamente reciente, donde aplicó la competencia *dirimente* habilitada por el art. 127 de la CN, causa "La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/uso de aguas", la CS dejó algunas pinceladas configurativas del *federalismo ambiental*, aun cuando no utilice explícitamente tal fórmula léxica. Puntualizó que *i)* el federalismo es un sistema cultural de convivencia; *ii)* corresponde hacer conjuguar la territorialidad ambiental, que obedece a factores preferentemente naturales, con la territorialidad federal que expresa una decisión principalmente histórica y cultural; *iii)* el sistema federal importa asignación de competencias a las jurisdicciones federal y provincial, lo que no implica subordinación de los estados particulares al gobierno central, sino coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general; *iv)* la operatividad del sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de lealtad federal o buena fe federal y *v)* es necesario plasmar en la práctica un federalismo de concertación.

10.9. Desafíos perentorios se entrecruzan en relación con mandatos constitucionales incumplidos en el marco del sistema federal, como p. ej., los dirigidos al Congreso para proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional; también al crecimiento armónico de la Nación y a promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Tales retos deberían tener como plataforma legitimante un *federalismo de concertación, participativo y solidario*, que permita una relación equilibrada de las instancias que componen la estructura federal.

10.10. En orden a una adecuada protección de los derechos humanos en los Estados de estructura compleja como el argentino, es imprescindible interpretar conjuntamente los arts. 1.1, 2 y 28 de la CADH, ya que la llamada "cláusula federal" a la que se refiere la disposición convencional citada en último término, pretende desarrollar la obligación de respetar y garantizar tales derechos básicos sin que se disuelva la responsabilidad internacional del Estado nacional.

10.11. Con su estructuración federal y al menos desde la literalidad de la Constitución y los instrumentos internacionales en la materia, el Estado federal provee una protección multinivel de derechos humanos. En esa línea, el *federalismo* implica un incremento tuitivo en el plano interno, ya que pone a disposición no solamente las vías dispensadas por los *entes subnacionales*, sino también las aportadas por la *Nación*. A ellas se asocia, coadyuvante o complementariamente, el esquema internacional que permite acudir a una instancia *regional* como la interamericana, que cuenta con la Comisión y la Corte IDH como órganos vitales; y a la dimensión *universal*, p. ej., recurriendo al sistema de Comités de la ONU.

No se trata de un tema menor. Es que, en todo momento, debe tenerse presente que los derechos humanos son expresión directa de la dignidad de la persona.

10.12. Las actividades que en el plano internacional pueden desarrollar las provincias se comprende a partir de una mirada *aggiornada* de las relaciones internacionales, deslindando el *núcleo duro* de estas, monopolizado por el poder central, del *núcleo blando*, que aquellas sí están habilitadas a desplegar.

10.13. El objetivo consistente en la profundización del modelo de descentralización política, funcional y territorial (prohijado por la última reforma constitucional) no se ha cumplido. Para que ello suceda, entre otros factores, es indispensable que converja una genuina *voluntad política*, entre otros propósitos, para superar o cuando menos reducir las fuertes asimetrías e intensos desequilibrios regionales reinantes entre los diversos componentes del armazón federal.

10.14. Concorre un cúmulo importante de promesas federales pendientes o dignas de reajustes, p. ej.: en materia de autonomía municipal, existen provincias aún refractarias a modificar sus Constituciones para adaptarlas a los requerimientos de la CN; median disfuncionalidades y agravios constitucionales de las leyes que establecen o modifican asignaciones específicas de recursos coparticipables (art. 75, inc. 3º); es notoria la ausencia de la multinombrada ley convenio a la que refiere el art. 75, inc. 2º; el presupuesto como programa de gobierno es incumplido año tras año; se visualiza una situación de emergencia que desplaza al Estado federal mediante la concentración de recursos en el Tesoro Nacional y la descentralización por medio de transferencias discrecionales a las provincias; el Senado se muestra más preocupado por ejercer un control político partidario que en asumir su papel de garante del sistema federal y cámara de las autonomías provinciales (y, por extensión, municipales); y, entre otros asuntos, un presidencialismo hipertrofiado.

10.15. Es imprescindible que existan acciones coordinadas y políticas diferenciadas que procuren equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones, ya que —más allá de los discursos— continúa creciendo marcadamente la dependencia económico-financiera de las provincias (y municipios) al régimen nacional central.

10.16. En un escenario en el que aún no se logra la interacción armónica y dual de las competencias federales y provinciales al ritmo de la funcionalización del principio de lealtad federal, es impostergable pasar del *federalismo declamado al federalismo real*. Así, moverse hacia un federalismo cooperativo y solidario con equidad y justicia sociales, es decir, un *federalismo para las personas y grupos sociales*, puede ser un buen punto de partida.

Art. 121.—

Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

Comentario por Gustavo Arballo

I. PODERES "CONSERVADOS" POR LAS PROVINCIAS

Se habla en forma indistinta de los poderes "no delegados" como los poderes "conservados" por las provincias, y la letra del art. 121, CN aparenta consagrar la excepcionalidad de los poderes federales. Y en muchos fallos de la CS se ha presentado esa regla observando que "los poderes de las provincias son originarios e indefinidos, en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos"¹³⁶¹.

Pero lo cierto es que este principio aparece atenuado a la luz del desarrollo posterior de la jurisprudencia y la praxis gubernamental que asume la posibilidad de delegaciones implícitas a la Nación (tal como explicamos en el comentario al art. 126, CN).

En resumen, hay una zona más "intangible" dada por los poderes provinciales que tienen una garantía expresa en la Constitución como:

— *poderes constituyentes*, tanto en su parte "orgánica" como en su parte "dogmática", conforme a la atribución y pautas de los arts. 5º y 123, CN;

— *poderes político-administrativos*, para regular y elegir sus propias autoridades y funcionarios, conf. art. 122, CN, lo que implica naturalmente deferir una autonomía en el ejercicio de esa autoridad;

— *poderes derivados de su personalidad jurídica de derecho público*, para realizar tratados interprovinciales y regionales, y convenios en el orden internacional, conf. arts. 124 y 125, CN;

— *poderes legislativos*,

o *propriadamente locales* (los que conciernen a su derecho público interno y a las normas de policía local, reglamentarias de derechos),

o *de complemento y desarrollo de derechos* (la Constitución explicita reglas especiales para las cláusulas ambientales, educativas y de tutela indígena, pero las provincias mantienen la potestad de desarrollar legislativamente todos los derechos y garantías de la Constitución Nacional en el ámbito de su jurisdicción),

o *concurrentes* (incluyendo las normas de fomento autorizadas por el art. 125 *in fine* CN, y todas las que en general sean compatibles con poderes nacionales delegados).

— *poderes impositivos*, para establecer impuestos y tasas, y para concertar con el Gobierno federal regímenes de coparticipación impositiva, conforme al deslinde y las pautas del art. 75, incs. 2º y 3º, CN);

— *poderes judiciales*, para aplicar el derecho común en la medida en que las cosas o las personas caigan dentro de su jurisdicción, conforme art. 75, inc. 12, CN y en consecuencia dictar sus Códigos de Procedimiento, exigir la extradición de criminales conf. art. 8º, CN, etc.).

II. SOBRE EL "MARGEN DE APRECIACIÓN PROVINCIAL"

En el caso "Castillo", en relación con la educación religiosa en la provincia de Salta, el voto disidente del juez Rosatti introduce por primera vez a nivel federal un conocido concepto del derecho internacional de los derechos humanos, la doctrina del "margen de apreciación", desarrollada sobre todo en el sistema europeo. López Alfonsín expone que esta doctrina se presenta "cuando no es posible verificar la existencia de consenso internacional respecto a la cuestión a resolver y, al mismo tiempo, cuando las circunstancias del caso ameritan una deferencia hacia las autoridades estatales para que interpreten el sentido dado a la norma internacional. (...) Ante la posible inexistencia de una solución absoluta, el margen de apreciación nacional viene a ser ese espacio o válvula de escape en la cual se le da un determinado peso a la posición estatal, en cuanto a la apreciación del interés nacional preponderante"¹³⁶².

Ahora bien: ¿existe, en sistemas federales, una versión aplicable "por analogía" de este margen de apreciación? En el fallo al que aludimos, el voto de Rosatti así lo entiende: toma nota de ciertas diversidades de la legislación educativa en las distintas provincias de nuestro país para concluir que "la elección salteña (...) expresa un 'margen de apreciación provincial' que no confronta con el citado art. 5º sino, antes bien, expone una forma de implementar la competencia educativa atendiendo a las particularidades provinciales, de acuerdo con la ponderación de sus propios constituyentes"¹³⁶³.

Por supuesto que se trata de una doctrina minoritaria, pero es pertinente intentar analizar críticamente su sentido y alcance, en la medida en que *mutatis mutandis* pueda ser extrapolable a otros derechos.

La doctrina tiene una semilla de verdad: en efecto, las provincias se han reservado el definir formas de implementación de un derecho, y por ello pueden en los planes de estudio establecer contenidos específicos vinculados con la jurisdicción propia. El amplio margen de posibilidades también se da en las opciones que puede adoptar un Gobierno local en sus políticas públicas, que podrían priorizar válidamente diversos objetivos en función de sus intereses y necesidades, ya sea salud, vivienda o inversión educativa. La doctrina europea ha justificado una explicación funcional: las autoridades locales están mejor posicionadas que las supranacionales para calibrar la proporcionalidad de las restricciones¹³⁶⁴. En ese punto cabe acotar que hay un diferencial más plausible en el contraste autoridad doméstica-tribunal supranacional, que el que puede haber en el contraste entre dos autoridades nacionales, una subfederal y otra federal. Además, el "margen de apreciación" cumple en cuerpos supranacionales la función política de maximizar la adhesión y la permanencia en un sistema de derechos humanos, cuestión que no debe estar en discusión en la relación nación-provincias. De ambas observaciones se deriva que cabe propiciar entonces un uso extremadamente cauto del margen de apreciación a nivel subfederal.

Pero de ello no se sigue que las provincias se hayan reservado un margen que las habilite a adoptar una visión idiosincrática y local de la fuerza normativa de los derechos de la Constitución nacional. Una visión progresiva del *margen de apreciación* aceptable siempre debe partir de una línea de base común que debe ser respetada en toda la República, un núcleo duro, pero no "pétreo", sino de "fronteras móviles" para dar cuenta de posibles avances en la realización y tutela de derechos. En este punto cabe aplicar el mismo análisis de razonabilidad que busca identificar el contenido esencial de los derechos, y un test de proporcionalidad o razonabilidad en lo que constituyan sus eventuales restricciones para luego tomar la diversidad verificable como un indicador de posibilidades de desarrollo. En relación con el margen de apreciación nacional ha dicho Agustina Pérez que "la diversidad de regulaciones y sistemas jurídicos en la región debería ser, más que un motivo para en la práctica restringir derechos, una herramienta para pensarlos creativamente y mejorar su protección"¹³⁶⁵, y lo mismo se aplica a su eventual *acepción federal*.

Por lo demás, la inexistencia de un consenso generalizado intrafederal puede ser en verdad demostrativa de que una parte importante de los Estados no están adoptando en la práctica una legislación que tutele adecuadamente los derechos, y no puede invocarse tal circunstancia como una renuncia a la aplicación de los test de proporcionalidad en orden

a determinar la validez de una restricción o la configuración de una violación.

Sería así correcto hablar —con licencia literaria— de un *margen de apreciación* en la medida en que se trate de un plus *por encima* de ese contenido esencial: las provincias tienen efectivamente la potestad de decidir cuánto y cómo van a desarrollarlo *in meius*, y no se les puede reclamar homogeneidad ni se les puede imponer la legislación o la modalidad diversa de las provincias que han querido y podido desarrollar otra versión hipotéticamente aún mas superadora, o han calibrado de modo distinto un balance entre derechos en tensión.

Esto nos remite a otra cuestión. En el intento de evitar esa desigualdad intrafederal se ha invocado la lógica del principio *pro homine* según el cual, ante una alternativa de normas coexistentes, los particulares pueden invocar —y los jueces aplicar— la más beneficiosa para el sistema de derechos de la persona¹³⁶⁶. El problema es que este entendimiento resulta incompatible con el sistema de distribución federal de competencias, ello en tanto se pretende atribuir una vigencia virtual a actos legislativos o reglamentarios de extraña jurisdicción.

Lo que, en efecto, no se puede —a riesgo de desbaratar la integridad del sistema federal— es invocar el margen de apreciación con un sentido regresivo, *in peius*, para darle a las provincias una fuente adicional para validar restricciones, transformar en cuestión local un tópico que es evidentemente cuestión federal o asignar una presunción de validez *a priori* a las limitaciones fundadas en una preferencia o interés local.

Es por ello que la existencia de un criterio común y extendido en varias jurisdicciones puede iluminar sobre la irrazonabilidad de una disposición que resulte anómala o incongruente en el contexto del derecho público provincial.

Dicho de otro modo, este criterio implicaría un desplazamiento de las cargas probatorias en cuanto a la constitucionalidad del derecho local *sub judice*: aun sosteniendo —como dejamos en claro en los párrafos precedentes— la inaplicabilidad del llamado "derecho al mejor derecho", el derecho "peor" en tal caso habrá de presumirse inconstitucional, y en función de ello cabría juzgarlo exigiéndole al Estado local una justificación robusta que valide el grado de restricción que se verifica en su territorio. Recordamos, a propósito de ello, que la apelación al "margen de apreciación" no puede ser un "sello de goma" o carta blanca para aplicar restricciones: en todo caso, quien pretenda valerse de él (o avalar su aplicación) deberá explicar con precisión *por qué* la autoridad local está "mejor situada" para efectuar un balance¹³⁶⁷.

Esta es la lectura que mejor cuadra con la decisión de 2005 de la CS de "Verbitsky", fallo en el que el Tribunal establecía en el consid. 57 que "cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía".

La Corte puntualizaba que "una asimetría total en cuanto a la legislación procesal penal destruiría la necesaria unidad en materia penal que se mantiene en todo el territorio en virtud de un único Cód. Penal (...) por ello, se debe entender que, *sin pretensión de cancelar las asimetrías*, para la prisión preventiva —que es donde más incidencia represiva tiene el derecho procesal penal— las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional. No es lo mismo que, habiendo dos imputados en igualdad de condiciones y por el mismo delito, uno llegue al juicio libre y otro lo haga después de muchos meses o años de prisión, sin que el Estado Federal se asegure de que en el último caso, al menos, se respeta un piso mínimo común para todo el territorio"¹³⁶⁸.

En ese caso, recordemos, la Corte concluía *prima facie* que la legislación vigente en la provincia de Buenos Aires en materia excarcelatoria parecía "alejarse del estándar trazado por el derecho internacional y que sigue la legislación nacional", en virtud de lo cual exhortaba a los poderes de la provincia "a que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares mínimos internacionales que, *a modo de ejemplo*, recepta la legislación procesal penal de la Nación" (el destacado es nuestro).

Esto significa que para poder descalificar una normativa local no basta la mera comprobación con otra norma favorable, sino que debe comprobarse que esa norma está concretando ciertos "estándares internacionales". Así lo hizo la Corte con claridad en "Verbitsky" (sosteniendo que "las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas, si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal, se han convertido, por vía del art. 18 de la CN, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad") y también con la invocación a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal ("Reglas de Mallorca") en los casos "Llerena" y "Dieser" donde establece la necesidad de separación entre órganos de instrucción y órganos de juicio¹³⁶⁹.

Laura Clérico subraya la función *constructiva* del federalismo, un sistema que —dice— "requiere ser interpretado como facilitador del cumplimiento de los derechos", por lo cual propicia que en ausencia de protección provincial eficaz se apliquen "los estándares que surjan de las normas federales y nacionales hasta que las provincias consoliden sus propios medios de protección que se acerquen y superen los estándares de fuente federal". Ese parece ser, postula, el camino iniciado por la Corte cuando ordenaba a las obras sociales provinciales no adheridas al sistema nacional de la [ley 24.901](#) a asumir las prestaciones derivadas de los principios que sustentan esa norma, aludiendo al caso "Passero de Barrera" de 2007¹³⁷⁰.

III. ¿FEDERALISMO "DUAL" O "DE TORTA MARMOLADA"?

En Estados Unidos, notoria inspiración de nuestro sistema ha surgido una interesante dicotomía para conceptualizar dos modelos de organización de competencias federales: o división estricta (modelo de federalismo "dual" o de "torta en capas") o poderes entremezclados (modelo de federalismo de cooperación o *marble cake*, de "torta marmolada"¹³⁷¹).

El federalismo de torta marmolada asume la posibilidad de coexistencia entre poderes locales y nacionales. Es el modelo propio del federalismo alemán, donde el Estado Federal establece leyes de base y los *Länder* las reglamentan y son su autoridad de aplicación¹³⁷².

Esta coexistencia se refleja en mecanismos de coordinación institucionalizados (usualmente materializados a través de leyes-convenio, o de la adhesión provincial a leyes nacionales) y en la existencia de poderes concurrentes.

Nuestro sistema, en definitiva, presenta rasgos de ambos paradigmas. Es "dual" en algunos aspectos básicamente identificados en las prohibiciones del art. 126, CN (a cuyo comentario remitimos) y en las garantías dadas a las provincias en el art. 5º (correlacionándolo con los arts. 122 a 125, subsiguientes a este que comentamos). Pero la evolución constitucional (a pesar de que el juego de los arts. 121 y 126 parece indicar a un constituyente que quiso un federalismo categóricamente "dual") ha ido derivando en amplias zonas de concurrencia y ellas implican la posibilidad de zonas de regulación potencialmente mixta, simultánea, de Nación y de los poderes locales.

De hecho, vamos a ver que existe en cierta jurisprudencia moderna un reconocimiento explícito de la funcionalidad de este paradigma. Lo vemos ejemplificado en el caso "Nobleza Piccardo" de 2015, donde una tabacalera cuestionaba una ley de la provincia de Santa Fe que restringía la publicidad de su producto y otros aspectos de su actividad. La Corte

rechazó el planteo y nos interesa aquí en particular el voto concurrente de Maqueda y Highton, enfatizando la existencia de una válida finalidad constitucional, ejercida razonablemente y advirtió que "la materia sobre la que versa el caso es una de aquellas que admite que una potestad legislativa nacional y una provincial *puedan ejercerse conjunta y simultáneamente*, sin que de esa circunstancia derive violación de principio o precepto jurídico alguno".

Ello le dio pie para decir que:

— "el contexto en el cual se desenvuelven las tensiones entre las provincias y la Nación, como rasgo propio del proceso federal (...) implica reconocer que el federalismo no es ya estático, sino que permite avanzar en la concreción de políticas intercomunales y en una línea de gestión intergubernamental".

— "bajo esta interpretación, las relaciones y convergencias entre distintos niveles de gobierno resignifican las políticas públicas en ordena la protección de derechos fundamentales", y que

— "en la dinámica de la distribución de competencias en este campo, entre ambas jurisdicciones, la tendencia que prevalece es el abandono de la técnica de la separación absoluta de aquellas entre el Estado central y los Estados miembros —sus competencias exclusivas—, para afianzar el esquema de las compartidas o concurrentes"¹³⁷³.

Finalmente, recordemos que en algunos casos, la mixtura competencial se deberá articular a través de acuerdos interjurisdiccionales, soluciones que la Corte propició en la orden judicial de saneamiento del Riachuelo-Matanza en su conocido precedente de 2008, y en casos como la demanda de La Pampa contra Mendoza por los usos del río Atuel¹³⁷⁴.

IV. PODERES CONCURRENTES

Aunque no figuran alusiones explícitas a este tipo de poderes ni en este artículo, ni en el capítulo relativo a los gobiernos de provincia (arts. 121 a 129, CN) en varias partes de la Constitución aparecen casos que prevén (o presuponen) pautas específicas de "conurrencia".

Así ocurre en materia *ambiental* (conf. [art. 41](#), CN: la Nación puede dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y las provincias, las necesarias para complementarlas), *tributaria* (donde se establece la potestad concurrente en contribuciones indirectas), *educativa* (art. 75, inc. 19, CN "sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales"), en la legislación protectora de las *comunidades indígenas* (art. 75, inc. 17, CN¹³⁷⁵) y en las

cláusulas de la *prosperidad* y del *desarrollo social* del art. 75, incs. 18 y 19, CN.

Otro indicio revelador aparece desde 1994 en el 75, inc. 30, CN, en el que al mismo tiempo que se le reconoce al Congreso la potestad de fundar establecimientos de utilidad nacional, se advierte que las provincias y municipios "conservan sus poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos" en tanto no interfieran en el cumplimiento de sus fines. Ello implica que *a fortiori* también tienen dichos poderes con una facultad inmanente, y documenta una pauta muy específica que nos terminará resultando familiar y muy funcional para interpretar el plexo federal: la *no interferencia*.

Debe aclararse que las facultades concurrentes no suponen necesariamente exclusión recíproca entre sí, pues cabe la posibilidad de que su ejercicio pueda conciliarse, coordinarse o complementarse. P. ej., las cláusulas que surten la competencia del Congreso de la Nación (tanto la del comercio como las de la prosperidad y la del desarrollo —art. 75, incs. 13, 18 y 19 respectivamente—) no implican una automática anulación de las regulaciones locales, ya que provincias y municipios *pueden ejercer sus potestades propias en la medida en que no interfieran con la operatoria de una actividad comercial interprovincial o la prestación de un servicio público interjurisdiccional* (remitimos pues a nuestro comentario a los incs. 13 y 18 del art. 75, CN). Lo mismo ha dicho la Corte en relación con el carácter concurrente de la materia sanitaria: "es una de aquellas que admite que una potestad legislativa nacional y una provincial puedan ejercerse conjunta y simultáneamente, sin que de esa circunstancia derive violación de principio o precepto jurídico alguno, siempre que ambas actúen respetando las limitaciones que la Ley Fundamental les impone"¹³⁷⁶.

La concurrencia plantea la necesidad de encontrar paradigmas adecuados para hacer un administrado deslinde de los solapamientos competenciales entre nación y provincias, y a ello dedicaremos los dos acápites siguientes de este comentario.

Antes de ello empero es necesario advertir sobre la conveniencia (tanto práctica como hermenéutica) de que los arreglos competenciales no se definan sistemáticamente en los tribunales —una opción esencialmente traumática, que incrementa los costos de transacción, y que genera escenarios proclives a las soluciones "de suma cero"— sino que se articulen concertadamente mediante sistemas coordinados, flexibles y participativos de regulación y aplicación de políticas públicas.

Además de esa alternativa de *deslinde*, podemos imaginar la fertilidad de una alternativa *complementaria y coordinada*. En este orden de ideas, Cicero ha propuesto también repensar las cláusulas comercial y del

progreso y del bienestar a la luz del [art. 42](#), CN —que prevé, en materia de servicios públicos, una participación provincial en los organismos de control— para adoptar "un patrón dinámico de relación federal en punto a los servicios públicos, de modo que la intervención local no quede relegada a aquellos espacios propios o inherentes a las provincias y que en general nunca les fueron desconocidos, sino que por el contrario crezca para alcanzar protagonismo tanto en el diseño regulatorio del régimen de los servicios interconectados, como en su ejecución y control"¹³⁷⁷.

V. LA PRESUNCIÓN DE "CONCURRENCIA" Y LA PRIMACÍA FEDERAL EN CASO DE INTERFERENCIA

La concurrencia lleva de suyo la posibilidad de una colisión entre potestades provinciales y nacionales. Ante la necesidad de establecer una pauta de deslinde, el estándar fundacional de la jurisprudencia en la materia fue tempranamente enunciado por la Corte Suprema en el caso "Domingo Mendoza c. Provincia de San Luis" de 1865¹³⁷⁸. Allí dijo la Corte que *"los actos de la Legislatura de una Provincia, no pueden ser invalidados, sino en aquellos casos en que..."*

— *...la Constitución concede al Congreso Nacional en términos expresos un exclusivo poder*", marcando la primera causal de invalidación: exclusividad expresa deferida a la Nación;

— *...o en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias*"; marcando la segunda causal de invalidación; exclusión expresa a las provincias;

— *...o cuando hay una directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas*"; fuera de cuyos casos —agrega la Corte— "es incuestionable que las Provincias retienen una autoridad concurrente con el Congreso".

El criterio de "Domingo Mendoza c. Provincia de San Luis" de 1865 ha sido mantenido en diversas fórmulas en numerosísimos fallos que llegan hasta hoy¹³⁷⁹.

Nótese que

— no se trata de una compatibilidad hipotética, en abstracto o eventual, sino efectiva;

—el carácter absoluto requerido para la incompatibilidad no se mantiene como nota uniforme en la jurisprudencia, existiendo otros criterios que traducen la incompatibilidad en términos de "ineficacia", lo que implica una evaluación más propensa a darla por configurada y con el efecto de invalidación de la legislación local. En virtud de ello se reputa

implícitamente prohibido a las provincias el ejercicio de una competencia que obstaculice o haga ineficaz el desenvolvimiento de una competencia del Gobierno federal¹³⁸⁰;

— la incompatibilidad no requiere una efectiva *contradicción normativa*, sino que aparece también ante un conflicto *funcional* o *teleológico* entre las normas en cuestión;

— como consecuencia necesaria de la presunción de concurrencia, la demostración de la incompatibilidad, en todo caso, es carga probatoria de quien pretenda su invalidación;

— esa interferencia puede devenir tanto de una disposición que directamente contradiga a una norma federal *en su texto mismo*, como de casos en los que la incompatibilidad se derive de los *efectos* de la normativa.

Nos interesará aquí glosar un criterio de orden general que adopta el tribunal en el caso "Boto" de 1997 en relación con la configuración de interferencia local sobre legislación nacional (fallo al que nos referimos en el comentario al art. 75, inc. 18, CN, en el que la Corte invalida una ley bonaerense que establecía un salario mínimo para los médicos que trabajan en relación de dependencia)¹³⁸¹.

Allí se glosa la jurisprudencia norteamericana de "Pacific Gas & Electric" de 1983¹³⁸², que nuestra Corte hace suya. La doctrina, contenida en el sustancial consid. 13 de "Boto", consta de varias premisas que analizaremos por separado, marcando en orden sucesivo; (i) la deferencia a la intención expresa del Congreso de afirmar su exclusividad en la materia, (ii) la posibilidad de su determinación implícita, con igual resultado y (iii) la prelación federal que igualmente juega como criterio subsidiario en caso de un "conflicto de hecho" con la normativa local.

Así, tenemos que

— (i) "El Congreso puede dictar —siempre que actúe dentro de sus poderes constitucionales— normas que prevalezcan sobre la normativa estadual, si el Congreso indica esta intención en términos explícitos". Este es el caso más "simple", el de la normativa que el Congreso adopta con expresa afirmación de que la misma habrá de prevalecer sobre la normativa provincial.

— (ii) "Cuando el Congreso no manifiesta de modo explícito dicha voluntad, la intención del Congreso de prevalecer sobre la normativa estadual puede ser inferida de la estructura de la normativa federal". En el fallo se reconocen dos modos "indiciarios" de determinar la vocación de exclusividad *implícita* del Congreso. Tal intención puede ser inferida:

o (a) cuando "a raíz de su minuciosidad y extensión, puede hacer razonable pensar que el Congreso no ha dejado espacio a los estados para suplementar dicha normativa federal", como

o (b) "porque el objetivo perseguido por dicha normativa federal, y el carácter de las obligaciones impuestas por esta, puede revelar que el Congreso ha tenido la mencionada intención".

— (iii) Finalmente, *aun en el supuesto de que el Congreso no haya completamente desplazado el poder estadual de regular cierta materia, la normativa federal prevalece sobre la estadual, si esta (la normativa estadual) entra en conflicto, de hecho, con la normativa federal. Este conflicto puede originarse*

o si es empíricamente imposible cumplir, al mismo tiempo, con las obligaciones establecidas por la normativa federal y la estadual; o

*o cuando las normas estaduales son, de hecho, un obstáculo para la ejecución de los propósitos y objetivos del Congreso*¹³⁸³.

Debe decirse que "Boto" ha establecido un amplio espectro de criterios que redundan todos ellos en establecer la primacía federal como un contrapeso de la presunción de concurrencia.

VI. PRINCIPIO DE COMPATIBILIDAD CON EL INTERÉS NACIONAL: SE PERMITE EL PODER LOCAL QUE NO CONDICIONA, MENOSCABA O IMPIDE

El carácter abierto de las pautas de deslinde y atribución competencial genera margen para solapamientos. Para minimizar su intervención nulificadora y no retacear *a priori* potestades a cada uno de los órdenes involucrados, la Corte ha ido adoptando un criterio según el cual ante la duda presume que los poderes son *concurrentes*.

Así, la Corte razona que "la regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias" y postula con frecuencia una solución "compatibilizadora" cuando propicia que "las normas constitucionales que rigen el caso deben ser interpretadas de modo tal que se desenvuelvan armoniosamente evitando interferencias susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa"¹³⁸⁴.

Al respecto, en la casuística concreta vemos registrada en la jurisprudencia otra forma de enunciación que no nos habla de interferencia sino de su reverso, la compatibilidad. En el caso "Ambros-Palmegiani" de 1986 se reconoce en el consid. 6º que "la supresión de la jurisdicción provincial debe limitarse a los casos en que su ejercicio interfiera con la satisfacción del propósito de interés público que requiere el

establecimiento nacional", y de allí se avanza en el consid. 7º al criterio positivo: "el criterio para aceptar o excluir el ejercicio de poderes provinciales en lugares sometidos a la jurisdicción federal por interés nacional, es precisamente el de la compatibilidad con dicho interés".

Allí la Corte reconoce que "el ejercicio de una facultad por la provincia en los enclaves de jurisdicción federal incide siempre en estos", de modo que la pauta no puede ser la simple incidencia, sino —dice— "su *compatibilidad* con lo afectado o inherente a esa utilidad nacional, o con las actividades normales que la utilidad nacional implique".

De vuelta, empero, el test aparece también funcionando a *contrario sensu*: rescatando un voto de Pedro J. Frías de 1980¹³⁸⁵, se concluye que hay tal compatibilidad siempre que la facultad provincial "no condiciona, menoscaba o impide el interés nacional", fijando esa tríada de efectos censurados que "en cuanto disputan, en diverso grado, su primacía al interés nacional, indican que el ejercicio del poder provincial es incorrecto"¹³⁸⁶.

Es importante observar una depuración conceptual. No se trata del "interés nacional" *lato sensu*, sino del interés específico del propósito al que sirve el establecimiento en cuestión, que es más acotado. Tal es el principio que adopta el constituyente de 1994 en la redacción del art. 75, inc. 30: la jurisdicción nacional queda limitada a la materia específica del establecimiento creado, sin afectar la potestad política de la provincia sobre el resto de la actividad cumplida en el lugar cedido.

VII. EL "PODER DE POLICÍA" Y SU NATURALEZA "LOCAL" COMO PODER RESERVADO

Es pertinente señalar el caso especial del llamado *poder de policía* (aludiendo con ello a la reglamentación o fijación de límites para el ejercicio de los derechos).

En la reforma de 1994 se aclaró que en la hipótesis de que el Congreso instituya establecimientos de utilidad nacional en el territorio de las provincias, tanto estas como los municipios "conservarán" sobre ellos sus "poderes de *policía e imposición*" (art. 75, inc. 30, CN). La condición a la que la Constitución supedita esa consecuencia es la de que estos se conservan "en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines". Esta expresión que destacamos fue introducida en la reforma constitucional de 1994 que en este punto incorporó el criterio jurisprudencial adoptado por la Corte en casos como "Municipalidad de Laprida c. UBA"¹³⁸⁷ y "Compañía Argentina de Teléfonos, SA c. Provincia de Mendoza"¹³⁸⁸.

La categoría de "poderes de imposición", que concierne a la posibilidad de cobrar tasas y tributos locales vigentes en el territorio, no resulta problemática ni merece mayor tratamiento aquí aunque viene a resolver un tema disputado en doctrina y jurisprudencia.

Fuera de ello, la norma citada ratifica la idea de que existe un *poder de policía* inmanente y eminentemente local. Ya en un viejo fallo, "Plaza de Toros" de 1870, la Corte Suprema reconocía como uno de los poderes que las provincias se han reservado "el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos"¹³⁸⁹.

Ese poder —que también tienen los municipios en la medida en que se ejercite sobre el marco de sus competencias— es el que concierne al concepto "estricto" del poder de policía, por oposición al concepto "amplio" donde los derechos se limitan en orden al "bien común" entendido como el bien común *de la Nación* y que tiene —en cambio— una presunción de federalidad.

Con todo lo problemático y aproximativo de esta distinción, el criterio se mantiene como un patrón recurrente al momento de establecer pautas de distribución de competencias entre el Estado federal y las provincias.

VIII. LAS "LEYES CONVENIO" Y LA ADHESIÓN LOCAL A LEYES NACIONALES

Lo dicho en el punto anterior tiene su concreción efectiva en este tema. Estos casos conforman una parte cuantitativa y cualitativamente muy importante del derecho público provincial y son el medio técnico por el cual se generan áreas de derecho común en sentido *impropio* pues entrañan regulación de áreas donde las provincias tendrían potestades "reservadas" para sí.

En el caso de la "adhesión", la provincia adhiere a una ley nacional asumiéndola como propia. La adhesión puede ser total o pueden hacerse "reservas" parciales sobre diferentes artículos. Como ejemplos de leyes que fueron ganando vigencia nacional a través de adhesiones locales tenemos la Ley de Tránsito 24.449 y la Ley de Adopción 25.854. En estos y otros casos, el Congreso de hecho incluye una previsión expresa por la cual "se invita a las provincias a adherir", lo que es un reconocimiento de que sin esa adhesión las mismas no tendrían vigencia a nivel local. En algunos casos, como el de la ley 24.464 que establece el Sistema Nacional de la Vivienda, la ley nacional establece algunas condiciones específicas para la adhesión.

Es importante aclarar que del hecho de que se trabaja sobre un poder conservado por la provincia se siguen varias consecuencias: a) la adhesión a la ley no implica la adhesión a un reglamento del Poder Ejecutivo, salvo que se especifique ello expresamente; b) la adhesión no

impide que la provincia incorpore nuevas reservas o sancione una nueva normativa propia para fijar un régimen diferente; c) si la ley nacional a la que se adhirió tiene modificaciones, para que esas nuevas normas rijan a nivel local deberá haber nuevas adhesiones que adopten y ratifiquen esos cambios (de lo contrario, la provincia en cuestión habrá hecho una inconstitucional delegación de poderes específicos a la Nación).

Distinto es el sistema de "leyes convenio" en el que ya no existe un paradigma de subordinación, sino un tipo de acuerdos que —conforme a la caracterización que ha dado alguna vez la Corte— "constituyen manifestaciones positivas del llamado federalismo de concertación, inspirado en la búsqueda de un régimen concurrente en el cual las potestades provinciales y nacionales se unan en el objetivo superior de lograr una política uniforme en beneficio de los intereses del Estado nacional y de las provincias"¹³⁹⁰.

Vemos materializado ello —ya como exigencia constitucional— para la adopción del sistema de coparticipación de impuestos (así fue implementado en la [ley 23.548](#) y de hecho, la Constitución prevé que el establecimiento de un nuevo sistema siga el procedimiento de ley convenio en el art. 75, inc. 2º, CN, con la pauta específica de que se reclama unanimidad de todas las provincias).

Estos pactos fiscales —ha dicho la Corte—, así como las demás creaciones legales del federalismo de concertación, "configuran el *derecho intrafederal* y se incorporan una vez ratificados por las legislaturas al derecho público interno de cada Estado provincial, aunque con la diversa jerarquía que les otorga su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización constitucional: nación y provincias. Esa gestación institucional los ubica con un rango normativo específico dentro del derecho federal. Prueba de su categoría singular es que no es posible su derogación unilateral por cualquiera de las partes". Esa afirmación constituye el *holding* que adoptó la Corte en 2015 al resolver la demanda que contra la Nación habían entablado varias provincias por modificaciones en el régimen de coparticipación, en el mismo fallo en el que destacó que "la esencia misma del derecho intrafederal impone concluir que las leyes-convenio y los pactos que lo componen no se encuentran en una esfera de disponibilidad individual de las partes, y solo pueden ser modificados o renovados por otro acuerdo posterior de la misma naturaleza, debidamente ratificado por leyes emanadas de las jurisdicciones intervinientes"¹³⁹¹.

IX. PODERES RESERVADOS EN "PACTOS ESPECIALES" AL TIEMPO DE SU INCORPORACIÓN

En el art. 121, CN vemos que, aparte de "todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal", las provincias conservan todos los

que "expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación". La frase tiene un sentido retrospectivo claro, no cabe duda de que se está haciendo mención al Pacto de San José de Flores de 1859 del que derivó la incorporación de la provincia de Buenos Aires — hasta entonces disidente— a la Confederación Argentina, previa revisión constitucional.

Esta cláusula tiene un campo limitado de aplicación práctico actual, derivado del art. 7º del pacto por el cual "Todas las propiedades del Estado [de Buenos Aires] que le dan sus leyes particulares, como sus establecimientos públicos, de cualquier clase y género que sean, seguirán correspondiendo a la provincia de Buenos Aires, y serán gobernados y legislados por la autoridad de la provincia". Varios casos se han derivado de ello en relación al Banco de la Provincia de Buenos Aires, ya que en su Carta orgánica el Estado local homónimo declaró al Banco y a sus bienes, actos, contratos y operaciones como "exentos de todo gravamen, impuesto, carga o contribución de cualquier naturaleza". A partir de esa autoexención, el art. 121 *in fine*, CN fue la clave en sendos pronunciamientos, entre los cuales destacamos los relativamente recientes de 2007 y 2013 en los que la Corte reconoció la inmunidad fiscal de la entidad ante planteos tributarios del Fisco Nacional¹³⁹². Cabe acotar que también en un pronunciamiento de 2014, la Corte aclaró que estos establecimientos provinciales no estaban exentos, por cierto, de las reglas del derecho común (y consecuentemente, validó las multas impuestas al Banco de la Provincia de Buenos Aires en virtud de las infracciones cometidas a las leyes consumeriles 24.240 y 25.065)¹³⁹³.

En la doctrina se ha pensado en la posibilidad de que la cláusula no se limite a esa aplicación retrospectiva del Pacto de San José de Flores, asumiendo que mantiene a futuro un interés *potencial* en tanto permite que nuevas provincias se incorporen a la unión federal reservándose algunos derechos especiales (y, al respecto, se ha sugerido esa vía como de contingente aplicabilidad en un escenario donde se incorpore a la República el territorio de las Islas Malvinas, con garantías de binacionalidad o doble idioma, etc.)¹³⁹⁴.

X. PODERES DE LAS PROVINCIAS INCORPORADAS LUEGO DE LA SANCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1853

El constituyente de 1853-60 aceptó en el art. 13, CN la posibilidad de admisión de nuevas provincias. Ni en esa norma, ni en esta aparecen condiciones que supongan poderes diferenciales o criterios de *capitis diminutio* para las provincias "nuevas", de modo que cabe asumir que las mismas tienen —salvo en lo "que se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación"— derechos iguales a las existentes al momento de sancionar la Constitución Nacional.

Esta afirmación —simple inferencia hermenéutica— nos lleva a la misma conclusión que la interpretación jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos y adoptada también por nuestra Corte. Se trata de la doctrina del *equal footing* por la cual las provincias nuevas se incorporan en un pie de igualdad, adoptada en el caso de "La Pampa c. Provincia de Mendoza", y utilizada también en "Total Austral S.A. c. Tierra del Fuego" para afirmar la idea en su otra faceta: la de que una incorporación de una "nueva" provincia no podía redundar en perjuicio de las provincias preexistentes¹³⁹⁵.

XI. ACLARACIÓN TERMINOLÓGICA: LOS "PODERES COMPARTIDOS"

En la doctrina se suele utilizar la terminología de *poderes compartidos*, que se diferencia claramente de los concurrentes. En las competencias "compartidas" así definidas, se trata de poderes que para activarse requieren el pronunciamiento integratorio de ambos órdenes de gobierno, el federal y el nacional. Los ejemplos apuntados históricamente eran la fijación de sede de Capital Federal, la creación de nuevas provincias en el territorio de otra y la fijación de límites interprovinciales, a los que podríamos agregar, luego de la reforma constitucional de 1994, la normativa sobre coparticipación de impuestos federales. En todos estos casos, la cuestión debe ser votada por el Congreso y aceptada por las Legislaturas de las provincias involucradas.

* * *

Art. 122.—

Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal.

Comentario por Horacio Javier Etchichury

Sin cambios desde 1853, el texto transcribe casi literalmente los arts. 100 y 101 del proyecto de Constitución de Alberdi (solo se cambió la palabra "general" por "federal").

Reafirma el aspecto político de la autonomía delineada en el art. 5º de la Constitución Nacional (CN) respecto del diseño de las instituciones

locales y de la designación y —de modo implícito— remoción de autoridades. La referencia a la elección parece confirmar el carácter representativo del gobierno requerido a las provincias; por otra parte, la mención de gobernadores y legisladores se conecta con la división de poderes. Finalmente, se excluye al Gobierno federal (en sus tres poderes) del ejercicio de estas atribuciones locales.

I. PODERES DE PROVINCIA

El art. 122 otorga cierta flexibilidad en las modalidades a adoptar en la forma republicana y representativa de gobierno¹³⁹⁶. Badeni entiende que dicho margen está contenido por "aspectos teleológicos"¹³⁹⁷; aunque más concretamente los límites se encuentran en el texto del art. 5º de la CN, tal como se explica en el comentario a dicho artículo.

La CS sí ha reivindicado implícitamente —en "Ríos" (1993)¹³⁹⁸— atribuciones para revisar casos que involucren el ejercicio del poder constituyente provincial¹³⁹⁹, siempre que exista cuestión federal. En el fallo citado, un ciudadano impugnó parte de la reforma constitucional correntina, alegando que la convención había excedido la competencia fijada por la ley de convocatoria. La Corte convalidó la sentencia del Máximo Tribunal provincial (que había rechazado el planteo). Sostuvo que no había arbitrariedad, por lo que no procedía hacer lugar a la queja.

Ahora bien, frente a conflictos de poderes locales (o el desacuerdo incluso sobre la existencia de tales conflictos o de los poderes mismos), la CS ha recordado que no tiene atribuciones para intervenir en ellos¹⁴⁰⁰. P. ej., en "Díaz García" (1964)¹⁴⁰¹, rechazó tratar un reclamo al Ejecutivo provincial a fin de que pidiera el acuerdo para un magistrado dejado en comisión tras una intervención federal. El tribunal supremo provincial se había negado a reconocer en ello un conflicto de poderes, y había resuelto no intervenir. La Corte dejó firme esa decisión. Del mismo modo, en "Seco" (1994)¹⁴⁰² rechazó intervenir en el caso planteado por la no incorporación de un grupo de senadores provinciales a la Legislatura catamarqueña. Consideró que se trataba de una controversia entre poderes locales, cuya solución "jurídica o política" correspondía al ámbito provincial (consid. 7º). La disidencia negó que hubiera un conflicto entre ramas de Gobierno local, porque —precisamente— la existencia misma de uno de los poderes (el Senado provincial) estaba en debate.

II. ELECCIONES LOCALES

También deriva de este artículo la autonomía en materia de sistemas electorales¹⁴⁰³, sin que se puedan afectar los derechos políticos consagrados en la CN, ni las características del sufragio fijadas en el art. 37.

Algunas provincias permiten votar a personas extranjeras en elecciones municipales (Constitución Provincial [CP] de Entre Ríos, art. 251; CP de Jujuy, art. 187; CP de Santiago del Estero, art. 214; CP de Río Negro, art. 237; CP de Salta, art. 173) o incluso ser elegidas para funciones en ese nivel de gobierno (CP de Corrientes, art. 222). Aquí las provincias reconocen derechos más amplios que los consagrados en el art. 20 de la CN.

La Corte ha variado su visión sobre el rol que le cabe en materia electoral provincial¹⁴⁰⁴. Por ejemplo, en "Córdoba - Convocatoria a elecciones" (2007)¹⁴⁰⁵, rechazó aceptar como materia de su competencia originaria un planteo sobre las elecciones locales. Invocando el art. 122 de la CN, sostuvo que su intervención solo se justifica frente a un evidente y ostensible apartamiento de las normas locales que acarree una lesión a la esencia de la forma representativa y republicana. Así se apartó de la postura adoptada previamente en "Partido Justicialista (Distrito Córdoba)" (1999)¹⁴⁰⁶, donde por mayoría había ordenado suspender los efectos de una sentencia del Máximo Tribunal local que ordenaba separar las boletas para los tramos provincial y municipal. Las disidencias rechazaron el recurso. Gelli critica el voto mayoritario, indicando que ante la falta de derechos o normas de carácter federal en juego, no resulta justificada la intervención de la CS¹⁴⁰⁷. Años antes, en "Partido Demócrata Cristiano" (1991)¹⁴⁰⁸, la Corte rechazó un recurso *per saltum* contra la decisión de la Junta Electoral de Córdoba que habilitaba una tercera candidatura consecutiva del entonces gobernador Eduardo César Angeloz. Del mismo modo, ante un cuestionamiento a la ley de lemas de la provincia de San Juan, la Corte —remitiéndose al dictamen del Procurador General— sostuvo que el planteo se basaba en normas de la constitución provincial, por lo que la competencia correspondía a la justicia local¹⁴⁰⁹.

Una intervención muy activa tuvo en "Electores y apoderados" (1991)¹⁴¹⁰, donde por 5 votos a 4 invalidó la decisión del Colegio Electoral correntino por no haber cumplido adecuadamente las normas de la Constitución local¹⁴¹¹. Tras una nueva elección, se reiteraron problemas con la integración y el funcionamiento del Colegio Electoral, el cual sancionó a algunos de sus integrantes. Recurridas las sanciones ante la CS, el tribunal determinó que el planteo resultaba abstracto porque Corrientes había adoptado posteriormente el sistema de elección directa¹⁴¹².

Otro caso se presentó a partir de las elecciones de diputados nacionales y provinciales por Santiago del Estero en 1993. Se las impugnó alegando diversas irregularidades, pero la Cámara Nacional Electoral consideró que la cuestión había devenido abstracta porque los legisladores ya habían sido incorporados a la Cámara de Diputados (y los provinciales habían perdido su banca tras la intervención federal a la provincia). En "Apoderados de la UCR/MOP y sublema 'Juárez Vuelve'"

(1994)¹⁴¹³, la mayoría de la Corte revocó esta decisión de la Cámara. Sostuvo la importancia de verificar la legitimidad del acto comicial. De lo contrario, bastaría que pasara el tiempo para que se convalidara el fraude electoral. En su disidencia, Petracchi consideró que correspondía a la Cámara baja revisar la validez de los títulos de los diputados.

La representación proporcional para la Legislatura se consagra en la CP de Buenos Aires (art. 60) y en la CP de Corrientes (art. 71). En algunas provincias se prevé el sistema de doble vuelta para elegir gobernador (CP de Chaco, art. 133; CP de Corrientes, art. 156). La ley de lemas de la provincia de Santa Fe fue convalidada por la CS en "Partido Demócrata Progresista" (2003)¹⁴¹⁴. Invocando el art. 122, el tribunal sostuvo que correspondía a la provincia determinar el sistema electoral que le resultara más conveniente, y que ello gozaba de una presunción de constitucionalidad solo derrotable ante una manifiesta irrazonabilidad del legislador local. En cuanto a las posibilidades de reelección del titular del Ejecutivo provincial, remitimos a nuestro comentario del art. 5º de la CN.

III. CONDICIONES PARA CARGOS Y CANDIDATURAS

Existen variantes en los requisitos fijados por las provincias para acceder a cargos públicos (electivos o por designación) en los tres poderes. La CP de Entre Ríos establece como condición de idoneidad "no haber tenido cargos de responsabilidad política en regímenes *de facto* posteriores al 24 de marzo de 1976" (art. 6º). Una cláusula más amplia inhabilita perpetuamente para ocupar cargos públicos en la provincia de Río Negro o en sus municipios a quienes cumplieron "funciones de responsabilidad o asesoramiento político" en los poderes de la Nación, de las provincias o de los municipios en gobiernos no constitucionales; por los cuales no se reconocen tampoco derechos previsionales (CP, art. 7º).

En Chubut, las personas que tengan parentesco de hasta el cuarto grado (por consanguinidad o afinidad) con el titular del Ejecutivo no pueden ser ministros (CP, art. 158). Las normas electorales correntinas vigentes en 2001 impedían postularse para cargos provinciales a quienes estuvieran en prisión preventiva. En "Alianza 'Frente para la Unidad'" (2001)¹⁴¹⁵, la CS invalidó esas pautas (que incluían dos artículos de la Constitución provincial), porque contradecían los derechos políticos individuales de rango constitucional federal, como así también el principio de inocencia.

La CP de Catamarca requiere la condición de católico para poder postularse a gobernador (art. 131). Algunas provincias exigen un determinado período de residencia (CP de Buenos Aires, art. 121; CP de Chaco, art. 132; CP de Río Negro, art. 171), a veces diferenciado según

sea nativo o no de la provincia, tal como se fija en el art. 131 de la Constitución catamarqueña.

La Corte examinó este requisito en "Partido Justicialista Distrito Electoral Catamarca" (2003)¹⁴¹⁶. Citando los arts. 121 y 122 de la CN sostuvo que no existía cuestión federal sino de derecho público local, cuyo conocimiento corresponde a los jueces provinciales. La mayoría destacó que la noción de "Gobierno" mencionado en el art. 122 incluye a la CS, que carece de competencia para revisar la organización institucional de las provincias; su rol es armonizar el ejercicio de ambos órdenes de Gobierno (nacional y local). La disidencia, en cambio, entendió que estaba en juego la coherencia entre un artículo de la Constitución catamarqueña y cláusulas de la CN, configurando ello una cuestión federal. Más de una década antes, una cláusula similar de la CP del Chaco motivó un recurso que la Corte rechazó por mayoría en "Acción Chaqueña" (1991)¹⁴¹⁷.

Varias provincias, por su parte, excluyen a los argentinos naturalizados del derecho a postularse para gobernador (CP de Santiago del Estero, art. 151; CP de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, art. 124; CP de Mendoza, art. 113; CP de Misiones, art. 106; CP de Neuquén, art. 201; CP de Salta, art. 131; CP de Santa Cruz, art. 112; CP de La Pampa, art. 72; CP de Entre Ríos, art. 156).

Este requisito de ciudadanía por nacimiento u opción se halla también en el art. 121 de la CP de Buenos Aires. La CS rechazó intervenir de modo originario ante el reclamo contra esa cláusula formulado por un dirigente político que había adquirido la ciudadanía argentina por naturalización. Según el voto mayoritario en "De Narváez Steuer" (2007)¹⁴¹⁸, corresponde a los jueces provinciales analizar la cuestión, en virtud del art. 122 de la CN. Por su parte, la disidencia consideró que se trataba de una cuestión federal: estaba en juego la coherencia entre la norma provincial y los derechos consagrados en la CN. El voto minoritario también destacó que el criterio contrario al de la mayoría ya se había aplicado en "Hooft" (2004)¹⁴¹⁹, donde la Corte sostuvo que la exigencia de ciudadanía por nacimiento u opción para el acceso a los cargos públicos (en aquel caso, juez de Cámara) adolecía de una presunción de inconstitucionalidad porque discrimina a las personas en virtud de su origen nacional¹⁴²⁰.

IV. JUICIOS POLÍTICOS Y JURADOS DE ENJUICIAMIENTO

Los mecanismos de destitución de autoridades también originaron planteos ante la Corte. En general, el tribunal ha considerado que no tiene competencia sobre juicios políticos u otros procesos locales de remoción, salvo que existan graves afectaciones del derecho de defensa o del debido proceso legal, que de todas formas tiene un alcance distinto al requerido en procesos judiciales.

En "Rousselot" (1990)¹⁴²¹, la Corte declaró la nulidad de la destitución de un intendente por parte del Concejo Deliberante. Sostuvo que se había incumplido una ley que garantizaba el derecho de defensa. Se trataba de una norma local, lo cual —en principio— excluye la presencia de una cuestión federal. Pese a ello, se arrogó competencia para revertir la decisión del órgano legislativo municipal.

Poco tiempo más tarde, entendiendo de un recurso interpuesto por un gobernador destituido por la Legislatura provincial, la CS señaló en "Del Val" (1991)¹⁴²² que en el marco de un juicio político las limitaciones a las causales de recusación y excusación, como así también los plazos más breves, no resultan irrazonables en sí mismos. En el caso —explicó— era necesario demostrar concretamente las pruebas o defensas que no se hubieran podido presentar y su relevancia específica. La disidencia entendió que el titular del Ejecutivo provincial tenía un derecho subjetivo a permanecer en el cargo; por ello, los tribunales tenían atribuciones para reparar las violaciones al debido proceso.

Estos criterios condujeron más tarde a revertir la sentencia del juicio político a un gobernador en "ATE San Juan" (1994)¹⁴²³. La Corte subrayó que estos procesos están alcanzados por las garantías procesales, en virtud del principio de supremacía constitucional. Frente a lo que describió como "respuestas dogmáticas" del Superior Tribunal de Justicia sanjuanino a los planteos del gobernador, la Corte ordenó al órgano provincial dictar una nueva sentencia. Como el plazo para el juicio político ya había concluido, Jorge Escobar fue repuesto en el cargo. Logró su reelección en 1995 y gobernó hasta 1999. Una de las disidencias, en cambio, entendió que el pronunciamiento del tribunal sanjuanino "se adecua al amplio margen de apreciación política" que la Legislatura tiene para evaluar la conducta del enjuiciado. Se trataba, por lo demás, de cuestiones de derecho público local, que no entraban en la competencia de la Corte. Otra disidencia, firmada por el ministro Enrique Petracchi, resaltó que frente a interpretaciones de normas provinciales hechas por los máximos tribunales locales, se debe adoptar un criterio muy estricto en materia de arbitrariedad. Está en juego la organización fundamental de la nación, según las pautas fijadas en el actual art. 122 de la CN.

En un caso más reciente, "Pedido de juicio político contra el Sr. Gobernador Mario Jorge Colazo" (2012)¹⁴²⁴, la mayoría de la Corte consideró que el recurso planteado por ese mandatario contra su destitución por la Legislatura se había vuelto abstracto al concluir su período. Sin embargo, hizo lugar al planteo contra la sanción accesoria de inhabilitación. La CS afirmó que esta última no había sido fundada y ello afectaba el derecho de defensa; remitió el expediente al Máximo Tribunal de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur para que dictara nueva sentencia.

La posición deferente hacia las resoluciones de órganos provinciales se observa en un voto concurrente de "Consejo de la Magistratura" (2005)¹⁴²⁵, donde cuatro ministros invocaron el mismo art. 122 para fundar una interpretación muy estricta del concepto de arbitrariedad cuando se trata de interpretaciones de derecho provincial formuladas por el máximo órgano judicial de ese nivel. Si existía un conflicto entre los poderes locales de Río Negro, debía resolverse a partir de las vías jurídicas y políticas locales: el nombramiento y remoción de funcionarios de las provincias corresponde a ellas. Por su parte, el voto mayoritario simplemente no dio tratamiento a la cuestión: rechazó la presentación mediante el art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com.

En el mismo sentido, la Corte resolvió en "De la Cruz" (2008)¹⁴²⁶ que en los juicios políticos de magistrados provinciales en sede local solo puede intervenir el Máximo Tribunal federal por vía de recurso extraordinario cuando en forma nítida, inequívoca y concluyente se haya violentado el debido proceso legal. No es materia justiciable la evaluación hecha por los órganos provinciales de la prueba, los hechos o el derecho aplicable.

También dejó establecida la falta de competencia federal en el caso de un sumario labrado por el Máximo Tribunal de Formosa contra uno de sus integrantes. Este vocal interpuso un recurso de amparo ante la justicia federal, que ordenó su reposición. Frente a ello, la Corte —en "Superior Tribunal de Justicia" (1999)¹⁴²⁷— sostuvo por unanimidad que el conflicto entre tribunales de diversa jurisdicción sin un superior común revestía "marcada gravedad institucional" y ordenó suspender el trámite del amparo y la ejecución de cualquier decisión tomada en su marco¹⁴²⁸.

En líneas generales, el artículo habilitó históricamente una diversidad de soluciones institucionales para las provincias, en cada uno de los poderes. En ciertos casos, se adoptan requisitos que presentan, a primera vista, riesgo de contradecir las cláusulas de igualdad ante la ley o no discriminación contenidas en la CN (tales como la condición de católico, o una cierta modalidad de ciudadanía). La Corte, por su parte, ha adoptado como línea general la pauta de no intervenir en conflictos institucionales locales ni en la revisión de condiciones de elegibilidad de funcionarios. Tampoco asumió competencia sobre los mecanismos de destitución; solo lo hizo cuando reconoció la existencia de violaciones graves al derecho de defensa o al debido proceso legal. Sin embargo, la amplitud de estos criterios no permite destilar una regla clara sobre el punto. Igualmente imprecisa es la pauta sobre la intervención de la Corte en materia electoral provincial: la sucesión de los casos reseñados aquí no arroja, al menos en nuestra opinión, una regla jurídica reconocible.

* * *

Art. 123.—

Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el art. 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL

Comentario por María Verónica Tarzia y Maximiliano Carrasco

I. MUNICIPIOS Y DEMOCRACIA

Desde una interpretación originalista, el régimen municipal quizá pueda asociarse fuertemente con el origen del federalismo, y a su vez, con la relación entre el territorio y la cuestión política¹⁴²⁹. Ese análisis excede en gran medida este trabajo que aborda los alcances de la protección constitucional de la autonomía municipal. No obstante, la lectura que se propone realizar sobre las normas constitucionales que se examinan involucra una mirada atenta sobre la vinculación entre los municipios y la democracia; y vuelve a la cuestión democrática como horizonte de los avances que consolidó la reforma constitucional de 1994.

Lo que tratamos de expresar ha sido sintetizado de la siguiente manera: "la médula municipal es netamente política"¹⁴³⁰ y en ese escenario, el área de competencias y funcionalidades municipales es materia de permanente tensión en una práctica institucional que favorece la concentración de poder por las provincias y la Nación.

En cambio, la apuesta por más y mejor democracia en los municipios los pone en foco como espacios propicios para la deliberación y participación pública, deduce su potencialidad para convertirse en lugares de cohesión, acción y control social de los habitantes en relación con las políticas públicas que los afectan.

A la luz de la autonomía que ha consagrado la Constitución Nacional, esa intensidad de la participación pública podría funcionar, en su caso, como neutralizador de los riesgos existentes de la cooptación partidaria o

personalista de los municipios y como criterio para la ampliación de su grado de autonomía.

II. LOS AVANCES DEL RÉGIMEN MUNICIPAL HACIA LA AUTONOMÍA. LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES Y EL **LEADING CASE** "RIVADEMAR"

En el año 1994, con la reforma constitucional, quedó expresamente consagrada la autonomía municipal en el art. 123 de la Constitución¹⁴³¹. Pero con anterioridad a tal reforma, las provincias debían, en virtud de lo establecido por los arts. 5º y 106, dictar su propia Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, y asegurando su administración de justicia, *su régimen municipal* y la educación primaria.

En tanto el texto constitucional no fijaba el tipo de régimen municipal, existía una discusión respecto del carácter autárquico o autónomo de los municipios¹⁴³².

La CS, hasta el año 1989, había considerado a los municipios como entes autárquicos territoriales de las provincias. Así lo expresó en diferente jurisprudencia. P. ej., en "Ferrocarril del Sud. c. Municipalidad de La Plata s/cobro de impuestos. Recurso extraordinario. Competencia"¹⁴³³ del año 1911, la Corte se pronunció sobre la institución municipal diciendo que "no son más que delegaciones de los poderes provinciales, circunscriptas a fines y límites administrativos, que la constitución ha previsto como entidades del régimen provincial y sujetas a su propia legislación (...)".

Si bien la CS en las décadas siguientes avanzó en cierto punto al reconocer a los municipios como organismos de gobierno con un ámbito propio para administrar (fallos "Municipalidad de General Pueyrredón c. Sociedad Jockey Club Mar del Plata s/cobro ejecutivo de pesos"¹⁴³⁴ y "Sebastián Cartagena, querella seguida en su contra por infracción al art. 2088 del digesto municipal"¹⁴³⁵ de 1929 y 1930 respectivamente), a mediados de la década de 1980 produjo un retroceso reiterando las consideraciones de "Ferrocarril del Sud" en las causas "Ambros-Palmegiani SA y Gennaro Fernández SA Empresas Asociadas - recurso directo s/resolución del Consejo de Ingenieros de la Pcia. de Santa Fe"¹⁴³⁶ del 1/4/1986 y "Municipalidad de Laprida c. Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ingeniería y Medicina"¹⁴³⁷ del 28 de abril del mismo año¹⁴³⁸. El retroceso podría considerarse más acentuado a la luz de diferentes avances del constitucionalismo provincial que había comenzado a reconocer expresamente la autonomía municipal (v.gr., Constituciones de Neuquén y Misiones —años 1957 y 1964 respectivamente—, y en el mismo año 1986, las Constituciones de Jujuy, San Juan, Salta, La Rioja y Santiago del Estero).

El cambio de criterio en la CS llegó en el año 1989, en el *leading case* "Rivademar, Ángela D. B. Martínez Galván de c. Municipalidad de Rosario"¹⁴³⁹, en el que el Máximo Tribunal, siguiendo el dictamen de la procuradora María Graciela Rériz, modificó sus pronunciamientos anteriores, considerando aquí que los municipios no eran entidades autárquicas, quedando de ese modo en sintonía con las diferentes Constituciones provinciales que ya habían sentado la autonomía municipal. En el consid. 8º de su fallo, la CS sostuvo que "(...) aún prescindiendo de las prescripciones concretas de las constituciones provinciales vigentes, debe reconocerse que mal se avienen con el concepto de autarquía diversos caracteres de los municipios, tales como

i) su origen constitucional frente al meramente legal de las entidades autárquicas,

ii) la existencia de una base sociológica constituida por la población de la comuna, ausente en tales entidades;

iii) la imposibilidad de su supresión o desaparición o desaparición, dado que la Constitución asegura su existencia, lo que tampoco ocurre con los entes autárquicos;

iv) el carácter de la legislación local de las ordenanzas municipales frente a las resoluciones administrativas emanadas de las autoridades autárquicas, el carácter de personas jurídicas de derecho público y de carácter necesario de los municipios (...), frente al carácter posible o contingente de los entes autárquicos;

v) el alcance de sus resoluciones, que comprende a todos los habitantes de su circunscripción territorial, y no sólo a las personas vinculadas, como en las entidades autárquicas;

vi) la posibilidad de creación de entidades autárquicas en los municipios, ya que no parece posible que una entidad autárquica cree a otra entidad autárquica dependiente de ella; y la elección popular de las autoridades, inconcebible en las entidades autárquicas¹⁴⁴⁰".

Posteriormente, también en 1989, la CS, siguió la línea de "Rivademar" en "Promenade SRL c. Municipalidad de San Isidro s/demanda contencioso administrativa"¹⁴⁴¹. En este fallo, el Máximo Tribunal hizo propio el dictamen de la procuradora pronunciándose respecto de la naturaleza de las ordenanzas municipales y sus diferencias con los reglamentos dictados por la administración comunal en ejercicio de función administrativa. La CS expresó que "(...) Las ordenanzas emanan de un órgano de gobierno elegido por el sufragio popular; es, como la ley, una expresión 'soberana' de la voluntad popular, de la voluntad comunitaria organizada. En cambio, el reglamento, si bien materialmente legislativo,

emana de un órgano que ejerce actividad esencialmente administrativa, mediante un cauce formal distinto, según un procedimiento que tiene como característica la organización jerárquica". Luego, en el año 1991, en el fallo "Municipalidad de Rosario c. Provincia de Santa Fe"¹⁴⁴², la CS consideró que la regulación del sistema financiero de los municipios por parte de las provincias es inconstitucional en caso de comprometer de forma esencial su autonomía, expresando en el consid. 3º que "la necesaria existencia de un régimen municipal impuesta por el art. 5º de la CN, determina que las leyes provinciales no sólo deben imperativamente establecer los municipios, sino que no pueden privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para desempeñar su cometido. Si tales entes se encontrasen sujetos en esos aspectos a las decisiones de una autoridad extraña, aunque se tratara de la provincial, esta podría llegar a impedirles desarrollar su acción específica, mediante diversas restricciones o imposiciones, capaces de desarticular las bases de su organización funcional".

Tal como se pudo advertir, a partir del año 1989 la CS dejó de considerar a los municipios como entidades autárquicas, enumerando una serie de diferencias respecto de ellas (cfr. consid. 8º de "Rivademar"), y reconociéndoles autonomía en órdenes institucional, administrativo y financiero (cfr. "Rivademar", "Promenade" y "Municipalidad de Rosario"), acompañando de ese modo una cuestión ya saldada en diferentes Constituciones provinciales que establecían la autonomía municipal.

III. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL SEGÚN EL ART. 123 DE LA CN

La autonomía municipal fue consagrada constitucionalmente con la reforma de 1994 en el art. 123 de la CN, prescribiendo que las provincias deben asegurarla desde el dictado de sus propias Constituciones y reglar su alcance y contenido en diferentes órdenes: institucional, político, administrativo, económico y financiero. De este modo, la circunstancia de que un municipio revista carácter de autónomo importa que dentro de su competencia territorial y material, tenga facultades en los distintos órdenes mencionados en el texto constitucional.

Preliminarmente, en el orden institucional, la autonomía supone la posibilidad del dictado de la propia Carta orgánica. En el orden político, comprende facultades tales como determinar el modo de elección y/o remoción de las autoridades, seleccionar el sistema electoral, elegir la forma de gobierno (v.gr., Intendencia, Consejo), fijar diferentes instancias de participación ciudadana, etc. En el orden administrativo, incluye la posibilidad de prestación de servicios públicos o de ejecución de obras públicas, el ejercicio de la reglamentación de actividades privadas o de interés público o la posibilidad de llevar a cabo demás actos de administración local. Y el orden económico y financiero sugiere las

facultades relacionadas a la imposición de tributos y a la recaudación para el propio financiamiento.

A continuación, se propone un mayor desarrollo de cada uno de los diferentes órdenes de la autonomía municipal, con especial referencia a las tensiones que se han generado en la escena pública con posterioridad al reconocimiento —jurisprudencial y constitucional— de la autonomía municipal —y que fueron debatidas a través de la jurisdicción federal¹⁴⁴³.

3.1. Autonomía institucional y política

Las provincias deben organizar el régimen municipal autónomo ya que están constitucionalmente obligadas a asegurarlo. Pero frente a esta tarea, cabe decir que no tienen prefijado un régimen municipal autónomo único. Así, las Constituciones provinciales reconocen diferentes tipos de autonomía municipal. Siguiendo a María Gabriela Ábalos¹⁴⁴⁴, podemos encontrar:

i) Autonomía municipal semiplena: Constituciones provinciales que no reconocen la autonomía local en el orden institucional, es decir, los municipios no poseen capacidad de dictar su propia Carta orgánica, sin embargo, poseen autonomía en los demás órdenes (Constituciones de Mendoza, Santa Fe¹⁴⁴⁵ y Buenos Aires). Especial atención merece la Constitución de la provincia de Buenos Aires en tanto fue modificada con posterioridad a la reforma de la Constitución Nacional de 1994 y sin respetar la autonomía municipal en su orden institucional, no observando lo dispuesto por el art. 123 de la CN.

ii) Autonomía municipal condicionada, limitada o restringida: Constituciones provinciales que reconocen la autonomía institucional, pero exigen que la Carta orgánica municipal sea aprobada por el Poder Legislativo provincial (Constituciones de Neuquén, Chubut y Salta).

iii) Autonomía municipal plena: se reconoce a los municipios autonomía en todos los ámbitos enumerados en el art. 123 de la CN (Constituciones de Misiones, San Juan, La Rioja, Jujuy, San Luis, Córdoba, Catamarca, Río Negro, Formosa, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Corrientes, La Pampa, Chaco, Santa Cruz, Santiago del Estero, Entre Ríos).

En relación con este punto, creemos que debería tenderse a una autonomía municipal plena, apoyándonos en una concepción robusta de la democracia basada en la confianza hacia la ciudadanía para que pueda darse sus propias instituciones, favoreciendo la intervención ciudadana en los asuntos públicos, entendiendo que las decisiones públicas más relevantes deben tomarse a través de procesos inclusivos y deliberativos,

a través de formas caracterizadas por la conversación entre "todos los potenciales afectados", antes que por la "imposición" desde arriba¹⁴⁴⁶.

Carlos Nino, en su propuesta de Constitución, sugería incluir expresamente en el texto constitucional que las municipalidades pudieran dictar sus Cartas orgánicas, siendo de este modo fiel a su concepción deliberativa de la democracia, proponiendo la inclusión de los interesados en los procesos de toma de decisiones respecto de cómo darse el propio gobierno¹⁴⁴⁷.

En relación con la autonomía política de los municipios, es muy interesante traer a colación el fallo de la CS en la causa "Ponce, Carlos Alberto c. San Luis, Provincia de s/acción declarativa de certeza" del 24/2/2005¹⁴⁴⁸, el cual es muestra de una importante defensa por parte del Máximo Tribunal a este aspecto de la autonomía municipal.

En el caso en cuestión, Carlos Alberto Ponce, en su carácter de intendente de la ciudad de San Luis, dedujo acción declarativa de certeza contra la provincia de San Luis a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 8º de la ley local 5324 —y de los arts. 2º, 5º y 8º del dec. 117-MGJCT-/2003¹⁴⁴⁹—, por considerarlos violatorios de los arts. 5º y 123 de la CN. Por medio de la ley provincial 5324 —sancionada por la Legislatura de la Provincia de San Luis en el contexto post crisis social, económica y política de Argentina de 2001/2—, la provincia aprobó someter a consideración de su pueblo, en la elección del 27/4/2003, la incorporación de una cláusula transitoria a la Constitución local con la que se disponía la caducidad anticipada de los mandatos de todos los cargos electivos provinciales y municipales, y habilitó al Poder Ejecutivo provincial, por única vez, a convocar a elecciones para cubrir esos cargos. La caducidad se produciría, de conformidad a la norma, el día que se fijase para la asunción de las autoridades electas.

La CS, frente a la petición de Ponce, consideró habilitada su competencia originaria y exclusiva y dictó el 10/4/2003 una medida cautelar para que el Estado provincial suspendiera toda acción que pudiera modificar el período de vigencia de los mandatos electorales de funcionarios legislativos o ejecutivos ya electos y que se encontraban en ejercicio de sus funciones. Frente a ello, el Gobierno provincial ratificó, con un decreto posterior, la fecha de elecciones para el 27 de abril de dicho año, a lo cual la CS se pronunció el 24/4/2003 para hacer saber al Poder Ejecutivo de la provincia de San Luis que debía abstenerse de continuar con la convocatoria para la elección de intendente de San Luis.

Con posterioridad a ello, se dieron situaciones de enfrentamientos políticos entre la provincia de San Luis y la Municipalidad de San Luis, desconociendo la primera el llamado a elecciones de la segunda y llevando su reclamo a la CS, que fue rechazado, ya que el impedimento de llamar

a elecciones que había dispuesto la CS era para la provincia (para que no interfiriera en el Gobierno local) pero no para la municipalidad. Paralelamente, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis hizo lugar a una demanda de inconstitucionalidad de la Carta Orgánica Municipal de San Luis y del decreto a convocatoria a elecciones emitido por su intendente, con lo cual se dio una situación de contradicción jurisprudencial, y se efectuaron dos elecciones finalmente, llegando a coexistir dos intendentes¹⁴⁵⁰.

Finalmente, la CS falló el 24/2/2005, haciendo lugar a la acción declarativa de certeza, declarándose la inconstitucionalidad del art. 8º de la ley provincial y los arts. 2º, 5º y 8º del dec. 117/2003. Se puso de ese modo un punto final al conflicto de poderes entre la provincia de San Luis y el municipio de San Luis en torno al llamado a elecciones para nominar al intendente municipal. En el voto mayoritario se sostuvo que "(...) toda asunción por parte de la autoridad provincial de atribuciones que han sido asignadas exclusivamente a los titulares de los departamentos ejecutivos municipales (como es convocar a elecciones dentro de ese ámbito), afecta seriamente la autonomía municipal al introducir una modificación en ella de manera incompatible con el diseño constitucional. Tal intromisión, de ser aceptada, lesionaría la personalidad y las atribuciones del municipio, pues las autoridades constituidas deben respetar el grado de autonomía asignado a los diferentes niveles de gobierno por el constituyente provincial (...)"¹⁴⁵¹.

En otro pleito sobre convocatorias electorales, la CS adoptó un fallo reciente con una solución distinta a la del caso anterior, aunque únicamente referida a la habilitación de la instancia originaria ante conflictos que se den entre provincias y municipios sobre este punto. Sucedió en el marco de una acción de amparo iniciada por el intendente de la ciudad de La Rioja ante la CS, contra la provincia de La Rioja¹⁴⁵², que pretendía la declaración de inconstitucionalidad de un decreto provincial que convocó a elecciones departamentales en superposición con las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (PASO) del 9/8/2015, con el argumento de que esa disposición afectaría la autonomía municipal de convocar elecciones en otro calendario. En este caso, el Tribunal consideró que la vía intentada no era admisible, porque la competencia originaria quedaba excluida en los procesos donde "se debatan cuestiones de índole local que no traigan aparejada la necesidad de hacer mérito de éstas o que requieran para su solución la aplicación de normas de esa naturaleza, o el examen o revisión en sentido estricto de actos administrativos de las autoridades provinciales, legislativos o judiciales de carácter local"¹⁴⁵³, en cuyo caso, correspondía la expedición previa de los tribunales provinciales.

3.2. Autonomía administrativa

Una de las consecuencias que deriva del posicionamiento definitivo del régimen constitucional sobre la autonomía municipal es el surgimiento de un derecho administrativo municipal, pues a partir de la calificación constitucional sobre el carácter autónomo de los municipios queda claro que las competencias de administración que ejercen los municipios son de su titularidad y no delegadas por las provincias, por ende, poseen capacidad para darse una organización administrativa; incluir entre sus procedimientos administrativos a las técnicas de participación ciudadana, como la celebración de audiencias públicas, elaboración participada de normas o presupuestos y el acceso a la información pública¹⁴⁵⁴; establecer, regular y prestar servicios públicos de índole territorial; celebrar y ejecutar contratos administrativos, afectar bienes al dominio público municipal; impulsar reglamentaciones de actividades comerciales o industriales por razones de interés público¹⁴⁵⁵, entre otras competencias que complejizan la estructura municipal y le otorgan herramientas para asentarse como una gestión autónoma.

No obstante esta posibilidad que la Constitución Nacional le da al municipio de organizar su propia estructura administrativa, es cada vez más vidrioso el deslinde de las materias entre las que se dividen las competencias nacionales, provinciales y municipales y el grado de superposición que se admite o promueve en el marco constitucional. A su vez, la gravitación que tienen ciertas regulaciones nacionales o provinciales sobre realidades que tocan al municipio de cerca, en su territorio o respecto de la comunidad que alberga, es muchas veces demasiado avasallante y poco comprensiva de sus necesidades e intereses. Así, en el ámbito de los servicios públicos, p. ej., pueden señalarse algunos casos en los que se ha subvalorado la presencia de los municipios en las regulaciones federales o provinciales, por un lado; y por otra parte, casos en los que estos entes han ejercido competencias propias, en base a la autonomía consagrada, y se han enfrentado a embestidas de las grandes corporaciones económicas.

El dato que apuntamos no es llamativo si hacemos alusión al modelo histórico y normativo sobre el que se asientan las regulaciones actualmente vigentes en la mayoría de los servicios públicos, que se originó con la [ley 23.696](#) de Reforma del Estado, mediante la cual se sujetó a todas las empresas estatales a un proceso de privatización dirigido por el Poder Ejecutivo Nacional. En ese sentido, puede observarse que el criterio elegido para segmentar territorialmente las concesiones varió de un servicio a otro¹⁴⁵⁶, y obedeció a distintos motivos, pero lo relevante es que al haberse decidido con anterioridad a la reforma constitucional, muchas de estas delimitaciones geográficas para definir las competencias regulatorias y las concesiones, no tuvieron en cuenta las improntas municipales. El modelo normativo persiste para la mayoría de los servicios públicos y únicamente se ha modificado en los casos de agua potable y

saneamiento¹⁴⁵⁷ y transporte de ferrocarril interurbano de pasajeros¹⁴⁵⁸, y aunque hubo algunas innovaciones en los marcos sobre su participación institucional, tampoco puede decirse que los municipios han cobrado un lugar relevante. Lo mismo sucedió con otras actividades declaradas de interés público y reguladas por el Estado nacional, p. ej., sobre los medios de comunicación audiovisual¹⁴⁵⁹. En algún aspecto, el texto de la Constitución Nacional reformada también admite interpretaciones porque en el nuevo art. 42 establece las obligaciones relacionadas con los derechos de los usuarios y consumidores y menciona que "las autoridades proveerán a la protección de esos derechos (...) al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos" y que "la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de *las asociaciones de consumidores y usuarios* y de las provincias interesadas, en los organismos de control", por lo tanto, si bien la apelación a la obligación de las autoridades debería ser interpretada en el sentido más extensivo posible, incluyendo a los niveles municipales, en la faz institucional, su participación en los organismos de control ha sido relegada, de allí que los conflictos que pudieran surgir entre el municipio y las empresas controladas por el Estado nacional se vislumbran desde la óptica de un conflicto entre partes no atinente a la relación de servicio público.

En este nuevo esquema constitucional de poderes que conviven en un mismo territorio, el margen de acción reconocido a los municipios en materia de servicios públicos básicos es limitado aun cuando existen poblaciones afectadas por falta de acceso a servicios públicos esenciales o por ser estos deficitarios en la regularidad, continuidad, uniformidad, igualdad y calidad con que se prestan.

3.3. Autonomía económica y financiera

El poder federal interfirió drásticamente en la autonomía económica y financiera municipal, con mayor énfasis desde que se adoptaron los denominados "Pactos Fiscales" de la década de los noventa¹⁴⁶⁰. Hay que destacar que si bien la consagración de la autonomía municipal en la Constitución Nacional se concretó dos años después de la firma del primer acuerdo fiscal, a partir de su vigencia, y aun más allá de la novedosa autonomía municipal que debía regir en el ámbito económico y financiero, los municipios encontraron fuertes escollos para proveer a su financiamiento mediante la imposición de tasas e impuestos, e incluso, las resistencias al poder de imposición municipal fueron encaradas por agencias federales y corporaciones empresariales mucho más poderosas que los municipios.

Las empresas privatizadas han generado una frondosa litigiosidad que rechaza el pago de las tasas municipales que gravan actividades relacionadas con la prestación de servicios públicos federales. Estas embestidas judiciales se debieron fundamentalmente a la exigencia que los organismos reguladores (los encargados de fijar los ajustes tarifarios) realizaban sobre las empresas para que accionaran judicialmente por la inconstitucionalidad de los tributos municipales con fundamento en el acuerdo fiscal, de tal forma que se condicionaba al resultado (que no fuera favorable a la pretensión de inconstitucionalidad) del pleito, el reconocimiento de los ajustes tarifarios por ese concepto¹⁴⁶¹. Indirectamente, estos litigios fueron generados por la avidez del poder federal en acumular las competencias de recaudación fiscal.

Tal es así, que la mayoría de los casos en los que intervino la CS sobre el alcance de la autonomía municipal se refirieron a este punto y el Alto Tribunal mantuvo un criterio oscilante en torno a la procedencia de las tasas, por lo que corresponde tener en cuenta el contenido y la forma de imposición de esos tributos para poder distinguir la doctrina jurisprudencial de la Corte que resulta aplicable.

El primero de los casos a analizar fue impulsado por Telefónica de Argentina S.A. contra la Municipalidad de General Pico¹⁴⁶², en el que se discutió la legalidad de la tasa que el municipio pretendía sobre el uso del dominio público municipal. En ese sentido, la CS dejó sentado que "las comunicaciones telefónicas interestatales están sujetas a la jurisdicción nacional, pues ellas constituyen el ejercicio del comercio, forman parte del sistema de correos y tienden a promover la prosperidad, adelanto y bienestar general del país" justificando "la existencia de las necesarias atribuciones nacionales para la reglamentación de los servicios que excedan el ámbito local (...) e, incluso, de aquellos 'aspectos de las actividades interiores' de las provincias susceptibles de menoscabar u obstruir el servicio en estudio (...), atribuciones éstas que, en lo que a la dilucidación del sub lite interesa, han sido asumidas tanto por la Ley Nacional de Telecomunicaciones 19.798 como por las diversas disposiciones nacidas como consecuencia de la Ley de 'Reforma del Estado' 23.696". Con ese argumento, la Corte descartó que fueran aplicables a las empresas privatizadas los beneficios impositivos que regían para las empresas públicas según la ley 22.016, pero afirmó que estaba plenamente vigente el art. 39 de la ley 19.788 Nacional de Telecomunicaciones que exime de gravamen el uso del suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público nacional, provincial o municipal, a los fines de la prestación del servicio público de telecomunicaciones; y dejó a salvo la posibilidad de que existan otro tipo de tasas municipales exigibles a las prestadoras que incluso podrían ser trasladables a las tarifas, siempre que la imposición tributaria no se excediera en las materias vedadas por la legislación federal. El fundamento constitucional utilizado

por la Corte para sustentar la eximición dispuesta por la ley federal se basó en la atribución federal prevista en el actual art. 75, incs. 13 ("cláusula de comercio") y 18 ("cláusula del progreso"), y en ningún momento se abordó el posible conflicto de la supuesta atribución de exención que tendría el Poder Legislativo Nacional sobre el poder de imposición de los municipios desde la perspectiva de los principios generales del derecho tributario y tampoco desde la óptica de la autonomía municipal¹⁴⁶³. En este sentido, también se resolvieron otros casos con los mismos hechos, aun cuando la posición del Alto Tribunal fuera resistida por el Superior Tribunal de la Provincia de Mendoza, en los autos "Telefónica de Argentina SA c. Municipalidad de Mendoza"¹⁴⁶⁴. Posteriormente, el Alto Tribunal afianzó aún más su postura, reiteró los argumentos en el caso que inició Telefónica de Argentina S.A. contra la Municipalidad de General Pueyrredón¹⁴⁶⁵, pero con un agregado, en este caso, omitió aplicar —aunque sin declarar su inconstitucionalidad¹⁴⁶⁶— una ley nacional que había sido sancionada motivada en la intención de frenar las acciones que encararon las telefónicas y evitar el reintegro de los importes pagados en concepto de tasas por ocupación espacios del dominio público por el gran impacto que tendría en las finanzas municipales. En ese sentido, en los fundamentos del dictamen fiscal que la Corte hizo suyos, expresamente se rechazó la hipótesis argüida por el municipio, que "(...) [había indicado] que la ley 24.932 aspira a reflotar la autonomía municipal, protegida por el art. 123 de la CN, lo que le brinda legitimidad política y sustento constitucional (...) [y se] endereza hacia un auténtico federalismo pues, al impedir el reintegro de lo ya cobrado, fortalece las finanzas comunales al asegurarles una base financiera adecuada" pero sin articular palabra en torno a la mentada autonomía, sino que el fundamento radicó que esa norma sería "contraria a la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por el art. 17 de la CN"¹⁴⁶⁷ por perjudicar derechos adquiridos cuya legitimidad adquirió el carácter de cosa juzgada.

Ahora bien, distinto fue el criterio sentado con respecto a las tasas impuestas por los municipios como contraprestación de los servicios de "inspección, seguridad, salubridad e higiene", "publicidad y propaganda", "habilitación comercial" y otros de esas características. Existió un intento de blindaje por la misma empresa telefónica que argumentó que debía invalidarse todo tipo de imposición de tasas dispuesta por la Municipalidad de Chascomús¹⁴⁶⁸, fundado en el carácter federal del servicio y su regulación por un ente de control —en ese momento, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones— de ese nivel. Para resolver la cuestión, la Corte interpretó el deslinde de competencias constitucionales referidas al "poder de policía", en particular, dijo que "las prerrogativas de los municipios derivan de las correspondientes a las provincias a las que pertenecen (arts. 5º y 123)". La Corte recordó la doctrina sobre la índole federal del servicio público de telefonía y para contrarrestar el poder de imposición reconocido a las provincias como un poder no delegado, estableció que

debería evaluarse el siguiente estándar: "si bien la jurisdicción federal sobre aquel servicio público 'es compatible con el ejercicio del poder de policía y de la potestad fiscal por parte de las provincias y de sus municipalidades (...) uno y otro ejercicio no deben condicionar de tal modo la prestación del servicio que puedan obstruirlo o perturbarlo, directa o indirectamente"¹⁴⁶⁹ Finalmente, entendió que las tasas cuestionadas se asociaban a facultades que derivan del régimen municipal que "consiste en la administración de aquellas materias que conciernen únicamente a los habitantes de un distrito o lugar particular sin que afecte directamente a la Nación en su conjunto y, por lo tanto, debe estar investido de la capacidad necesaria para fijar las normas de buena vecindad, ornato, higiene, vialidad, moralidad, etc. de la Comuna y del poder de preceptuar sanciones correccionales para las infracciones de las mismas (...) "¹⁴⁷⁰ y que tampoco avasallaban competencias de las autoridades federales porque estas solo residen en los aspectos eminentemente técnicos de la prestación del servicio y no en los típicamente municipales.

Los caminos aparentemente separados de esos dos grupos de fallos volvieron a unirse porque en los fallos "Gas Natural Ban SA c. Municipalidad de Campana"¹⁴⁷¹, y más recientemente, "Aguas Argentinas c. Municipalidad de Avellaneda"¹⁴⁷², se discutió si existía una exención respecto del pago las tasas que gravan el derecho de uso o ocupación del espacio público municipal en otros servicios públicos de regulación federal, como el gas o el agua potable. En ambos casos se resolvió que la interconexión del servicio público por sí sola no genera una exención. Se dijo que tampoco es válido atribuir esas dispensas mediante normas reglamentarias o contractuales, en virtud del principio de legalidad tributaria, a diferencia del supuesto de las telecomunicaciones porque allí hay una ley federal que expresamente dispone la exención para el derecho de uso u ocupación del espacio público¹⁴⁷³. En estos casos, la CS no siguió los argumentos que había sostenido en "Telefónica de Argentina SA c. Municipalidad de General Pico" que le atribuían una base constitucional a los planteos de las empresas de servicios públicos, que consideraba que las tasas afectan al prestador de un servicio público regulado en el nivel federal para potenciar el progreso o el comercio interjurisdiccional. Si a diferencia de esos primeros fallos, en los más recientes no se apeló a aquella doctrina, podría entonces abrirse una posibilidad para revisarla, y cambiar el foco de la discusión, para analizar si el Congreso Nacional puede o no inmiscuirse en la capacidad de generar recursos por el municipio.

En contraste con lo anterior, se pueden destacar ciertos avances en el ámbito provincial sobre el progreso de potestad tributaria de los municipios para fijar impuestos. Esos avances, sin embargo, fueron retrotraídos por la decisión final de la CS cuando en 2009, haciendo suyos los argumentos del dictamen fiscal¹⁴⁷⁴ en el caso "Laboratorios Raffo c. Municipalidad de

Córdoba" aplicó al caso la doctrina referida al alcance de las tasas cuya imposición solo puede corresponder a "la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio referido a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente", y por ende, descartó el fundamento brindado por el municipio que arguyó que el tributo no se circunscribía a un servicio determinado sino a su actividad integral como organizador de "las reglas básicas para la promoción, ejercicio y progreso de las actividades comerciales, industriales y de servicios que se desarrollan en la ciudad"¹⁴⁷⁵. Lo interesante en el caso es recabar la respuesta que ha dado el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba a esta decisión¹⁴⁷⁶, porque asumió la defensa del tributo desde el punto de vista de la autonomía municipal y reconoció que la potestad tributaria de los municipios se justificaba en las Constituciones Nacional y Provincial y "en una valoración de equidad en el reparto de las potestades tributarias, ajustada a la nueva realidad institucional de nuestro estado federal" que también relacionó con la descentralización, complejidad y magnitud de los asuntos públicos que a partir de la reforma constitucional están en manos de estos gobiernos. Agregó, además, que existe una pauta de armonización del ejercicio de la potestad tributaria del municipio frente análoga potestad de la provincia y de la Nación de modo que "el predominio de una jurisdicción no comporte simultáneamente un obstáculo para el eficaz desarrollo de las competencias propias de los otros ámbitos" porque solo así la autonomía tributaria municipal podrá concretarse y transformar a los municipios en verdaderos gobiernos locales.

Otro tipo de conflicto interesante acerca del deslinde de competencias se ha dado en relación con el alcance de decisión que poseen los municipios sobre la instalación de actividades comerciales o industriales en su ejido urbano. Así, p. ej., en el caso "Cadegua SA c. Municipalidad de Junín"¹⁴⁷⁷ se discutió si el municipio podía legítimamente impedir el desarrollo de la actividad de juegos de azar en ejercicio de sus prerrogativas autonómicas. En tal sentido, con apoyatura en el dictamen del procurador general de la Nación, la CS entendió que no era válida la ordenanza que prohibía la instalación de establecimientos de juego de azar en el partido por tratarse de una facultad de reglamentación que se encontraría reservada a las jurisdicciones provinciales —según su interpretación—, no así a los municipios, porque sus competencias "derivan de las correspondientes a las provincias a las que pertenecen (...) y que, por lo tanto, es atribución del poder constituyente provincial y de su legislación otorgar esta facultades a sus municipios, en forma exclusiva o en concurrencia con otros territorios o servicios estatales, o bien, como propias o delegadas por el Estado Provincial", y añadió que no modifica la postura el hecho de la consagración constitucional de la autonomía municipal en el art. 123 que comentamos, porque aun cuando la materia pueda entenderse como una competencia propia del municipio, esa cláusula no les confiere a los municipios el poder de reglarla sin sujeción

a ningún límite, pues "el contorno debe ser delineado por las provincias, con el fin de coordinar el ejercicio de los poderes que éstas conservan (arts. 121, 122, 124 y 125, CN) con el mayor grado posible de atribuciones municipales en los ámbitos de actuación mencionados por el art. 123". Finalmente, el Tribunal no abundó en fundamentos adicionales a los expuestos por el procurador, aunque hubiera sido deseable, pues en el último párrafo el dictamen fiscal comenzaba a delinear un criterio o estándar para medir el grado de regulación admisible por las provincias sobre las atribuciones municipales que quedó solitario en el contexto final del fallo.

En el caso se hace evidente la falta de argumentos en debate relacionados con las bases democráticas de la decisión que adoptó el municipio, es decir, no se lee mediante qué procedimientos de discusión pública y qué sentido colectivo tenía la decisión, si existía un desacuerdo político expresado claramente por la ciudadanía con respecto a la libre permisión de la actividad de los juegos de azar. A su vez, también escasearon los argumentos referidos al posible anclaje sobre los derechos individuales o colectivos que involucraba el caso, que hubieran jerarquizado el debate, y quizá cuestionar el sistema actual que avala el Estado provincial para el fomento de esta actividad altamente lucrativa y su impacto en el medio social, en vez de invalidarlo drásticamente.

Además de las tensiones que se han detectado sobre el alcance de competencias regulatorias y de imposición tributaria, donde los conflictos surgieron, fundamentalmente, entre los municipios y agentes del sector privado; otro eje neurálgico en la actualidad de las discusiones sobre la autonomía municipal consiste en la equidad de la distribución de recursos de las provincias hacia los diferentes municipios, y a su vez, la validez y el alcance del poder provincial de disposición de recursos de la coparticipación provincial. Se asume, en lo que sigue, que los municipios atraviesan una posición débil ante la fuerte estructura de los poderes provinciales, tal como en una escala mayor, se produce entre la nación y aquéllos. Su debilidad se ve agravada por la práctica constante de los tribunales que aplican o propician una suerte de presunción antisubsidaria¹⁴⁷⁸ para definir los casos en favor de las provincias.

En relación con el primer punto, sobre la distribución de recursos de las provincias hacia los municipios, desde la academia tributaria se formula la ponderación de los principios de suficiencia y solidaridad¹⁴⁷⁹. El principio de suficiencia implica que los municipios dispongan de los recursos necesarios para el cumplimiento de sus fines más allá de los meramente necesarios su subsistencia. El principio de solidaridad, por su parte, obliga a las provincias a que provean los recursos necesarios que permitan un funcionamiento autónomo a los municipios, si los que genera en forma propia no resultan suficientes. Así pensados, estos principios otorgarían una garantía de recursos adicionales para lograr la suficiencia mentada.

Sucede que en el ámbito federal no se han debatido casos contenciosos impulsados por municipios para controvertir la coparticipación provincial o la distribución equitativa de recursos en términos generales, con la base constitucional de la autonomía municipal, por ende, no puede avizorarse la efectiva aplicación de estos principios —en una faz positiva—por el Máximo Tribunal.

En cuanto al segundo tema, relativo a la disposición de recursos asignados a los municipios por una decisión unilateral de las provincias, algunos municipios llevaron adelante casos contenciosos con el objeto de defender su autonomía económica. Sin embargo, en esos precedentes jurisprudenciales la CS definió un criterio restrictivo para considerar habilitada la jurisdicción federal en virtud del encuadre definido por la autonomía municipal.

La CS se había expresado antes de la reforma constitucional y con el cambio de criterio jurisprudencial a favor la autonomía municipal. En 1991, en el caso que tramitó ante su jurisdicción originaria "Municipalidad de la Ciudad de Rosario c. Provincia de Santa Fe s/inconstitucionalidad y cobro de australes"¹⁴⁸⁰ se controvertía la constitucionalidad de normas provinciales que afectaban un porcentaje de las sumas recaudadas por los municipios para un fondo de asistencia educativa y la posibilidad de la retención de los fondos coparticipables. Allí se argumentó que dado que el art. 5º de la CN no había fijado un sistema económico financiero específico para los municipios, aquel dependía de las normas provinciales, pero en tanto se había determinado en "Rivademar" la categoría autónoma de estos entes, entonces, la afectación que se invocaba exigía alegar y demostrar que esas normas comprometían la existencia misma del municipio y su impedimento para subsistir como unidad política autónoma. Agregó, como *obiter dictum*, que el control federal que se solicitaba debía practicarse con una mayor rigurosidad, teniendo en cuenta que existía una cláusula de la Constitución provincial que habilitaba las competencias que ejerció la provincia y a su vez no había sido tachada de inconstitucional por la comuna.

Posteriormente, la CS entendió sobre el planteo de inconstitucionalidad que formuló la Municipalidad de La Plata sobre el dec.-ley 9111/1978¹⁴⁸¹ que centralizaba coactivamente la disposición de residuos en la provincia, a través del CEAMSE, imponiendo el pago de la tarifa por los municipios y en caso de incumplimiento, la facultad de retener los importes adeudados de los aportes de coparticipación y otros recursos que recibiera el municipio de la provincia. El municipio de La Plata pretendió defender la facultad comunal de decidir el tratamiento de los residuos y además cuestionar la afectación económica que implicaba para el municipio. El fallo, en cambio, puso un límite muy duro a los planteos atendibles de los municipios en la vía federal y lo marca en aquellos casos en los que se acredite que la iniciativa provincial compromete efectiva y

concretamente su existencia patrimonial, con la carga de la prueba en sus manos.

Un planteo que tuvo como eje a la coparticipación de recursos entre las provincias y los municipios se resolvió en el 2014 con un fallo de la CS que descalificó por arbitrariedad a la sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Rioja, que a su vez, declaró que se trataba de una cuestión política no justiciable¹⁴⁸². El caso llegó a la instancia extraordinaria luego de que el intendente de la ciudad de La Rioja interpusiera acción de amparo con el fin de que se declarara la inconstitucionalidad de la omisión de la provincia de La Rioja en dictar el Régimen de Coparticipación Municipal, pese a la expresa regulación del tema en la Constitución local.

La CS se pronunció sobre la admisibilidad del recurso, entendiendo que la decisión del Tribunal Superior de Justicia provincial que sostuvo el carácter no justiciable de la cuestión planteada, no consideró los argumentos de derecho federal que habían sido invocados por la parte actora, especialmente, sobre la garantía de la autonomía municipal del art. 123 de la CN, y además, rebatió el argumento sobre la cuestión política del asunto, recordando al tribunal *a quo* que la interpretación judicial en una causa contenciosa de estas características, "debe asegurar que una vez ejercido el poder (constituyente), las autoridades constituidas respeten el grado de autonomía asignado a los diferentes niveles de gobierno, y provean los recursos de acuerdo a los parámetros preestablecidos para efectivizarla"¹⁴⁸³.

El fallo considera de la mayor gravedad a la omisión denunciada por el intendente, sobre la base de la exigencia del diálogo institucional que debe existir entre los poderes constituidos como representación del consenso constitucional; en contraposición con la deliberada y larga demora evidenciada en los hechos para producir los acuerdos necesarios que aborden el régimen de coparticipación¹⁴⁸⁴. Este precedente también esgrime un remedio disponible ante tan grueso incumplimiento, asociándolo con "la garantía federal del art. 6º y la posibilidad de intervención en caso de incumplimiento de los requisitos del art. 5º corresponde si las provincias no aseguran, ya no el régimen, sino el régimen cualificado de la autonomía municipal en las provincias"¹⁴⁸⁵.

IV. CONCLUSIONES

La consagración constitucional de la autonomía municipal implicó, en las normas, un avance importante para el rol institucional de los municipios y su acción política, no obstante, la fuerte concentración de poder de las provincias y del Gobierno federal —más precisamente, en sus poderes Ejecutivos—, sigue siendo una cortapisa importante de la práctica constitucional para el desarrollo de estos espacios políticos autónomos.

En ese sentido, las condiciones para una profundización de la autonomía municipal cambiarían rotundamente en un esquema de poderes más equilibrado, y también si los intendentes se concentraran en ejercer su autonomía para atraer a la deliberación y participación pública, y no en construir liderazgos marcados por el personalismo y el alineamiento partidario.

Ahora bien, en el estado de cosas actuales se pueden anotar algunas deudas pendientes y debates abiertos en torno de la autonomía municipal y la cuestión federal.

En relación con el orden institucional, a más de veinte años de la reforma constitucional aún se mantienen Constituciones provinciales que no reconocen a los municipios la potestad de dictar sus propias cartas orgánicas. Nunca se abrió la cuestión federal para debatir este tema.

En cambio, en cuanto al orden político, el alcance de la protección federal de la autonomía municipal, en los antecedentes jurisprudenciales, incluyó a la potestad de convocatoria de elecciones por los departamentos ejecutivos municipales. La CS consideró que había cuestión federal que habilitaba su intervención en el famoso fallo "Ponce" en un contexto de tensión política y conflicto de poderes que había sucedido en la provincia de San Luis.

En los órdenes administrativos y económico-financiero, la principal conclusión que se advierte es que la interferencia fáctica más poderosa que obstruye la autonomía municipal deriva de las regulaciones federales, en su caso, adoptadas con el consenso de los poderes provinciales, en acuerdos y diseños institucionales que dejan a los municipios en una situación de desventaja frente a la posibilidad de su autofinanciación y la decisión sobre la distribución de los recursos en servicios y políticas públicas autónomas.

El debate sobre la profundización de la autonomía municipal y su relación con el federalismo fiscal está en ciernes. Dentro de la comunidad jurídica, esta discusión viene mucho más enriquecida desde los tribunales provinciales que comenzaron a apoyar las competencias autónomas de los municipios, incluso a contramano de algunas sentencias que dictó la CS.

* * *

Art. 124.—

Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto.

Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.

1. CREACIÓN DE REGIONES

Comentario por María Florencia Saulino con la colaboración de Patricio Méndez Montenegro

I. ANTECEDENTES

Mucho antes de que la reforma de 1994 estableciera expresamente la potestad de las provincias de crear regiones, existieron distintas experiencias de regionalización impulsadas tanto por las propias provincias como por el Gobierno federal.

A nivel provincial, puede destacarse, entre otros ejemplos: (i) la creación de la "Corporación Norpatagónica" que tuvo como objetivo el aprovechamiento de los recursos naturales de la región y la promoción de la industria siderúrgica¹⁴⁸⁶; (ii) la constitución de la "Comisión para el Estudio del Desarrollo Integral de la Zona de influencia de los ríos Neuquén, Limay y Negro" que definió los objetivos prioritarios para la región del Comahue¹⁴⁸⁷; (iii) el Tratado de Integración Económica del Nuevo Cuyo¹⁴⁸⁸; y (iv) el Tratado de Integración del Norte Grande Argentino¹⁴⁸⁹.

A nivel nacional, los primeros intentos por promover la regionalización datan de principios de los años '60, cuando el Consejo Federal de Inversiones y el Instituto Torcuato Di Tella propusieron una división del territorio en regiones económicas¹⁴⁹⁰. En base a este estudio, el gobierno militar de 1966 dividió el territorio nacional en "regiones de desarrollo", cada una de las cuales contaría con una junta de gobernadores encargada de formular los objetivos, políticas y estrategias regionales de desarrollo¹⁴⁹¹. Si bien este plan no logró implementarse en su totalidad, dio

lugar a la creación de tres regiones: la región del Nor-Este, la Región del Nor-Oeste y la Región del Comahue¹⁴⁹². Posteriormente, en 1977, el Ministerio de Planeamiento Nacional requirió a las provincias una propuesta de regionalización espacial del país¹⁴⁹³. Sin embargo, ninguno de estos intentos de regionalización impulsados desde el Gobierno central resultó efectivo¹⁴⁹⁴.

En este contexto, el dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia señaló la necesidad de establecer, a nivel constitucional, la posibilidad de que las provincias constituyan regiones para optimizar el aprovechamiento de sus recursos naturales y económicos. El Consejo afirmó que la regionalización permitiría a cada una de las provincias desarrollar un proceso de crecimiento armónico que sin duda redundaría en la consolidación del sistema federal¹⁴⁹⁵. Asimismo, atribuyó el fracaso de los intentos anteriores de regionalización a la forma imperativa con que fueron impuestos desde el Gobierno central y propuso la adopción de un sistema fundado en un acuerdo entre la Nación y las provincias, cuya implementación debía ser el producto de la concertación entre las distintas jurisdicciones¹⁴⁹⁶.

La propuesta se basó en el otorgamiento de competencias al Congreso Nacional para favorecer la integración del país, reservando a las provincias la decisión de los objetivos y políticas de desarrollo¹⁴⁹⁷. Siguiendo la opinión de Pedro Frías, el Consejo fundó la necesidad de otorgar competencias al Congreso en las dificultades para armonizar el uso de este tipo de facultades por parte de las provincias, que podrían dar lugar a provincias residuales, marginadas de las regiones, ya sea por propia voluntad o por falta de integración suficiente con las otras¹⁴⁹⁸.

II. CREACIÓN DE REGIONES EN LA REFORMA DE 1994

La reforma de 1994 no siguió los lineamientos propuestos por el Consejo para la Consolidación de la Democracia. En efecto, contrariamente a la propuesta de otorgar facultades al Congreso Nacional, el art. 124 reconoció entre las competencias de las provincias la de "crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines". La doctrina nacional interpreta que dichas facultades son exclusivas y excluyentes de los Gobiernos provinciales, por lo que el Congreso Nacional no podría crear regiones sin contar con el consentimiento de las provincias¹⁴⁹⁹.

En efecto, tal como señala María Angélica Gelli, si bien el Congreso Nacional goza de amplios poderes en materia de policía de bienestar, que incluyen el de instrumentar "políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de las provincias y regiones"; la decisión de crear una región y establecer organismos para el cumplimiento de sus fines constituye una atribución no delegada al Gobierno federal y que fue

reservada expresamente por los Estados provinciales¹⁵⁰⁰. En igual sentido, Germán Bidart Campos destaca que la competencia federal se enfoca en promover políticas diferenciadas para equilibrar el desarrollo de las provincias y regiones; mientras que la facultad de crear dichas regiones y establecer órganos para su desarrollo económico y social le corresponde a las provincias¹⁵⁰¹.

III. FINALIDAD DE LAS REGIONES

A diferencia de lo que ocurre en los países unitarios, donde la regionalización aparece como un mecanismo de descentralización que permite hacer efectivo el principio de subsidiariedad; en los Estados federales dicho principio ya se materializa a través de los estados miembros¹⁵⁰². En este contexto, entonces, la región no es un mecanismo de descentralización sino una forma de asociación de las unidades que integran la federación para alcanzar fines comunes¹⁵⁰³.

En este sentido, Antonio M. Hernández (h) señala que "la región debe servir a la mejor integración del país, pero no constituir un nuevo nivel de gobierno. La advertencia es pertinente porque la cuestión regional se plantea en Europa con características diversas que entre nosotros, y en algunos países adquirirá más importancia que las provincias como esfera de decisión. En la Argentina, la provincia sigue siendo el nivel de redistribución de poder que mejor se conforma a una economía de escala, y no solo a razones tradicionales. Es el cuerpo intermedio por excelencia, el único interlocutor del Estado nacional"¹⁵⁰⁴. En igual sentido, Horacio Rosatti destaca que las regiones que se constituyan bajo este artículo tendrán fines instrumentales y adjetivos; y no políticos o sustantivos; ya que la región no constituye una "macro provincia" dotada de autonomía; sino que lo que se busca con ella es la integración y la coordinación y concertación de políticas internas¹⁵⁰⁵.

Guillermo Barrera Buteler destaca que otra función que podría cumplir la región es la de actuar como nivel de concertación de las políticas a impulsar en el orden nacional. Se trataría, en este caso, "de un ejercicio concertado con criterio regional, de los derechos de participación federal"¹⁵⁰⁶. Un ejemplo de este ejercicio es la unión de gobernadores y legisladores nacionales del NOA en la que se resolvió la creación de un Bloque Regional de Legisladores Nacionales del Noroeste Argentino¹⁵⁰⁷.

IV. CONFORMACIÓN DE LAS REGIONES

Las regiones podrán conformarse a través de los tratados interprovinciales previstos por el art. 125¹⁵⁰⁸; o por medio de acuerdos interjurisdiccionales, en los que también participe el Gobierno federal.

El ámbito territorial de la región estará determinado por las propias provincias, pudiendo abarcar todo o parte del territorio provincial. Sin embargo, en opinión de Gregorio Badeni, el establecimiento de la región no podría cercenar las atribuciones que las Constituciones provinciales hayan delegado en los municipios¹⁵⁰⁹.

Asimismo, resulta posible que una misma provincia forme parte de dos o más regiones ya que, tal como señala Barrera Buteler, la Constitución permite la creación de regiones "sectoriales o parciales" para fines específicos, por lo que una misma provincia podría vincularse a una región para ciertas materias y a otra para otras materias¹⁵¹⁰.

V. ÓRGANOS DE LAS REGIONES

Los instrumentos de integración regional pueden crear distintos órganos, con facultades propias, que pueden incluir asambleas de gobernadores, comités de ministros, secretarías técnicas, etcétera¹⁵¹¹. Así, p. ej., el tratado de integración regional suscripto por las provincias de Córdoba y Santa Fe, creó la Región Centro de la Argentina e instituyó: (i) como organismo máximo de decisión a la "Junta de Gobernadores" integrada por los primeros mandatarios de ambas provincias; (ii) como organismo de implementación de las políticas regionales un "Comité Ejecutivo" integrado por los ministros de las Provincias signatarias; (iii) como instancia deliberativa una "Comisión Parlamentaria Conjunta" integrada por los legisladores de las provincias signatarias, elegidos por las respectivas cámaras con representación de las minorías y (iv) como organismo de coordinación, una "Secretaría Administrativa" integrada por un funcionario de cada provincia¹⁵¹².

Gregorio Badeni y Daniel Sabsay entiende que estos órganos deben considerarse una descentralización territorial administrativa con fines específicos¹⁵¹³. Pueden ser puramente administrativas si son creadas para la regulación de ciertos recursos comunes o de carácter más amplio, con organismos que estén encargados de reglamentar las previsiones comunes en materia económica y social contenidas en el tratado provincial¹⁵¹⁴.

2. DOMINIO ORIGINARIO DE LOS RECURSOS NATURALES

Comentario por María Florencia Saulino

Como parte del fortalecimiento del régimen federal, la reforma de 1994 incorporó al art. 124 un último párrafo por el que se reconoce que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en sus territorios¹⁵¹⁵.

El término "dominio originario" es propio del derecho minero y no debe confundirse con el concepto de "dominio" del derecho civil¹⁵¹⁶. En el sistema regalista que adopta nuestro país, se entiende que el Estado tiene el dominio originario de las minas y sin desprenderse de este dominio, concede a los particulares el llamado "derecho de propiedad minera"¹⁵¹⁷. Al caducar estas concesiones por las causas previstas en el Cód. de Minería, esa propiedad revierte al dominio originario del Estado, que puede volver a concederla¹⁵¹⁸. Es decir que la expresión "dominio" en ese contexto es solamente como "una alta potestad administrativa para disponer de las minas consultando el interés de la sociedad"¹⁵¹⁹.

Este régimen siguió la estructura del Derecho de Indias, en el cual la corona española se reservaba la propiedad de la totalidad de los territorios descubiertos y concedía la propiedad de la tierra sujeta a determinadas condiciones, cuyo incumplimiento acarrearía que la propiedad volviera al dominio originario de la Corona¹⁵²⁰. Con el dictado del Cód. de Minería, se entendió que el dominio originario de los yacimientos de minerales correspondía a la Nación o a las provincias dependiendo del territorio en el que se encuentren.

El uso del término "dominio originario" para referirse a todos los recursos naturales ha sido, sin embargo, fuente de confusión¹⁵²¹. Entendemos que este reconocimiento debe entenderse dentro el contexto de la disputa histórica entre el Gobierno federal y las provincias por el dominio originario de los hidrocarburos. Bajo el régimen establecido por el Cód. de Minería, los hidrocarburos eran minerales de primera categoría, y por tanto pertenecían al dominio originario del Estado nacional o de las provincias, dependiendo del territorio en que se encontrasen. Sin embargo, la ley 14.773 modificó el Código y estableció que los yacimientos de hidrocarburos eran bienes exclusivos, imprescriptibles e inalienables del Estado nacional. Esta norma fue cuestionada por las provincias que entendían que la modificación del régimen de propiedad sobre los hidrocarburos lesionaba su integridad territorial, al excluir el subsuelo del ámbito de su dominio originario, e implicaba legislar en un ámbito no delegado a la Nación.

En "Yacimientos Petrolíferos Fiscales", la provincia de Mendoza cuestionó la constitucionalidad de la ley 14.773 argumentando que la facultad de dictar el Cód. de Minería solo autorizaba al Congreso Nacional a establecer normas que regulen los derechos y las obligaciones de los particulares respecto de la adquisición, explotación y aprovechamiento de las sustancias mineras; pero sin incursionar en el tema del dominio

originario que correspondía a las provincias. La CS, sin embargo, sostuvo que la ley era constitucional por entender que el Congreso Nacional, en uso de las facultades concedidas en el actual art. 75, inc. 12, podía establecer el régimen de propiedad que considerase más apropiado¹⁵²².

En su disidencia, el juez Pedro Frías, señaló que "la forma del Estado Federal (art. 1º) y las pautas de integridad territorial que inspiran los arts. 3º y 13, a falta de distinta atribución, implican el dominio institucional de las provincias a los recursos naturales de su suelo (...) según el art. [75, inc. 12] el Congreso debe dictar el Cód. de Minería, sin que ello autorice a la Nación a transferir a la administración federal las cosas sobre las que ha de versar su legislación"¹⁵²³.

Algo similar ocurrió con los recursos del mar territorial. En "Harengus SA c. Santa Cruz", la Corte tuvo la oportunidad de examinar una ley de la provincia de Santa Cruz que reivindicaba para sí el dominio del mar territorial hasta una distancia de 200 millas marinas y requería a las empresas pesqueras el pago de impuestos por las capturas realizadas en dicho ámbito. Esta ley se contraponía a lo dispuesto por la ley nacional 17.500 que había establecido que los recursos del mar territorial argentino son propiedad del Estado nacional; y la ley nacional 18.502, que determinó los alcances de las jurisdicciones nacional y provincial en la materia. El tribunal entendió que la ley provincial resultaba inconstitucional dado que la facultad de Congreso de la Nación de fijar los límites de las provincias y de crear provincias nuevas le permitía también establecer la porción del mar territorial cuyo dominio correspondería a las provincias con litoral marítimo¹⁵²⁴.

Durante el proceso de reforma de las Constituciones provinciales, muchas de las provincias incorporaron en sus textos constitucionales normas que reivindicaban el dominio provincial sobre los recursos naturales existentes en su territorio¹⁵²⁵. En igual sentido, el dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia siguió la línea de razonamiento del juez Frías¹⁵²⁶ en "Yacimientos Petrolíferos Fiscales" y recomendó incluir una cláusula en la Constitución Nacional por la que se estableciera expresamente que el dominio de los recursos naturales es de la Nación o de las provincias, dependiendo del lugar en el que se encuentren¹⁵²⁷. En este sentido, el Consejo destacó que la falta de una norma expresa en ese sentido permitió que, por vía legislativa y jurisprudencial "lo natural e institucionalmente integrado pudiera ser 'desintegrado' atribuyéndole a la Nación el dominio de las minas de hidrocarburos (...) y los recursos del mar territorial"¹⁵²⁸.

A la luz de estos antecedentes, entendemos que con el término "dominio originario" el constituyente ha querido reconocer que las provincias, desde sus orígenes históricos, han sido las titulares de los recursos naturales existentes en sus territorios¹⁵²⁹. Si bien la CS no se ha

referido expresamente al alcance que debe otorgarse al concepto de "dominio originario", ha sostenido en diversos precedentes que "el ambiente es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción, que no es otro que quien ejerce autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio"¹⁵³⁰.

I. LÍMITES AL DOMINIO ORIGINARIO DE LAS PROVINCIAS

El reconocimiento del dominio originario de las provincias no debe confundirse con la jurisdicción para legislar en materia ambiental o establecer el régimen jurídico aplicable a los recursos naturales. En este sentido, nuestra CS ha señalado que el reconocimiento del dominio originario no importa transferir a las provincias la jurisdicción sobre los recursos naturales existentes en su territorio¹⁵³¹. Específicamente en lo que respecta a los yacimientos de hidrocarburos, la Corte señaló que la [ley 26.197](#) mantuvo la responsabilidad sobre el diseño de la política energética en cabeza del Poder Ejecutivo Nacional, quien asimismo conserva la facultad de dictar la legislación en la materia conforme a lo establecido en el art. 75, inc. 12 de la CN.

En igual sentido, en el caso "Total Austral" la CS mantuvo el criterio de "Harengus" y declaró inconstitucional el art. 81 de la Constitución de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur que extendía la jurisdicción provincial en materia de explotación económica hasta donde la República Argentina ejerce su jurisdicción. El tribunal sostuvo que dicho artículo pretendía "avanzar de manera indebida sobre atribuciones que le son adjudicadas exclusivamente al gobierno federal y, a la vez prohibidas a las provincias (arts. 75 inc. 15 y 126 de la Ley Fundamental)"¹⁵³².

Finalmente, otro límite al dominio originario de las provincias está dado por los establecimientos de utilidad nacional, previstos en el art. 75, inc. 30. En "Misiones, Provincia de c. Estado nacional", la provincia de Misiones cuestionó ciertos actos administrativos de la Administración de Parques Nacionales, tendientes a disponer y reglar en forma exclusiva el turismo en las Cataratas del Iguazú, por considerar que dejaba vacío el contenido a su dominio originario sobre dicho recurso natural¹⁵³³. La Corte sostuvo que "aun cuando los Estados sean dueños de los recursos naturales y sólo hayan delegado a la Nación la fijación de los presupuestos mínimos de protección ambiental, (...) resulta insoslayable que aquellas disposiciones deban aplicarse en el caso de modo que quede resguardada la previsión del art. 75, inc. 30". En particular, destacó que el art. 75, inc. 30 constituía sustento suficiente para las resoluciones de la Administración de Parques Nacionales, ya que dichas resoluciones tienden al cumplimiento de los fines específicos del establecimiento de utilidad nacional¹⁵³⁴.

* * *

Art. 125.—

Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios.

Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura.

Comentario por Horacio Javier Etchichury

Este artículo comprende dos partes de muy diferente antigüedad. El primer párrafo pertenece a la Constitución de 1853 (como art. 104¹⁵³⁵ de aquel texto). Conocido como "cláusula del progreso provincial", delimita el poder de las provincias para celebrar tratados y —con algunas limitaciones— les reconoce facultades concurrentes con la Nación en ciertas áreas mencionadas también el art. 75, inc. 18 (o "cláusula del progreso federal").

La reforma de 1994 no introdujo cambios en el texto, pero añadió el segundo párrafo, denominado "cláusula del nuevo progreso provincial" o "cláusula previsional". En ella se distinguen dos partes. La primera confirma la facultad de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires de mantener cajas previsionales para su personal y aquellas establecidas —con autorización provincial— por entidades profesionales. La segunda parte define igualmente como facultad concurrente con la Nación la promoción de los objetivos incorporados en el inc. 19 del art. 75 (o "cláusula del nuevo progreso", también agregada en 1994).

I. LA CLÁUSULA DEL PROGRESO PROVINCIAL

En general, este pasaje incluye facultades concurrentes entre Nación y provincias¹⁵³⁶, destinadas a fomentar aquellas obras y actividades que —en 1853— representaban el "progreso", una noción clave en la

Constitución originaria para resolver las históricas tensiones económicas entre el Interior mediterráneo, la provincia de Buenos Aires y el Litoral¹⁵³⁷.

Las facultades concurrentes son aquellas que pueden ejercer tanto la Nación como las provincias (estas últimas, únicamente en su territorio)¹⁵³⁸. En principio, ello habilita la "interrelación, cooperación y funcionalidad" entre ambas esferas de regulación, según señala la CS en "British American Tobacco Argentina" (2015)¹⁵³⁹. Allí mismo, sin embargo, el tribunal destacó que el poder de policía de salubridad —debatido en el caso— "en primer término, está en cabeza de las provincias".

Esto pone en debate qué regulación debe prevalecer cuando normas dictadas por el Congreso contradicen otras emitidas por las legislaturas locales. En general, se sostiene la preeminencia de la reglamentación nacional, en virtud de la supremacía federal¹⁵⁴⁰, siempre y cuando —añade Sagüés— se dirija al logro del bienestar general¹⁵⁴¹. Sin embargo, en el recién citado fallo "British American Tobacco Argentina" (2015) la Corte convalidó una ley santafecina que prohibía la publicidad de productos de tabaco, pese a que una norma nacional posterior regulaba la misma materia contemplando excepciones a la prohibición. Tras recordar las atribuciones de la provincia en materia de policía, el tribunal subrayó que la regla es la existencia de áreas de jurisdicción compartida entre los órdenes federal y provincial (consid. 12). En el caso concreto, entendió que la provincia había ejercido razonablemente su poder de policía, porque la ley nacional —si bien menos restrictiva de la publicidad— incluía un artículo invitando a las provincias a adherir, lo cual deja en claro que reconocía las atribuciones locales en la materia. En su voto concurrente, Lorenzetti sostuvo que no había verdadera contradicción entre la norma santafecina y la aprobada por el Congreso; dejó en claro que, de haberla, correspondería dejar sin efecto la ley local.

Cabe señalar que —a diferencia del inc. 18 del art. 75— la presente cláusula no menciona a las "concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo" como un instrumento disponible para las provincias. Deben usar "recursos propios" para fomentar los objetivos incluidos. En principio, la omisión no puede entenderse como prohibición: las provincias retienen (al menos como concurrentes) las atribuciones que no hayan delegado con exclusividad a la Nación.

El primer párrafo del art. 125 reconoce, además, la facultad de las provincias para celebrar tratados entre sí¹⁵⁴². En principio, puede considerarse un instrumento más para el fomento del "progreso". La atribución está limitada temáticamente por dos vías. Por una parte, el texto habilita tres áreas: administración de justicia¹⁵⁴³, intereses económicos y obras de utilidad común. Puede discutirse si la enumeración es conveniente¹⁵⁴⁴, o si es taxativa¹⁵⁴⁵, o si podrían agregarse otras competencias provinciales. Por otra parte, el art. 126 prohíbe tratados de

carácter político¹⁵⁴⁶. No resulta claro el alcance de este término: las áreas expresamente mencionadas también abarcan cuestiones políticas en un sentido amplio. Probablemente, la prohibición apunta a excluir todas las facultades delegadas a la Nación; resultaba necesaria especialmente en los inicios de la vida institucional, frente a la tradición de alianzas militares y políticas celebradas por las provincias hasta mediados del siglo XIX.

El procedimiento para celebrar tratados entre provincias queda librado a las Constituciones locales, aunque el artículo fija una condición: los pactos deben ser puestos en "conocimiento" del Congreso. En su proyecto de Constitución, Alberdi exigía la "aprobación" (art. 104), para evitar que las provincias pudieran acordar intereses contrarios a la federación¹⁵⁴⁷. Sagüés considera que el artículo solo requiere comunicar al Congreso, y no el consentimiento de ese cuerpo¹⁵⁴⁸. En cambio, Quiroga Lavié entiende que estos convenios tienen consecuencias que exceden a las provincias firmantes: por ello existe un poder de policía federal sobre ellos, que el Congreso ejerce brindando o no su consentimiento para que sean aplicables; de todas maneras, sostiene que esa decisión podría ser revisable judicialmente¹⁵⁴⁹.

II. LA CLÁUSULA DEL NUEVO PROGRESO PROVINCIAL O CLÁUSULA PREVISIONAL

En sintonía con el inc. 19 del art. 75, la reforma de 1994 incluyó aquí otro conjunto de facultades concurrentes, referidas a las áreas consideradas de importancia para la Convención de ese año¹⁵⁵⁰. Resultan aplicables a estas atribuciones las consideraciones hechas respecto a las consagradas en el primer párrafo del art. 125.

La enumeración no reproduce textualmente la "cláusula del nuevo progreso" federal, sino que ofrece una versión más sintética. Además, se excluye la "defensa del valor de la moneda", por ser la emisión una facultad expresamente delegada al Congreso. La referencia a la "productividad" tampoco se halla aquí, porque el inc. 19 lo establece como pauta para la "economía nacional". Al mencionar el "progreso económico", no hay mención a la "justicia social" incluida en el inc. 19 del art. 75. La omisión es llamativa: implementar la justicia social no es competencia exclusivamente federal. Tampoco se consigna la "formación profesional de los trabajadores", aunque la obligación provincial en ese sentido puede derivarse del art. 6º.2 del PDESC, aplicable también a las unidades subnacionales.

2.1. La cuestión previsional

El pasaje inicial de este segundo párrafo del art. 125 generó discusiones en la Convención. Pocos meses antes, el Congreso había aprobado la conversión del sistema previsional de reparto en uno mixto¹⁵⁵¹. Coexistirían el esquema de reparto y uno nuevo de capitalización individual, regido por

entidades privadas denominadas Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP). Además de permitir una reducción en el gasto público¹⁵⁵², ese sector privado captaría ahorros personales a fin de ampliar el mercado de capitales doméstico¹⁵⁵³. Para reforzar ese efecto, el Gobierno nacional impulsaba la transferencia de las Cajas provinciales hacia el sector privado¹⁵⁵⁴.

Diversos grupos políticos y sindicales resistían el traspaso¹⁵⁵⁵ y lograron que la Convención incluyera alguna protección en el nuevo texto constitucional¹⁵⁵⁶, pese a que el art. 14 bis desde 1957 ya permitía a las provincias contar con organismos previsionales propios¹⁵⁵⁷.

La versión original de este pasaje —según señalaron algunos constituyentes— establecía la facultad de "crear y conservar" entidades de seguridad social, pero la Comisión de Redacción presentó una versión distinta, donde las provincias y la ciudad de Buenos Aires solo "pueden conservar". La convencional Nancy Avelín de Ginestar (Cruzada Renovadora - San Juan) señaló la alteración, mientras que Rosa Llugdar (UCR - Santiago del Estero) criticó frontalmente a la Comisión de Redacción por haber excedido sus atribuciones¹⁵⁵⁸. La prensa de la época reflejaba el malestar del ministro de Economía frente a la posibilidad de consagrar en la Constitución una garantía para las cajas provinciales, porque ello "atomizaría el sistema previsional"; se especuló incluso con un cierre anticipado de la Convención reformadora¹⁵⁵⁹.

Antonio Berhongaray (UCR - La Pampa) denunció en sesión las "influencias extraconstituyentes", las presiones de las AFJP destinadas a lograr —según el convencional— que los 350 mil afiliados de las Cajas locales pasaran al ámbito privado. Reivindicó la "voluntad casi unánime" de proteger a la seguridad social provincial¹⁵⁶⁰. Su correligionaria Blanca Roqué (UCR - Córdoba) agregó que transferir esas Cajas a la Nación sería una manifestación de "unitarismo", destructivo de una larga tradición de seguridad social en manos locales. Rechazó la transferencia de los recursos de esas Cajas a las administradoras; indicó que el sistema de reparto sobrevivía a la inflación (porque distribuía la recaudación apenas se llevaba a cabo), mientras que el monto ahorrado en una cuenta de capitalización individual podía desvalorizarse con el tiempo¹⁵⁶¹.

La redacción acordada ofrece una solución de compromiso. Protege los órganos existentes¹⁵⁶² —como pedían amplios sectores políticos provinciales— pero impide una futura ampliación, en línea con las aspiraciones de la conducción económica de entonces. Hacia el futuro se podría continuar la expansión del sistema de capitalización, mientras el esquema provincial quedaba confinado (o resguardado) en sus límites.

Comentario por María Florencia Saulino

El art. 125 de la CN establece la facultad de las provincias de celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común con conocimiento del Congreso Federal. De esta forma, la Constitución le otorga a las provincias un instrumento de cooperación que les permite unirse para llevar adelante aquellos proyectos que en muchos casos resultarían imposibles sin contar con la ayuda de otros miembros de la federación.

El art. 125 prevé expresamente tres materias en las que las provincias pueden celebrar tratados parciales: (i) administración de justicia; (ii) intereses económicos; y (iii) trabajos de utilidad común. Los tratados de administración de justicia incluyen aquellos destinados a mejorar los mecanismos de cooperación y comunicaciones judiciales o a uniformar los procedimientos¹⁵⁶³. Los tratados relacionados con intereses económicos incluyen a aquellos destinados a evitar la doble imposición de impuestos provinciales, acordar la utilización de recursos hídricos compartidos, favorecer la radicación de industrias, la creación de bancos interprovinciales, etcétera¹⁵⁶⁴. Finalmente, los tratados para "trabajos de utilidad común", comprenden una multiplicidad de alternativas de cooperación, que incluyen, entre otras, la construcción de caminos, puentes y ferrocarriles, la creación de institutos de enseñanza especial o superior, y la ejecución de obras hídricas o de otro tipo que puedan beneficiar a las partes del tratado¹⁵⁶⁵.

Se encuentra discutido si la enumeración del art. 125 debe considerarse exhaustiva o si, por el contrario, las provincias podrían celebrar tratados sobre otras temáticas propias de la competencia provincial¹⁵⁶⁶. En defensa de esta última interpretación, Joaquín V. González señala que "[p]ara todos los casos en que se requieran asociar sus recursos o esfuerzos para realizar algunos de los fines comprendidos dentro de la soberanía no delegada" las provincias pueden celebrar tratados parciales"¹⁵⁶⁷.

I. PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DEL ESTADO FEDERAL

Si bien los tratados interprovinciales les otorgan a las provincias una herramienta de cooperación para llevar adelante empresas comunes, también podrían constituir un riesgo para la federación. Los art. 125 y 126 establecen las siguientes restricciones a la potestad de celebrar acuerdos interprovinciales con el fin de proteger los intereses del Estado federal: (i) los tratados celebrados solo podrán ser "parciales"; (ii) no podrán tener

contenido "político"; y (iii) deben ser puestos en conocimiento del Congreso Nacional.

1.1. Tratados parciales

El art. 125 de la Constitución establece que las provincias podrán celebrar tratados "parciales". Los tratados "parciales" son aquellos firmados por dos o más provincias, pero que no abarcan a todos los componentes de la federación¹⁵⁶⁸. Esta calificación tendría su origen en los escritos de Alberdi, para quien los acuerdos totales podían dar lugar a una confederación provincial enfrentada al Gobierno federal¹⁵⁶⁹. Sagüés sostiene que un tratado interprovincial total o global podría resultar, entonces, inconstitucional¹⁵⁷⁰. Sin embargo, si bien el art. 125 solo se refiere a la facultad de las provincias para celebrar tratados parciales, parte de la doctrina entiende que podrían celebrarse tratados totales si mediara aprobación del Congreso, por aplicación analógica del art. 13¹⁵⁷¹.

1.2. Prohibición de celebrar tratados de contenido político

El art. 126 establece expresamente que las provincias no podrán celebrar tratados de contenido político. Esta prohibición ha sido interpretada como una forma de mantener la unidad nacional y el orden público federal, al limitar los pactos preexistentes que daban origen a ligas o confederaciones y que podrían afectar las funciones del Gobierno central¹⁵⁷². Algunos autores entienden que si las provincias celebran acuerdos de carácter político, tales acuerdos deberían considerarse nulos. Sin embargo, Piombo considera que tal nulidad podría sanearse mediante el consentimiento del Estado federal expresado a través de un acto legislativo, ya que el fin último de estas restricciones es su protección¹⁵⁷³.

Lo mismo ocurriría si las provincias celebrasen tratados en aquellas materias que son de competencia exclusiva del Gobierno federal¹⁵⁷⁴. Así, p. ej., en lo que respecta a los límites interprovinciales, el art. 75, inc. 15 establece expresamente que es facultad del Congreso Federal fijar los límites de las provincias, por lo que la doctrina entiende que dichos límites no podrían arreglarse por tratados interprovinciales sin que estos cuenten, al menos, con la aprobación del Congreso¹⁵⁷⁵.

1.3. Conocimiento del Congreso

La obligación de dar conocimiento al Congreso puede interpretarse con una forma de asegurar que estos tratados no lesionen el orden público general o las potestades del Gobierno federal. Sin embargo, más allá de la función que cumple este requisito, existe un desacuerdo en la doctrina sobre qué implica el "conocimiento" del Congreso que requiere el art. 125. Es decir, si es suficiente con comunicar al Congreso la celebración del

tratado¹⁵⁷⁶ o si, por el contrario, es necesaria su aprobación, ya sea esta expresa o tácita¹⁵⁷⁷.

El proyecto de Alberdi seguía de cerca el art. I, Secc. 10, Cláusula 3 de la Constitución de los Estados Unidos que requiere la aprobación del Congreso, como forma de regular su constitucionalidad y asegurar el equilibrio de poderes entre el Estado federal y los Estados locales¹⁵⁷⁸. Sin embargo, la fórmula adoptada por nuestra Convención Constituyente solo requiere que el Congreso tenga "conocimiento" de la celebración del tratado.

En este sentido, Joaquín V. González entiende que el término "conocimiento" no implica que estos tratados vayan a ser necesariamente revisados o sancionados por el Congreso¹⁵⁷⁹. Por el contrario, bastaría con que las provincias informen al Congreso de la celebración del tratado¹⁵⁸⁰. En igual sentido, María Angélica Gelly y Néstor P. Sagüés sostienen que el conocimiento del Congreso no implica la potestad de este de rechazar los acuerdos celebrados por las provincias, sino que el Gobierno federal debería recurrir a otras alternativas como el control jurisdiccional o la intervención federal, en caso de que exista un agravio concreto¹⁵⁸¹.

Por su parte, Bidart Campos y Ekmekdjian se inclinan por una interpretación más amplia de las facultades del Congreso y sostienen que el conocimiento no debe entenderse como meramente informativo, sino que incluye la facultad de controlar y de rechazar estos tratados¹⁵⁸². Dado que la Constitución no requiere una aprobación expresa, bastaría con el consentimiento tácito manifestado por la "no desaprobación" del tratado interprovincial¹⁵⁸³. Ekmekdjian señala que los tratados están sujetos a una "condición resolutoria expresa" consistente en el rechazo del Congreso¹⁵⁸⁴. Si ocurriera tal rechazo, la provincia estaría obligada a denunciar el convenio, so pena de intervención federal¹⁵⁸⁵.

II. CARÁCTER LOCAL DE LOS TRATADOS INTERPROVINCIALES

Los tratados interprovinciales están destinados a regir dos órdenes de relaciones: (i) la de los sujetos federales entre sí y (ii) la de dichos sujetos con sus habitantes o las de estos últimos entre sí¹⁵⁸⁶. En consecuencia, estas normas asumen un carácter ambivalente¹⁵⁸⁷. A diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos¹⁵⁸⁸, nuestra Constitución Nacional no prevé la incorporación de los tratados interprovinciales al derecho federal. Esta diferencia ha generado dudas sobre si deben considerárseles parte del derecho federal o se trata de normas del derecho común y, en este último caso, cuál debería ser su jerarquía¹⁵⁸⁹. En "Cía. Azucarera", la CS sostuvo que los convenios interjurisdiccionales no constituyen materia de recurso extraordinario, es decir, no son normas de derecho federal¹⁵⁹⁰.

* * *

Art. 126.—

Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros.

Comentario por Gustavo Arballo

I. PODERES PROHIBIDOS A LAS PROVINCIAS

Este artículo comienza con una cláusula que "espeja" en su formulación la del art. 121 CN, por lo cual remitiremos al comentario de ese artículo en cuanto al deslinde general del tema. Siendo su contracara, enuncia un principio general en el que parece indicar que *todo lo no delegado es reservado*, y lo ratifica con una enumeración de prohibiciones que se derivan de la correlativa delegación de potestades al Congreso de la Nación dada en varios incisos del art. 75, CN.

Se ha aclarado, en relación con esto, que la prohibición es rígida: el Congreso no puede autorizar su ejercicio por parte de las provincias o delegar lo que en el arreglo Constitucional se define como exclusivo¹⁵⁹¹.

Son de particular interés por su desarrollo jurisprudencial posterior las explícitas prohibiciones que le reservan al nivel federal el monopolio de la legislación común (los "Códigos", tanto los que formalmente son legislación civil, penal o laboral "de fondo" como sus leyes complementarias, y hasta normas procesales que los integran para asegurar su aplicación uniforme) y la regulación del comercio (que, como hemos expuesto en el comentario del art. 75, inc. 13 CN, abarca en una interpretación extensiva a toda precondition del intercambio y circulación de mercaderías, así como todo el sistema de transporte y comunicaciones

—incluyendo telecomunicaciones— interprovinciales y sus operaciones auxiliares).

Cabe acotar, sin embargo, que esta cláusula contiene una lista inconclusa de los poderes prohibidos a las provincias, y por ende no debe leerse con lógica de *numerus clausus*. Para precisar su alcance, y por razones sistemáticas, es necesario establecer cuáles son los poderes que la Constitución le ha delegado a la Nación, explícita e implícitamente.

II. PODERES DELEGADOS A LA NACIÓN

No existe en la Constitución Nacional un inventario o descripción de cuáles son los "poderes delegados a la Nación" a los que alude esta cláusula. Pero la Constitución puede leerse como un documento atributivo de poderes para el Gobierno federal y ellos aparecen dispersos y enunciados a lo largo de todo su articulado.

Recordemos que en su concepción, el poder de la Nación se estipulaba como *excepcional*. Así, Alberdi escribía que "El poder reservado al gobierno local es más extenso que el nacional porque es indefinido y comprende todo lo que abraza la soberanía del pueblo, mientras que el poder general es limitado y se compone en cierto modo de excepciones"¹⁵⁹².

Actualizando una prolija enumeración de González Calderón podemos identificar expresas delegaciones al Gobierno federal tanto en la parte *dogmática*, en los arts. 2º, 4º, 6º, 7º (2ª parte), 13, 17 (2º y 3º punto), 21, 23, 24, 25 (1ª parte), 26 (2ª parte), 27, 30 y en los *nuevos derechos y garantías* (art. 36 y arts. 39 al 42) como así también en la parte *orgánica*: al *Congreso* en los actuales arts. 44, 45, 47 (2ª parte), 49 (2ª parte), 52, 53, 59, 60, 61, 75 (en particular incs. 1º, 4º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 22, 25, 27, 29 y 31), 76; al *Poder Ejecutivo* en los arts. 85, 86, 87, 99 (todos sus incisos), 100; al *Poder Judicial, Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento* en los arts. 108, 114, 115, 116, 117, 118 (2ª parte), 119 (2ª parte) y 125; al *Ministerio Público* en el art. 120¹⁵⁹³.

Contrastando esta enumeración con las palabras de Alberdi, podemos decir que no son pocas las excepciones.

Pero además, el tránsito ulterior de la práctica constitucional y la jurisprudencia federal revela la progresiva amplificación de lo excepcional, esto es de las potestades "delegadas" a la Nación, con el correlativo angostamiento de lo que llegamos a considerar exclusivamente "reservado" a las provincias. Cabe acotar también que esta trayectoria aparece también verificable en el mismo sentido en sistemas federales comparativamente más robustos como los de Estados Unidos y Alemania.

Conviene, entonces, describir cómo fue que se fue generalizando la excepción, y ello nos confrontará con dos preguntas.

La primera pregunta esencial en la materia es si los poderes delegados a la Nación deben interpretarse con lógica de *numerus clausus* o puede concebirse una delegación implícita; la segunda pregunta es si deben ser interpretados en forma restrictiva o amplia.

Conviene adelantar ya mismo las respuestas a ambas preguntas: la Corte asume que los poderes delegados a la Nación no se interpretan con lógica de elenco cerrado o *numerus clausus*, (es clave a este respecto la cláusula de los poderes implícitos del art. 75, inc. 32, CN), y asume también que las delegaciones no deben ser interpretadas en forma estricta, sino amplia (porque muchas de las atribuciones dadas en el art. 75 lo son a título ejemplificativo y otras tienen una formulación genérica que ha permitido la construcción de una hermenéutica amplificadora, como en el caso de la cláusula del comercio).

La respuesta que nuestra práctica constitucional ha dado a estas dos preguntas basilares decantó hacia el engrosamiento del polo gravitacional de la Nación, avalando el federalismo "centralizado" que se verifica en la *praxis* gubernamental.

III. LOS PODERES FEDERALES IMPLÍCITOS

Contrastando la Constitución de 1853 con el proyecto de Alberdi se observa que en esta las provincias "conservan todo el poder que no delegan *expresamente* a la Nación", y el adverbio en cuestión (cuyo destacado nos pertenece) aparece sugestivamente suprimido en el texto sancionado, de forma tal que su formulación queda asimilada a la Enmienda X de la Constitución de los Estados Unidos de América.

De allí suele inferirse la admisión de la posibilidad de que existan delegaciones *no expresas o implícitas* a la Nación.

A la hora de establecer qué tipo de criterio vendría a gobernar la implicitud, se recurre al art. 75, inc. 32, por el que el Congreso Nacional tiene el poder de "hacer todas las leyes y reglamentos que sean *convenientes para poner en ejercicio* los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación".

Se trata de un criterio evidentemente *teleológico*. Así se asume que los cometidos asignados al Estado federal (p. ej., en los diversos incisos del art. 75, CN) contienen no solo pautas de acción o fines sino además *reglas de competencia latentes* deducibles de la idea de quien ha querido un fin

ha presupuesto la constitucionalidad de los medios y por ende de las potestades regulatorias federales.

La formulación de la teoría de los poderes implícitos en el derecho constitucional ha sido extensamente justificada por Madison en *El Federalista* nro. 14, en defensa de la cláusula de los poderes "necesarios y convenientes"¹⁵⁹⁴ del Congreso de la Unión: "Ningún axioma se halla asentado más claramente en la ley o en la razón que el que dice que donde se hace obligatorio el fin, están autorizados los medios; dondequiera que se concede un poder general para hacer una cosa, queda incluida toda la facultad particular que sea necesaria para efectuarla"¹⁵⁹⁵.

El origen de esta hermenéutica puede remontarse a un fallo trascendental del constitucionalismo norteamericano: "McCulloch v. Maryland" de 1819, en el que se admitió la constitucionalidad de un Banco Nacional sentando la doctrina de los "poderes implícitos" del Gobierno federal para ejecutar los objetivos que le marca la Constitución¹⁵⁹⁶. Tema que le parecía importantísimo al entonces Chief Justice John Marshall, porque como dijo en una carta a Story, si hubiese prevalecido el principio sostenido por Maryland, "la Constitución se hubiese convertido en la vieja confederación"¹⁵⁹⁷.

Una parte medular del argumento de Marshall en "McCulloch v. Maryland" es un hiato dentro de la argumentación, que no aparece tratando cuestiones directamente involucradas en el caso. Marshall se pregunta por qué los constituyentes no emplearon "ningún término restrictivo" que limitase los poderes enumerados del Congreso. Antes de contestar, lanza su resonada advertencia: "Al contestar esta pregunta, no debemos olvidar nunca que es una Constitución lo que estamos interpretando"¹⁵⁹⁸. Y razona a continuación que "Debe haber sido la intención de quienes otorgaron esos poderes, asegurar su ejecución benéfica tanto como la prudencia humana pueda asegurarlo. Esto no pudo haberse hecho dando al Congreso una elección de medios de límites tan estrechos que no lo dejara en poder de adoptar cualquiera que pudiese ser apropiado, y conducente al fin perseguido. Esta provisión fue hecha en una constitución destinada a resistir épocas futuras, y consiguientemente a ser adaptable a las variadas crisis de los asuntos humanos. Prescribir los medios por los cuales el gobierno habría de ejecutar sus poderes en el futuro hubiese sido cambiar por completo el carácter del instrumento, dándole las propiedades de un código legal. Hubiese sido un insensato intento de proveer reglas inmutables para exigencias que, aun llegando a ser previstas, lo serían vagamente, y que sería mejor proveer cuando ocurran. Declarar que los mejores medios no deban usarse, sino sólo aquellos para los que se ha otorgado el poder, sería una nimiedad, que implica privar a la legislatura de su capacidad de aprovecharse de la experiencia, de ejercitar su razón, y de acomodar su legislación a las circunstancias. Si aplicáramos este principio de construcción a cualquiera

de los poderes del gobierno, lo encontraríamos tan pernicioso en la práctica que nos veríamos compelidos a descartarlo".

La idea que se desprende de ello es que la cláusula de los poderes "necesarios y convenientes" significa "una facultad adicional y no una restricción a las ya conferidas". El fallo "McCulloch" concluirá admitiendo categóricamente que "son constitucionales todos los medios apropiados que se ajusten claramente a tales fines, y que no estén prohibidos pero sí se correspondan con la letra y el espíritu de la Constitución". Bajo esta lógica, la cláusula de supremacía puede vertebrar tanto con los poderes delegados expresos como con los implícitos, y puede dar prelación a una amplia variedad de manifestaciones que el Congreso Federal adopte dentro de sus genéricos cometidos.

La textura abierta de las delegaciones efectuadas al Gobierno federal hace que exista un amplísimo margen para inferir o descubrir delegaciones "implícitas". Por eso advierte en relación a ello Barrera Buteler que "debemos prevenirnos contra la invocación indiscriminada de la teoría de los poderes implícitos del Congreso como pretexto para federalizar atribuciones que no han sido delegadas en la Constitución. No se trata de una cláusula abierta que permita asignarle al gobierno federal competencia en cualquier materia que se le antoje al gobernante de turno, porque de esa manera lo que se logra es invertir la regla del art. 121 de la CN". Este autor propicia entender entonces que solo hay delegación de atribuciones implícita "cuando la atribución no explicitada está contenida en una atribución delegada expresamente, conclusión a la que sólo podemos llegar cuando resulta claro que la primera es un medio, necesario o al menos conveniente, para ejercitar la segunda"¹⁵⁹⁹.

Este tipo de preocupaciones son legítimas y es dable reclamar que una saludable práctica constitucional tome nota de estos peligros, correspondiendo juzgar con una menor deferencia relativa la presunción de constitucionalidad de los casos en que los poderes nacionales no estén afincados en una cláusula de poderes explícitos.

IV. SUPREMACÍA DE LAS COMPETENCIAS FEDERALES

Es necesario subrayar la peculiar matriz que nuestro sistema federal adoptó fijándole al Gobierno federal un repertorio de poderes "declarados" pero asignándole potestades "ilimitadas" sobre ellos. Alberdi decía en las *Bases*, cap. XXIV, "sobre los objetos declarados del dominio del gobierno federal, su acción debe ser *ilimitada*, o más bien, no debe reconocer otros límites que la constitución y la necesidad de los medios convenientes para hacer efectiva la constitución. Como poder nacional, sus resoluciones deben tener *supremacía* sobre los actos de los gobiernos provinciales, y su acción en los objetos de su jurisdicción no debe tener obstáculo ni resistencia".

Esta lógica opta por priorizar las potestades centrales por aplicación de la cláusula de la supremacía constitucional federal (art. 31, CN, con la previsión explícita de que "las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales") cuyo sentido, conforme a las interpretaciones jurisprudenciales, implica que el ejercicio de las facultades provinciales no puede interferir en la satisfacción de un interés público nacional¹⁶⁰⁰.

Otra fórmula similar postula también una solución categórica: "cuando la aplicación de un poder deferido choque con la de otro conservado, deberá prevalecer el ejercicio del diferido por ser la ley de la Nación dictada por el Congreso sobre la base de un mandato constitucional y gozar, por lo tanto, de la supremacía que le acuerda el art. 31 de la Ley Suprema"¹⁶⁰¹.

De no ser así, razona la Corte Suprema, "aquellos poderes resultarían ilusorios y condenados al fracaso por las mismas provincias que los otorgaron", por lo que las facultades provinciales "no pueden amparar una conducta que interfiera en la satisfacción de un interés público nacional ni justifiquen la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de la nación toda"¹⁶⁰².

En cuanto al criterio para entender configurada esa colisión, recordamos que la presunción que opera es la de concurrencia, y remitimos a nuestro comentario al art. 121 en donde analizamos el estándar jurisprudencial fijado en la materia.

V. LAS PROVINCIAS NO PUEDEN REGLAMENTAR UNA LEY NACIONAL

La prohibición que analizamos en este acápite se deriva de que así como la Constitución le delegó al Congreso el poder de hacer ciertas leyes, la reglamentación de las mismas le fue delegada al presidente de la Nación (quien "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. 99, inc. 2º, CN).

Sin embargo, podría darse el caso de que una normativa local estableciera determinadas condiciones de aplicación a una política federal. Al respecto, es interesante el caso "Estado nacional c. Santiago del Estero" resuelto en 1987 donde se había planteado la inconstitucionalidad de la ley 5379 y su decreto reglamentario, por los que esa provincia hacía una reglamentación local de aspectos regulados a nivel federal por el Plan Alimentario Nacional.

La Corte aceptó el planteo de la Nación observando que la ley cuestionada determinaba que la canalización de la ayuda social se articulara por los organismos creados por la provincia, relegando la

intervención de los delegados nacionales y llegando a autorizar su incautación para el ulterior reparto según el criterio del Gobierno provincial. Al emitir ese fallo, la Corte dijo que "las provincias carecen de facultades para retardar, impedir o de cualquier manera contralorear el cumplimiento de las leyes sancionadas por el Congreso Nacional en ejercicio de facultades constitucionales, fundándose tal doctrina en el principio de supremacía consagrado en el art. 31 de la CN, aplicable toda vez que estén en juego los planes trazados o la política adoptada por el Congreso teniendo en vista los intereses del país como todo. Ello es así ya que uno de los altos fines cuya realización ha sido encomendada al Congreso argentino es la promoción de la prosperidad del país, dentro del cual han de entenderse armónicamente incluidos el adelanto y bienestar de las provincias"¹⁶⁰³.

VI. EL "ROL DE GARANTE" DEL ESTADO FEDERAL

En el inventario de poderes federales debemos tomar también registro de otra incumbencia en la que su rol es subsidiario. Esta atribución no figura explícita en estas disposiciones que la parte final de la Constitución dedica a los "gobiernos de provincia", sino que aparece a la luz de la eventual responsabilidad internacional por incumplimiento de obligaciones impuestas por Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Cobra centralidad en este sentido las derivaciones de la cláusula del art. 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos, punto clave de una hermenéutica en la que veremos el "rol de garante" del Estado Federal¹⁶⁰⁴.

En una línea de precedentes relacionados con el derecho a la salud y prestaciones asistenciales la Corte ha redefinido de un modo activista ese *rol de garante* al asignarle obligaciones concurrentes y exigibles al Estado nacional bajo esa lógica. Un caso seminal en este sentido ha sido "Campodónico de Beviacqua" de 2000 en el que la Corte le asigna responsabilidad *subsidiaria* al Estado Federal, subrayando —a propósito del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales— que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha reconocido que en los países federales "dicha estructura exige que los cantones sean los responsables de ciertos derechos, pero también ha reafirmado que el gobierno federal tiene la responsabilidad legal de garantizar la aplicación del Pacto"¹⁶⁰⁵.

Las pautas de garantía están consolidadas en la jurisprudencia ulterior de la Corte Suprema. Aparecen en casos como "Sánchez Norma" de 2004¹⁶⁰⁶ (cautelar ordenando a la provincia de Buenos Aires y simultáneamente al Estado nacional a realizar cirugías para colocación de prótesis y tratamiento de rehabilitación posterior) y "Orlando"¹⁶⁰⁷ (en el mismo sentido, sobre medicación para la esclerosis múltiple).

Esta línea jurisprudencial se prolonga hasta la actualidad. En "P. de C." de 2012, por ejemplo, la Corte seguirá recordando que "pesan sobre la estructura local responsabilidades semejantes —que se proyectan sobre las entidades públicas y privadas de ese ámbito— a las que incumben a la Nación en la esfera federal, lo cual no implica desconocer el rol que tiene el Estado nacional en subsidio de las prestaciones de salud a cargo de la jurisdicción provincial para el caso en que éstas no pudieran ser provistas"¹⁶⁰⁸.

Podemos concluir que lo dicho hasta aquí puede leerse, glosando a Ariel Dultizky, de dos modos: como una *cláusula de salvaguarda*: que "impide al Estado o Gobierno nacional desligarse de sus obligaciones internacionales bajo el pretexto que su cumplimiento cae bajo la esfera de las provincias y a éstas últimas les impone la obligación de cumplir con los tratados de derechos humanos", y también como una *señal de alerta*: pues "casos como *Beviacqua*, *Monteserín*, *Verbitsky* ponen en evidencia que en la Argentina se carece de un mecanismo institucional efectivo que permita la coordinación entre el Gobierno nacional y los provinciales en materia de cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos"¹⁶⁰⁹.

En cualquier caso, ese rol de garante coincide con la idea del apuntado y exigible "piso mínimo": actúa como mecanismo de reaseguro para evitar la incidencia de un doble estándar regresivo, sin perjuicio de que las provincias tengan abierta la posibilidad de brindar estándares mejores o más amplios para la tutela de un derecho.

Como dicen Abramovich y Pautasi, se trata en definitiva de una obligación de garantía "cuyo alcance aún no ha sido definido de manera clara, pero que a simple vista, ubica a las tres instancias del Estado nacional en una posición de fiador final, con el deber de activar esa garantía de protección de los derechos si el deudor principal no cumple debidamente. *No se trata en consecuencia de un fiador o garante pasivo o expectante*, sino que obliga a las autoridades federales a tomar acciones afirmativas y a adoptar medidas efectivas para que las provincias cumplan con las obligaciones internacionales"¹⁶¹⁰.

VII. TRATADOS PARCIALES DE CARÁCTER POLÍTICO

Recordemos que la expresión "tratados parciales", también usada en el art. 125, CN, se refieren a tratados que vinculan a *solo algunas* provincias de la República.

En un sentido general, debe aclararse que los convenios interprovinciales inevitablemente van a tener "carácter político" en tanto sean producto de la decisión de poderes constituidos y sean conducentes a políticas públicas. Por eso es que la expresión no debe tomarse

literalmente, sino conforme a la génesis de la cláusula, moldeada a partir de la experiencia disfuncional de las "ligas de gobernadores" propias del conflictivo período que precedió a la sanción de la Constitución Argentina.

Así, la expresión "de carácter político" debe elucidarse por contraste con las finalidades del art. 125. La dicotomía resultante nos permite distinguir entre:

— *los que no son objeto de la prohibición*: tratados interprovinciales en los que —como a título ilustrativo reporta el art. 125— se vea simplemente una manifestación de ejercicio coordinado de los poderes propios o concurrentes entre las provincias firmantes, obrando dentro de sus atribuciones propias;

— *los que son objeto de la prohibición*: tratados interprovinciales que impliquen el desarrollo de compromisos de adhesión, de habilitación, de sujeción o de transferencia de potestades entre autoridades u órganos provinciales que alteren el balance de poder intra-federal, cuya unidad de régimen es un principio de derecho público (art. 27, CN) y goza de las prerrogativas propias de la supremacía federal (art. 33, CN).

En una idea similar a esta que exponemos, dice Quiroga Lavié que la prohibición se corresponde con aquellos tratados que creen competencias o jurisdicciones supraprovinciales, intermedias, entre la Nación y las provincias¹⁶¹¹; Piombo acota por su parte que la exclusión juega para los tratados que interfieran en la supremacía del Gobierno central o lesionen el orden público o los intereses de otros miembros de la federación¹⁶¹².

VIII. LEYES SOBRE COMERCIO Y ADUANAS PROVINCIALES: REMISIÓN

En cuanto a las leyes de comercio, cabe acotar que la delegación que han dado las provincias en el art. 75, inc. 13 lo es a los efectos del comercio exterior e interprovincial. De esa forma, el comercio intraprovincial se mantiene como poder no delegado, y en el que las provincias mantienen competencia plena en la medida en que del ejercicio de esa potestad no se derive una interferencia con las potestades federales. Sobre este tema, cabe tener en cuenta en especial la doctrina de la "cláusula comercial durmiente". Remitimos pues a nuestro comentario al art. 75, inc. 13, CN.

Del mismo modo, remitimos al comentario de los arts. 10 y 11, CN en cuanto a la prohibición de aduanas provinciales, ya que es correlativa de la libertad de circulación de bienes en el interior del país.

IX. EMISIÓN DE MONEDAS Y BILLETES

Aquí también podemos encontrar un "espejo" entre las atribuciones enumeradas al Congreso Federal para "establecer y reglamentar un banco

federal con facultad de emitir moneda", y de "hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras" (art. 75, incs. 6 y 11 respectivamente) y la consecuente interdicción de emisión monetaria para las provincias.

La experiencia contemporánea ha sido prolífica en presentarnos evidencia de un modo indirecto al que han apelado las provincias para eludir esta prohibición del art. 126, CN. Formalmente, en efecto, las provincias no han emitido billetes con naturaleza jurídica dineraria. Pero sí han recurrido a la emisión de títulos públicos con formato de billete en diversas denominaciones¹⁶¹³, y los han utilizado no en oferta pública sino aplicándolos compulsivamente al pago de deudas provinciales y de pagos a proveedores y a empleados públicos. Se habla así de "cuasimonedas", en la medida en que su amplia emisión deriva en que terminan siendo aceptados (generalmente a un valor menor al nominal) dentro de la economía regional en que son emitidos.

Eso se correlaciona con la legislación actual, donde el art. 30 de la Carta Orgánica del Banco Central establece que "El banco es el encargado exclusivo de la emisión de billetes y monedas de la Nación Argentina y ningún otro órgano del Gobierno nacional, ni los gobiernos provinciales, ni las municipalidades, banco u otras instituciones cualesquiera, podrán emitir billetes ni monedas metálicas ni otros instrumentos que fuesen susceptibles de circular como moneda". La última reforma a este artículo incluyó en 2003 una acotación relevante para el tema que nos ocupa: "se entenderá que son susceptibles de circular como moneda, cualesquiera fueran las condiciones y características de los instrumentos, cuando: i) El emisor imponga o induzca en forma directa o indirecta, su aceptación forzosa para la cancelación de cualquier tipo de obligación; o ii) Se emitan por valores nominales inferiores o iguales a 10 veces el valor del billete de moneda nacional de máxima nominación que se encuentre en circulación"¹⁶¹⁴.

Sobre este tema, Jorge Muratorio ha dado cuenta de "la antigua pero señera jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, contenida en los casos "Galletti" y "Viñuales" ya se había ocupado prolijamente de distinguir entre la facultad de emitir títulos de deuda y la de acuñar moneda, concluyendo que la permisión legal para emitir títulos de deuda provinciales no conlleva la autorización provincial para emitir moneda, y, cuando aquéllos se asimilan a esta, incurren en violación de los artículos constitucionales antes citados"¹⁶¹⁵. Y también recuerda que en la década del 80, y a instancias de una requisitoria del Banco Central, la Procuración del Tesoro de la Nación emitió un dictamen que concluía en la inconstitucionalidad de estos bonos asimilables a la moneda¹⁶¹⁶.

No obstante ello, y a pesar de cierto consenso doctrinal que la considera contraria a la cláusula constitucional que comentamos¹⁶¹⁷, las

cuasimonedas han sido escasamente judicializadas y generalmente validadas con fundamentos en la doctrina de la emergencia económica.

Como muestra de ello podemos citar "Asociación de Maestros de la Provincia de Buenos Aires", un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, resuelto en 2002 por conjueces. En lo que aquí interesa (pues el litigio también involucraba a reducciones nominales de salarios) uno de los votos que forma mayoría (Abel Fleitas Ortiz de Rozas) comienza por reconocer que "aún cuando dichos títulos no revistan la calidad de una moneda de curso legal (en el sentido de los arts. 75, incs. 6º y 11 y 126 de la CN), su uso efectivo se ha extendido, tanto a través de convenios celebrados por el Gobierno de la Provincia con prestadores de servicios públicos y otras entidades, como por su generalizada aceptación como medio de pago en la Provincia de Buenos Aires e incluso en otras jurisdicciones, en un valor a la par que el peso. En tales circunstancias, las limitaciones de uso que pudieran tener los 'patacones' (que la actora, por lo demás, no acredita) no tienen suficiente relevancia como para descalificar su valor. (...) De tal modo, en el contexto de la profunda crisis actual y del estado de virtual quiebra de la Administración Provincial, el pago de parte de los haberes correspondientes a los agentes públicos mediante la entrega de las Letras de Tesorería denominadas 'patacones' cumple su función remunerativa, no parece irrazonable y no viola las garantías de los arts. 31 y 39 de la Constitución de la Provincia"¹⁶¹⁸.

Más allá de ello, el carácter unitario de la política monetaria surge a través de la doctrina implícita de la Corte en algunos precedentes modernos.

En el caso "Supermercados Norte" de 2004, se decidió hacer lugar a la prohibición de innovar, a fin de que la provincia de Entre Ríos se abstuviera de realizar actos tendientes al cobro de las multas impuestas por una ley local para establecimientos que no aceptaran el reconocimiento del poder cancelatorio de las letras de tesorería denominadas "Federal", que en la práctica operaban como cuasimonedas¹⁶¹⁹.

En "Banco de la Nación Argentina c. Provincia de Córdoba" de 2013, el litigio versaba sobre la pretensión de considerar sujeta a impuesto de sellos las operaciones en las que el pago se realizara con entrega de las Letras de Cancelación de Obligaciones Provinciales. La Corte entendió que las LECOP "no son moneda de curso legal, es decir, revisten características que las diferencian del dinero, aún entendido este en el más amplio sentido, de lo que se desprende que las operaciones con ellas no encuadran dentro del concepto de hecho imponible del art. 188 del Cód. Fiscal de la Provincia de Córdoba, toda vez que la voluntad del legislador fue gravar con el impuesto de sellos sólo a las 'operaciones monetarias que representen entregas o recepciones de dinero' y no lo son los referidos bonos"¹⁶²⁰.

Y esa visión unitaria de crédito y monedas aparece también en "Banco Credicoop" de 2014, en donde la actora controvertía una ley de Entre Ríos que establecía el impuesto "a la capacidad prestable" generada con recursos locales y no utilizada en el territorio provincial. En su análisis del tributo, el fallo advierte que se trataba de una disposición legislativa "orientadora del crédito", en el sentido de que la intención es que los recursos captados en el ámbito de la provincia de Entre Ríos no salgan de ella y sean aplicados a personas físicas, jurídicas o entes con radicación permanente y con actividad económica desarrollada en esa jurisdicción.

Frente a ello, contrastó la Corte, el poder de policía en la especie compete al Estado nacional por delegación expresa de la materia federal implicada. Así, "la política monetaria, crediticia y cambiaria y las consecuentes actividades de fiscalización de dichas políticas, resultan inherentes al Banco Central, por constituir la Ley de Entidades Financieras una ley especial de carácter federal que el Congreso Nacional está facultado a dictar en miras del interés nacional, para ser aplicadas en todo el territorio de la República"¹⁶²¹. Como corolario, la Corte entendió que el gravamen tal como había sido concebido avanzaba sobre facultades del Banco Central y declaró su inconstitucionalidad.

X. LA CLÁUSULA "DURMIENTE" SOBRE EL DERECHO DE FONDO

En este art. 126, CN figuran dos competencias "excepcionales" de las provincias, que pueden ser ejercidas en situaciones muy específicas. La primera tiene que ver con su poder transitorio para dictar los Códigos de fondo o de derecho común hasta tanto los dicte el congreso (algo previsto en la Constitución de los EE. UU. y denominado allí *dormant clause*). De hecho, esto fue lo que sucedió históricamente en nuestro país: recordemos que el Cód. Civil de Vélez Sarsfield se sancionó en 1869 y entró en vigencia en 1871, de modo que hasta ese momento todavía las provincias estaban en condiciones de acogerse a la potestad transitoria de esta cláusula.

En este punto cabe aclarar que el simple dictado de una legislación de fondo ya ha desactivado de plano la precondition que habilitaría la vigencia (excepcional y temporaria) de una legislación local de ese carácter. Esto mismo impide que las provincias puedan invocar esta cláusula para regular vacíos parciales (como si, p. ej., se permitiera a las provincias establecer una regulación de un contrato no predefinido por el Cód. Civil, o establecer algún delito no tipificado en el Cód. Penal).

XI. EXCLUSIVIDAD DEL CONGRESO SOBRE LEYES DE CIUDADANÍA Y NATURALIZACIÓN

De la imposibilidad especificada en esta norma surge la exigencia de un régimen unitario de ciudadanía en toda la República. Obsérvese que

esto también impide a las provincias establecer condiciones o regulaciones que restrinjan el acceso a derechos o servicios públicos de su incumbencia en función del modo en que un sujeto obtuvo la ciudadanía. Este criterio que podríamos denominar *de régimen unitario de efectos atribuidos a la ciudadanía* se correlaciona con el explícito en el art. 8º, CN ("Los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás").

XII. PODERES MILITARES EXCEPCIONALES

Una de las prohibiciones de este art. 126, CN tiene la peculiaridad de contener (como la cláusula de los Códigos) una excepción prevista: se permite a las provincias a asumir poderes militares excepcionales "en caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación". Los poderes militares literalmente consignados son los de "armar buques de guerra o levantar ejércitos" y puede entenderse que responde a una situación propia de épocas pasadas, en las que podía existir un tiempo más prolongado en que las Fuerzas Armadas federales tuvieran conocimiento y pudieran dar respuesta a una situación como la descripta.

* * *

Art. 127.—

Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el Gobierno federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley.

Comentario por Laura Cirulnik y María Florencia Saulino

El art. 127 establece un supuesto especial de la intervención de la Corte Suprema: su jurisdicción dirimente. De acuerdo con este artículo, las quejas de una provincia respecto de otra u otras provincias que surjan de conflictos producidos "como consecuencia del ejercicio de poderes no delegados" deben ser sometidas a la Corte Suprema y dirimidas por esta.

El objetivo original del artículo fue evitar que, ante una disputa, las provincias apelen a las armas y disuelvan el vínculo federativo, mediante

la creación de un mecanismo que permita el arreglo pacífico de las disputas entre los Estados provinciales¹⁶²². En efecto, la fragilidad del sistema federal en sus inicios y el continuo recurso bélico dio lugar a la necesidad de incluir en la Constitución una disposición que asegure "la armonía y el respeto recíproco de los estados provinciales"¹⁶²³, garantizando, de ese modo, la paz interior. En este sentido, nuestro Máximo Tribunal ha sostenido que, en la actualidad, "una lectura dinámica del texto constitucional exige interpretar que el contenido conceptual que corresponde atribuir al término 'guerra' de la fórmula utilizada por el art. 127 de la Norma Fundamental, debe ser interpretado no solo limitado a situaciones bélicas propiamente dichas, sino a conflictos (...) en los que la persistencia temporal y tensión del vínculo federativo no ha sido superada por la interacción de los respectivos estados locales"¹⁶²⁴.

Asimismo, el tribunal destacó que "frente a la existencia de tensiones en las relaciones inter-jurisdiccionales, es necesario asumir una percepción conjuntiva o cooperativa, propia del federalismo de concertación, que supere los enfoques disyuntivos o separatistas. Por ello, ante el inevitable surgimiento de desentendimientos e, incluso, hostilidades entre las provincias en el ejercicio de poderes no delegados (...) a fin de garantizar la supervivencia del sistema federal en cuanto 'unión indestructible de Estados indestructibles' (USSC, 'Texas v. White', 1869) y dado que ninguna de ellas podría erigirse en juez de su propia causa, la Constitución ha previsto un mecanismo de solución de conflictos, asignando a la CS la trascendente misión de dirimir, resolver, solucionar y/o componer tales controversias, estableciendo líneas de acción que permitan disiparlas"¹⁶²⁵.

Joaquín V. González señala que el otorgamiento de esta competencia a la CS está basado "en la necesidad de establecer la más perfecta igualdad entre [las provincias], desde que ninguna puede ser a la vez juez y parte, como resultaría si sus propios tribunales pudiesen entender en sus pleitos o querellas"¹⁶²⁶. En efecto, el Tribunal ha sostenido que "la necesidad de dirimir la situación denunciada, y dado que ninguna de las provincias podría erigirse en juez de su propia causa, determina que esta Corte Suprema de Justicia de la Nación sea la que deba llevar adelante los procedimientos pertinentes a ese fin"¹⁶²⁷. En igual sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha subrayado que su rol, en los casos que enfrentan a dos estados, constituye un "sustituto para el arreglo diplomático de las controversias entre entes soberanos y una posible respuesta al uso de la fuerza"¹⁶²⁸.

I. DIFERENCIAS CON LA COMPETENCIA PREVISTA EN LOS ARTS. 116 Y 117

En 1984, en su primera decisión en el caso "La Pampa c. Provincia de Mendoza", la Corte Suprema destacó las diferencias existentes entre la competencia dirimente y la prevista en los arts. 116 y 117 de la CN. En

efecto, el tribunal sostuvo que "los conflictos interestatales en el marco de un sistema federal asumen, cuando surten la competencia originaria de la Corte en el marco del art. [127] de la Constitución, un carácter diverso al de otros casos en que participan las provincias y cuyo conocimiento también corresponde de manera originaria al Tribunal"¹⁶²⁹. En igual sentido, destacó que en los casos de competencia dirimente no se trata de una "causa civil" ni de una controversia de las que ordinariamente resuelven los jueces¹⁶³⁰. Según la Corte, "la competencia originaria en estos casos requiere tan sólo un conflicto entre diferentes provincias producido como consecuencia del ejercicio de los poderes no delegados que son el resultado del reconocimiento de su autonomía"¹⁶³¹. Es decir, que no resulta necesario demostrar la existencia de "caso" o de una "causa civil" para acceder a la jurisdicción del tribunal.

En un sentido similar, el ministro Fayt en su voto en disidencia en el caso "La Pampa c. Provincia de Mendoza" sostuvo que "dirimir" y "juzgar" son tareas diferentes. Mientras que la primera consiste en deliberar sobre la razón que le asiste a las partes, la segunda requiere ajustar, fenecer o componer una controversia¹⁶³². Asimismo, destacó que "la Corte sentirá por todo lo expuesto que ha cumplido con eficacia la labor que la Constitución Nacional le encomienda si su decisión lleva a los litigantes a cobrar cabal conciencia de que son partes de una misma Nación, y que por ello importará más en definitiva a sus intereses la solución en común de sus problemas que la satisfacción de sus pretensiones primarias"¹⁶³³.

II. DERECHO APLICABLE

Las especiales características de la jurisdicción dirimente de la Corte repercuten en el derecho aplicable para la resolución del conflicto. En efecto, al tratarse de una queja originada por el ejercicio de poderes no delegados, es decir de poderes propios de cada provincia, muchas veces no existirá un derecho común a ambas que sirva de base para la resolución de la controversia. En este sentido, el ministro Fayt señaló que "frente a conflictos que desde su origen escapan a las potestades regulares de los jueces, será difícil hallar siempre en las leyes su solución"¹⁶³⁴. La Corte Suprema es, en estos casos, "un órgano de conciliación, con amplias facultades para determinar el derecho aplicable, a fin de —según surge del Preámbulo de la Constitución Nacional— garantizar la paz interior, constituir la unión nacional y promover al bienestar general"¹⁶³⁵.

En "La Pampa c. Mendoza", el tribunal tuvo oportunidad de intervenir en la disputa entre dichas provincias sobre el aprovechamiento de la cuenca del río Atuel. En su sentencia del año 1984, la Corte rechazó la aplicación del derecho privado para resolver la controversia. Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos¹⁶³⁶, nuestro Máximo Tribunal señaló que los casos entre provincias no están gobernados por las mismas reglas que se aplican a los conflictos entre

particulares¹⁶³⁷. Destacó que "estas cuestiones, de naturaleza muchas veces compleja, concernientes a las relaciones políticas entre los estados requieren para su solución que se otorguen al Tribunal amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio"¹⁶³⁸.

En ese contexto, consideró que el derecho aplicable debería ser el derecho constitucional nacional o comparado y, eventualmente —si su aplicación analógica no fuese posible— lo que la Corte norteamericana denomina "*common law* federal" y el derecho internacional público¹⁶³⁹. En su sentencia de 1984, la Corte recurrió a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la costumbre internacional, los principios de derecho internacional aplicables a recursos hídricos compartidos, las reglas de Helsinki sobre los Usos de las Aguas de los Ríos Internacionales de la *International Law Association*, el Segundo Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de los cursos de agua y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y del Tribunal Arbitral en el Asunto del lago Lanoux, entre otras fuentes.

III. CONSENTIMIENTO DE LAS PROVINCIAS

En su voto en disidencia en el caso "La Pampa c. Mendoza", el ministro Fayt ha señalado que el Tribunal no necesita el consentimiento de las provincias para intervenir en estos casos, sino que su competencia nace de la sola existencia de la que queja que se le somete¹⁶⁴⁰. En este sentido, destacó que "[n]o requiere, para su pleno ejercicio de la conformidad de las partes, ni éstas pueden limitarla ni encausarla del modo que se conviene y delimita los poderes de un árbitro. Esto, porque en tanto la Nación Argentina ha acordado para su gobierno la forma federal, los estados provinciales concurrentes a los pactos preexistentes y los representantes del pueblo de la Nación que han decretado la Constitución Nacional han establecido una unión indisoluble"¹⁶⁴¹.

IV. EXCEPCIONES A LA COMPETENCIA DIRIMENTE: LAS CUESTIONES DE LÍMITE

La cuestión de los límites interprovinciales constituye una excepción a la competencia dirimente de la Corte Suprema. En estos casos, la competencia exclusiva y excluyente corresponde al Congreso Nacional¹⁶⁴². En efecto, en "Carcano y Provincia de Santiago del Estero c. Gorchs y Provincia de Córdoba" la Corte Suprema sostuvo que el tribunal "tiene jurisdicción para entender en cuestiones suscitadas entre Provincias, relativas a la tierra que pretenden poseer o que se encuentra dentro de sus respectivos límites, siempre que la resolución que haya de dictarse no implique forzosamente la determinación de los límites referidos o la modificación de los determinados por el Congreso"¹⁶⁴³.

Asimismo, en su jurisprudencia reciente, la Corte Suprema se ha declarado incompetente para decidir en la acción declarativa iniciada por

la provincia de Santiago del Estero contra la provincia de Catamarca, en la que solicitaba se determine la validez y eficacia de la ley 22.742 que fijaba los límites entre ambas. El tribunal entendió que "la decisión a arribar en autos podría importar el desconocimiento de los límites fijados por la ley 22.742 —en la hipótesis de que no se hiciera lugar a la demanda— y, sin dudas, tal desconocimiento implica, en mayor o menor medida, expedirse en torno de la fijación de los límites interprovinciales, problemática ajena a esta judicatura"¹⁶⁴⁴.

V. SENTENCIA A DICTARSE

María Angélica Gelli señala que el modo en que se resolvió la queja de la provincia de La Pampa con la provincia de Mendoza pone en evidencia la naturaleza diferente de la atribución que le otorga el art. 127 a la Corte Suprema. En su sentencia del año 1984, la mayoría se limitó a declarar que el río Atuel es interprovincial y exhortar a las partes a celebrar convenios tendientes a la participación razonable y equitativa en los futuros usos del río Atuel, sobre la base de los principios generales y las pautas fijadas en los considerandos de la sentencia¹⁶⁴⁵. Asimismo, al intervenir nuevamente en el caso en el año 2017, la Corte optó por "reconocer la mayor deferencia al margen de acción de los estados provinciales involucrados, a fin de aportar elementos que permitan arribar a una solución dirimente del conflicto"¹⁶⁴⁶. Y destacó que el tribunal "adoptará una función de cooperación, control y monitoreo, sin asumir atribuciones de gestión, de tal manera que se favorezca y garantice, pero no se interfiera, en la adopción por parte de las provincias de una solución al conflicto"¹⁶⁴⁷.

En igual sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha impulsado a los estados a adoptar soluciones cooperativas. Así, por ejemplo, en el caso "New York v. New Jersey" ha sostenido que la controversia entre ambos estados probablemente sería resuelta mejor a través del estudio cooperativo, la reunión y concesiones mutuas de los representantes de los estados, que a través de los tribunales¹⁶⁴⁸. Estas sentencias muestran que, frente a conflictos entre provincias, originados muchas veces en decisiones políticas y no en cuestiones jurídicas, el rol de los tribunales se centra más en el acercamiento de las partes que en la adjudicación del caso¹⁶⁴⁹.

* * *

Los gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación.

Comentario por Horacio Javier Etchichury

Este artículo casi no ha tenido cambios desde 1853; en 1860 se colocó la palabra "Nación" en lugar de "Confederación". No hay equivalente en la Constitución estadounidense¹⁶⁵⁰. Proviene del art. 107 del proyecto de Constitución de Alberdi, quien afirma que una cláusula similar fue adoptada en la Constitución de la República de Nueva Granada (art. 132)¹⁶⁵¹. Sin embargo, Alberdi omite que en esa norma los gobernadores son nombrados y removidos por la sola voluntad del presidente de la República (art. 131).

Por ello resulta difícil integrar este art. 128 en el esquema de nuestra Constitución federal. Si la Nación ejerce facultades delegadas por las provincias, ¿cómo podría un gobernador retomarlas para hacer cumplir normas federales? La clave puede estar en la palabra "agente": el funcionario provincial no actuaría por poder propio, sino solo por delegación, instrucciones o requerimientos del Gobierno federal, que asumiría el rol de "principal". En este caso, lo que parece perderse es la noción de autonomía provincial: el máximo órgano ejecutivo local recibe órdenes del Gobierno federal. Rosatti considera que el artículo expresa las relaciones de subordinación que se dan en el federalismo¹⁶⁵². Sería una derivación lógica, según Dalla Vía, del principio de supremacía federal¹⁶⁵³. Por su parte, Hernández —reconociendo la dificultad interpretativa en el marco del federalismo— sostiene que el artículo delinea un ámbito de colaboración entre ambos niveles de gobierno¹⁶⁵⁴. Otra línea conecta esta cláusula con la denominada "lealtad federal", un esquema de armonización entre las esferas de poder¹⁶⁵⁵.

En el capítulo 27 de las *Bases*, Alberdi aporta otros elementos para comprender esta cláusula. Señala que —al tiempo de escribir el texto— solo existen en Argentina poderes locales. "Para crear el gobierno general, que no existe, se ha de partir de los gobiernos provinciales existentes"¹⁶⁵⁶. Ellos, continúa Alberdi, "han de ser los agentes naturales de la creación del nuevo gobierno general". Resulta imposible, en su opinión, organizar un Estado nacional prescindiendo de las realidades políticas presentes. Bajo esta luz, el artículo es un reconocimiento de la importancia de los gobiernos provinciales, y un intento de ponerlos al servicio de la creación del poder federal.

Esto será todavía más necesario a partir de 1853. El Estado nacional (especialmente antes de 1862) carecía de recursos e instrumentos para asegurar su presencia en cada rincón del territorio. En ese punto tenía

importancia contar con los gobernadores para hacer valer la normativa federal en sus ámbitos. Sagüés entiende que el artículo permite a cada gobernador reglamentar —si el Gobierno federal no lo ha hecho— las normas cuya implementación le encomendaran¹⁶⁵⁷.

En un texto de 1922, Macdonalds señala que este artículo le daría más poder al Gobierno central, al menos formalmente; pero se hace difícil ponerlo en práctica. Los gobernadores no son responsables ante nadie por el cumplimiento de esa cláusula. En la Constitución original de 1853 —añade Macdonalds— la posibilidad del juicio político a gobernadores en el Congreso federal creaba una vía para dar fuerza al art. 128¹⁶⁵⁸.

De todas formas, personalizar la responsabilidad en los titulares de los Ejecutivos permite valorar más fácilmente su cumplimiento; sería más difícil hacerlo en el caso de cuerpos colegiados, como las legislaturas o los supremos tribunales locales. Sagüés, de hecho, sostiene que si bien el incumplimiento de este rol de "agente natural" no habilita la intervención federal, sí puede configurar un delito penal.

Así pudo verse en un caso referido al procurador general de la provincia de Santa Cruz. En "Sosa" (2009)¹⁶⁵⁹, la CS reiteró que ya había ordenado en 2001 la reposición de este funcionario, Eduardo Sosa, en uno de los dos cargos en que se desdobló su competencia. A ello obliga —según la Corte— la forma republicana de gobierno establecida como condición para las autonomías provinciales (CN, art. 5º). No se puede reemplazar la reposición por una suma de dinero. Se intimó a la provincia a cumplir las decisiones recaídas en el proceso y hacer efectiva la restitución del actor en su cargo. Ella debería llevarse a cabo en el plazo de 30 días por parte del gobernador Daniel Peralta, porque representa a la provincia y porque según el art. 128 de la CN es agente natural del Gobierno federal (consid. 19).

La Corte dio la orden bajo apercibimiento de dar intervención a la justicia penal para que investigue la posible comisión de un delito de acción pública. El gobernador Peralta, tras el rechazo de su recurso de aclaratoria, dictó un decreto a fines de 2009 solicitando a la Legislatura el desdoblamiento del cargo de Agente Fiscal en dos posiciones, y el acuerdo para la designación de Eduardo Sosa en uno de ellos. En el texto del decreto, el mandatario provincial declaró que con eso daba por cumplida la sentencia del Máximo Tribunal federal.

En septiembre de 2010, la CS resolvió que el gobernador no había cumplido la orden judicial¹⁶⁶⁰, y que ello representaba "un desconocimiento de la división de poderes que las provincias se han comprometido a garantizar" (consid. 7º). Haciendo efectivo el apercibimiento del fallo anterior puso los hechos en conocimiento de la justicia penal (consid. 5º). Además —invocando los arts. 5º, 6º, 75 inc. 31, 116 y 117— comunicó al

Congreso la sentencia, por considerar que a ese cuerpo le corresponde asegurar la vigencia de la supremacía federal. La referencia al art. 6º de la CN indica que la intervención federal era una de las alternativas que la Corte consideraba aplicables¹⁶⁶¹. En febrero de 2017, la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia procesó a Daniel Peralta por el delito de desobediencia¹⁶⁶².

* * *

Art. 129.—

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 en 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.

Comentario por Julián Rotenberg

El estatus jurídico de la Ciudad de Buenos Aires es una cuestión que ha suscitado serios conflictos en los casi dos siglos de historia constitucional del país, lo que ha tenido implicancias visibles en las variaciones normativas ocurridas. De acuerdo con la Constitución Nacional de 1853, el Congreso de la Nación ejercía una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Nación (art. 67, inc. 27) y el presidente era jefe inmediato y local de la Capital de la Nación (art. 86, inc. 3º). La única referencia al gobierno local se encontraba en el art. 78, en el Capítulo que regulaba la elección indirecta del presidente y vicepresidente, que mencionaba al "presidente de la Municipalidad".

La Constitución también establecía en su art. 3º que las autoridades del Gobierno federal residirían en la Ciudad de Buenos Aires y que esta sería declarada Capital de la Confederación por una ley especial. La ley fue sancionada el 6 de mayo de 1853, pero no fue cumplida debido al conflicto de larga data entre la provincia de Buenos Aires y la Confederación. Es

por ello que la reforma de 1860, con la participación de Buenos Aires, modificó el art. 3º eliminando la mención de la ciudad. Buenos Aires no se convirtió en Capital Federal hasta 1880, cuando finalizaron las hostilidades entre los Gobiernos federal y provincial. La federalización de la Ciudad de Buenos Aires se concretó con la sanción de la [ley 1029](#), que la declaró Capital de la República¹⁶⁶³.

En lo sucesivo, la organización política de la ciudad adoptó una variedad de formas. Mientras que la designación del intendente siempre se mantuvo a cargo del Poder Ejecutivo Nacional —con acuerdo del Senado—, en las siguientes décadas se sucedieron diversos órganos legislativos colegiados. En 1882 se sancionó la ley 1260 de organización de la Municipalidad de la Capital, que estableció un régimen electivo. En 1889, la ley 2675 creó una comisión municipal de vecinos nombrados por el presidente con acuerdo del Senado. Al año siguiente, la [ley 2760](#) restableció un Concejo electivo. En 1915, el presidente De la Plaza disolvió el cuerpo deliberativo por decreto. Las leyes 10.240 de 1917 y 12.266 de 1935 marcaron el retorno del sistema electivo, y en 1941 el presidente Castillo volvió a disolver el Concejo Deliberante.

La reforma constitucional de 1949 no introdujo modificaciones en el régimen de la Capital. Tras el derrocamiento de Perón, el gobierno *de facto* derogó la reforma constitucional y restableció la ley 1260 de 1882. Más tarde, en 1972, el presidente *de facto* Lanusse dictó una nueva Ley Orgánica de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (ley 19.987), que derogó la ley 1260 y estableció a la Municipalidad de Buenos Aires como persona jurídica pública estatal, con las atribuciones de los demás municipios del país. Esta fue la norma que reguló el estatus de la ciudad hasta 1994.

I. LA REFORMA DE 1994

En el Pacto de Olivos, la única modificación acordada respecto del régimen de la ciudad fue el establecimiento de la elección directa del intendente. Sin embargo, posteriormente se amplió la discusión y surgió la idea de la autonomía. Finalmente, el Núcleo de Coincidencias Básicas propuso la elección directa del jefe de gobierno, el establecimiento de un estatus constitucional especial que reconociera autonomía y facultades propias de legislación y jurisdicción, y la adopción de una regla especial para garantizar los intereses del Estado nacional mientras la Ciudad sea capital de la Nación¹⁶⁶⁴. A tal efecto, se aconsejaba la reforma al art. 67, inc. 27, y al art. 86, inc. 3º. También se incluyó a la Ciudad en el punto que establecía la modificación del número de senadores.

El art. 129 finalmente aprobado por la Convención Constituyente prevé un "régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción" y la elección directa del jefe de gobierno, establecidos a

través de un estatuto organizativo a ser dictado por representantes elegidos por los habitantes de la ciudad. También estableció el artículo que el Congreso debía sancionar una ley que garantizara los intereses del Estado nacional mientras Buenos Aires fuera la capital.

El nuevo estatus de la Ciudad de Buenos Aires se completa con la modificación de su representación en el Congreso de la Nación. Los arts. 44 y 54 incluyen a la ciudad en la composición de la Cámara Alta, con el número de senadores ampliado a tres: de esta manera, la representación senatorial corresponde a Buenos Aires independientemente de su carácter de capital de la nación. El art. 45, por su parte, designa como miembros de la Cámara de Diputados a los representantes elegidos por el pueblo de las provincias, de la Ciudad y de la Capital en caso de traslado.

El art. 75, sobre las atribuciones del Congreso, incluye menciones a la ciudad en varios incisos. Una cuestión que merece atención es el régimen de coparticipación federal, previsto en el inc. 2º. Las inconsistencias en la mención de la ciudad en sus distintos párrafos presentan ciertas dudas interpretativas.

Por un lado, el párrafo segundo dispone que una ley convenio instituirá regímenes de coparticipación sobre la base de acuerdos "entre la Nación y las provincias", sin mencionar a la Ciudad de Buenos Aires. El párrafo cuarto tampoco la menciona al exigir la aprobación de la ley convenio "por las provincias", y la Disposición Transitoria Sexta nombra tres veces a las provincias y ninguna a la Ciudad de Buenos Aires. Al mismo tiempo, el párrafo tercero marca las pautas para la distribución de los fondos coparticipables entre "la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires". El párrafo quinto establece la necesidad de aprobación "por la provincia interesada o la Ciudad de Buenos Aires en su caso" para toda transferencia de competencias, servicios o funciones, y el párrafo sexto ordena la representación de "todas las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires" en el organismo fiscal federal.

Gelli señala la inconsistencia de una interpretación literal de estas disposiciones, según la cual "pareciera que la Ciudad de Buenos Aires participa en la distribución de la masa coparticipable, *a la que aporta con sus contribuciones concurrentes*; forma parte del organismo fiscal federal (...) y no está obligada a aceptar la transferencia de competencias, servicios o funciones sin la correspondiente asignación de recursos, *pero no interviene en la celebración de los acuerdos previos a la sanción de la ley convenio*"¹⁶⁶⁵.

A pesar de que no se ha sancionado una nueva Ley de Coparticipación Federal —que, de acuerdo con la Disposición Transitoria Sexta, debía ser aprobada en para 1996—, Gelli sostiene que se ha generalizado la "la interpretación correcta" acerca de la situación de la Ciudad de Buenos

Aires. La autora menciona como ejemplo la resolución interpretativa 34/2006 de la Comisión Federal de Impuestos, que, en respuesta a una solicitud del Ministerio del Interior, afirma la consideración de la CABA como beneficiaria del Fondo de Aportes del Tesoro Nacional a las Provincias establecido por la [ley 23.548](#). La resolución afirma la inclusión de la ciudad como partícipe del régimen de coparticipación delineado en la Constitución y sostiene la procedencia de otorgarle Aportes del Tesoro Nacional teniendo en cuenta su aporte a la masa coparticipable.

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por su parte, incluye entre los recursos de la ciudad previstos en el art. 9º a los fondos de coparticipación federal correspondientes, los provenientes de las contribuciones indirectas del art. 75, inc. 2º, y aquellos reasignados con motivo de las transferencias de competencias, servicios y funciones, en los términos del art. 75, inc. 2º, párr. 5º. Además, la CABA adhirió, a través de la ley 4, al Régimen de Coparticipación Federal de impuestos establecido en la [ley 23.548](#)¹⁶⁶⁶.

A pesar de que en materia de coparticipación federal existe una paridad —al menos jurídica— entre la ciudad y las provincias, la Constitución establece distinciones explícitas en otros ámbitos. El art. 124, que reconoce las facultades de las provincias para crear regiones para el desarrollo económico y social y celebrar convenios internacionales, prevé que la Ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto; quizás la distinción más significativa de este artículo sea la exclusión de la CABA de la titularidad del dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.

Por otro lado, el art. 121, que expresa uno de los principios del sistema federal, establece que "las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal", omitiendo a la Ciudad de Buenos Aires. Esto ha sido señalado como una diferenciación intencional entre la ciudad y las provincias, lo que se acentuó con la sanción de la [ley 24.588](#).

II. LA [LEY 24.588](#)

La ley "de garantías" contemplada en el segundo párrafo del art. 129 fue sancionada el 8/11/1995. Su objetivo declarado es "garantiza[r] los intereses del Estado nacional en la ciudad de Buenos Aires, mientras sea Capital de la República, para asegurar el pleno ejercicio de los poderes atribuidos a las autoridades del Gobierno de la Nación" (art. 1º).

El art. 2º establece que, sin perjuicio de las competencias reconocidas a la Ciudad de Buenos Aires en los artículos subsiguientes, "la Nación conserva todo el poder no atribuido por la Constitución al gobierno autónomo de la ciudad de Buenos Aires", invirtiendo el principio

consagrado en el art. 121 de la CN. También añade que la Nación "es titular de todos aquellos bienes, derechos, poderes y atribuciones necesarios para el ejercicio de sus funciones", y en el art. 3º dispone que continuarán bajo jurisdicción federal todos los inmuebles sitos en la Ciudad de Buenos Aires "que sirvan de asiento a los poderes de la Nación así como cualquier otro bien de propiedad de la Nación o afectado al uso o consumo del sector público nacional".

El art. 4º avanza en la determinación de las facultades de organización interna de la ciudad al dejar en manos del Estatuto Organizativo el diseño de las instituciones locales del Gobierno Autónomo y asegurar que el Gobierno nacional no intervendrá en la elección o designación del jefe de gobierno, los legisladores y demás funcionarios.

Los artículos más relevantes de la ley, y los más discutidos, son el 7º y 8º. El art. 7º, en su redacción original, preservaba la competencia del Gobierno nacional en materia de seguridad y las funciones de la Policía Federal —bajo la órbita del Poder Ejecutivo Nacional— en el ámbito de la ciudad. Además, preveía la celebración de convenios para la cooperación del Estado nacional con los órganos de gobierno locales e impedía a la CABA la creación de organismos de seguridad sin autorización del Congreso de la Nación.

La ley 26.288, de 2007, modificó este artículo, limitando la actuación del Gobierno nacional en materia de seguridad a la "extensión necesaria para asegurar la efectiva vigencia de las normas federales" y determinando el ejercicio de las "funciones y facultades de seguridad en todas las materias no federales" por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. El artículo mantiene las facultades del Gobierno nacional "hasta tanto aquel ejercicio sea efectivamente asumido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires". En 2008, se creó a través de la ley 2894 de la ciudad, la Policía Metropolitana, que coexistió desde entonces en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires con la Policía Federal. En 2016, un acuerdo entre los Gobiernos nacional y local posibilitó el traspaso de la Superintendencia Metropolitana de la Policía Federal al Estado local¹⁶⁶⁷; luego, la ley 5688 de la CABA la fusionó con la Policía Metropolitana para crear la Policía de la Ciudad, que comenzó a operar el 1 de enero de 2017.

El art. 8º establece la extensión de las facultades de jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires. Si bien el art. 129 de la Constitución prevé facultades propias de jurisdicción para Buenos Aires, la ley las limitó a materias de vecindad, contravencional y de faltas y contencioso-administrativa y tributarias, mientras que el Poder Judicial de la Nación mantiene su jurisdicción y competencia en las restantes materias.

La cuestión de las competencias judiciales del Estado local ha sido discutida desde entonces. El art. 75, inc. 12, dispone que la aplicación de

los Códigos de fondo corresponde a los tribunales federales o provinciales, sin mencionar a la Ciudad de Buenos Aires. Por su parte, la Constitución local reconoce al Poder Judicial de la ciudad, el poder de conocer y decidir en las "causas regidas por los Códigos de fondo y las leyes y normas nacionales" (art. 106), aclarando en la cláusula transitoria segunda que las disposiciones que no puedan entrar en vigor en razón de la [ley 24.588](#) no se aplicarán hasta que una reforma legislativa o los tribunales competentes habiliten su vigencia.

En la práctica, la mayoría de los fueros judiciales ordinarios con sede en la Ciudad de Buenos Aires continúan siendo "nacionales", un resabio de la época anterior a la autonomía local, lo que implica que la selección y remoción de los jueces están a cargo del Consejo de la Magistratura de la Nación y el Poder Ejecutivo Nacional. Si bien esta situación no se justifica dada la competencia en razón de la materia —ordinaria, no federal— y en razón del territorio —circumscripción a la Ciudad de Buenos Aires—, existe un fuerte rechazo al traspaso de las facultades jurisdiccionales por parte de los propios afectados, los miembros del Poder Judicial nacional que se resisten a convertirse en miembros del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

En un caso reciente, la Corte Suprema dirimió un conflicto de competencia suscitado entre la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional y la Cámara Federal de Casación Penal a raíz de un hábeas corpus colectivo interpuesto en favor de todas las personas mayores de 70 años detenidas en unidades carcelarias federales por delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar¹⁶⁶⁸. La Corte, por unanimidad, decidió que correspondía que el recurso de casación interpuesto tramitara ante la Cámara Federal dado que las personas involucradas estaban detenidas en establecimientos penitenciarios federales. Sin embargo, el voto de Lorenzetti y Maqueda sostuvo en *obiter dictum* que "en atención a que la Constitución federal le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía no puede sino concluirse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio", y que "las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria, que vale reiterar, no son federales, deben ser transferidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires"¹⁶⁶⁹. Por último, exhortó "a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los efectos de garantizarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional"¹⁶⁷⁰.

Por lo pronto, los mayores avances se han dado en materia penal. Siguiendo el procedimiento del [art. 6º](#) de la [ley 24.588](#), el Estado nacional y la CABA han celebrado una serie de convenios de "Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad" que han ampliado las competencias del Poder. El

19 de enero de 2017, y haciéndose eco de la exhortación de la Corte, se suscribió el "Convenio Interjurisdiccional de Transferencia de la Justicia Nacional Penal entre la Nación Argentina y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", a través del cual la Nación transfiere a la Ciudad de Buenos Aires la competencia penal no federal relativa a una serie de delitos, así como un conjunto de juzgados, vocalías, fiscalías, defensorías. El convenio se celebró *ad referendum* de su aprobación por el Congreso de la Nación y la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, y entrará en vigencia 180 días después de la última ratificación legislativa.

Por otro lado, la [ley 24.588](#) dispuso que otras funciones continuaran reservadas al Estado nacional, como la competencia y fiscalización —esta última en concurrencia con las demás jurisdicciones involucradas— de los servicios públicos cuya prestación exceda el territorio de la CABA, y organismos como el Registro de la Propiedad Inmueble y la Inspección General de Justicia. Estos últimos, según se anunció con motivo de la celebración del convenio del 19 de enero de 2017, también serían transferidos a la Ciudad de Buenos Aires.

III. LA [LEY 24.588](#), ¿REGLAMENTARIA DEL ART. 129?

En diciembre de 1995 se sancionó la ley 24.620, que estableció que el Poder Ejecutivo de la Nación convocaría, dentro de un plazo determinado, a los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires a la elección de los primeros jefe y vicejefe de Gobierno y de sesenta representantes para el dictado del Estatuto Organizativo, y realizaría el acto eleccionario (30/6/1996). También establecía que el Poder Ejecutivo nacional convocaría a la elección de los sesenta miembros del Poder Legislativo de la Ciudad de Buenos Aires, una vez dictado su Estatuto Organizativo. Sin embargo, el Estatuto Organizativo estableció que la elección de los legisladores sería convocada por el jefe de gobierno de la ciudad. Cuando, en 1997, el presidente Menem convocó a dicha elección, estalló un conflicto de competencias entre el Poder Ejecutivo nacional y el jefe de gobierno de la Ciudad, que se judicializó y llegó hasta la Corte Suprema, que en "Gauna, Juan Octavio s/acto comicial 29-3-97"¹⁶⁷¹ analizó el alcance de la autonomía de la Ciudad y la delimitación de sus competencias.

La cuestión de fondo consistía en determinar si el dec. 653/1996 dictado por el jefe de gobierno de la Ciudad para convocar a elecciones de diputados para integrar el Poder Legislativo local, en cumplimiento del art. 105, inc. 11 y la Cláusula Transitoria novena del Estatuto Organizativo, se hallaba en pugna con disposiciones de la Constitución Nacional —art. 129 y Disposición Transitoria decimoquinta— y sus "normas reglamentarias ([leyes 24.588](#) y 24.620)". Antes, tanto el juzgado de primera instancia como la Cámara Nacional Electoral de la Capital Federal habían ratificado la validez del dec. 653/1996 y pronunciado la inaplicabilidad del art. 2º de la ley 24.620 por ser contrario al art. 129 de la CN.

La mayoría de la Corte sostuvo en "Gauna" que la delimitación de competencias entre la Nación y la Ciudad de Buenos Aires no había sido realizada por el constituyente de 1994, sino que fue delegada a los poderes Ejecutivo y Legislativo federales y a la Convención Constituyente de la Ciudad¹⁶⁷². Luego, afirmó que la [ley 24.588](#) es "directamente reglamentaria" del art. 129 y que el art. 2º, según el cual "los poderes nacionales son la regla y los locales la excepción"¹⁶⁷³, es "directamente compatible" con el nuevo estatus de la Ciudad de Buenos Aires. La mayoría de la Corte sostuvo que la ley 24.620 también era reglamentaria del art. 129¹⁶⁷⁴.

La mayoría decidió que la obligación impuesta al Poder Ejecutivo Nacional por la ley 24.620 de convocar a elecciones no significaba una intromisión indebida en el gobierno autónomo de la Ciudad¹⁶⁷⁵. Así, la Corte redujo el caso a un conflicto entre normas de diversa jerarquía, considerando que la Cláusula Transitoria Novena del Estatuto Organizativo de la Ciudad era de inferior jerarquía al art. 2º de la ley 24.620, y que lo contradecía. Este último, sostuvo, era compatible con el [art. 4º](#) de la [ley 24.588](#) —que impide la intervención del Gobierno nacional en la elección de las autoridades locales—. Finalmente, la Corte concluyó que la convocatoria a elecciones formulada por el Poder Ejecutivo nacional era válida.

Las disidencias de "Gauna" presentan una lectura distinta de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. El voto de Fayt, Belluscio y Bossert señala la relación entre el concepto de autonomía y el ejercicio del poder electoral, destacando que la autonomía pierde su sentido si se acota su alcance a una definición infraconstitucional que restringe el ejercicio de este poder¹⁶⁷⁶. Luego, afirma que la convocatoria a elecciones corresponde al jefe de gobierno en tanto titular de la representación popular y que las disposiciones locales que le imponen este deber no son contrarias a la Constitución Nacional ni a la [ley 24.588](#). Finalmente, añade que el art. 2º de la ley 24.620 deroga el [art. 4º](#) de la [ley 24.588](#) y que resulta inaplicable en tanto desarticula "el sistema autonómico establecido por la Constitución al quebrantar el ejercicio regular del poder electoral de los habitantes de la ciudad"¹⁶⁷⁷.

Por otro lado, Petracchi, en su voto, sostiene que el régimen establecido por el art. 129 "no está deferido —en cuanto a su operatividad— al juicio discrecional de los poderes constituidos del Gobierno nacional"¹⁶⁷⁸. La autonomía, continúa, "queda severamente lesionada cuando —como en el caso del art. 2º de la ley 24.620— se determina que el convocador será el Poder Ejecutivo Nacional, pues se la condiciona en una forma incompatible con el diseño constitucional aludido"¹⁶⁷⁹. Destaca que la Constitución, en el art. 129, solo prevé la convocatoria a elecciones de la ciudad por parte del Congreso Nacional para dictar el Estatuto Organizativo¹⁶⁸⁰, por lo que concluye que el art. 2º de la ley 24.620 es

incompatible con el régimen autónomo de gobierno fijado por la Constitución.

Gelli critica la caracterización de la mayoría de la Corte de las [leyes 24.588](#) y 24.620 como reglamentarias del art. 129. Según la autora, esta calificación, independientemente de la decisión sobre la competencia para convocar a elecciones, afecta los alcances de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires ya que "la hace depender de una ley mudable del Congreso y no de su propio Estatuto Organizativo". En cambio, Gelli sostiene que la "función reglamentaria" del art. 129 corresponde exclusivamente al Estatuto Organizativo de la Ciudad.

IV. LA DISCUSIÓN ACERCA DEL ESTATUS JURÍDICO DE LA CABA

Las inconsistencias en la mención de la Ciudad de Buenos Aires en distintas disposiciones referidas a las provincias han generado cierta discusión sobre su caracterización dentro del sistema federal. A grandes rasgos, se pueden distinguir tres posiciones: una que considera que es un municipio equiparable a los de las provincias, otra que la equipara a las provincias, y una tercera que le atribuye un estatus "especial" o *sui generis*.

En cuanto a la equiparación de la CABA con las provincias, puede señalarse que la Constitución menciona a la ciudad a la par de las provincias en los artículos que regulan la intervención federal (art. 75, inc. 31; art. 99, inc. 20), en materia impositiva (art. 75, inc. 2º), en la representación parlamentaria (arts. 45 y 54) y en la "cláusula del progreso" (art. 125).

Sin embargo, el texto constitucional también omite a la Ciudad de Buenos Aires en un número de artículos referidos a las provincias: el art. 75, inc. 2º (ver arriba); el art. 121, acerca del poder de las provincias no delegado al Gobierno federal (principio que la [ley 24.588](#) invierte completamente, como se dijo); el art. 124, que reconoce el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales en su territorio; el art. 125, que contempla la posibilidad de celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común y el art. 128, que consagra a los gobernadores de provincia como agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación, dejando de lado al jefe de gobierno de la CABA.

Estas omisiones pueden leerse como una distinción explícita entre el estatus jurídico de las provincias y el de la Ciudad de Buenos Aires. Esta lectura se apoya en el argumento de que la Constitución menciona explícitamente a la CABA en los supuestos en que la Convención así lo deseó, como en los arts. 45, 54, 75, inc. 2º (párrs. 3º, 5º y 6º). Respecto

del art. 75, inc. 2º, ya se ha señalado la inconsistencia de una lectura excesivamente literal. No obstante, esta distinción se vuelve relevante en tanto la Corte Suprema la ha utilizado para justificar la denegación del acceso de la Ciudad de Buenos Aires a la jurisdicción originaria.

Por otro lado, algunos autores sostienen que la Ciudad de Buenos Aires tiene un carácter *sui generis* dadas las dificultades para encuadrarla dentro de las categorías de provincia o de municipio. Gelli, por ejemplo, la define como "menos que una provincia pero más que un municipio"¹⁶⁸¹ al contar con un "status constitucional especial", siguiendo la denominación de la ley declarativa de necesidad de reforma.

Mientras que todas las posiciones acerca del estatus de la Ciudad de Buenos Aires cuentan con argumentos atendibles a su favor, creemos importante adoptar un criterio que provea una interpretación amplia de su autonomía. En este sentido, Carlos Nino traza una conexión entre la concepción deliberativa de la democracia que defiende y la descentralización del poder. Con respecto al ámbito más apropiado para la discusión y decisión democráticas, Nino sostiene que "la necesidad de un intenso diálogo entre la gente a quien concierne la decisión —realzada por la concepción deliberativa de la democracia— empuja en la dirección de que ese ámbito esté dado por unidades tan pequeñas como sea posible"¹⁶⁸². También reconoce que "la gran ventaja de un proceso de *descentralización* genuina y no de *dispersión* de las decisiones —que desconcentre en unidades políticas pequeños servicios y bienes públicos y la captación y manejo de los fondos para proveerlos— es que facilita la participación directa de los ciudadanos en decisiones cruciales"¹⁶⁸³.

En cuanto a la Ciudad de Buenos Aires, el énfasis en la descentralización implica realzar el valor de la toma de decisiones por parte de sus ciudadanos y leer las disposiciones constitucionales y legales relevantes en favor de su autonomía. En particular, esta posición se inclinaría a interpretar la [ley 24.588](#) como una injerencia excesiva del poder federal en la autonomía porteña, especialmente en cuanto a la limitación de sus facultades propias de jurisdicción y a la inversión del principio del art. 121 de la CN.

V. LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Y LA COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

La Corte Suprema ha adoptado un criterio restrictivo respecto del estatus de la Ciudad de Buenos Aires, interpretándolo como menor al de las provincias, lo que se puede observar en la jurisprudencia sobre el acceso de la ciudad a su competencia originaria.

En 2003, en "GCBA c. Chubut, Casa de la Provincia s/ejecución fiscal"¹⁶⁸⁴, la Corte admitió la competencia originaria suscribiendo el

dictamen del Procurador General. Por tratarse de una materia regida por el derecho público local de la ciudad —ejecución fiscal promovida por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires contra la provincia de Chubut por el pago de contribuciones e impuestos—, el proceso correspondería al fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad. Sin embargo, el Procurador señaló que una provincia solo puede ser demandada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto así lo establece el art. 117 de la CN o ante sus propios jueces, según lo dispuesto por los arts. 121, 122 y concordantes (punto IV del dictamen). De esta manera, la tramitación del proceso ante el fuero CAyT de la Ciudad afectaría las prerrogativas constitucionales de la provincia de Chubut. A su vez, el art. 129 de la CN, al establecer para la Ciudad de Buenos Aires un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de jurisdicción, impide que la ciudad sea sometida a la justicia local. El dictamen concluyó que "a fin de salvaguardar los intereses de la ciudad y toda vez que la Corte constituye el fuero natural de las provincias argentinas", el proceso debía tramitar ante la Corte en instancia originaria.

Sin embargo, en "GCBA c. Provincia de Tierra del Fuego s/cumplimiento de contrato y cobro de pesos"¹⁶⁸⁵, de 2007, la Corte decidió que la causa no correspondía a su competencia originaria y dejó en claro su posición acerca del estatus de la Ciudad de Buenos Aires. Por una mayoría conformada por Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi y Maqueda, la Corte sostuvo que "es doctrina del Tribunal que las causas que se suscitaren entre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y una provincia deberán tramitar ante los jueces del Estado provincial que es parte"¹⁶⁸⁶. El voto mayoritario afirma la doctrina sostenida en los siguientes términos:

"Que en todas las oportunidades en que, con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, fue necesario calificar el status institucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el objeto de esclarecer si es aforada, o no, a la competencia originaria de esta Corte Suprema que reglan los arts. 116 y 117 de la CN, este Tribunal ha decidido desde el primer precedente en que tuvo ocasión de pronunciarse (Fallos 322:2856) hasta en las decisiones más recientes dictadas en las causas 'Mendoza' (Fallos 329:2316) y A.827.XLIII. 'Asociación Civil para la Defensa Ciudadana c. Estado nacional y otro (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) s/acción de amparo' del 27 de noviembre de 2007, que aquella entidad no es una provincia argentina y que, por ende, no le corresponden las prerrogativas que la Ley Suprema reconoce únicamente a dichos estados locales de litigar (...) en la instancia originaria de esta sede, que por ser de exclusiva raigambre constitucional no es susceptible de ampliarse, restringirse o modificarse por persona o poder alguno"¹⁶⁸⁷.

El fallo luego sostiene la preexistencia de las provincias a la Nación, su jerarquía y la conservación de todos los poderes no delegados al Gobierno

federal, y puntualiza "el particular sistema de autonomía decidido por los constituyentes para la ciudad de Buenos Aires"¹⁶⁸⁸.

A continuación, la Corte se diferencia de su precedente de cuatro años atrás y lo describe como una solución aislada. Sostiene que el reconocimiento a la Ciudad de Buenos Aires de facultades propias de jurisdicción "sólo tiene el preciso alcance de atribuir a las autoridades locales de poderes para resolver ciertas colisiones efectivas de derechos, mas esas facultades no son incompatibles ni configuran un impedimento para que dicho Estado sea sometido a otras jurisdicciones de inequívoca raigambre constitucional"¹⁶⁸⁹. Critica duramente al fallo anterior por prácticamente equiparar al Estado autónomo de la Ciudad de Buenos Aires con las provincias. Luego define a la ciudad como "una entidad local *sui generis* incluida entre los gobiernos de provincia" y se expide en contra de "extender las atribuciones que, con carácter de conjunto cerrado y taxativo con respecto a las provincias, se reconocen a esta Corte por las disposiciones atinentes al Gobierno Federal que reglan la competencia originaria del órgano que es cabeza del Poder Judicial de la Nación"¹⁶⁹⁰. Finalmente invoca jurisprudencia anterior relativa a la competencia originaria donde las partes eran la Ciudad de Buenos Aires y el Estado nacional, en los que se sostuvo "sin excepciones" que eran competentes los tribunales federales inferiores.

Por su parte, la disidencia de Argibay, a la que adhiere Zaffaroni, introduce argumentos interesantes. Argibay señala que la aplicación del criterio habitual de la Corte llevaría a descartar la competencia originaria y afirmar la de los tribunales locales, pero que esta solución encuentra dificultades para determinar si son competentes los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires o los de la provincia demandada, "desde que ambos estados tienen facultades propias de legislación y jurisdicción, para crear y aplicar su derecho público local, aunque la primera no pueda ser clasificada propiamente como una 'provincia'"¹⁶⁹¹. La jueza rechaza la idea de asignar el caso a los tribunales provinciales, lo que implicaría que las provincias no pueden ser llevadas a los tribunales de otra pero el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires sí debe someterse a los jueces de las provincias con las que deba litigar"¹⁶⁹². En términos categóricos, Argibay sostiene que ninguna cláusula constitucional establece tal limitación a la autonomía de la ciudad y que la misma idea de someter al Estado de la Ciudad de Buenos Aires a los tribunales de otra provincia implica anular "uno de los aspectos centrales de la autonomía política que tienen todos los estados que forman parte de la federación, a saber: la de no estar obligado a someterse al poder de otros estados miembros"¹⁶⁹³.

Finalmente, presenta el caso como un dilema recurrente entre apartarse de la habitual interpretación rígida de la competencia originaria de la Corte, o bien convalidar el avasallamiento de las prerrogativas constitucionales de una de las partes¹⁶⁹⁴. Argibay concluye que "no hay

menoscabo a la Constitución Nacional, sino que, por el contrario, resulta más acorde a sus fines, admitir, como se lo hizo en Fallos 326:2479 ['Chubut'], que las causas en que son partes contrapuestas una provincia y la Ciudad de Buenos Aires corresponden a la competencia originaria de esta Corte"¹⁶⁹⁵.